

Derecho del Trabajo

AÑO II NÚMERO 7

Extinción del Contrato de Trabajo

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

The logo for Infojus consists of a stylized sun with rays above three blue wavy lines representing water or a book.

AÑO II - NÚMERO 7

Derecho del Trabajo

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7612

Revista Derecho del Trabajo

Año II - N° 7 - Enero de 2014

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho del Trabajo y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Directores

Victoria Cosentino - Leandro Recalde

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Álvarez

Mauricio César Arese

Enrique Arias Gibert

César Bechetti

Rodolfo Capón Filas

Graciela Cipolletta

Luisa Contino

Graciela L. Craig

Horacio De la Fuente

Jorge Elías

Juan Carlos Fernández Madrid

Daniel Machado

Oscar Massei

Susana Medina

Mónica Palomino

Victoria Pérez Tognola

Ana María Salas

Claudia Salvatierra

Ricardo Francisco Seco

Carlos Alberto Toselli

Gabriel Tosto

Editorial

Siempre es un placer y orgullo poder presentar una nueva edición de la Revista de Derecho del Trabajo de Ediciones Infojus, que pertenece al Sistema Argentino de Información Jurídica. Esta vez, con la sensación vívida de estar acercando al lector una publicación que, a base de regularidad, se va instalando y consolidando y, paulatinamente, formando parte del material de lectura usual de los distintos operadores del sistema judicial de la materia.

Esta nueva Revista temática, como ha sido costumbre desde su inicio, versa sobre uno de los aspectos seguramente más problemáticos del contrato de trabajo como lo es su terminación.

Así, encontrarán en este número los trabajos de renombrados autores, provenientes de variados medios, abocándose a distintas aristas de esta problemática, aportando sus valiosos puntos de vista y proponiendo soluciones concretas a fin de echar luz sobre zonas, al menos en apariencia, oscuras de nuestro derecho del trabajo.

Somos conscientes de que hemos abordado una temática compleja cuyo tratamiento lejos está de agotarse en esta publicación por lo que la propuesta editorial es producir un segundo volumen dedicado también a la extinción del contrato de trabajo en sus diversas variantes.

En fin, no nos resulta ocioso recordar que esta Revista, plural desde su concepción, gratuita y de amplia tirada constituye, junto con las demás revistas temáticas publicadas por Ediciones Infojus, una herramienta potente de distribución del saber, del intercambio de opiniones y de democratización y fortalecimiento de las instituciones. Por ello, alentamos desde ya a la participación y a la divulgación de la Revista, que podrán encontrar no sólo en soporte papel sino que también se encuentra disponible en forma libre y gratuita en la base de Infojus: www.infojus.gov.ar

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

Nulidad del despido sin causa
por RODOLFO CAPÓN FILAS..... p. 3

La indemnización por despido del personal de casas particulares
por ENRIQUE CATANI..... p. 11

La problemática del art. 248 LCT y la interpretación del derecho
por GRACIELA ELENA CIPOLLETTA..... p. 31

Extinción del contrato de trabajo en la ley de trabajadores
de casas particulares: la muerte del empleador
por LILIANA DEL VALLE GOMEZ..... p. 47

La extinción del contrato de trabajo y el principio de estabilidad en el empleo
por M. CECILIA HOCKL..... p. 63

Fin del contrato de trabajo por jubilación:
¿un derecho o una obligación para el trabajador?
por ADRIANA MICALE..... p. 107

La indemnización por antigüedad, ¿corresponde al trabajador con menos de tres meses
de servicio que no se encuentra debidamente registrado?
por EDDER H. PIAZZA y RICARDO F. SECO..... p. 121

ÍNDICE GENERAL

La extinción del contrato de trabajo motivada en la discapacidad del trabajador
por CLAUDIA A. PRIORE..... p. 139

El art. 1° de la ley 25.323 y los supuestos de extinción del contrato de trabajo distintos
al despido incausado: una exclusión injustificable
por MAURO PUCHETA..... p. 153

El despido por acoso sexual
por GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ..... p. 167

Fuentes citadas p. 189

Índice temático p. 197

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

Nulidad del despido sin causa

por **RODOLFO CAPÓN FILAS**⁽¹⁾

“O callas o a la calle”

I | Elementos reales

El despido incausado es antijurídico por ser sancionado legalmente con una indemnización. Esta simple referencia desactiva la tesis de autores y jueces de que el sistema argentino se estructura sobre la “libertad del despido” porque nadie es sancionado negativamente por utilizar su libertad. Por otra parte, la realidad demuestra que el temor al despido y al consiguiente desempleo es un gran disciplinador social. Por ello, cada tanto, un despido, de tal modo que siempre pese sobre los trabajadores la advertencia: “el silencio o la expulsión” que repite intramuros de la empresa el eslogan “nosotros o el caos”. Tal vez, ese temor explique que durante la relación el trabajador no reclame sus derechos y acompañe con poco entusiasmo las huelgas, cuando existiesen o no las acompañe.

Sentado ello, el reclamo individual, generalmente, por salarios deficientemente satisfechos, se produce extinguida la relación, junto con las indemnizaciones por despido mal liquidadas o directamente no pagadas.

.....

(1) Abogado (Universidad Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Ex Juez en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de Lima. Profesor emérito de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Presidente honorario del Equipo Federal del Trabajo. Director de la Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. Autor de libros, publicaciones y artículos académicos.

Miles de expedientes circulan por los carriles kafkianos de la conciliación previa, de las medidas de prueba, de las sentencias ligeras y con poco o ningún fundamento serio, hasta llegar a la etapa del cobro, en la cual nuevamente la discusión y la transa bajo la amenaza: "acepte esta suma o vamos a la quiebra", mientras el dinero empresario se refugia mediante la nueva coordenada de "espacio-velocidad"⁽²⁾ en alguna cuenta bancaria en el extranjero. De ahí que numerosas sentencias sean meras máscaras formales, útiles tal vez para enmarcar y colocar en el comedor como pronóstico frustrado de lo que hubiera podido ser.

Quien es despedido sin causa, siente rota en su perjuicio la buena fe, estándar de comportamiento mutuo, en que se basa la relación laboral.⁽³⁾ A partir de esa experiencia traumática, las próximas relaciones laborales, en su espíritu y en su *ethos*, tal vez se deslicen de otro modo. Años de esa cultura de frustración tal vez expliquen en parte la ola de inseguridad que asola nuestras ciudades.

Quienes vieron en sus familias el dolor de sus padres mal tratados en su trabajo, expulsados sin indemnización alguna o con sumas insuficientes, que sufrieron la necesidad de recibir migajas antes de perderlo todo, ¿no estarán tentados a emprender otro camino, distinto? Como la "buena" sociedad denomina "trabajo" a lo que es una especie sublimada de esclavitud, que llame "delito" a dicho camino tal vez no moleste demasiado a quienes lo emprenden porque pueden considerarlo otra máscara formal.

Los tres, tal vez, más allá de su dosis de posibilidad, señalan un dato cierto: la irracionalidad de un régimen normativo que permite imponer en la sociedad la decisión del más fuerte.

Mucho debemos aprender del despido incausado si queremos realmente una sociedad ética en la que todos seamos ciudadanos y no meros objetos

.....

(2) ZIGMUNT, BAUMAN, *La sociedad sitiada*, Bs. As., FCE, 2004, p.27

(3) MARTINS-COSTA, JUDITH, "La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones", en Marcos M. Córdoba, *Tratado de la buena fe en el Derecho (Doctrina extranjera)*, Bs. As., Ed. La Ley, 2004, t. 2, p.95. Interesa también AMITAI, ETZIONI, *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, Bs. As., Paidós, 1999., p. 114 y ss

manipulados y si queremos archivar en los museos de la historia la dicotomía: “París, París, para los señoritos; el pobre, a la mina, al desierto”.⁽⁴⁾

En esta línea real, el despido sin causa contradice el Convenio 158 de la OIT, parte integrante del paradigma del Trabajo Decente que lanzó dicha organización, receptado en el art. 7 de la ley 25.877 (BO 19/03/2004), porque no es digno que una relación destinada a perdurar en el tiempo pueda ser extinguida, sin elemento objetivo alguno, por la mera voluntad del empleador.⁽⁵⁾

Casi la totalidad de los autores sostienen que la indemnización tarifada es suficiente protección contra el mencionado despido, sin advertir que dicha indemnización es la consecuencia de la antijuricidad, no la defensa para que ésta no logre sus efectos. La “protección contra el despido arbitrario” (CN. art. 14 bis) únicamente se concreta con la nulidad del mismo.⁽⁶⁾

La tarifa indemnizatoria no protege contra el despido, precisamente porque lo supone y lo valida. Quien con un matafuego apaga un incendio, impide que ocurra quien camina bajo la lluvia con un impermeable, no se moja. Al contrario, quien, en vez de usar matafuegos, contrata seguros, simplemente recibe una indemnización por el incendio sufrido. Quien sale a la calle sin piloto se moja, aunque logre descuento en un Lave-rap para secar el abrigo. Por tal razón, la contrariedad de la tarifa con la Constitución no refiere a la mayor o menor cuantía económica sino, precisamente, a la validez del despido incausado que impide la permanencia del trabajador, único modo de protegerlo contra el mencionado despido.

La permanencia así receptada en la Constitución muestra su importancia práctica porque los trabajadores estables, con garantía de permanencia, pueden programar su futuro y desarrollar una conducta laboral seria y eficiente, aspectos ambos que se les ha escapado por completo a los autores tradicionales. Nadie puede olvidar que el juego de resultado positivo

(4) NERUDA, PABLO, “Promulgación de la ley del embudo”, en *Canto general*, Bs. As., Losada, 1968, p. 198.

(5) CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Ley de ordenamiento laboral (LOL) y trabajo decente”, La Plata, Librería Editora Platense, 2004, cap. III.

(6) CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Protección constitucional del trabajo”, en *Aniversario de la Constitución Nacional*. Suplemento especial de derecho constitucional, La Ley, 2003, párr. 16.

es el que suma esfuerzos y en el que todos ganan ($1+1=2$) mientras que en el de resultado negativo ($1-1=0$) uno gana lo que el otro pierde. De ahí que la posición tradicional, ampliamente receptada en la jurisprudencia, atente no sólo contra la Constitución sino también contra el Mercado.

2 | Conducta judicial

En la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se manifiestan tres variables:

Suponiendo que la tarifa indemnizatoria es la única protección contra el despido arbitrario, las sentencias judiciales aplican la normativa vigente.⁽⁷⁾

Cuando los jueces consideran insuficiente el monto indemnizatorio, lo calculan en base al mejor salario devengando, previa declaración de inconstitucionalidad de la norma por permitir ese resultado económico reducido.⁽⁸⁾

Dejando a salvo su posición personal, algunos jueces, por economía procesal, aplican el criterio de la Corte Suprema de considerar eficiente el texto normativo, prescindiendo de su resultado económico.⁽⁹⁾

La Corte Suprema aplica el texto normativo tal cual ha sido expresado sin interesar el resultado económico.

Como tesis general sostiene que "...corresponde al legislador, en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional), establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo

(7) Cám. Nac. Trab., Sala IX, "Capello, Alfonso Salvador c/ Ferro Enamel Argentina S.A. s/despido", 05/12/2003.

Cám. Nac. Trab., Sala VI, "Santoro. Rodolfo Claudio c/ Siembra", 31/10/2003: "Una reducción del 50% de la remuneración normal no constituye una desnaturalización del derecho que se pretende asegurar ni una pulverización del crédito indemnizatorio, teniendo en cuenta las amplias facultades de apreciación de que goza el legislador y que nos encontramos ante un régimen reparatorio tarifado, de por sí limitado". (Doctor De la Fuente, en minoría).

(8) Cám. Nac. Trab., sala III, "Mastroiani, Ricardo Alfredo c/ Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio".

(9) Cám. Nac. Trab., sala VI, "Santoro. Rodolfo Claudio c. Siembra", 31/10/2003 (en mayoría).

y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia".⁽¹⁰⁾

El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) establece que el cálculo de la indemnización por despido se practicará sobre la base de la remuneración del trabajador, siempre que su monto no supere el del tope correspondiente al convenio aplicable. En el caso no se ha respetado el método previsto legalmente, por lo que la decisión recurrida importa arbitrariedad en los términos de la jurisprudencia del Tribunal, que ha decidido que ella existe cuando se resuelve en contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso (Fallos 239:204; 251:309; 269:453).⁽¹¹⁾

En particular, sostiene que la suposición de que la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario consiste en el cierto equilibrio entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido y que dicha proporcionalidad no debe ser inferior al 50% del salario constituye una afirmación infundada y, por lo mismo, un exceso en el ejercicio de las facultades judiciales en desmedro de la que la Constitución asigna al Congreso, que priva de validez al fallo recurrido.⁽¹²⁾

3 | Revisión necesaria

Reiterando como verdad de Perogrullo que la Corte Suprema no es tribunal de casación y ante sus decisiones no existe ningún "deber moral de acatamiento", la discusión científica respecto del sentido de la tarifa indemnizatoria, de su monto y de la nulidad del despido incausado no está cerrada.

.....

(10) CS, "Villarreal, Adolfo c/ Roemmers s/cobro de salario", 10/12/1997.

En "Vizzotti", tan festejado por los aplaudidores de turno, la CS sólo aumenta la tarifa, con lo cual valida el despido sin causa.

(11) CS, "Mercado, Miguel M. c/ Frigorífico La Imperial S.A.", 31/10/1997.

(12) CS, "Mastroiani, Ricardo Alfredo c/ Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio", 27/05/1999.

Por ello, en este “horizonte de sentido”⁽¹³⁾ se muestra la responsabilidad del decisor respecto de la satisfacción y del dolor de quienes serán alcanzados por la misma. Por ello, debe alejar del corazón y de la mente toda sensación cainesca (de desinterés por la suerte de los hermanos comprometidos en la misma), ya que “la relación de un pasado al margen de todo presente está incluida en el acontecimiento, extraordinario y cotidiano, de mi responsabilidad por las faltas o las desdichas de los otros”.⁽¹⁴⁾

Siendo así, en la construcción diaria de la democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal, para lograr el resultado con el menor dolor posible. Toca a los jueces asegurar que los derechos se cumplan; en este caso, garantizar la protección constitucional contra el despido arbitrario.

Esta visión “no es una utopía, es una esperanza, y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga”.⁽¹⁵⁾

4 | Propuesta

Ya en el terreno normativo, urgen dos medidas:

- a. Ratificar el Convenio 158 OIT,
- b. Modificar el art. 242 del Régimen de Contrato de Trabajo (RCT), ley 20.744 y modificatorias, disponiendo que la consecuencia jurídica del despido sin causa es su nulidad y la inmediata reincorporación del trabajador despedido.

Por ello, lanzo al mundo real y dentro suyo al ruedo académico la siguiente propuesta normativa.⁽¹⁶⁾

(13) LÉVINAS, EMMANUEL, “De otro modo que ser, o más allá de la esencia”, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1995, p.54.

(14) LÉVINAS, EMMANUEL, *op. cit.* .

(15) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Derecho al desarrollo”, prólogo.

(16) Quienes deseen sumarse a la misma o corregirla, pueden dirigirse por e-mail a equipo-federaldeltrabajo@gmail.com.

Ya que todo se ajustará, con palabras que no refieren al ajuste, pero lo aplican, es hora de que también se ajuste el “poder soberano” del empleador: “o callas o la calle”

La propuesta es la siguiente:

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 consienta 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.

Si el empleador despidiere al trabajador sin justa causa, el despido será nulo y el trabajador será reinstalado de inmediato, debiendo el empleador sufragar los gastos que hubiera ocasionado el trámite administrativo o judicial para lograr la decisión de ordena dicha reinstalación.

Del mismo modo, será responsable del daño moral que hubiera surgido por tal despido.

La indemnización por despido del personal de casas particulares

por **ENRIQUE CATANI**⁽¹⁾

I | Introducción

El 12 de abril de 2013 se publicó en el Boletín Oficial la ley 26.844 que modifica por completo el estatus jurídico del colectivo de trabajadoras mujeres más postergado del país. El hecho constituye una de las novedades más importante del derecho del trabajo de los últimos tiempos.

La nueva ley modifica por completo el régimen normativo que durante más de medio siglo mantuvo vigente un régimen jurídico injusto para el colectivo de mujeres trabajadoras más numeroso del país y, para ello, se apoya en nuevos paradigmas culturales, sensibles a los datos de la realidad social y la mirada de género.

Los resultados de esta nueva normativa deberán evaluarse a partir del impacto que su aplicación genere en el colectivo cuyas condiciones de trabajo se regulan, aplicación en la que tendrán relevancia decisiva las decisiones que tomen los operadores jurídicos en materia de interpretación.

.....

(1) Profesor de Derecho Social (del Trabajo y la Previsión) de la UN de La Plata. Juez, Tribunal de Trabajo N° 3 de La Plata. Asesor del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Bs. As.

2 | El colectivo de trabajadoras cuyas condiciones de trabajo se regulan

Suele pensarse al colectivo de trabajadoras hogareñas como un sector de dimensiones modestas; sin embargo, en nuestro país, el empleo hogareño remunerado posee una magnitud muy significativa. El trabajo en casas particulares representa el 8% del total de ocupados y el 10,4% del total de trabajadores dependientes. Es decir que, lejos de ser un fenómeno marginal o limitado, aparece como una realidad cuantitativamente muy importante en el mundo del trabajo.⁽²⁾

Esta importancia cuantitativa se acrecienta cuando se considera exclusivamente el universo de mujeres trabajadoras, universo en el que las trabajadoras hogareñas remuneradas representan casi una cuarta parte del total.⁽³⁾

Se trata, además, de un colectivo feminizado en forma prácticamente completa, en el que las mujeres superan el 97% del total, lo que justifica plenamente que en este artículo utilicemos el género femenino para nombrarlas. De hecho, un trabajador hogareño remunerado es algo tan infrecuente como una obrera de la construcción.

En definitiva, el trabajo hogareño remunerado constituye en nuestro país una actividad económica cuantitativamente muy importante, feminizada en términos prácticamente absolutos, que ocupa mayoritariamente a mujeres ubicadas por debajo de la línea de la pobreza, con ingresos notoriamente inferiores a las demás actividades y con una importante presencia de trabajadoras migrantes. Implica, además, la principal fuente de empleo femenino, al punto de que incluye casi a la cuarta parte de las mujeres que se desempeñan en relación de dependencia.⁽⁴⁾

(2) Para un análisis más detallado de los indicadores sociales estadísticos de la actividad, véase CATANI, ENRIQUE, "La situación social de las trabajadoras domésticas y la regulación legal de sus condiciones de trabajo", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n° 41, 2011.

(3) CATANI, ENRIQUE, "La regulación legal del trabajo de las mujeres y sus principales deficiencias" en *Revista La Minca de la Asociación de Abogados Laboralistas Platenses*, n° 1, 2011 [en línea], <http://www.laboralistasplatenses.org/attachments/article/16/RevistaLaMincaNro1-Pag8-14.pdf>.

(4) CATANI, ENRIQUE, "La situación social...", en *op. cit.*

3 | La regulación legal del trabajo hogareño remunerado antes de la sanción de la nueva ley

La regulación normativa del trabajo doméstico remunerado existente antes de la sanción de la ley 26.844 databa de 1956 y, a excepción de los aspectos previsionales, no había experimentado cambios de importancia desde entonces. No había sido afectada por la sanción de la ley de contrato de trabajo —de 1974—, que expresamente previó la exclusión de las trabajadoras domésticas de sus disposiciones (art. 2, inc. b).

El estatuto en cuestión —el decreto-ley 326/1956— contenía además una exclusión importante: sólo se encontraban comprendidas en sus disposiciones las trabajadoras hogareñas cuya prestación de servicios cumplía con un triple requisito temporal, que trabajaran al menos un mes, y que su jornada abarcara al menos cuatro horas diarias y cuatro días por semana.

Las trabajadoras hogareñas cuya prestación no cumplía con los tres requisitos temporales apuntados —que se consideraban acumulativos—⁽⁵⁾ se encontraban excluidas del estatuto y —según los criterios jurisprudenciales mayoritarios y tradicionales— no se encontraban alcanzadas por ninguna norma protectoria de ninguna naturaleza.

No me demoraré aquí en un análisis de las disposiciones que contenía el estatuto derogado, las que son suficientemente conocidas. Bástame decir que los derechos que reconocían a las trabajadoras hogareñas resultaban notoriamente inferiores a los contenidos en la normativa general e incluso también a los contenidos en otros estatutos que también habían sido dictados a la baja de las regulaciones generales.

.....

(5) De manera muy mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que los tres requisitos previstos en el art. 1° de la regla estatal 326/1956 eran acumulativos, de suerte que bastaba con que uno de ellos no estuviera presente para que la relación quedara excluida de las previsiones del estatuto. No obstante, en el año 2008, el Tribunal de Trabajo Doméstico resolvió apartarse de aquel criterio en el expediente caratulado "Ana Giménez Toñanes c/ Susana Beatriz Ressia" y entendió que una relación de trabajo hogareño que superaba el límite diario pero no se alcanzaba el límite semanal se encontraba incluida en el estatuto.

Puede afirmarse que —antes de la sanción de la ley 26.844— la regulación legal del trabajo hogareño era la menos protectoria de todas las regulaciones laborales vigentes en el país. Esta característica se verifica tanto si se comparan globalmente las normas como también si se comparan una a una las regulaciones de los institutos del derecho del trabajo que contienen. Puede afirmarse también que cada instituto del derecho del trabajo, individualmente considerado, era siempre regulado en su forma menos protectoria en el estatuto del servicio doméstico. Es decir, no existían vacaciones menores, jornada más ilimitada o sueldo mínimo más bajo, que las normadas para el servicio doméstico.

4 | La indemnización por despido en el régimen derogado

La indemnización por despido en el régimen derogado se encontraba regulada en el art. 9 de la decreto-ley 326/1956 del siguiente modo:

“En el caso de ruptura del contrato por parte del empleador y cuando el empleado tuviere una antigüedad mayor a un año de servicios continuados, deberá abonársele una indemnización por despido equivalente a medio mes del sueldo en dinero convenido por cada año de servicio o fracción superior a 3 meses”.

El contenido económico de la indemnización por despido alcanzaba a medio mes de sueldo por año trabajado o fracción mayor de tres meses, y la base indemnizatoria solo incluía el sueldo “en dinero”, lo que excluía a las prestaciones en especie, como la casa-habitación. En caso de que el sueldo mensual de la trabajadora variara, el decreto reglamentario establecía que el cálculo debía hacerse en base al promedio de los sueldos de los dos últimos años (art. 12, decreto 7979/1956), lo que reducía aún más el contenido económico de la indemnización.

En esas condiciones —y sin perjuicio de los planteos que impugnaban en general el sistema—⁽⁶⁾ es muy difícil sostener que esa indemnización

.....

(6) BARREIRO, DIEGO y CURUTCHET, EDUARDO, “Discriminación y control de constitucionalidad estricto (el caso del servicio doméstico remunerado)”, en Ramírez, Luis Enrique (coord.) *Derecho del Trabajo y Derechos humanos*, Bs. As., BdeF, 2008.

así regulada cumpliera con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario, especialmente a partir de los postulados expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significa consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art.14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional”.⁽⁷⁾

Pese a la claridad y contundencia del párrafo citado, la jurisprudencia no había avanzado en extender esas reglas al régimen del trabajo en casas particulares.

Sin embargo, el problema constitucional más grave que pesaba sobre la regulación de la indemnización por despido en el régimen derogado era que no resultaba aplicable a la mayoría de las trabajadoras hogareñas.

Como ya he dicho, el régimen del decreto-ley 326/1956 contenía una triple limitación temporal que condicionaba su aplicabilidad y que provocaba que el 53% de las trabajadoras hogareñas estuviesen excluidas de su ámbito de aplicación.⁽⁸⁾ A ello hay que agregar que el art. 9 de esa norma hoy derogada establecía otro piso temporal adicional para que la trabajadora hogareña tuviese derecho a la indemnización por despido: que tuviese una antigüedad en el empleo de al menos un año, de suerte que las trabajadoras cuya prestación fuese inferior a los cuatro días semanales o a las cuatro horas diarias o cuya antigüedad fuese inferior al año (lo que constituía la mayoría de las trabajadoras hogareñas remuneradas) carecían del derecho a una indemnización por despido arbitrario.

En otras palabras, para la mayoría de las trabajadoras hogareñas remuneradas no existía en el régimen derogado indemnización por despido

.....
(7) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa SA s/ despido”, 14/09/2004.

(8) CATANI, ENRIQUE, “La situación social...”, en *op. cit.*, p. 255.

alguna y, por ello, a su respecto, la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario se encontraba incumplida en los términos más absolutos.

5 | La exclusión de las trabajadoras hogareñas de las regulaciones laborales generales vista desde una perspectiva de género⁽⁹⁾

La exclusión de las trabajadoras hogareñas remuneradas de la normativa general y la regulación peyorativa de sus condiciones de trabajo por más de cincuenta años puede explicarse a partir de la construcción cultural de las competencias laborales alrededor de los sexos y su diferenciación en cuanto a las posibilidades de mercantilización. La división sexual del trabajo que hace pesar sobre las mujeres la responsabilidad de los trabajos reproductivos provoca en la sociedad patriarcal cierta invisibilización de esos trabajos.

Desde ese punto de vista puede pensarse que las trabajadoras domésticas tenían muchos menos derechos que los demás trabajadores porque sus tareas son la más clara proyección productiva del clásico trabajo reproductivo de las mujeres y, según los paradigmas tradicionales de la sociedad patriarcal, esos trabajos no valen nada.

Sin perjuicio de los notables avances en la situación social de las mujeres a partir del siglo XX (derecho al voto —1951—, capacidad civil plena —1968—, patria potestad compartida —1984—), los paradigmas patriarcales continúan siendo dominantes. En el habla coloquial es frecuente escuchar que una mujer que se dedica principal o exclusivamente a los quehaceres de su hogar **no trabaja**. Del mismo modo, las estadísticas oficiales colocan a las mujeres que se dedican principal o

(9) Se trata de una perspectiva metajurídica. Para un detalle completo de las principales posturas jurídicas en torno a la naturaleza de las relaciones de trabajo hogareñas (ausencia de protección laboral, tutela laboral restringida y tutela laboral plena), véase ORSINI, JUAN I.; "Protección del embarazo y la maternidad de las empleadas domésticas", en *Revista de Derecho del Trabajo*, año II, n° 4, Bs. As., Infojus, p. 116.

exclusivamente a los quehaceres de su hogar fuera de la población económicamente activa.⁽¹⁰⁾

Desde este paradigma patriarcal, el trabajo hogareño resulta invisible y es natural entonces que algo de esa invisibilidad se transporte a los casos en que esas tareas hogareñas son prestadas en forma remunerada en un hogar ajeno. En otras palabras, la cuestión no es sólo que se trata de un colectivo compuesto exclusivamente por mujeres, sino que además se trata de mujeres que hacen trabajos propios de mujeres que “no trabajan”.

6 | La nueva regulación legal

La sanción de la ley 26.844 ha significado un cambio de enorme magnitud en lo que hace a la regulación normativa de las condiciones de labor de las trabajadoras hogareñas remuneradas, pero además ha importado un cambio importante en cuanto a los paradigmas que sirven de sustento a la regulación legal, que ahora aparecen visibilizando la cuestión de género e imponiendo soluciones equiparadoras.

El nuevo régimen innova desde el mismo nombre que utiliza para designar a este colectivo. Si bien se sigue utilizando el masculino como nombre que abarca a trabajadores y trabajadoras, se modifica la antigua y tradicional denominación “servicio doméstico” por “trabajadores de casas particulares”.⁽¹¹⁾ La novedad en el nombre es indicativa de la magnitud de los cambios operados con la reforma, y tiene la ventaja de evitar el adjetivo **doméstico**, que —según la segunda y la tercera acepción del diccionario—, puede ser utilizado para designar a animales o a criados.⁽¹²⁾ Se evita

(10) Para un análisis más exhaustivo sobre la perspectiva de género aplicada al trabajo hogareño (remunerado y no remunerado), véase PAUTASSI, L. y RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C; *Vulnerabilidad laboral, instituciones sociales y género en Argentina*, Centro Cultural de la Cooperación, Bs. As., 2004.

(11) Me atrevo a pensar que la palabra *casas* no es del todo feliz, porque se asocia inmediatamente a cierto tipo de edificación particular, de una o pocas plantas, y puede llevar a confusiones. Probablemente hubiese sido más acertada la expresión *hogares* que se asocia más fácilmente a las familias u otros grupos convivientes con independencia del tipo de edificación que habitan.

(12) RAE, *Diccionario de la Real Academia Española* [en línea], <http://lema.rae.es/drae/?val=doméstico>.

también —con acierto— el sustantivo **servicio** que rememora las formas de trabajo precapitalistas.⁽¹³⁾

7 | La delimitación del colectivo objeto de regulación

La delimitación del colectivo de trabajadoras y trabajadores incluido en la regulación ha experimentado una modificación de especial importancia que ha ido en la dirección de ampliar los límites del ámbito personal de aplicación de la ley hasta hacerlos coincidir con los que el sentido común atribuye al trabajo hogareño remunerado. Además, la nueva ley incluye disposiciones destinadas a definir la aplicabilidad del régimen a casos que tradicionalmente habían sido reputados dudosos por la doctrina y la jurisprudencia. Para ello ha optado en muchos casos por recoger —y plasmar legislativamente— las soluciones jurisprudenciales más progresistas.

7.1 | La definición general

El art. 1º de la ley 26.844 contiene en su primera parte la enunciación general del ámbito personal de aplicación de la norma a partir de la noción de “trabajo” que se preste en las “casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador lucro o beneficio económico directo”.

La enunciación mencionada contiene dos novedades; la primera de ellas, la sustitución de la expresión “dentro de la vida doméstica” por “en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar”; con la ventaja ya mencionada de evitar el adjetivo “doméstica”, de connotaciones equívocas. Más allá de eso, el sentido del enunciado general es, en sustancia, idéntico: las tareas reguladas son las prestadas en los hogares ajenos a cambio de una remuneración.

(13) La cuestión del nombre no es menor y pensar en torno a ello puede darnos algunas claves para comprender mejor algunas situaciones. Es visible en el habla coloquial que el modo de nombrar a las trabajadoras hogareñas remuneradas genera cierta incomodidad que lleva a la utilización de giros extravagantes y eufemísticos. Algunas reflexiones sobre la cuestión pueden leerse en CATANI, ENRIQUE, “La chica que me ayuda”, en *La Causa Laboral, Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas*, n° 40, junio de 2009.

La otra novedad es que se aclara que las tareas incluidas lo están en tanto no importen para el empleador lucro o beneficio económico “directo”. La nueva formulación legal da cuenta de una objeción habitual en nuestra disciplina que sostenía que las tareas hogareñas remuneradas implicaban de ordinario —y pese a lo que disponía la regulación derogada— un lucro o beneficio económico “indirecto” para el empleador, quien contaba —gracias a esas tareas hogareñas contratadas— con más tiempo para dedicar a actividades productivas.

7.2 | La eliminación del límite temporal

La novedad central que trae la nueva legislación a la hora de determinar su ámbito personal de aplicación es que elimina la triple limitación temporal que contenía la legislación derogada: prestación de servicios de al menos un mes, durante cuatro horas por día, y cuatro días por semana.

La eliminación es expresa hasta la redundancia, dado que no solo se omite establecer limitación temporal alguna, sino que además —para despejar cualquier duda interpretativa que pudiera surgir— se prevé expresamente que la inclusión en el régimen opera “cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados” los trabajadores en cuestión.

La legislación derogada colocaba a las trabajadoras que no alcanzaban el tiempo mínimo de labor previsto en el estatuto en una situación de completa desprotección; jurídicamente anómala. El triple piso temporal las colocaba fuera del estatuto especial y —al mismo tiempo— el art. 2 LCT las excluía de la legislación laboral general; por lo que se encontraban fuera del ámbito de aplicación de cualquier norma protectoria. Era común que se las considerara trabajadoras autónomas unidas a sus empleadores por un contrato de locación de servicios; sin embargo, el art. 1624 del Código Civil excluye expresamente “el servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para servicio doméstico”, relaciones que —según la norma mencionada— deben regirse por “las ordenanzas municipales o policiales de cada pueblo”, lo que colocaba a estas relaciones indudablemente contractuales en una situación singularmente anómala: se encontraban expresamente excluidas tanto de la legislación especial laboral como de la legislación civil general. En otras palabras, se encontraban directamente fuera del ámbito de aplicación de norma alguna.

La cuestión impactaba fuertemente en el colectivo de trabajadoras hogareñas remuneradas, ya que el 53% de ellas no alcanzaba alguno de los pisos temporales y, por tanto, se encontraban excluidas del estatuto especial que regulaba la actividad.⁽¹⁴⁾ Desde el punto de vista constitucional, la limitación era seriamente cuestionable puesto que dejaba fuera del ámbito de aplicación de toda norma protectoria a un numeroso colectivo de trabajadoras, en contravención a la disposición constitucional que establece que “el trabajo, **en todas sus formas**, gozará de la protección de las leyes” (el resaltado es mío).

En la práctica judicial, esta cuestión resultaba determinante para decidir la suerte de los litigios. En muchísimos juicios, el corazón de lo debatido consistía en dilucidar si la trabajadora hogareña superaba o no los tres límites temporales mínimos —cuestión cuya prueba resultaba especialmente difícil toda vez que la relación se desarrollaba en la intimidad del hogar del empleador—, y si resultaba entonces acreedora de los magros derechos contenidos en el estatuto. La diferencia entre lograr probar una prestación mayor a la reconocida por el demandado y no lograrlo significaba generalmente la admisión o el rechazo de la demanda.

Con la nueva determinación del ámbito personal de aplicación del régimen, no existen pisos temporales mínimos para considerar a una determinada relación laboral incluida; lo que equipara la situación del sector con las disposiciones generales de la LCT que —bueno es recordarlo— tampoco prevén tiempos mínimos de prestación de servicios para considerar a un trabajador incluido en sus disposiciones.

Conviene señalar en el punto que el art. 1 del nuevo régimen legal dispone también que serán de aplicación las modalidades contractuales de la LCT, por lo que resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 92 *ter* de esta última ley en tanto regula como contrato de trabajo a tiempo parcial a aquel en que el trabajador se compromete a prestar servicios por un número inferior de horas al día o a la semana a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad. De acuerdo con la jornada que el nuevo régimen establece en su art. 14.1.a. —8 horas diarias o 48 semanales— el contrato se considerará celebrado a tiempo parcial cuando la prestación comprometida por la trabajadora sea inferior a las 32 horas semanales.

.....

(14) CATANI, ENRIQUE; “La situación social...”, *op. cit.*, p. 255.

Una cuestión compleja de interpretación se plantea en el caso de las relaciones de trabajo iniciadas con anterioridad a la sanción del nuevo régimen, que se encontraban excluidas del ámbito de aplicación del decreto-ley 326/1956 en virtud de que no alcanzaban alguno de los pisos temporales allí previstos (cuatro horas por día o cuatro días a la semana) y que continúan desarrollándose con la misma periodicidad luego de la entrada en vigencia del nuevo régimen, en el que sí se encuentran incluidas.

De acuerdo con las disposiciones del régimen derogado, esas relaciones se encontraban excluidas del decreto-ley 326/1956 y de la LCT, y no se encontraban alcanzadas por norma laboral o protectoria alguna. Por el contrario, el nuevo régimen las considera incluidas en sus disposiciones a todos los efectos.

Ahora bien, el contenido económico de muchos de los derechos establecidos en la ley se determina —entre otras cosas— por la antigüedad en el empleo y es allí donde aparece la duda en los casos que comentamos; esto es, si a la hora de computar la antigüedad en el empleo debe tenerse en cuenta el tiempo de servicio prestado durante la vigencia de la legislación derogada en condiciones que colocaban a la relación fuera de su ámbito de aplicación.

La respuesta —a mi modo de ver— debe ser afirmativa en virtud de tres razones centrales. La primera de ellas consiste en el principio de aplicación inmediata de las leyes **“aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”** tal como prescribe el art. 3 del Código Civil. Por otra parte, la última parte de dicho artículo, al aclarar que **“a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”**, da por sentado que a los contratos en curso de ejecución sí les son aplicables las nuevas leyes imperativas. En segundo lugar, si la cuestión siguiese siendo dudosa para el intérprete, éste debería optar por la interpretación más beneficiosa para la trabajadora hogareña, de acuerdo con los principios generales del Derecho del Trabajo cuya aplicabilidad al sector ha sido reconocida por el art. 4 de la ley 26.844.

Por último, la respuesta afirmativa se impone también en razón de que la exclusión que contenía el régimen derogado implicaba permitir la existencia de un numeroso colectivo de trabajadoras que no contaba con “la protección de las leyes”, tal como manda el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y, por tanto, dicha exclusión debe reputarse inconstitucional.

7.3 | La enumeración de ciertas actividades expresamente incluidas

Más allá de que la definición general del ámbito personal de aplicación de la ley es suficientemente completa y alcanza para resolver todos o casi todos los casos dudosos, el art. 2 contiene una breve enumeración de ciertas actividades típicas que deben considerarse expresamente incluidas.

En primer lugar, refiere a la “ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar”, lo que constituye, en definitiva, el contenido de la relación laboral hogareña prototípica. A ello se agrega la “asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador” y el “cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad”. La inclusión expresa de estos últimos casos viene a solucionar los problemas de interpretación originados en la exclusión que el régimen derogado imponía a quienes fueran “exclusivamente contratados para cuidar enfermos”.

Mientras la jurisprudencia más progresista limitaba la exclusión al caso de los enfermeros, es decir, quienes eran contratados para proporcionar exclusivamente cuidados terapéuticos a personas enfermas y entendía que la exclusión implicaba que esos casos quedaban fuera del ámbito del estatuto del servicio doméstico, pero dentro del ámbito de aplicación de la LCT; otra parte de la jurisprudencia interpretaba que la exclusión abarcaba a todos los casos de cuidado de personas, se trate de cuidados terapéuticos o no terapéuticos y de personas enfermas o sanas, y entendía que la exclusión colocaba a estos casos fuera del estatuto del servicio doméstico y fuera también del ámbito de aplicación de la LCT.

La solución plasmada en el nuevo régimen recoge la que adoptaba la mejor jurisprudencia en la materia y, por tanto, considera incluidos en el ámbito de aplicación de la ley a los trabajadores contratados para brindar asistencia personal o acompañamiento a personas que convivan con el empleador o a parientes de éste (convivan o no con el empleador), así como también a los trabajadores contratados para brindar cuidados no terapéuticos a personas enfermas o con discapacidad. Por el contrario, los casos en que se contratan cuidados exclusivamente terapéuticos se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley, pero

no hay dudas ahora de que la exclusión implica en cambio la aplicación a esos casos de las regulaciones generales contenidas en la LCT.

7.4 | La enumeración de ciertas actividades expresamente excluidas

La ley 26.844 también contiene un catálogo de ciertas actividades expresamente excluidas y también aquí aparecen plasmados legislativamente muchos criterios que venían abriéndose paso entre la jurisprudencia más progresista. A diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, ahora queda perfectamente claro que estos casos excluidos del régimen especial deben ser incluidos —en cambio— en el régimen general de la LCT, a excepción del caso de las personas emparentadas con el empleador y las que convivan con la trabajadora.

Las exclusiones expresas son las siguientes:

- Las personas contratadas por personas jurídicas

La persona del empleador califica la naturaleza del vínculo, de suerte que el trabajo hogareño remunerado siempre es el contenido de un contrato celebrado entre dos personas humanas o, en la terminología utilizada por el Código Civil, físicas. El hecho de que el empleador sea una persona jurídica basta para considerar que el contrato carece de las características tipificantes del trabajo hogareño remunerado, aun cuando las tareas contratadas sean las que prototípicamente corresponden a este régimen.

- Personas emparentadas con el dueño de casa

Se trata en este caso de una exclusión que ya se encontraba contenida en el régimen derogado y que en el nuevo régimen aparece desarrollada con más detalle, dado que se enumera (no taxativamente) a “padres, hijos, hermanos, nietos y/o las que las leyes o usos y costumbres consideren relacionadas en algún grado de parentesco o vínculo de convivencia no laboral con el empleador”.

- Cuidados terapéuticos para personas enfermas o con discapacidad

Así como los cuidados no terapéuticos constituyen tareas incluidas en el régimen especial, los cuidados terapéuticos profesionales se encuen-

tran excluidos de la legislación especial y se rigen por las disposiciones generales de la LCT. La exclusión opera a partir de la existencia de cualquiera de las siguientes dos condiciones: que se trate de cuidados exclusivamente terapéuticos o que se trate de una prestación para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas. La contratación de tareas mixtas, esto es, tareas de cuidado terapéutico y otras tareas típicas de la relación de trabajo hogareño remunerado implica que la relación en cuestión quedará regida por las disposiciones de la ley especial.

- Los choferes particulares

Al igual que el régimen derogado, el nuevo régimen excluye de sus disposiciones a las personas contratadas exclusivamente para conducir vehículos "particulares de la familia y/o de la casa", tal como se aclara en la nueva ley. La exclusión tiene un sentido histórico relacionado con el estatuto de choferes particulares sancionado en 1946 (ley 12.867), que continúa vigente, aunque —a partir de la sanción de la LCT— sus disposiciones solo tienen actualmente una aplicación residual. Ya el art. 12 de aquel estatuto —cuya sanción es anterior al decreto-ley 326/1956— establecía que las personas incluidas en él debían considerarse no calificadas como "servicio doméstico".

- Personas que convivan con la trabajadora

También aquí se mantiene una exclusión que ya se encontraba contenida en el régimen anterior, con la salvedad que mientras aquél mencionaba a las personas "emparentadas" con la trabajadora, el nuevo régimen amplía el concepto y menciona a "las personas que convivan" con la trabajadora. Debe tratarse, claro está, de personas que no realicen tareas hogareñas remuneradas para el mismo empleador.

- Tareas mixtas

El nuevo régimen innova en lo que refiere a la contratación de tareas mixtas; esto es, tareas incluidas en el régimen especial y tareas excluidas del mismo; situación que en el régimen anterior —y conforme lo establecía el art. 1 del decreto reglamentario 7979/1956— se resolvía por la regla de la preponderancia. El caso más común se da cuando el empleador realiza alguna actividad comercial o profesional y utiliza los servicios de su trabajadora hogareña para realizar tareas de limpieza y otras típicas

del trabajo hogareño pero en el ámbito físico en donde desempeña su actividad lucrativa.

De acuerdo con lo que preveía el art. 1 del decreto reglamentario del régimen derogado, este tipo de situación debía resolverse con la regla de la preponderancia, esto es, la relación se regiría por la ley de la tarea que resultaba preponderante. En otras palabras, si las tareas prestadas en el hogar resultaban más extensas que las prestadas fuera del hogar, la relación quedaría regida por el régimen especial; de lo contrario, la ley aplicable sería la LCT.

Si bien esta era la solución prevista en la norma reglamentaria, alguna jurisprudencia fue modificando dicho criterio considerando que en casos como el que he utilizado de ejemplo existían en realidad dos contratos de trabajo diferentes, uno regido por el régimen especial y el otro, por el régimen general; e incluso algunos fallos abandonaron por completo la regla de la preponderancia para considerar que la prestación de tareas no incluidas en el estatuto hacía que toda la relación cayera en el ámbito de aplicación de la legislación general de la LCT.

Este último es el criterio que plasma legislativamente la ley 26.844 para el caso de la prestación de tareas mixtas; es decir, que el hecho de prestar tareas ajenas a la vida hogareña (con cualquier periodicidad y aunque no se trate de tareas preponderantes y ni siquiera resulten temporalmente importantes) para el empleador, implica que la relación se regirá por las disposiciones generales de la LCT y quedará excluida de las disposiciones estatutarias especiales.

- Las personas contratadas por administradores de consorcios de propiedad horizontal u otras formas de habitación común

La nueva legislación excluye de su ámbito a las personas empleadas por quienes administren consorcios del régimen de propiedad horizontal, clubes de campo, barrios privados u otros sistemas de condominio, para la realización de tareas hogareñas en las respectivas unidades funcionales. La exclusión opera cualquiera sea la forma jurídica que adopte el empleador, esto es, se trate de una persona física, un conjunto de personas físicas o una persona jurídica. Las relaciones así excluidas se rigen por las disposiciones generales de la LCT y por las de los estatutos específicos según el caso.

8 | La igualación de los derechos y la indemnización por despido en el nuevo estatuto especial

El contenido del nuevo estatuto especial evidencia un propósito general de igualación de derechos. En la mayoría de los institutos, la regulación especial adopta formas similares o equivalentes a las de la legislación general, y esto se verifica en lo que respecta a la indemnización por despido, establecida de la siguiente forma:

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar a la empleada/o una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. En ningún caso la indemnización podrá ser menor a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior”.

Como puede verse, la regulación es prácticamente idéntica a la contenida en el art. 245 LCT, con la diferencia de que no se prevé en el estatuto especial la existencia de un tope máximo que limite la base indemnizatoria, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general.

Si bien a partir del fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido”, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14/09/2004, la importancia del tope máximo a la base salarial de la indemnización por despido en el régimen general ha disminuido, esa limitación no ha desaparecido por completo y, por tanto, el hecho de que la legislación especial no contenga un tope máximo constituye una condición más beneficiosa para las trabajadoras de casas particulares que la que tienen los trabajadores del régimen general.

A diferencia del régimen derogado, el nuevo estatuto no prevé una antigüedad mínima en el empleo para tener derecho a la indemnización por despido (el decreto-ley 326/1956 establecía esa antigüedad mínima en un

año) y, por el contrario, prevé un tope mínimo aplicable incluso a los casos en que la antigüedad en el empleo sea inferior a los tres meses.

El único caso en el que el despido injustificado no genera la obligación de indemnizar a la trabajadora hogareña es el caso en que la relación aun se encuentre en el período de prueba previsto en el art. 7 de la ley 26.844,⁽¹⁵⁾ notoriamente inferior al previsto en el régimen general.

9 | La actualización de la indemnización por despido

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

La norma resulta especialmente novedosa toda vez que abandona para el colectivo de las trabajadoras hogareñas el principio nominalista establecido en la ley de convertibilidad y mantenido en la ley de emergencia económica 25.561. En lugar de adoptar un índice determinado para proceder a la actualización, la norma deja al juzgador cierta flexibilidad en los parámetros que puede utilizar para realizar la actualización, siempre que dichos parámetros conduzcan a que los créditos mantengan su valor.

10 | Las herramientas destinadas a reducir la clandestinidad

Uno de los mayores problemas que afecta al colectivo de las trabajadoras hogareñas remuneradas es la clandestinidad, que en el sector supera todos los parámetros imaginables.

.....
(15) “Art. 7: Período de prueba. El contrato regulado por esta ley se entenderá celebrado a prueba durante los primeros treinta (30) días de su vigencia respecto del personal sin retiro; y durante los primeros quince (15) días de trabajo en tanto no supere los tres (3) meses para el personal con retiro. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa y sin generarse derecho a indemnización con motivo de la extinción. El empleador no podrá contratar a una misma empleada/o más de una (1) vez utilizando el período de prueba”.

El trabajo hogareño remunerado no sólo es la actividad con el mayor porcentaje de trabajo en negro, sino que también es el sector que concentra el mayor número absoluto de relaciones de trabajo clandestinas. Se trata, sin duda alguna, del **núcleo duro** del trabajo clandestino.

Quizás sin advertir esta realidad, las principales herramientas normativas destinadas a disuadir a los empleadores de mantener en la clandestinidad los vínculos laborales (leyes 24.013 y 25.323) excluyeron en forma más o menos expresa de su ámbito de aplicación a las trabajadoras domésticas; lo que equivale a renunciar por anticipado a una principal condición de eficacia. En efecto, si el sector que concentra el núcleo duro de la clandestinidad se encuentra excluido de la aplicación de esas leyes, éstas nunca podrán ser suficientemente eficaces.

En lo que va del siglo XXI, se incorporaron —en cambio— herramientas normativas valiosas destinadas a reducir los niveles de clandestinidad a través de incentivos para el blanqueo de las trabajadoras. Este tipo de herramientas dio muy buenos resultados, ya que permitió hacer descender el trabajo clandestino en el sector en forma significativa, pero —aun así— se advierte que los niveles de clandestinidad resultan todavía inaceptablemente altos.⁽¹⁶⁾

Con la sanción de la ley 26.844 se incorpora por fin una norma destinada a operar sobre las relaciones clandestinas a través de la duplicación de la indemnización por despido “cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviera registrada o lo esté de modo deficiente” (art. 50, ley 26.844). La fórmula es idéntica a la prevista en la ley 25.323 y, sea cual fuere su naturaleza —punitiva o indemnizatoria—, implica una importante carga económica para el empleador destinada a fungir como disuasivo de las situaciones de clandestinidad.

II | Conclusión

La sanción de la ley 26.844 constituye la principal novedad del año en nuestra disciplina. Se trata de una reforma legislativa que viene a modificar un régimen normativo injusto y discriminatorio que se aplicó durante más de medio siglo al colectivo de mujeres trabajadoras más importante del país.

(16) CATANI, ENRIQUE, “La situación social...”, *op. cit.*, pp. 266/267.

La reforma da respuesta a los sólidos cuestionamientos constitucionales que pesaban sobre el régimen derogado que —a partir de una mirada sensible a las cuestiones de género— comenzaban a abrirse paso entre la doctrina y la jurisprudencia.

En materia de indemnización por despido, el nuevo régimen equipara —en líneas generales— a las trabajadoras hogareñas remuneradas con los trabajadores incluidos en el régimen general y establece por primera vez para este colectivo de trabajadoras un régimen indemnizatorio que cumple con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario.

Por la magnitud que el trabajo hogareño remunerado tiene en nuestro país, y especialmente por lo que representa en materia de empleo femenino, es dable esperar que esta reforma normativa impacte fuerte y positivamente en las condiciones de trabajo de las mujeres en general.

El mejoramiento de las condiciones de vida materiales y simbólicas de las trabajadoras hogareñas remuneradas debería conducir a una mayor profesionalización del sector, y ello permitirá iniciar un debate profundo y complejo acerca de la importancia económica del trabajo hogareño en general —remunerado y no remunerado—, y el necesario reconocimiento en materia de protección social de las mujeres que lo prestan.

La problemática del art. 248 LCT y la interpretación del derecho

por **GRACIELA ELENA CIPOLLETTA**⁽¹⁾

I | Introducción

Para analizar el tema que nos ocupa, lo primero que debemos preguntarnos es: ¿la norma legal puede nacer en forma mágica o sólo el legislador puede establecer la regla jurídica?

A nuestro juicio, la mayoría de los lectores contestarán negativamente al primer supuesto, ya que ello nos sumergiría en la inseguridad jurídica más absoluta, por cuanto nunca sabríamos con certeza qué está prohibido o qué está permitido, quedando al arbitrio de las circunstancias o a la voluntad del ocasional intérprete del derecho aplicable.

El sistema republicano de gobierno establece claramente quiénes y en qué circunstancias pueden crear normas jurídicas, las que deben responder a la voluntad expresa del legislador.

.....

(1) Abogada-Notaria. Profesora Regular de Derecho de la Seguridad Social en la carrera de Relaciones Laborales en la UBA. Profesora de Derecho de la Seguridad Social en la carrera de Recursos Humanos de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesora del Posgrado de Derecho de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho en la UBA. Ex Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Vicepresidente del Instituto de Seguridad Social del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal desde el 12 de mayo de 1997. Ha dictado numerosos cursos y conferencias sobre su especialidad.

En este punto basta recordar los innumerables precedentes de la Corte Suprema de Justicia en materia de interpretación del derecho.

El fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador y la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras, que deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, partiendo de la base de que no son superfluas sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (“Piccardo, Enrique c/ Caja de Jubilaciones Marina Mercante”, 06/11/1944, Fallos, 200:165).

Si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, y además la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto (“Baliarda, José Luis”, 02/07/1981, Fallos, 303:917; en este sentido, véase: “Capitán, Jorge Santana”, 27/06/1985, Fallos, 307:1018).

Por lo tanto, el primer paso que debe dar el intérprete es analizar la letra de la ley y la voluntad del legislador al dictarla. Al respecto dice Vernengo:

“El fundamento de validez de una norma es, por definición, otra norma que regula su procedimiento de creación. Es la norma que faculta a un individuo a producir normas que, a su vez, tienen fuerza obligatoria (...) La norma superior que funciona como fundamento de validez de una inferior, prescribe básicamente el procedimiento de creación o producción de la norma inferior”.⁽²⁾

En el derecho laboral, la norma jerárquica superior que permite al Poder Legislativo el dictado de las leyes de fondo se encontraba en el art. 67, inc. 11 (texto de la Constitución Nacional 1853, reformada en 1957) y se encuentra hoy en el art 75, inc. 12 que reza (texto constitucional conforme la reforma de 1994):

.....

(2) VERNENGO, ROBERTO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Editorial Depalma, 1976, p. 319 y ss.

“12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Parece, entonces, muy razonable entender que sólo el Poder Legislativo puede dictar normas de fondo de derecho del trabajo, así como sustituirlas, derogarlas, abrogarlas o modificarlas.

La teoría general del derecho dice: “La anulación de una norma, como acto productor de derecho, es una actividad normada. Es, por decir, un dato que el jurista, que pretende conocer el derecho, debe tomar en cuenta. Forma parte del material normativo y fáctico que el jurista elabora cuando conoce el derecho”.⁽³⁾

No obstante todo lo expuesto, el art. 248 LCT, que trata la indemnización por muerte del trabajador, ha suscitado numerosos conflictos de interpretación⁽⁴⁾ aunque el legislador nunca modificó, sustituyó o de modo alguno alteró expresamente su texto.

(3) Ver VERNENGO, ROBERTO, *op. cit.*, p. 393.

(4) Jurisprudencia relevante, entre otros: Cám. Nac. del Trab., Sala I, “Carro, Martha E. c/ Mercería Merinos S.R.L.”, 19/11/2004., en *DT*, 2005 (junio), 804 y en *Revista Jurídica La Ley* 2005-A, p. 657, y en *IMP* 2005-A, p. 857; Cám. del Trab. de San Fco., “Lucero Juan y otros c/Sancor Cooperativa Unidas Limitadas - Demanda Indemnización art. 248”, sent. N° 57, 25/10/2006; Cám. Nac. del Trab., Sala X, “Zarza, Rosa N. c/ Consorcio de Prop. Mansilla 2701/11 esq. Dr. Quirno Costa 1208/14/18/24/28”, 23/06/2003, en *DT*, 2004 (enero), p. 54; Cám. Nac. del Trab., Sala VI, “Denver Farma SA c/ Prieto, Marcela I. y Otros”, 31/10/2006, en *DT*, 2007 (febrero), p. 213, y en *IMP* 2007-5 (marzo), p. 512; Cám. del Trab. de Córdoba, Sala IX unipersonal, “Sánchez, Héctor Humberto c. Ramondelli y Aime S.R.L.”, 11/09/2008, en *LLC*, 2008 (diciembre), p. 1276; Cám. Nac. del Trab., Sala VI, “Rodríguez, Marta c/ San Yago SA”, 07/11/2002, en *DT* 2003-A, p. 556; Cám. Nac. del Trab., Sala III, “Franco, Silvia M. c/ Consorcio de Prop. Pedro Moran 3590/92/94

2 | La cuestión planteada

El texto en análisis dice:

“...Indemnización por antigüedad - Monto - Beneficiarios -

Art. 248.– En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviera divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador”.

Su letra remite claramente al artículo 38 del texto de la ley 18.037, texto ordenado en 1976. Este texto, a su vez, dice:

“**Art. 38.**– En caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

.....
y otro”, 25/08/2004, en *Revista Jurídica La Ley*, 20/10/2004, p. 14, y en IMP 2004-B, p. 2644 y en TySS 2004, p. 959.

1° – La viuda, o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha de su deceso, en concurrencia con:

a) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad;

b) Las hijas solteras y las hijas viudas que hubieran convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años inmediatamente anteriores a su deceso, que a ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años y se encontraran a su cargo, siempre que no desempeñaran actividad lucrativa alguna ni gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo, en estos últimos supuestos, que optaren por la pensión que acuerda la presente;

c) Las hijas viudas y las hijas divorciadas o separadas de hecho por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria de éste, todas ellas incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente;

d) Los nietos solteros, las nietas solteras y las nietas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos huérfanos de padre y madre, hasta los dieciocho años de edad.

2° – Los hijos y nietos, de ambos sexos, en las condiciones del inciso anterior.

3° – La viuda, o el viudo en las condiciones del inciso 1°, en concurrencia con los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente.

4° – Los padres, en las condiciones del inciso precedente.

5° – Los hermanos solteros, las hermanas solteras y las hermanas viudas, todos ellos huérfanos de padre y madre y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad.

La precedente enumeración es taxativa. El orden establecido en el inciso 1° no es excluyente, pero si el orden de prelación establecido entre los incisos 1° a 5°.

A los fines de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación está facultada en sede administrativa para decidir acerca de la validez y efectos jurídicos de los actos del estado civil invocados por el beneficiario.

La pensión es una prestación derivada del derecho a jubilación del causante, que en ningún genera, a su vez, derecho a pensión”.

Observe el lector que no hicimos la transcripción diciendo “decía” sino “dice” , por cuanto el hecho que la norma hubiere sido derogada no deja de estar contenida en el texto del propio artículo 248 LCT.

La ley 23.570 produjo modificaciones con fecha 25 de julio de 1988 sin hacer referencia alguna a la LCT, por lo cual no incluimos esta modificación en la remisión.

Antes de avanzar con las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia cabe hacernos las siguientes preguntas: el legislador del texto laboral, ¿quiso otorgar el derecho al cobro de la indemnización al listado de parientes del trabajador enumerados en la ley de jubilaciones?

En ese caso, ¿fue sólo una forma de enumeración? O ¿quizá el legislador quiso dar el derecho sólo a aquellos que tenían derecho a pensión? En este caso, ¿puede un cambio en los derechohabientes con derecho a pensión modificar la voluntad primigenia?

El conflicto estalla con la sanción de la ley 24.241 que deroga la ley 18.037 y, al mismo tiempo, la deja vigente para todo lo que se refiera al concepto de remuneración, estableciéndose expresamente que “Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia”.

Dice la Ley 24.241

“Artículo 168.– Deróganse las leyes 18.037 y 18.038, sus complementarias y modificatorias, con excepción del artículo 82 y los artículos 80 y 81 que se sustituyen por el siguiente texto: (Artículos 80 y 81, ley 18.037): Las cajas reconocedoras de servicios deberán transferir a la caja del organismo otorgante de la prestación, los aportes previsionales, contribuciones patronales, y las sustitutivas de estas últimas si las hubiera. Deben considerarse incluidos en la transferencia que se establece por la presente, los cargos que adeude el beneficiario, correspondientes a los servicios reconocidos, a efectos de su amortización ante la caja otorgante. La transferencia deberá efectuarse en moneda de curso legal en forma mensual y de acuerdo al procedimiento que se determine en la reglamentación. Será organismo otorgante de la prestación cualquiera de los comprendidos en el sistema de reciprocidad, en cuyo régimen se acredite haber prestado mayor cantidad de años de servicio con aporte. En el caso de que existiese igual cantidad de años de servicio con aportes el afiliado podrá optar por el organismo otorgante. Queda derogada la ley 18.038, sus complementarias y modificatorias, todo con la salvedad de lo que disponen los artículos 129,156 y 160 de la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

(...) **Artículo 191.**– A los efectos de la interpretación de la presente ley, debe estarse a lo siguiente:

- a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia;
- b) Cumplida la condición establecida en el artículo 129 de la presente ley, las referencias que la legislación vigente haga a las leyes 18.037 y 18.038, en cuanto al concepto de remuneración a aportes o contribuciones vinculadas a dicho concepto, debe entenderse como hechas, en lo pertinente, a lo prescripto en los artículos 6º y 11 de la presente...”.

Por lo tanto, cabe ahora preguntarnos: ¿la sanción de la ley 24.241, que nada dice sobre la LCT, produjo modificaciones en el art. 248 LCT?

Para responder la pregunta y antes de transcribir lo expuesto por diversos autores, recordemos las reglas de interpretación del derecho dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos precedentes, que dicen:

- a. La interpretación no puede crear la ley: "No puede, por interpretación, realizarse lo que no podría hacerse por disposición expresa de la ley" ("Ventura Montaña, Juan", 22/09/1870, Fallos, 9:382).
- b. Ante dos interpretaciones posibles ha de estarse a la que conserva derechos: "Toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicas posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye" ("Perón, J. D.", 25/07/1960, Fallos, 247:387).
- c. Cuando la ley enumera en forma taxativa se excluyen los restantes: "Es regla de interpretación lógica que cuando la ley menciona taxativamente los sujetos u objetos de un derecho, sin ampliarlos con ninguna generalización, excluye a los no incluidos o nombrados" ("Quiroga Alí, Héctor c/ Soc. Industria Química en Basilea", 24/03/1939, Fallos, 183:228).
- d. Cuando el texto es claro no corresponde apartarse so pretexto de evitar incongruencias:
"Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación" ("Bergamino, Juan c/ Instituto Nacional de Previsión Social", 25/04/1949, Fallos, 213:405).
- e. Donde la ley no distingue no debemos distinguir, bajo ningún pretexto: "Cuando la ley hace una distinción en términos que no dejan lugar a dudas, a ellos hay que atenerse, se la considere o no bien motivada" ("Frigorífico Armour .c/ lancovich, Jorge", 07/05/1948, Fallos, 210:989).
- f. No se presume la derogación de la ley: "La derogación de las leyes no se presume" ("Escorihuela y Cía. c/ Provincia de Mendoza", 31/05/1939, Fallos, 183:470).

3 | Valoración académica de la cuestión

La doctrina ha tratado el tema en especial al analizar el articulado de la Ley de Contrato de Trabajo y, al respecto, se ha sostenido:

"Desde el punto de vista práctico la ley laboral hace una remisión expresa a una norma que ha sido derogada (el art. 38, ley 18.037) por lo que, en principio, lo más razonable resultaría concluir que, en la actualidad, la remisión debe juzgarse efectuada a la norma vigente y aplicable en la materia que no es otra que el art. 53 de la ley 24.241 que enumera los sujetos con

derecho a pensión dentro del marco previsional (conf. crit. Bossert, “régimen Jurídico del concubinato”, p. 234; Martínez Vivot, “Elementos”, p. 409; Etala, “Contrato”, p. 559; Carcavallo, “De cónyuges y Concubinas y de la familia del trabajador”, en *DT*, 1998-B-1457).⁽⁵⁾

Resulta discutible si se debe aplicar el art. 38 de la ley 18.037 —que fue derogado por el art. 168 de la ley 24.241— o la norma que lo reemplazó, que es el art. 53 de la ley 24.241. Parte de la jurisprudencia y la doctrina (Rodríguez Mancini; Carlos Etala, por ejemplo) se inclinan por este último criterio, debiendo destacarse que en caso de contradicción con lo dispuesto en el art. 248 LCT, se debe estar a lo que resulte más favorable a la concesión del beneficio (esto se observa en la duración de la convivencia).

Otra postura doctrinaria (Vázquez Vialard; Machado, por ejemplo) sostiene que se debe aplicar el art. 248 conforme a su redacción histórica en tanto remite a la nómina del art. 38 de la ley 18.037. Se puede arribar a esta conclusión no por la utilización del principio *in dubio pro operario* (art. 9 LCT) ya que no se puede afirmar que en todos los supuestos esta disposición es la más favorable. Si bien es cierto que la aplicación de la nómina del art. 38 de la ley 18.037 es más favorable —en términos generales— a la del art. 53 de la ley 24.241, ya que incluye a beneficiarios que no están incluidos en ésta (por ejemplo los padres o hermanos del trabajador sin familia nuclear recudida propia), no se debe olvidar que no incluye como beneficiario al conviviente de sexo masculino ni permite extenderlo a uniones afectivas *more uxorio* entre personas del mismo sexo.

El fundamento de la aplicación de la nómina del art. 38 de la ley 18.037 reside en que el art. 248 no utiliza una fórmula elástica —por ejemplo: personas con derecho a pensión “según las leyes de seguridad social”— sino que es preciso al establecer el universo de beneficiarios. Además, en determinados supuestos, lo que se importa no es una norma sino un texto que se incorpora al cuerpo legal importador, tratándose en consecuencia, más que de remisión, de “incorporación” (como acción y efecto de “unir varias cosas para que hagan un todo”). En el caso de anteriores leyes de las accidentes de trabajo o del art. 248 LCT, “se trata de incorpo-

(5) POSE, CARLOS, *Ley de Contrato de Trabajo*, Ed. Grinberg, 2001, p. 247.

raciones pétreas que no se ven afectadas por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal jubilatorio, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes". Este criterio es sostenido jurisprudencialmente por la Dra. Kunath —Fiscal General Adjunta ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo— en dictamen del 29/05/2000 (con cita de Eduardo Perugini) que hiciera propio la Sala I en autos "Pérez Lindo, Roges y otro c/ Ichazú, Alfredo y otros s/ accidente ley 9.688".⁽⁶⁾

"Los acreedores a la indemnización por muerte —que es equivalente a la del art. 247— son los derechohabientes enumerados en el art. 53 de la ley 24.241; tienen derecho a percibirla con la sola acreditación del vínculo (les corresponde *iure proprio*) y según el orden y prelación allí establecidos.

El art. 53 de la ley 24.241 enumera como derechohabientes a la viuda o el viudo; también incluye a la conviviente o el conviviente si el causante hubiese estado separado de hecho o legalmente o fuera soltero, viudo o divorciado, y hubiera convivido en aparente matrimonio 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; en caso de existir hijos reconocidos por ambos convivientes el plazo se reduce a 2 años".⁽⁷⁾

"...Dada la índole de la relación laboral y el carácter personal de la prestación debida por el empleador, la muerte de este produce ipso facto la extinción del contrato (art. 248 LCT). Como consecuencia del hecho, la citada norma establece que ciertos familiares, los que en ese momento tenían vocación previsional (no los que enumera el art. 3565 y ss., Cod. Civil), percibirán una indemnización (ésta se genera en cabeza de las personas mencionadas; no se trata de una sucesión). Al efecto, hace referencia a los enumerado en el art. 38 del dec-ley 18037/69 (t.o. 1974) —vigente a la fecha de la sanción de esa norma—, con derecho a pensión jubilatoria".⁽⁸⁾

"Derechohabientes. Adquisición del carácter de beneficiario. Según puede consultarse en cualquier estudio sobre el tema, el art. 248 LCT se apartó de

(6) GRISOLÍA, JULIO A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Doctrina. Legislación. Jurisprudencia)*, 5ta. ed., Ed. Depalma, 2001, p. 717/718.

(7) GRISOLÍA, JULIO A y SUDERA, JOSÉ A., *Leyes del Trabajo Comentadas*, Bs. As., Ed. David Grinberg Libros Jurídicos, 2000, pp. 250/251.

(8) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T I, 9ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2001, p. 628; citado en *Digesto Práctico, Ley de Contrato de Trabajo II*, 1ª ed., Avellaneda, La Ley, 2003, p. 861.

los precedentes legislativos en cuanto sujetó el acceso al beneficio a que el derechohabiente pruebe el vínculo mejor situado dentro de la prelación legal, excluyendo en cambio el requisito exigido por la ley 11.729 (modificatoria del art. 157, inc. 8 del Cod. Com.) a saber, que debían concurrir igualmente las otras 'condiciones' establecidas por la ley previsional en orden a la calidad del pensionado. En efecto, la expresión mediante la sola acreditación del vínculo que se incorporó al texto legal, sumada a la supresión de la anterior mención a tales 'condiciones', no puede juzgarse sino como un propósito deliberado de limitar la remisión al listado taxativo de vínculos enunciados y a la jerarquía y orden de exclusión que resulta de la nómina".⁽⁹⁾

Como puede observarse, la doctrina no ha sido pacífica. Del mismo modo tampoco lo ha sido la jurisprudencia.

4 | Valoración jurisprudencial de la cuestión

La jurisprudencia no ha sido unánime sobre el tema. A modo de ejemplo, hemos seleccionado diversos fallos que tratan de diferente manera la problemática legal señalada.

4.1 | Fallos donde se reemplaza el texto del art. 248 LCT referido al art 38 de la ley 18.037 por el art. 53 de la ley 24.241

"Tanto porque el art. 38 de la ley 18.037 ha sido derogado como por entender que la remisión del art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo se encuentra referida al art. 53 de la ley 24.241, no cabe duda que no existe orden de prelación alguno entre los distintos derechohabientes beneficiarios de la indemnización prevista por el mencionado artículo, con la salvedad de las exclusiones o concurrencias previstas en relación a la figura de la concubina". Cámara Nacional de Apelaciones del

(9) MACHADO, JOSÉ D., "La muerte y el contrato de trabajo", en *RDL*, 2000-2, p. 155; citado en *Digesto Práctico, Ley de Contrato de Trabajo II*, 1ª ed., Avellaneda, La Ley, 2003, p. 861.

Trabajo, Sala II, "Lisandro de La Torre SA c/ Franco, Yolanda Noemí y otro s/consignación", 28/02/2013, en *La Ley Online*, AR/JUR/4962/2013.

"Si bien el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo aludía a un orden de prelación —art. 168 de la ley 24.241—, el art. 53 de la ley 24.241, que sustituyó las previsiones contenidas en el art. 38 de la ley 18.037 no prevé orden de prelación alguno por lo que no puede entenderse que el orden de prelación anterior subsista. Corresponde otorgar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo a la ex cónyuge divorciada con derecho a alimentos y a la concubina, no pudiendo esta última excluir a la primera, dado que para resultar acreedor a la indemnización mencionada basta con que los derechohabientes prueben el vínculo, prescindiendo de acreditar los otros requisitos establecidos por la normativa previsional".⁽¹⁰⁾

4.2 | Fallos que aplican el texto del art. 248 LCT admitiendo el art. 38 de la ley 18.037 pero con las modificaciones de la ley 23.570

"El hecho de que la concubina del trabajador fallecido no haya sido declarada heredera y no tenga un derecho subjetivo reconocido por la legislación civil para recibir alimentos, no obsta a su legitimación procesal para reclamar las indemnizaciones derivadas del despido del causante, ya que si el legislador le ha reconocido el derecho a reclamar en supuestos sustancialmente idénticos como son las remuneraciones e indemnizaciones reconocidas en los arts. 123, 156 y 248 LCT cabe entender que este ha contemplado a la familia como destinataria de los créditos alimentarios, erigiéndola como titular *iure proprio*".

El doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo dijo, en estos autos: "En este punto resulta oportuno destacar que, si bien es cierto que la actora no fue declarada, en sede civil, como heredera del causante, (resolución del 10 de marzo de 2009 fs. 92), no es menos cierto que este hecho no obsta, a que la accionante sea acreedora de las indemnizaciones reclamadas en la presente causa, máxime, teniendo en cuenta que llega firme a esta alzada su carácter de concubina del 'de cujus'".

(10) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, "Gador SA c/ I., S. M. y otros", 12/03/2010, en *La Ley Online*, AR/JUR/11956/2010

Me explico: los arts. 248 L.C.T., 53 de la ley 24.241 y 38 de la ley 18.037 —modificado por la ley 23.570— establecen que la persona conviviente se encuentra legitimada para reclamar los créditos específicos que surgen con el deceso del trabajador (carácter *iure proprio*), mientras que en los supuestos en que se pretenden acreencias *iure successionis* que forman parte del patrimonio del causante a la fecha de su muerte, la concubina carecería de la mentada legitimación.⁽¹¹⁾

4.3 | Fallos que aplican el art. 248 conforme el texto del art. 38 de la ley 18.037

“A fin de determinar si corresponde otorgar al hijo de una trabajadora fallecida la indemnización del art. 248 de la LCT debe entenderse que es aplicable la remisión efectuada por la referida normativa a la derogada Ley 18.037 y no a la ley 24.241, ya que el campo potencial de titulares de la prestación que hace referencia el art. 53 de esta última es menor que el contemplado por la primera y en esta materia como en la seguridad social no se debe llegar al desconocimiento de derechos o interpretarlos de manera que se desconozca la protección al trabajo y los beneficios de la seguridad social conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues, ello atentaría contra la cláusula del progreso —art. 75 inc. 19 de la CN— y afectaría el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales —art. 75, inc. 23 de la CN—.

Bajo la consideración de estas premisas aplicables al caso bajo estudio, concluyo anticipadamente en que el art. 248 LCT, en la forma que fue concebido por el legislador, no deja duda alguna que su contenido se integra, mediante remisión al texto ‘pétreo’ del art. 38 del decreto-ley 18.037 y no al régimen previsional vigente al tiempo de su aplicación.

A tal fin tengo particularmente en cuenta no sólo los términos claros en que fue redactado el primer párrafo del artículo sino también la técnica legislativa utilizada en la construcción de esta norma, en particular, la del párrafo tercero. En efecto, cuando en el artículo se hace mención a las otras indemnizaciones a que tienen derecho los causahabientes

(11) ver Dictamen 42934 del 25/09/2006, “Martínez Ángel Norberto c/ Capyna S.A. s/ Dif. Salarios” Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, “Alvarez, Elena Eufrasia c/ Di Loreto Juan Carlos Alfred s/despido”, 29/11/2011, en La Ley Online, AR/JUR/78651/2011.

del trabajador fallecido, en forma genérica menciona a 'la ley de accidentes de trabajo', mas no la individualiza por su número en la misma forma que lo hizo con la ley jubilatoria. Luego, puede advertirse que para construir la norma, al legislador no le resultó indiferente la forma en que dispuso remisiones a otros textos legales, ajenos a la propia ley. De lo contrario, hubiera utilizado una misma manera de referenciar otras legislaciones, ya empleando en la construcción del primer párrafo, la expresión '...los causahabientes con derecho a pensión conforme al régimen previsional...' u otra expresión similar; ya individualizando concretamente en el tercer párrafo la ley de accidentes de trabajo vigente al tiempo de su sanción.

La precisa letra del articulado y esta distinta forma de construir su contenido normativo, frente a circunstancias análogas, a criterio del suscripto, es un claro indicio revelador de la real intención del legislador en lo que respecta a la designación de los beneficiarios de la indemnización y que son '...las personas enumeradas en el art. 38 del decreto-ley 18.037' y no otras".⁽¹²⁾

"El hecho de que el único hijo del trabajador fallecido sea mayor de 18 años de edad no obsta a que se le reconozca legitimación activa para percibir la indemnización por fallecimiento, ello atento la remisión que efectúa el art. 248 LCT al art. 38 de la ley 18.037. Toda vez que el plenario 'Kaufman' se centra en la interpretación del alcance del art. 248 LCT y no de la norma previsional a la que aquél remite, la derogación del art. 38 de la ley 18.037 como consecuencia de la sanción de la ley 24.241 carece de relevancia al momento de evaluar la aplicabilidad del citado plenario. La remisión que efectúa el art. 248 LCT al art. 38 de la ley 18.037 a fin de determinar quiénes resultan beneficiarios de la indemnización por fallecimiento del trabajador, es una incorporación pétrea que, como tal, no se ve afectada por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal en materia jubilatoria, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes".⁽¹³⁾

(12) Cámara en lo Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Río Tercero Chiaraviglio, "Cristian Daniel c/ LV 26 Radio Río Tercero SRL s/ demanda laboral", 27/10/2011, en: LLC, 2012 (febrero), 105, AR/JUR/84991/2011.

(13) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, "Sturniolo, Matias Enrique c/ Administración Federal de Ingresos Públicos", 28/04/2010, en La Ley Online, AR/JUR/17496/2010.

4.4 | El Plenario Kaufman

El plenario Kaufman⁽¹⁴⁾ resulta inaplicable a la cuestión que nos ocupa por cuanto fue dictado en agosto de 1992, cuando aún la ley 24.241 no había sido sancionada. No obstante, el tema allí en análisis también guarda relación con la problemática de la interpretación del derecho habiendo sentado jurisprudencia en cuanto a la desvinculación entre los parientes enumerados en el art. 38 de la ley 18.037 y el derecho a pensión, lo cual ratifica la posición, a la cual adherimos, respecto de que los legitimados a la percepción de la indemnización por muerte son los parientes enumerados en el artículo citado con independencia de a quienes la ley jubilatoria vigente concede el beneficio pensionario.

5 | Breves conclusiones

Como pudo observar el lector, la problemática merecería una reforma que clarifique la cuestión, a fin de dar seguridad jurídica a la totalidad de las partes involucradas.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que en materia social, tal como sostiene Bernabé Chirinos⁽¹⁵⁾ el principio de la no retrogradación

(14) KAUFMAN, JOSÉ L., C. "Frigorífico y Matadero Argentino S.A.", 12/08/1992, en *La Ley* 1992-E, p. 126; en *DT* 1992-B, p. 1872; en *DJ* 1992-2, p. 542, AR/JUR/1532/1992.

"En caso de muerte del trabajador las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 (t.o. 76), tienen derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 248 de la ley de contrato de trabajo (Adla, XXXVI-D, 3082; XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) con la sola acreditación del vínculo y el orden y prelación, sin el cumplimiento de las demás condiciones establecidas para obtener el derecho a pensión por la misma norma".

Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, "Blanco, Cristina y otro c/ Asociación Civil Club Atletico Velez Sarsfield s/ indemn.por fallecimiento", 10/06/2011.

Al respecto se ha señalado que la norma vigente —es decir el art. 53 de la ley 24.241— tiene un menor contenido tutelar que las directivas previsionales que la precedieron que, bajo ciertas condiciones, consideraban titulares del beneficio previsional a padres, nietos e, incluso, hermanos y hermanas del causante, lo que traduce una involución normativa que puede ser cuestionada judicialmente, incluso por razones de rango constitucional, máxime que la Corte Suprema juzgó aplicable en la materia el principio de progresividad (ver LODI FE; CIPOLLETTA; LLANA; y PAWLOWSKI DE POSE, *Régimen previsional argentino*, Rubinzal-Culzoni, p. 212).

(15) CHIRINOS, BERNABÉ, *Tratado de derecho de la seguridad social*, Editorial La Ley, 2011, p. 64.

de derechos (prohibición de regresividad) obliga a respetar el derecho de aquellos parientes del fallecido que se encuentran enumerados en el art. 38 de la ley 18.037 y que fueron excluidos en la era neoliberal con la sanción del art. 53 de la ley 24.241.

Asimismo y atento la evolución de la realidad social, la nueva norma debería agregar al conviviente en los términos de la ley 23.570, aclarándose expresamente la incorporación de los matrimonios celebrados bajo la ley 26.618, ya que esta última situación no puede haber estado prevista en el legislador anterior.

Resultaría sumamente grave, por violatoria del art. 14 bis CN, cualquier modificación que excluya a los beneficiarios enumerados en el art. 38 de la ley 18.037. La supresión de los padres,⁽¹⁶⁾ a modo de ejemplo, sería inconstitucional e incongruente con las modificaciones que debieron efectuarse a la ley 24.557, cuyo texto original era el resultado de la misma etapa legislativa de la ley 24.241.

(16) "El derecho de los hermanos a la reparación por muerte que estipula el art. 248 de la ley de contrato de trabajo", en PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA L., en *DT*, 2012 (abril), p. 897.

Extinción del contrato de trabajo en la ley de trabajadores de casas particulares: la muerte del empleador

por **LILIANA DEL VALLE GÓMEZ**⁽¹⁾

La ley 26.844 de personal de casas particulares dispone en su art. 72 inc. a), la sustitución del inc. b) del art. 2° de la ley 20.744 de contratos de trabajo, y allí determina que sus previsiones le serán aplicables en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico, o cuando así lo disponga expresamente.

En ese contexto, y superada la discusión sobre la naturaleza del vínculo que relaciona a quien presta determinadas clases de servicios en una casa particular y quien contrata la prestación de los mismos —por cuanto claramente ha quedado establecido que se está ante un típico contrato de trabajo (art. 1°, ley 26.844; y art. 21, LCT)—, la ley especial regula la extinción del contrato de trabajo de modo similar a la prevista en la norma general, pudiendo en un primer momento considerarse suficiente la remisión —en lo que respecta a dicho instituto— a lo estipulado en la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin embargo, la norma ha fijado de modo expreso los distintos supuestos de extinción del contrato (art. 46) así como la indemnización que en

.....

(1) Abogada, relatora en la Sala Laboral y Criminal del STJ de Santiago del Estero. Miembro del Ateneo del Derecho del Trabajo de Santiago del Estero.

cada caso pudiere corresponder (arts. 48, 49 y 50), pero lo ha hecho de modo similar mas no igual, por cuanto algunas causales no han sido reguladas del mismo modo que en la norma general, lo cual justifica que no se haya limitado a remitir o incluir expresamente las disposiciones de la LCT sobre la extinción del contrato, particularmente la de la muerte del empleador (art. 46 inc. e) y el de la muerte de la persona cuyo cuidado o asistencia hubiera motivado la contratación (art. 46, inc. f), causales —a diferencia de las restantes—, que tienen un tratamiento especial.

Estas causales pueden resultar de mayor interés justamente por la regulación especial que las mismas tienen. Por lo tanto, y para una mejor comprensión de al menos de una de ellas —la de la muerte del empleador—, partiremos de un panorama general del instituto de la extinción del contrato en el marco de este régimen especial, para detenernos en esa causal comparándola con lo regulado para lo mismo en la LCT, en constante referencia a los conceptos básico del contrato de trabajo contenido en dicha normativa general (ley 26.844, art. 1º, segundo párrafo), y a la luz de los principios del derecho del trabajo vigentes también en la regulación especial.

I | Extinción del contrato de trabajo en la ley 26.844

El régimen particular bajo estudio establece como causales de extinción la incapacitación permanente y definitiva del trabajador, su jubilación y su muerte, como así también su renuncia, abandono de trabajo y denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa. Prevé, por otro lado, la extinción como consecuencia de la muerte del empleador o de la persona cuya asistencia personal hubiera motivado la contratación, así como la del despido sin justa causa dispuesta por el empleador o la denuncia que el mismo hiciera del contrato fundado en justa causa.

De este modo, el régimen especial fija las mismas causales de extinción que las previstas en la ley de contrato de trabajo, aunque en algunos casos, como el de la muerte del empleador, prevé un tratamiento diferente, quedando a la vez situaciones sin contemplar que merecen ser tenidas en cuenta.

El régimen especial anterior (decreto-ley 326/1956 y su reglamentario 7979/1956) —derogado por el art. 75 Ley 26.884—, preveía como modos de extinción del contrato de trabajo el despido directo, el indirecto, y el que habilitaba al empleador a despedir al trabajador en caso de vencimiento del plazo de licencia por enfermedad sin que este último pudiese regresar a sus tareas.

No obstante ello, la realidad superaba a la norma debido a las numerosas situaciones que podían prepresentarse como causales de extinción del contrato de trabajo doméstico, que debían ser materia de pronunciamiento ante la falta de previsión legal y que generaron diversas posturas jurisprudenciales. Por un lado, se propiciaba la resolución de los conflictos con fundamento en el Código Civil o por aplicación analógica de la ley de contrato de trabajo que preveía dichas situaciones (art. 16 CC)⁽²⁾; por otro, se rechazaban los reclamos indemnizatorios en el marco de dicho régimen por no estar la causal establecida en el mismo:

“Es improcedente el reclamo de indemnización por antigüedad y sustitutiva de preaviso entablada por quien se desempeñaba como trabajadora de servicio doméstico en los términos del decreto 326/56 (Adla, XVI-A, 106), toda vez que esgrimió como causa de extinción del contrato el fallecimiento del empleador, pues, no se trata de un supuesto contemplado dentro del citado régimen como instituto que genere derecho al trabajador a indemnización alguna”.⁽³⁾

Es por ello que la incorporación de los restantes supuestos ha resultado un importante avance en materia de protección de los derechos del trabajador comprendido dentro del ámbito personal de la norma, quedando con la nueva redacción del art. 2° LCT, cubiertas también todas aquellas contingencias con capacidad extintora del contrato que no han sido expresamente contempladas en el régimen especial, como por ejemplo la provocada por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (art. 247 LCT).

(2) CÁMARA DE TRABAJO DE PARANÁ, Sala I, “Velásquez c/ Rabey y otra”, 23/03/00; REVIRIEGO, JOSÉ MARÍA, *Trabajadores del Servicio Doméstico*, 2da ed., Bs. As., Astrea, 2004, p. 162.

(3) CÁMARA DEL TRABAJO DE CÓRDOBA, Sala 10, “Torresi, Nélida Vicenta c/ Sucesión de José Alberto Cervelli y otros”, 11/03/2008.

2 | La muerte del empleador en la LCT

La muerte del empleador como causal de extinción del contrato de trabajo, representa a mi entender una de las incorporaciones más novedosas e interesantes en materia de extinción del contrato de trabajo atento que su regulación difiere sustancialmente de la del régimen general.

En efecto el art. 249 LCT no le otorga efecto disolutorio a la muerte por sí misma, continuando el contrato con sus sucesores, a excepción del contrato donde la persona de empleador ha resultado “la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría seguir” (art. 249 LCT). Como bien lo señala Raúl Ojeda “no es la muerte del empleador o su inhabilidad sobreviniente o su jubilación las que producirán la extinción del contrato sino la imposibilidad material de cumplir con su objeto en tanto dependía para su subsistencia (tenga o no éxito) de las condiciones personales del empleador”.⁽⁴⁾

En igual sentido, Alejandro Sudera, resalta que

“el contrato de trabajo es *intuitu personae* en relación al trabajador, y esta es una regla pétrea en materia de sujetos del contrato de trabajo que no admite excepción alguna. Pero por el contrario, la regla en relación con la persona del empleador es su fungibilidad, sin que por ella se vea afectada la subsistencia misma del contrato —determinante de una posibilidad de novación que no empece la prosecución de la prestación laboral— dependiente en el marco del vínculo contractual”.⁽⁵⁾

En efecto, en el marco de la LCT, el contrato de trabajo se extingue por muerte del empleador “cuando sus condiciones personales o legales, ac-

(4) OJEDA, RAÚL H., “La Extinción del Contrato de Trabajo por muerte del empleador”, en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011, t. III, p. 514 .

(5) SUDERA, ALEJANDRO, “Extinción del Contrato por muerte e incapacitación del empleador” en Mario Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 212.

tividad profesional u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales esta no podría proseguir". Dicha enumeración "es descriptiva de un supuesto de excepción, en el cual la persona del empleador es un elemento esencial del contrato de trabajo, de modo tal que su ausencia impide que el contrato pueda ser continuado por sus herederos".⁽⁶⁾

Sin embargo, de conformidad con el principio de conservación del contrato de trabajo, receptado por el art. 10 LCT, y dada la fungibilidad del empleador como sujeto, la regla en relación con su fallecimiento es la continuidad.⁽⁷⁾

En suma, el art. 249 LCT le otorga efecto extintivo a la muerte del empleador únicamente si sus condiciones personales, o de actividad, u otra, han sido la causa determinante de la relación y sin la cual el contrato de trabajo no podría seguir, pero ello debe ser acreditado.

Raúl Ojeda, en su comentario al art. 249 LCT, afirma que

"resulta insuficiente para tener por configurado el despido por causa del fallecimiento del principal (art. 249, ley 20.744) el solo argumento de sus derechohabientes de que la causa del distracto obedece a la muerte sin indicación alguna de las consecuencias que tal acontecimiento provocó en la continuidad de la explotación, pues para ello es necesario probar que su desaparición resulta irremplazable y que la actividad no puede continuar sin su presencia. Luego de ello no se podrá responsabilizar en forma personal a los herederos del empleador, pues toda herencia se presume aceptada con beneficio de inventario, por lo que aquellos deberán responder en carácter de sucesores el difunto y en los límites del acervo sucesorio...".⁽⁸⁾

En el marco de la LCT, el carácter *intuitu personae* del trabajador se explica porque el empleador al contratarlo ha tenido en vista sus aptitudes

.....
(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) OJEDA, RAÚL H., "La Extinción del ...", en *op. cit.*, p. 515.

y condiciones personales; y por ello su persona es irremplazable. Así lo afirma Juan Carlos Fernández Madrid:

“el trabajo es personalísimo pues es el realizado exclusivamente por la persona del trabajador. No interesa, por tanto, al derecho del trabajo ni las prestaciones a cargo de personas jurídicas no aquellas de carácter fungible en las que la persona del autor es intercambiable y por ello irrelevante para nuestra materia” [y agrega que] “el contrato de trabajo (...) tiene por objeto el trabajo de una persona física determinada, lo que excluye la posibilidad de que la labor sea cumplida por una empresa o se delegue en terceros”.⁽⁹⁾

Dicha calidad no puede ser compartida en general por el empleador, ahí la posibilidad que el contrato subsista en las mismas condiciones pese a las variaciones producidas en la persona del empleador y la tendencia manifiesta del derecho del trabajo de dar estabilidad a la relación laboral.⁽¹⁰⁾

Liliana Rodríguez Fernández, en su comentario al art. 37 LCT, afirma que

“el objeto del contrato radica en una obligación personal de hacer. El hacer consiste en el trabajo o la actividad humana, descripción que remite a las definiciones que la misma ley aporta en sus artículos 4, 21 y 25. El uso simultáneo de los adjetivos personal e infungible aparece algo redundante, en especial porque ambos tienden a definir el carácter indelegable de la actividad que ha de realizar el trabajador”.⁽¹¹⁾

En suma, el objeto del contrato es la prestación del servicio en forma personal y en relación de dependencia, y esa actividad la que le interesa al derecho del trabajo, y como consecuencia de ella, la figura del

.....

(9) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2011, t. I, p. 536.

(10) CANDAL, PABLO, “Empleador”, en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011, t. I, p. 301.

(11) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, LILIANA, “La Extinción del Contrato de Trabajo por muerte del empleador”, en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *op. cit.*, p. 357.

trabajador contratado es infungible, mas no necesariamente la del empleador.

3 | La muerte del empleador en la ley 26.844

El inc. e) del art. 46 de la ley 26.884, conforme se encuentra redactado, establece como regla —a diferencia de la LCT— la extinción del contrato de trabajo a causa de la muerte del empleador, apartándose así de la regla vigente en derecho laboral de que el contrato de trabajo es únicamente *intuitu personae* respecto del trabajador mas no del empleador.

Siguiendo el fundamento que explica la continuidad del contrato a pesar de la muerte del empleador (art. 249 LCT), se podría entender que la ley del trabajador de casas particulares inviste a la persona del empleador de un carácter personalísimo, y su figura se torna esencial y hasta determinante en todos los casos para la subsistencia del contrato, sin que sea necesario incluso acreditar —como si lo es en el régimen de la LCT—, que éste es irremplazable y que la actividad no puede continuar sin su presencia.

Es por ello que la ley de trabajadores de casas particulares parece proponer un paradigma diferente en el que la persona del empleador —que solo puede ser persona física— es *intuitu personae*, lo que conlleva que su desaparición física, provoque en si misma la extinción del contrato de trabajo por imposibilidad de cumplir con el objeto.

Pero, ¿cuáles serán los fundamentos o las motivaciones que permiten entender que el contrato de trabajadores de casas particulares es también *intuitu personae* en relación al empleador, si en principio ambos contratos comparten la misma naturaleza, estructura, efectos, entre otros? Si bien puede tener, en comparación con el contrato de la LCT, algunas notas distintivas, cabría verificar si las mismas justifican la diferente regulación, sobre todo porque, en principio, lo dispuesto en el art. 46 inc. e) de la ley 26.844 colocaría al trabajador comprendido dentro de su ámbito personal de aplicación en una situación de desventaja

con respecto al que queda enmarcado en el ámbito de aplicación de la LCT.

4 | La muerte del empleador en la ley 26.844 frente a la LCT

Como se ha visto, en la LCT, la finalidad de la norma contenida en el art. 249 es asegurar la vigencia del principio de continuidad del vínculo laboral y de su vocación de permanencia aun ante la contingencia de la muerte del empleador, mas dicho principio parecería tener un campo de acción más acotado en el régimen particular bajo comentario.

En la tarea antes propuesta, puede resultar útil lo que Juan José Ardoy señala respecto de la naturaleza del contrato de trabajo doméstico. Ardoy resalta que si bien nadie niega hoy en día el carácter contractual del trabajo doméstico,

“en el génesis de su tratamiento, se sostenía que en el servicio doméstico se establecía un vínculo jurídico, con caracteres propios, que lo alejaba del típico vínculo laboral, conforme se desarrollan las relaciones entre amos y criados, intrafamiliares, relaciones íntimas, borrando las condiciones propias del contrato de trabajo, de profesionalidad y dependencia laboral, resultando imposible, establecer e inspeccionar la jornada de trabajo, horas extraordinarias. La relación era con caracteres de intimidad, familiares, hogareños de carácter paternalista y no patronal, de ayuda y no para obtener ganancias y lucro, en una convivencia efectiva, ordenada más de forma reverencial que disciplinaria, entre ascendientes, descendientes y servidores, argumentando con todo ello su exclusión de la LCT. Cuando los servicios o el trabajo se prestan fuera de la vida ordinaria de la familia, el vínculo es laboral, y nos encontramos en presencia de un contrato de trabajo, comprendida dentro de las normas legales establecidas para éstos. Contrato de trabajo doméstico es el acuerdo de dos voluntades mediante el cual, una parte se obliga a suministrar a la otra ciertas prestaciones específicas y dirigidas a satisfacer las exigencias del hogar y la otra parte, titular del mismo, se obliga a una retribución en dinero, a la cual normalmente se agrega el alojamiento y la comida. El elemento esencial es el hecho de trabajar por cuenta de otra persona, bajo su dependencia, mediante un precio o salario, ya sea éste

en dinero solamente o en especies y comodidades compensatorias siendo éstas la habitación, comida, vestimenta".⁽¹²⁾

Y agrega que los caracteres esenciales del contrato —dependencia, profesionalidad y continuidad— se encuentran todos configurados en el contrato de trabajo doméstico, ya que éste presta sus servicios a la orden del dueño de casa, habitualmente y de manera continua, percibiendo por su trabajo una remuneración. Es, por lo tanto, un contrato de trabajo especial dentro de los contratos de trabajo, consensual y sinalagmático, no formal, creando obligaciones a cargo de ambas partes.

Por su lado, Capón Filas —citando a Héctor Hugo Barbagelata— señala que

“la relación laboral de los trabajadores domésticos es un contrato de trabajo puro y llano y que no existe motivo alguno para excluir esa relación del sistema general de protección laboral. Las únicas diferencias, que cabría establecer y que deberían constar a texto expreso, podrían referirse a la protección especial contra abusos patronales y con ciertas particularidades, como las que pueden fundarse en función de las circunstancias de convivencia que lo caracterizan, por ejemplo, cierta mayor libertad para cesar la relación pagando indemnización pero excluyendo la reintegración forzada —como hace la LFT de México, art. 343—, o el refuerzo de la obligación de no divulgación de secretos, etc.”.⁽¹³⁾

Tanto participan de igual naturaleza que si bien los trabajadores de casas particulares continúan excluidos del ámbito de aplicación de la ley 20.744 (art. 2, inc. b), sus disposiciones les son aplicables en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias de su régimen específico o cuando así el mismo lo disponga expresamente.

Ello surge también del art. 1° de la ley 26.844, en cuanto fija que la misma será de aplicación a las relaciones laborales que se entablen con los empleados y empleadas por el trabajo que presten en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar, y que no importe para el empleador

(12) ARDOY JUAN JOSÉ, “Trabajador doméstico. Bases para su inclusión en la ley de Contrato de Trabajo” [en línea], *La Ley on line*.

(13) CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Servicio doméstico y Mercosur” [en línea], www.eft.com.ar

lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores.

A su vez, y en esa línea, el art. 2º establece que se considerará trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad.

Siguiendo lo señalado por los citados juristas, el contrato en el marco del régimen específico no difiere —en su estructura, en sus efectos, y en su esencia—, del contrato de trabajo, y sus particularidades debieran motivar, en todo caso, una mayor protección a ese trabajador o la acentuación de algunas obligaciones relacionadas, principalmente, con deber de secreto por el ámbito tan íntimo donde se desenvuelve la relación.

Respecto de las particularidades del contrato en el régimen especial, Arday, recuerda que

“una de las características especiales de este tipo de trabajo es que se trata de trabajadores de confianza, lo que deriva de la convivencia, en la modalidad sin retiro, o por lo menos en la prolongada estadía en el hogar del grupo conviviente. A partir de la misma, se desarrollan vínculos afectivos y también el trabajador tiene acceso a aspectos del ‘círculo privado íntimo’ de la vida del empleador y su familia y viceversa, del que resulta un énfasis especial en cuanto a las exigencias de fidelidad, discreción y reserva recíproca [agregando que] salvo aquellas formas masivas de cumplimentar la prestación laboral, en cualquier espacio —ambiente— reducido, con el transcurrir de las semanas, meses, años, el vínculo se estrecha. En muchas ocasiones se establece una relación de plena confianza. Los trabajadores domésticos conocen las aptitudes, las virtudes, pero también las miserias de cada quien en el ámbito hogareño. Sin embargo ante dicho argumento, señala que también lo hace un empleado, una secretaria, un gerente. Se puede tener afecto, confianza, en éstos como en un trabaja-

dor doméstico. La confianza, debería ser tomada como pauta general, encontrándose enmarcada dentro del principio de buena fe".⁽¹⁴⁾

En coincidencia, no es posible encontrar diferencias sustanciales que expliquen el efecto extintivo que la muerte tiene por si misma en el contrato de trabajo en el marco del régimen de trabajadores de casas particulares.

Sobre ellos pesan iguales deberes de conducta que en el trabajador de la LCT, y son tan exigibles tanto en uno como en otro: cumplir con las ordenes o instrucciones impartidas por el empleador o quien lo representa, cuidar las cosas confiadas a su vigilancia, actuar reserva en los asuntos que por razones de su trabajo llegaren a su conocimiento y preservar la inviolabilidad del secreto profesional, entre otros. Si bien cobra mayor significación en el ámbito de la vida del hogar, también lo hace en igual medida en numerosos contratos de trabajo amparados el régimen general, por ejemplo un empleado bancario, el empleado del kiosquito que tiene una persona en el mismo inmueble donde hace su vida familiar, el encargado de un edificio o el chofer de un auto particular.

Es decir, no advierto que la especial relación de confianza que se podría generar entre el trabajador y el empleador en el contrato de trabajo de casas particulares le dé a este último un carácter *intuitu personae* que su muerte conlleve a la inevitable extinción del contrato.

La regulación del art. 46 inc. e) plantea algunas situaciones que pueden llamar la atención: a la muerte del dueño de un auto particular, su chofer contratado para trasladar a toda la familia a diario a sus diferentes obligaciones puede continuar en principio con su contrato; sin embargo, no podrá hacerlo el empleado contratado para limpiar su hogar, por cuanto este contrato se extinguirá sin más. Igual situación se daría con el enfermero contratado para el cuidado terapéutico de un menor de edad en su hogar, quien al morir su empleador, no vería extinguido su contrato, al menos no de modo automático, por imperio del art. 249 LCT.

En todas estas situaciones, la confianza juega un papel preponderante, y sin embargo, los trabajadores amparados bajo el régimen especial reciben

(14) ARDOY, JUAN JOSÉ, *op. cit.*

un tratamiento legal diferente que, al menos en ese aspecto, los coloca en desventaja respecto de los demás cuyo trabajo queda enmarcado en la LCT.

Véase, en el caso de la LCT, que el sucesor deberá acreditar fehacientemente que no es posible mantener la actividad a causa de la muerte del empleador para luego dar por extinguido el contrato con el pago de la indemnización del art. 247 LCT. Si despidió al trabajador y no acredita aquella circunstancia, deberá abonar la indemnización del art. 245 a título personal, y no en carácter de sucesores.

En el caso de la ley 26.844, el sucesor no se ve obligado a justificar ninguna de aquellas circunstancias, quedando extinguido el contrato de trabajo con la muerte del empleador, haciéndose acreedor el trabajador a la indemnización prevista en el art. 48 del régimen particular, reducida en un cincuenta por ciento.

Es preciso poner el acento en el trabajador, cuya persona es parte fundamental del trabajo por cuanto no es posible separar la fuerza del trabajo de la persona que la empeña: su personalidad está comprometida en su trabajo personal. No es posible desconocer que detrás del contrato de trabajo —la prestación de tareas— está la persona misma del trabajador. El contrato de trabajo tiene un aspecto extrapatrimonial que está referido a la persona.⁽¹⁵⁾ Considero que, en muchas ocasiones, los argumentos para reconocerle al trabajador doméstico menos derechos que al trabajador **común** han sido esbozados desde la perspectiva del empleador, toda vez que si se pusiera el acento en el trabajador, las diferencias entre un trabajador doméstico y uno amparado por la LCT serían inexistentes.

No obstante ello, no puede soslayarse la importancia social, cultural, y jurídica que en materia de progresividad de los derechos importa la sanción de esta ley. Seguramente habrá que replantearse, con el paso del tiempo, la posibilidad de un nuevo y mayor acercamiento a la completa inclusión del contrato de trabajadores de casas particulares al régimen de la LCT, incluso en lo que respecta que a la causal de extinción aquí tratada.

Ante una hipotética equiparación de la norma del art. 46, inc. e), de la ley 26.844 con el 249 LCT, podrían, en el ámbito del trabajo doméstico,

(15) CANDAL, PABLO, "Empleador", en *op. cit.*.

presentarse numerosas circunstancias con capacidad para tornar imposible o hacer inviable la continuidad, pero todas y cada una de ellas podrían quedar enmarcadas en el sinnúmero de hechos por acreditar a los fines de demostrar que el contrato debe extinguirse por imposibilidad material de cumplir con las tareas que constituyen su objeto (la muerte o incapacitación del único sostén del hogar, por ejemplo).

Incluso, en un comentario al régimen anterior, José María Reviriego señalaba que

“...la muerte del empleador, en tanto conlleve la desaparición de la fuente de trabajo (p. ej. el único habitante del inmueble en que el empleado doméstico prestaba servicios, sin que lo reemplace en la residencia un heredero) constituye otro supuesto de fuerza mayor extintiva del contrato de trabajo por imposibilidad de cumplimentar su objeto (art. 1195 y concs., Cod. Civil). Naturalmente al no concurrir las circunstancias precedentes, la relación de trabajo conforme la preceptiva citada, continúa por transmisión de las obligaciones del causante a sus herederos”.⁽¹⁶⁾

5 | La segunda parte del art. 46 inc. e): ¿una excepción?

El art. 46, inc. e), de la ley 26.844 dispone que cuando la prestación de servicios continúe en beneficio de los familiares, convivientes o parientes del causante por un lapso mayor a treinta (30) días corridos desde el fallecimiento de éste, se entenderá que la relación laboral constituye continuación de la precedente, computándose a todos los efectos legales y convencionales la antigüedad adquirida en la relación preexistente y las restantes condiciones de trabajo.

¿Es una excepción a la regla que la muerte del empleador produce la extinción del contrato?

(16) REVIRIEGO, JOSÉ MARIA, *op. cit.*, p. 163.

Raúl Ojeda lo explica claramente “la muerte del empleador extinguirá el contrato de trabajo siempre que la prestación de servicios no continúe en beneficio de los familiares, convivientes...”.⁽¹⁷⁾

De ello, y de la obligación que nace para quienes decidan dicha continuación, computo de la antigüedad adquirida en la relación preexistente y las restantes condiciones de trabajo, podría entenderse que si el “familiar o conviviente” ha resuelto mantener la relación por un plazo mayor a los 30 días, el contrato no se extingue sino que continúa, produciéndose una suerte de transferencia del contrato bajo los términos del art. 225 y ccdtes. LCT.

Más aún, si dichos sujetos continuaran recibiendo los servicios del trabajador a los efectos de culminar algunas tareas tendientes a poner “en orden las cosas del muerto”, ello —afirma Ojeda— no importa una prórroga *sine die* de la misma, sino que, culminadas dichas obras en un plazo no mayor a 30 días, se podrá extinguir la relación por imposibilidad sobreviniente de su objeto.⁽¹⁸⁾ Sin embargo, en ese caso, la fecha de extinción del vínculo a todos los efectos legales será la de la notificación de aquellos al trabajador de la ausencia de voluntad de continuar, lo cual representa una medida disuasoria de posible fraude laboral.

No obstante, la norma crea una presunción *iuris tantum* que no es prórroga *sine die* del contrato de trabajo, sino que la expresión “se entenderá” autoriza a probar que la permanencia del trabajador en las tareas por un tiempo menor a 30 días han sido llevadas a cabo con la finalidad de poner en “orden las cosas del muerto”.

Ahora bien, esta posibilidad de continuación de las tareas más allá de la muerte del empleador que depende de la decisión de los parientes o convivientes, está dada justamente en que materialmente la actividad creadora del hombre, el trabajo en sí mismo, desarrollado por el trabajador de casa particular puede ser materialmente extendido.

Dado ello, la figura del empleador fallecido no habría sido determinante en el sentido del art. 249 LCT, a los efectos de la subsistencia del contrato,

(17) OJEDA, RAÚL H., *Estatuto para el personal de casas particulares. Ley 26.844*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 188.

(18) *Ibid.*, p. 247.

lo cual impide aún más encontrar el fundamento del diferente tratamiento que ante un mismo hecho o contingencia se encuentra en la ley 26.844 en relación a la LCT, siendo esta última de mayor rango protectorio en lo que hace a los derechos del trabajador, la continuidad del contrato de trabajo, y la estabilidad.

A pesar de ello, no estaría de más atender y analizar algunas expresiones de la norma, como “relación preexistente” o “continuación de la precedente”, toda vez que se podría entender que no se estaría frente a un supuesto de excepción sino a una regulación especial en miras a otorgarle algún grado de protección al trabajador una vez extinguido, por imperio legal, el contrato como consecuencia de la muerte del empleador. En efecto, se trataría más bien de una presunción legal que autoriza a considerar la continuación del vínculo ante la continuidad de la prestación de servicios a favor de los familiares del causante por un tiempo mayor al que fija la ley como termino máximo (30 días).

Sin embargo, coincido con la interpretación que Raúl Ojeda esgrime en su trabajo, otorgándole a la segunda parte del art. 46, inc. e), del régimen especial el carácter de excepción a la extinción del contrato por muerte.

6 | Conclusión

El nuevo régimen de trabajadores de casas particulares representa un importantísimo avance en materia de derechos y de inclusión social por cuanto se ha hecho eco de la demanda de un importante colectivo laboral que históricamente ha estado al margen de toda regulación protectora, y si bien con el paso del tiempo dicha marginalidad ha ido desapareciendo, aún queda mucho por subsanar.

Desde la nada hasta la ley 26.844 es mucho lo que se ha progresado. Esta última norma cumple también una función transformadora de conducta en la sociedad por cuanto, pese al poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia, resulta evidente el cambio cultural que ha producido y que seguro producirá.

Es así que la extinción del contrato de trabajo —uno de los momentos más importantes y conflictivos de la relación laboral— es protagonista también

de dicha evolución al haberse incorporado numerosas causales antes no previstas y, por supuesto, la indemnización, que en el régimen anterior se presentaba como una de los preceptos más discriminatorios y desigualitarios que existían.

La muerte del empleador y el especial tratamiento que la norma incorpora —art. 46 inc. e)— nos ubica frente a un punto de partida y esquema diferente al de la LCT —art. 249— al otorgarle a dicha contingencia —como regla— efecto extintivo del contrato de trabajo.

Ello impone indagar en sus motivaciones, y obliga a verificar un posible conflicto de dicha norma con el principio de igualdad ante la ley que proclama la Constitución Nacional, y con los derechos sociales y laborales contenidos en su art. 14 *bis*.

No obstante ello, la ley 26.844 resulta un valioso adelanto por cuanto reconoce al trabajador de casas particulares como eje y centro del sistema jurídico por encima del mercado y como un fin en sí mismo, al igual que el resto de los trabajadores.

Pero como es función y obligación del Estado promover y dictar normas conducentes al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, y como ese progreso, desarrollo y justicia no son conceptos estancos ni abstractos, sino que van de la mano de la historia de los pueblos y de sus cambios culturales, la labor no ha culminado y todo es perfectible.

La extinción del contrato de trabajo y el principio de estabilidad en el empleo

por M. CECILIA HOCKL⁽¹⁾

*“Desde los cielos bájate, si estás, bájate entonces,
que me muero de hambre en esta esquina,
que no sé de qué sirve haber nacido,
que me miro las manos rechazadas,
que no hay trabajo, no hay,
bájate un poco, contempla
esto que soy, este zapato roto,
esta angustia, este estómago vacío,
esta ciudad sin pan para mis dientes, la fiebre
cavándome la carne,
este dormir así,
bajo la lluvia, castigado por el frío, perseguido
te digo que no entiendo, Padre, bájate,
tócame el alma, mírame el corazón...”*⁽²⁾

.....

(1) Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctora en Derecho (Trabajo, Previsión y Derechos Humanos) de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales). Magíster en Políticas Sociales (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales). Profesora Regular Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de diversas obras jurídicas en materia de derecho constitucional y laboral. Profesora, expositora, ponente, coordinadora y participante en cursos, congresos y jornadas en temas de derecho constitucional y/o laboral, en el ámbito nacional, provincial e internacional.

(2) GELMAN, JUAN (1930-2014), “Oración de un desocupado” (1956).

I | Introducción

La estabilidad y su contracara, la precariedad en el empleo, constituyen los dos extremos de políticas públicas que entrañan una mayúscula trascendencia social, pues conciernen a una determinada concepción de la construcción de la ciudadanía.

La mayor o menor protección a la continuidad y permanencia en el trabajo, el énfasis o la indiferencia puestas en el debate público sobre el tema, el respeto o la apatía frente a valores socialmente aceptados acerca de esta cuestión formalizan, sin ambages, la filosofía política subyacente. Prueba de ello fueron los dogmas liberales que durante un reciente período histórico instauraron en nuestro país contrataciones de una fragilidad **tan deletérea como infecunda.**⁽³⁾

.....

(3) Apunta Héctor P. Recalde: "...ya en 1989 se vislumbró el sentido que tendría la legislación laboral de la época que se iniciaba —todavía preconvertibilidad (...) pero el mismo ciclo histórico— con dos decretos (1477/89 y 1478/89) que permitieron pagar parte del salario en tickets, que, privados artificialmente de carácter remuneratorio, constituían una transferencia de recursos de los asalariados y el Estado a favor de las empresas. En igual sentido, transitaron sobre el tema, posteriormente, el decreto 333/93 y la ley 24.700 de 1996. Un nuevo decreto, N° 1757/90, dispuso la derogación de cláusulas de los convenios colectivos en empresas sujetas a privatización, eliminando derechos de los trabajadores en beneficio de quienes resultarían adjudicatarias de aquellas. Tiempo después, la derogación llegó a las mejores cláusulas de los convenios colectivos marítimos y portuarios (decreto 817/92). Todo un símbolo fue que un 17 de octubre —de 1990— el Poder Ejecutivo dictara el decreto 2184/90, que so pretexto de reglamentar la huelga en los servicios esenciales permitió al Ministerio de Trabajo prohibirla solapadamente en cualquier actividad, imponiendo el cumplimiento de servicios "mínimos", que llegaron a fijarse en el 90 y hasta el 100 por ciento aun en actividades no esenciales según los criterios internacionales. A fines de 1991, entró en vigencia la ley 24.013 —eufemísticamente, 'Ley Nacional de Empleo'— que creó los contratos que los trabajadores llamaron 'contratos basura', modalidades de contratación a disposición de los empleadores que privaban a los trabajadores de estabilidad, eliminando o disminuyendo la indemnización por despido hasta entonces vigente; obligó a que los convenios colectivos negociaran sobre flexibilidad laboral (polivalencia y movilidad funcional) y habilitó la violación del límite máximo de jornada laboral histórico e impuesto por normativa internacional de 8 horas diarias o 48 semanales. Posteriormente, se crearon nuevos contratos basura, agregados a los ya existentes, mediante ley 24.465 de 1995, que creó en el régimen laboral general un falso período de prueba (que en realidad era un período de inestabilidad absoluta) que podía llegar hasta 6 meses, el contrato a tiempo parcial a fin de reducir contribuciones patronales, y una modalidad que denominó 'de fomento del empleo' por la cual se privaba de toda estabilidad en el empleo a los varones de más de 40 años, a las personas con discapacidad, a las mujeres (de cualquier edad) y a los ex combatientes de Malvinas. A todos estos contratos basura se agregaban los de aprendizaje y pasantías, que tampoco generaban estabilidad ni indemnización; por todo lo cual casi ningún trabajador tenía protección contra el despido (RECALDE, HÉCTOR PEDRO, "Reformas laborales durante la convertibilidad y la

Un trabajo estable, aun cuando admita matices o **grados de intensidad** —en palabras de Deveali, quien por 1944 inauguró doctrinariamente el tema—,⁽⁴⁾ constituye un valor en sí mismo, que las regulaciones locales e internacionales han intentado consolidar. Todo trabajador subordinado requiere de un mínimo de certeza con relación a la forma de procurar su sustento y el de su familia o, más ampliamente, su plan de vida. No en vano, ante incumplimientos formales o situaciones de fraude material, se prevé la “conversión” del contrato por un plazo cierto o eventual en otro por tiempo indeterminado.

El dependiente, lícitamente, tiene para sí la expectativa de mantener y conservar su empleo, aunque el contrato se haya establecido a término (en casos excepcionales y minuciosamente reglados por las leyes) o indefinidamente. La incertidumbre en el empleo significa incertidumbre en el resto de la vida.

La estabilidad —se ha afirmado— puede consistir en la simple exigencia de un aviso previo para dar por terminado el contrato (nuestro país así lo concibió con la regulación de la materia laboral por el Código de Comercio de 1862 hasta el dictado de la ley 11.729 en 1934),⁽⁵⁾ pasando por regímenes de extrema inestabilidad —como el reglado en nuestro país para los trabajadores de la construcción— o en la prohibición —absoluta o relativa— para despedir.

Sabido es que aquella irrupción liberal mencionada al inicio no fue consecuente con el espíritu y la tradición de nuestras instituciones laborales. A la par, otras estrategias, como la externalización o tercerización del proceso productivo, generan un no menos alarmante dispositivo en desmedro del contrato estable.

.....

posconvertibilidad”, [en línea] <http://www.vocesenelfenix.com/content/reformas-laborales-durante-la-convertibilidad-y-la-posconvertibilidad>.

(4) DEVEALI, MARIO L., “El derecho a la estabilidad en el empleo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, 1944.D. Trabajo.

(5) Que instaló una indemnización basada en el binomio remuneración /antigüedad del trabajador, bien que a razón de medio mes de sueldo por cada año de servicio, asegurando un importe mínimo y un tope de \$ 2500. El decreto 33.302/45 estableció que “cuando la cesantía fuese ‘injustificada’ (...) tendrán derecho a percibir una indemnización cuyo monto será el doble de la prevista en la ley 11.729”. El tope, paralelamente, también se duplicó.

Más allá de lo anterior, que concierne a aspectos macroeconómicos,⁽⁶⁾ **para nuestra tradición jurídica**, el contrato de trabajo tiene carácter “**continuativo**”, en palabras de Ramírez Gronda, para quien “el límite de estas relaciones está dado —general y normalmente— o por la declinación de las energías del trabajador o por los extremos de la edad y antigüedad que fijan las leyes de previsión social”.⁽⁷⁾ Esto es, entraña una indiscutible vocación de permanencia.

Los arts. 10, 63, 66, 90, 249, 225 a 229 y 252 LCT, entre otros, y ciertos estatutos particulares son prueba de ello. Súmase a tal voluntad legislativa la estabilidad en los convenios colectivos que confieren permanencia en los puestos de trabajo, a lo que se agrega la normativa internacional, a la que se aludirá más adelante.

Nuestra Constitución Nacional asegura derechos laborales que atañen —mediante diversos mecanismos— a la estabilidad en el empleo y los consagra con un vigor innegable. Por tal razón, cuando el texto cimero asegura una “indemnización” contra el despido arbitrario, lo hace no sin antes haber consagrado un robusto bloque de garantías individuales que enaltecen al trabajo “en sus diversas formas”, constriñendo, a su vez, al legislador a tutelarlos y a los jueces a aplicarlos. **Todo ello apunta al logro de la estabilidad a la que nos referimos.**

Dicho de otro modo: las condiciones dignas y equitativas de labor; la jornada limitada; el descanso y las vacaciones pagas; la retribución justa; el salario mínimo, vital y móvil; la igual remuneración por igual tarea; la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, se erigen en un **paradigma protectorio a favor del trabajador que favorece su permanencia en el empleo**. A su vez, esta enunciación cumple una doble función. Por un lado, garantiza derechos inalienables, esclareciendo el lugar preeminente del trabajador en el contrato laboral, preservándolo de toda imposición inferior al contenido constitucional. Por el otro, al imponer normas inderogables que el empleador no puede desconocer, se conjuran eventuales conflictos que podrían derivar —de no estar consagrados constitucionalmente— en la

(6) Por cierto, insoslayables, puesto que afectan cotidianamente nuestras instituciones y, concretamente, el afianzamiento de la estabilidad laboral.

(7) RAMÍREZ GRONDA, JUAN D., *El contrato de trabajo*, Bs. As., La Ley, 1945, p. 204.

ruptura del vínculo. La disolución de este último, es sabido, en numerosas ocasiones encuentra su motivación en el quebrantamiento de tales mandatos y asigna al trabajador el derecho a colocarse en situación de despido indirecto.⁽⁸⁾

Este trabajo se propone desentrañar algunos aspectos del principio de la estabilidad en el empleo, toda vez que la normativa específica, vernácula e internacional, imprime **un mandato de continuidad** que desafía la extinción patronal del contrato sin justificación válida, estableciéndose reinstalaciones, agravándose las reparaciones o simplemente castigando —mediante indemnizaciones pecuniarias— el ilícito contractual del despido sin causa. Ello, precisamente, porque se **quebranta la regla predispuesta de permanencia del contrato de trabajo**, que queda contradicha en toda expulsión arbitraria.⁽⁹⁾

2 | Una mirada al pasado

Sin perjuicio de ulteriores referencias a los momentos históricos en que se desarrollaron las diversas manifestaciones de la estabilidad, es válido remarcar que Ramírez Gronda, en 1952, expresaba una aspiración que, desdichadamente, la realidad desmintió: “(l)a hipótesis de resolución arbitraria o si se prefiere, debida al mero capricho del empleador es muy rara y lo será cada vez más, debido a la organización de las empresas y de las categorías profesionales que colaborarán con ellas”.⁽¹⁰⁾ La flexibilización laboral que “intervino” en forma aviesa en nuestras instituciones laborales dan cuenta de ello.

Como bien remarcan Las Heras y Tosca,

“no siendo sino el contrato de trabajo una evolución del contrato civil de locación de servicios, originariamente la relación se gobernó por los principios del derecho civil. Y regía en la

(8) A los que corresponde agregar aquellos que la reforma del año 1994 consagró en esta disciplina (art. 75, inc. 22 de la CN).

(9) En la medida en que mayoritariamente, es considerado un ilícito contractual (ver LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, Bs. As., n° 244, abril 1973).

(10) RAMÍREZ GRONDA, JUAN D., “Efectos de la resolución del contrato según el art. 67 del decreto 33.302/45”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As., 1952, p. 265. Baste pensar en los contratos basura aludidos en la nota 1 y en el período de prueba, al que se aludirá más adelante.

mayoría de los códigos una disposición vaga e imprecisa: nadie podía contratar sus servicios por toda la vida. Como se ve, sin fijarla, el codificador estableció una limitación en cuanto al tiempo. El art. 1836 del Código de Napoleón señalaba que nadie podía ser obligado a prestar servicios personales sino temporalmente. La intención del codificador civil era prohibir que una persona quedara sometida a la otra por un contrato *ad vitam*. En el fondo, la razón de la norma era el temor de ver revivir la esclavitud —contraria, por supuesto, a los principios de la Revolución de *igualdad, fraternidad y libertad*—. Mientras que la disolución anticipada de un contrato de plazo originaba las consecuencias propias de todo incumplimiento (reparación de daños y perjuicios), la rescisión de un contrato de duración indefinida, los que constituían la inmensa mayoría, no aparejaba ninguna consecuencia especial: ambas partes, entonces, podían concluirlo en cualquier momento sin necesidad de expresar alguna causa y, peor aún, sin incurrir en responsabilidad de especie alguna”.⁽¹¹⁾

Recordemos que cuando la gran industria, con el telar, la máquina de vapor y la segadora, advirtió que la mano de obra libre era más rentable que el trabajo esclavo —al que había que alimentar y hasta socorrer en caso de enfermedad—, ganaron terreno las primeras manifestaciones libertarias por parte de los Estados. Así, Gran Bretaña abolió la esclavitud en 1833; México, en 1827; Francia, en 1848; Portugal, en 1858; España, en 1868. En los Estados Unidos de América, el abolicionismo solo pudo triunfar cuando se demostró que económicamente era más barato el trabajo de un obrero libre que el de un esclavo. Esto, que parece un contrasentido, fue expuesto por Benjamín Franklin, signatario del Acta de Independencia con muy veraces razones. Así se produjo la adopción de la Decimotercera Enmienda a la Constitución, que dio origen a la Guerra de Secesión. Aun ganada por el norte, los Estados esclavistas del sur encontraron pronto una solución aun mejor que el sistema anterior, pues les permitía tener mano de obra barata sin los gastos consiguientes del sostenimiento del esclavo.⁽¹²⁾

(11) LAS HERAS, HORACIO y TOSCA, DIEGO, “Estabilidad en el empleo”, en Ackerman, Mario E. (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 17.

(12) HOCKL, M. CECILIA, “El trabajo esclavo”, en *Derecho del Trabajo*, n° 2, 2012, pp. 103/133.

En tales condiciones, los primeros “trabajadores” no gozaron de esa suerte de “protección en la permanencia”, otorgada otrora al esclavo. La posibilidad de intercambio de mano de obra sin costo alguno según las reglas del derecho civil, era una herramienta más a favor de un sistema de acumulación tan ilimitado como indecente.

Más tarde, la innegable trascendencia de las Constituciones de México y Weimar⁽¹³⁾ se sumó a las contundentes expresiones de la Constitución de la OIT de 1919, que se erigió como un hito mayúsculo al relacionar significativamente la situación de trabajador con la luctuosa conflagración mundial de la que el mundo emergía: “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

3 | Clasificaciones y aclaraciones conceptuales

Sandra Fernández Rocha⁽¹⁴⁾ sistematiza las clasificaciones sobre el tema. Así, señala que, para Deveali,

“la estabilidad en sentido *propio* consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante, antes de dicho momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas por la ley. El derecho a la estabilidad garantiza al trabajador la conservación de su empleo. En cambio, la estabilidad *impropia o relativa* se limita a establecer una multa que debe abonar el empleador que viola los beneficios de la estabilidad o una indemnización en beneficio del damnificado que, como característica general, tiene en cuenta la antigüedad en el servicio y no el perjuicio futuro del dependiente”.⁽¹⁵⁾

(13) Como nos hace presente Arenas Monsalve, De la Cueva afirmaba que en la Constitución mexicana, “[l]a idea de la estabilidad es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escrito o jurista” (en ARENAS MOLSALVE, GERARDO, “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo”, en *Vniversitas*, Bogotá, N° 69, p. 231, 1985).

(14) FERNÁNDEZ ROCHA, SANDRA ISABEL, “La estabilidad de la relación de trabajo en el sistema argentino”, en García, Héctor Omar (dir.) y Virgili, Claudio Sebastián (coord.), *Relación de trabajo*, t. IV, Bs. As., Ediar, 2013.

(15) LÓPEZ, GUILLERMO, “La estabilidad propia en el derecho laboral argentino”, *LL*, 107-1084.

De la Fuente explicaba que la estabilidad propia legal “se configurará cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del despido, garantizándose así la subsistencia del vínculo laboral”.⁽¹⁶⁾ Al respecto, remarca con precisión Machado⁽¹⁷⁾ que De la Fuente “tuvo en su hora la virtud de enriquecer el análisis del instituto. Sin embargo, el propio autor dudaba de su aplicabilidad en el ámbito del empleo privado, ya que entendía que en su modalidad absoluta no encerraba sino una aspiración utópica y contra intuitiva, ‘ya que difícilmente se le ocurra a alguien fijar una indemnización por despido equivalente a todos los sueldos futuros hasta que el empleado alcance su jubilación’”.

Retomando la sistematización de Fernández Rocha, Justo López consideraba que el derecho a la estabilidad es la posición jurídica favorable del trabajador consecuente con la protección contra el despido arbitrario.⁽¹⁸⁾ Aceptaba la distinción entre estabilidad propia e impropia según sea el despido ineficaz o eficaz para extinguir la relación contractual. Consideraba que la protección contra el despido arbitrario se podía manifestar de tres modos: 1) validez e ilicitud (estabilidad impropia); 2) ineficacia (estabilidad propia); y 3) propuesta de despido, inexistente en nuestro derecho.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, resulta de particular interés lo expresado por Bartolomé Fiorini en el año 1965 cuando comentó —por cierto, críticamente— lo decidido por la Corte Federal en la causa “Enrique”.⁽²⁰⁾ Expresó el autor que fue una **gravitación privatista** la que imperó cuando el Tribunal admitió una indemnización al empleado público —cesanteado—. Para el autor, el derecho al resarcimiento por daño causado, establecido en todo el sistema del derecho privado, es la contrapartida a la imposibilidad de obtener la restitución plena y en especie del bien jurídico vulnerado.

.....

(16) DE LA FUENTE, HORACIO HÉCTOR, “La estabilidad propia en la ley de contrato de trabajo”, en *Trabajo y Seguridad Social*, t. 3, 1976.

(17) MACHADO, JOSÉ DANIEL, “Estabilidad y derecho ‘al’ trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2010-2, p. 265.

(18) LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, LT, XXI-A-309.

(19) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*, p. 294. En el sistema de “propuesta de despido”, el empleador no puede decidir la extinción por sí mismo; sólo lo propone a una instancia superior que es la única autorizada para decretarlo. Este instituto es inexistente en nuestro ordenamiento, aunque lo abordaremos más adelante.

(20) FIORINI, BARTOLOMÉ, “La estabilidad, garantía de derecho público”, en *Derecho del Trabajo*, Año 25, n° 7, julio 1965.

La expresión “estabilidad”, además, para el iuspublicista, “supera al concepto de permanente y al de continuidad”. La **estabilidad** es distinta a la **continuidad** porque aquélla se refiere a la actividad que se desempeña. La **continuidad** se refiere a la realización del trabajo en el tiempo: es siempre lo opuesto a lo esporádico y puede existir como condición en un empleo público como en uno privado. También es muy distinto a la **permanencia**, pues ésta es lo contrario de transitorio y tiene referencia al lugar donde se desenvuelve el trabajo. La estabilidad es un dato que condiciona la durabilidad de las relaciones que se crean en un contrato de trabajo. **La estabilidad se refiere a la permanencia del contrato. Expresa que la estabilidad del agente público no puede ser clasificada en propia o impropia, porque la estabilidad es exclusiva y privativamente propia del contrato de función pública. La pérdida de la estabilidad no puede ser compensada con una indemnización reparadora.**

Tales precisiones resultan muy apreciables —por cierto— en el ámbito en que se discutió el tema. Ahora bien, en nuestra disciplina tales distinguos pueden resultar valiosos para casuísticas muy precisas; empero, globalmente, pueden generalizarse las expresiones. En el derecho del trabajo, *prima facie*, tales distinciones no conducen a un resultado significativo (que conceptualmente abarcan “continuidad” y “permanencia” en un sentido lato o extendido, para identificarlas con “estabilidad”).

4 | *Estabilidad absoluta* del empleado público y sus puntos de encuentro con la estabilidad en el empleo privado

Se abordará, en especial y muy sintéticamente, el supuesto en el cual la extinción dispuesta por el Estado empleador —que omitió los procedimientos propios del Derecho Administrativo para decidir fundadamente la cesantía— **resultó nula**. De esa nulidad deriva el derecho a la reincorporación del agente ilegítimamente separado de su cargo, en tanto los despidos incausados en el espacio del empleo público se apartan de la cláusula constitucional que establece con indiscutible claridad: “estabilidad del empleado público”.

En nuestro régimen, esta categoría —absoluta—, se reitera, se encuentra reservada para los casos de empleo público. En efecto, aun cuando en otras situaciones pueda establecerse la reinserción del dependiente (v. gr., el caso de los representantes sindicales) el examinado presenta una particularidad: se trata de una reincorporación que no consiente indemnizaciones sustitutivas al acto de reingreso. Como expresaba Fiorini, no se admite que un resarcimiento económico pueda ser intercambiado por el referido restablecimiento en el cargo.⁽²¹⁾

4.1 | El caso “Madorrán”⁽²²⁾

La “estabilidad del empleado público” expresada por el art. 14 bis es **cláusula autoejecutiva**, como se deriva el emblemático caso “Madorrán” (2007). En su recto sentido, la norma proscribe la ruptura discrecional del vínculo de empleo público. Sostuvo el alto Tribunal que aun cuando esta garantía hubiese sido reglamentada, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darle toda la plenitud que le reconoce la Constitución Nacional.

Se entendió que estos principios, son aplicables, *mutatis mutandi*, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. Como la Constitución Nacional es Ley Suprema, todo acto que se le oponga resulta inválido, cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva.

En efecto, el 3 de mayo de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo que había ordenado reincorporar a la actora, tras declarar nulo el despido dispuesto por la Administración Nacional de Aduanas e inconstitucional el art. 7 del CCT 56/92 “E”, que regulaba la relación de empleo público que unía a las partes.⁽²³⁾

(21) Desde luego, un agente público ilegítimamente cesanteado, si no desea retomar sus tareas —aun cuando se haya declarado la nulidad del acto pertinente—, podrá reclamar los daños y perjuicios derivados de la segregación espuria.

(22) Fallos: 330:1989.

(23) HOCKL, MARÍA CECILIA, “El empleado público y la protección constitucional a su estabilidad. A propósito de los fallos ‘Madorrán’ y ‘Ruiz’”, nota a fallo, en *Derecho del Trabajo*, vol. 2007-A, pp. 555/558.

El Tribunal estableció la siguiente doctrina: **es inconstitucional toda norma legal, reglamentaria o proveniente de la autonomía colectiva que afecte la estabilidad del empleado público.** Con cita de los debates de la Convención Constituyente de 1957, se resignificaron ciertos valores entendidos: el derecho a la carrera administrativa, el mejor servicio a los administrados y la proscripción de prácticas perniciosas, como las considerar un “botín de guerra” a los agentes públicos por parte de los sucesivos gobiernos. Se abandonó así la doctrina establecida en la causa “Enrique” y, en consecuencia, se decidió que resultará inoponible para el agente e indiferente para el intérprete que aquel haya ingresado a la Administración Pública bajo un régimen de estabilidad que, posteriormente, devino impropia por vía normativa, cualquiera sea la naturaleza de esta última. De igual modo, como el fallo del Máximo Tribunal no hace ninguna distinción, no cabrían diferenciaciones en los casos en que el agente haya ingresado al empleo público bajo un régimen ya consolidado de inestabilidad (ver, en especial, los votos de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi).

La estabilidad propia obliga a respetar la estabilidad del empleado público en su relación con la Administración, salvo que concurra una causa justificada de cese, que solo puede ser declarada por aquella previa audiencia del interesado bajo el habitual procedimiento sumarial.

Además, se expresó que tal solución es la que “concuera con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. El Máximo Tribunal cita la causa “Baena, Ricardo y otros [270 trabajadores] vs. Panamá” del 2 de febrero de 2001, sentenciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en lo que interesa, ordenó restablecer a los agentes separados de sus cargos, ello en primer lugar, y a fijar la reparación de los daños irrogados a los trabajadores involucrados.

Es de recordar que el fallo “Enrique” fue duramente criticado por Bartolomé Fiorini.⁽²⁴⁾ Pasaron cuarenta y dos años para que la posición del citado administrativista fuese considerada, y nada menos, en la sentencia de la Corte Federal.

(24) FIORINI, BARTOLOMÉ, *op. cit.*

4.2 | Su evolución

Así, la doctrina del “voluntario sometimiento” a un régimen jurídico no tendría ya cabida según los terminantes fundamentos de la Corte Federal. No cabe inferir “acatamientos” de ninguna especie a un sistema declarado inconstitucional de modo indubitable.

Sin embargo, en la causa “De Prat Gay, Máximo Enrique c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ empleo público”, del 23 de agosto de 2011, se reafirmó que la denominada estabilidad “propia”, cuya violación trae aparejada la nulidad de la cesantía y la consiguiente reincorporación en el cargo, no autorizaba a soslayar las circunstancias de cada caso. Se consideró que tras ser despedido y notificado de tal decisión rescisoria, el actor no sólo no impugnó la medida, sino que la convalidó al solicitar la indemnización correspondiente, la cual, una vez liquidada, fue puesta a su disposición y percibida por aquél. Esa postura restrictiva fue consistente con el fallo “Garaventa, Liliana Dora c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido”, del 18 de noviembre de 2008. Si bien se aplicó la doctrina establecida por el Tribunal en “Madorrán”, se aclaró que “la desvinculación de la actora se sustentó en disposiciones que autorizaron su ‘despido’ y **que fueron incorporadas al estatuto de la demanda en reemplazo del régimen de estabilidad propia que regía al momento de su ingreso**”.⁽²⁵⁾

Ese condicionamiento —parecería que quienes “aceptaron” ingresar a la Administración Pública bajo un régimen de estabilidad relativa no podrían luego impugnarlo— habría quedado sin efecto ante casos como “Delfino, Laura”⁽²⁶⁾ (2011), en los que se remitió a “Madorrán”, derechamente, mientras que del detalle casuístico de la Procuración General de la Nación surgía que desde el inicio de la relación laboral con el organismo público, la trabajadora estuvo incluida en la Ley de Contrato de Trabajo y excluida del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública y que, de tal modo, no ingresó al ente autárquico con arreglo a las disposiciones legales específicas que regulan el acceso al régimen de estabilidad. No obstante

.....

(25) Énfasis agregado.

(26) Fallos: 334:229.

ello, la Corte —como se adelantó— aplicó derechamente la doctrina de “Madorrán”.⁽²⁷⁾

4.3 | El período de prueba en el empleo público

Otro aspecto a destacar —sobre el que volveremos más adelante— es que en virtud del precedente “Schneiderman”⁽²⁸⁾ (2008), replicado en “Bustos, Jorge Alberto c/ Ministerio de Economía - Secretaría de Hacienda”, del 2 de marzo de 2011, la estabilidad durante el período de prueba en la Administración Pública —de un año— tiene un componente diverso al sistema de la LCT: la Administración **debe justificar la inidoneidad del agente —de manera expresa, esto es, con prescindencia de formulaciones genéricas— a fin de que la relación no continúe.**⁽²⁹⁾

4.4 | Estabilidad y jubilación en el empleo público

También es un tema relevante que en la causa “Saglietti”⁽³⁰⁾ (2011) se estableció que el personal **que goza de jubilación o retiro no goza de estabilidad y sólo cobra una indemnización.** La pérdida de la estabilidad se produce cuando el agente comienza a gozar de una jubilación o haber de retiro y, desde ese momento, su designación puede ser cancelada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

4.5 | El *ius variandi* en el empleo público

Por último, es de señalar que el dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Schiavone”⁽³¹⁾ (2009) estableció un principio que no puede desconocerse. El Ministerio Público admitió —aunque la Corte

(27) Así lo hizo también en los casos “Nicolás, Adolfo Eduardo c/ Banco de la Nación Argentina p/ diligencias preliminares”, del 29/11/2011, y “Aguerre, Miguel Ángel c/ ETOSS —resol. 75/94 y 59/95— y otro s/ empleo público”, del 05/04/2011.

(28) Fallos: 331:735.

(29) Esta doctrina se replicó en “Micheli”, del 15/12/2009 (Fallos: 332:2741); “Granillo Fernández”, del 14/8/2012 (Fallos: 335:1523); y “Silva Tamayo”, del 27/12/2011 (Fallos: 334:1909).

(30) Fallos: 334:30.

(31) Fallos: 332:1413.

Suprema Federal no siguió sus fundamentos ni conclusiones— que el principio del *ius variandi* rige tanto en la relación de empleo público como en la de carácter privado, y que en su mérito, la forma y la modalidad de la prestación del trabajo pueden ser modificadas por el empleador, aunque ello no debe importar un ejercicio irrazonable de tal facultad que ocasione un perjuicio moral o material al agente. Este último, como se derivaba del caso, resulta afectado por un “pase” o traslado.

4.6 | Las personas contratadas por la Administración Pública⁽³²⁾

Se trata del caso de personas que, ya compelidas a “contratar” su desempeño laboral con la Administración Pública —nacional, municipal, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincial—, les fue comunicada la **no renovación** de tales estipulaciones.

Sintéticamente, ya consolidada la doctrina de “Leroux de Emedé”⁽³³⁾ (1991) en la jurisprudencia de la Corte Federal, en idéntica fecha —06/04/2012— fueron dictados dos fallos —emblemáticos, por cierto, frente a la tendencia anterior—, aunque lo resuelto en una y otra causa no haya sido coincidente.

En el primero —“Sánchez” (Fallos: 333:335)—, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay revocaron la sentencia que había hecho lugar al reclamo del actor. En definitiva, para la mayoría del Tribunal, existía una normativa específica que autorizaba a la demandada a contra-

(32) HOCKL, MARÍA CECILIA, “Los contratos celebrados por la Administración Pública y el Derecho del Trabajo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 404, 2012. Véase, asimismo, FERA, MARIO S., “Los ‘contratados’ de la Administración Pública y su relación con el empleo público y privado”, en Vázquez Vialard, Antonio Luis R. y Fera, Mario S. (coord.), *El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 165.

(33) Fallos: 314:376. En virtud de ella, frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a la disposición del art. 2, inc. a) de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la Administración Pública salvo que por acto expreso se los incluya en este o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se encuentre regida por la ley laboral común. Por lo tanto, si esa aquiescencia no se había constatado, ello obstaba al progreso de toda pretensión.

tar al actor como lo hizo, por lo que se declaró la improcedencia de las indemnizaciones fijadas en la instancia ordinaria.

En cambio, en la causa “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido”⁽³⁴⁾ (Fallos: 333:311), del 2010, todos los integrantes del Máximo Tribunal coincidieron, en lo sustancial, en un sentido favorable al pretendido por el demandante. Tuvieron en cuenta que el actor ingresó como técnico para desempeñarse en la Armada Argentina y su relación fue encuadrada en el Régimen para el Personal de investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73. Admitieron que tal norma autoriza a contratar personal sin derecho a indemnización por rescisión, pero la renovación de dichos contratos no puede ser mayor a cinco años (arts. 26 del decreto y 17, inc. a) de la reglamentación). Por ello, al hacerlo durante **veintiún años**, la demandada violó ese plazo máximo y utilizó figuras jurídicas autorizadas para casos excepcionales, con una evidente **desviación de poder** que tuvo por objetivo **encubrir la designación permanente del Sr. Ramos bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado**.

El voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay aclaró que el actor no tenía derecho a ser reincorporado en el cargo, toda vez que en tal hipótesis se vulneraría el régimen legal de la función pública y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Pública Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima. Se estableció que debían repararse los perjuicios sufridos, para lo cual la aplicación de la indemnización prevista por el art. 11 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (25.164) “resultaba una medida equitativa”.

El resarcimiento fijado por el Tribunal —por analogía— se inspiró en los casos contemplados para el personal alcanzado por el régimen de estabilidad que, afectado por medidas de restructuración, con la eliminación de los respectivos cargos, no puede ser reubicado y queda en la denominada “situación de disponibilidad”.

Vencido el término de la disponibilidad, se genera el derecho a percibir una indemnización **igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio**

.....
(34) Fallos: 333:311.

o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía (esta es la previsión resarcitoria que equivaldría a la indemnización prevista por la LCT, art. 245, **sin topes**). Además, la competencia jurisdiccional para estos casos, señaló el alto Tribunal, era la correspondiente a los tribunales contencioso-administrativos.

Con fecha 5 de abril de 2011, la Corte Federal dictó sentencia en la causa “González Dego, María Laura c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otro s/ despido”, que incorporó el “preaviso”, ya fijado por los jueces Maqueda, Zaffaroni y Fayt en “Ramos”.

Consideramos que, por lo dicho en “González Dego”, ninguna duda cabe respecto de la procedencia de otra pauta resarcitoria que se sumó a la establecida en “Ramos”: una suerte de preaviso omitido⁽³⁵⁾ mayormente evidenciada cuando la Administración comunica, abruptamente, la “no renovación” del contrato. Ese criterio, se insiste, es hoy sostenido por todos los integrantes de la CSJN.⁽³⁶⁾

Finalmente, con el dictado de la sentencia en la causa “Cerigliano”⁽³⁷⁾ (2011) a nuestro modo de ver, la cuestión quedó definitivamente sellada. Se enfatizó que la *ratio decidendi* de “Ramos” alcanza a todos los traba-

.....

(35) Como explícitamente surge de la comparación con el art. 232 LCT, recién mencionada.

(36) Causa “Maurette, Mauricio c/ Estado Nacional —Ministerio de Economía, Subsecretaría de Normalización Patrimonial— s/ despido” del 7 de febrero de 2012, la Corte decidió que los cuestionamientos del apelante por la aplicación de la ley 25.164 resultaban insustanciales a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal en la causa “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.”, Fallos: 333:311). Empero —agregó—, si bien es cierto que lo antedicho excluye el progreso de la indemnización sustitutiva del preaviso omitido del art. 232 de la Ley de Contrato de Trabajo, no lo es menos que, en casos como el *sub examine*, la ruptura incausada e intempestiva del contrato hace procedente, además de la indemnización del párrafo quinto, la prestación prevista en el párrafo tercero del aludido art. 11 de la ley 25.164, tal como se lo resolvió en el citado precedente y se lo destacó en la causa G.1470.XLII “González Dego, María Laura c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos” (sentencia del 5 de abril de 2011 y su aclaratoria del 26 del mismo mes y año). Con ese alcance, el Máximo Tribunal acogió los agravios de la actora.

(37) Fallos: 334:398.

jadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública nacional, provincial, municipal o, como en el caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin soslayar que el modo de reparar los perjuicios que se hubiesen irrogado al actor ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo. Ello, **con un riguroso apego a pautas razonables que garanticen el principio de suficiencia.**⁽³⁸⁾ Muy recientemente, esta doctrina fue reiterada en la sentencia dictada en la causa “Guzzi, Vicente c/ Universidad Nacional de Tucumán s/ nulidad de acto administrativo”, del 24 de septiembre de 2013.

Quizás estos firmes señalamientos desalienten la formulación de ficciones (o de “ropajes” jurídicos) que son, por principio, refractarios a los actos de la Administración.

Cabe reiterar que la reinstalación de estos trabajadores no fue admitida, y ello, como se expresó, de modo indubitable.

5 | Recapitulación en torno a la estabilidad en el empleo público y en el privado

La reforma de la Constitución Nacional de 1957, bajo el haz del principio protectorio —como surge del mencionado caso “Madorrán”—, incorporó dos conceptos diferenciados: la “protección contra el despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”. En el seno de los debates se entendió necesario distinguir entre los mentados ámbitos, para los cuales se prevé un diferente grado de permanencia en el empleo.

El convencional Carlos A. Bravo expresó que la estabilidad, salvo pocas excepciones, está tipificada en el caso de los empleados públicos, ya que puede ser considerada como un elemento natural de la relación entre ellos

(38) Esta indicación fue claramente acatada por la CNAT en la causa “Patalano, Claudia Alejandrina c/ Registro Nacional de las Personas s/despido”, Sala V, del 28/09/2011. La lectura de ese fallo pone en evidencia que se consideró íntegramente la doctrina de la Corte sobre la cuestión de las personas contratadas por la Administración.

y la Administración. Esto, por la naturaleza especial del servicio y de la función pública, que es perenne y sujeta a mínimas variaciones. En cambio, “en el campo de las relaciones del derecho privado, la situación es distinta. El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. **Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más...**”⁽³⁹⁾

Ahora bien, esta distinción —que ratifica la aceptación de un tipo de estabilidad “absoluta”⁽⁴⁰⁾ y autoejecutiva— no niega que en el “sector privado” la estabilidad constituya también una regla, aunque sujeta a un tratamiento diferenciado.

En este último caso, la permanencia en el puesto laboral está sujeta a reglamentación, ya que tanto “las garantías necesarias para el cumplimiento de [la] gestión sindical” establecidas para los representantes gremiales, como la “indemnización contra el despido arbitrario”, prevista para el dependiente privado, han tenido variadísimas manifestaciones.⁽⁴¹⁾

Es evidente que las razones de índole política y de buena administración del Estado reclamaban ese aseguramiento. Pero no lo es menos que en el ámbito particular, podrá resultar “muy difícil” la reincorporación, pero de ninguna manera imposible.

Los dos supuestos que abordaremos a continuación son evidencia de que la dificultad apuntada por el constituyente puede ser superada e incluso —considerando que se garantiza un piso mínimo indemnizatorio— ser prevenida por normas que disuadan el ilícito contractual que constituye el despido incausado.

.....

(39) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1958, t. II, p. 1226. Énfasis agregado.

(40) Que, como es sabido y ya se adelantó, importa que un empleado público sí pueda ser dejado cesante con causa justificada y mediante sumario administrativo previo. Aquello que queda proscripto es el poder discrecional para cambiar antojadizamente los cuadros de la Administración.

(41) Desde el denominado “fuero sindical” de 1973, pasando por las diversas regulaciones de la estabilidad sindical en las leyes 14.455, 20.615 y 22.105 hasta la actual normatización por la ley 23.551, puede verificarse que esas “reglamentaciones” de la cláusula constitucional han sido variadas.

6 | Estabilidad relativa propia

6.1 | La estabilidad prevista en la ley, en el convenio colectivo o en el convenio individual

Fuera de las situaciones de estabilidad **garantizadas** por la Constitución Nacional de manera conspicua, la del empleado público (autoejecutiva) y la del representante sindical (reglamentada con menor vigor), corresponde examinar ciertos supuestos en los que el derecho a la estabilidad fue manifiestamente establecido: normativamente, por convenio colectivo de trabajo o mediante el acuerdo individual. Adelantamos que, como lo expresa Machado, no parece ajustado a las tendencias actuales **pretender la inconstitucionalidad de un régimen legal, profesional o contractual** que adopte un sistema de estabilidad.⁽⁴²⁾

6.2 | Los representantes de los trabajadores en el sistema argentino. La ley especial y la antidiscriminatoria

La estabilidad de esta especial categoría de trabajadores, siguiendo lo ya expresado en el capítulo III, debe ser entendida como **propia-relativa** y no como absoluta. Las regulaciones pertinentes a este ámbito admiten —a diferencia del caso del empleado público— la opción de sustituir la reincorporación por el cobro de una indemnización agravada. Sabido es que los trabajadores amparados por las garantías previstas en la ley no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el art. 47 de la ley 23.551. También controvierte ese carácter absoluto el hecho de que si el empleador se niega a reincorporar al representante, en virtud del límite establecido por el art. 629 del Código Civil —“*nemo ad factum praecise cogi potest*”, que impide ejercer violencia sobre la persona del deudor—, la solución pecuniaria zanjará el tema.

(42) MACHADO, JOSÉ DANIEL, *op. cit.*

Como quedó dicho, la naturaleza de las tareas de aquellos “servidores del Estado”, es refractaria a toda sustitución de la reinstalación por una suma de dinero. Nuestro régimen constitucional —ya se ha mencionado— no autoriza a esa mutación, por lo que si el empleado público obtiene jurisdiccionalmente reparaciones, lo hará por la vía de los daños y perjuicios que provee el derecho común. Por tal razón, **se distancia** esta situación de la examinada en aquel caso, que posibilita esa opción en la propia ley especial.

En efecto, los supuestos previstos en la ley 23.551, que reglamentó el mandato constitucional estableciendo **aquella opción** —aunque el representante sindical no la ejerza—, **quebrantan la noción del absoluto**. Como apunta Goldín, si bien aquí también el despido carece de eficacia y, como consecuencia de ello, el trabajador tiene derecho a ser reincorporado a su empleo, la condena a reincorporarlo no se ejecuta coactivamente o en contra de la voluntad del empleador, pudiendo en tal caso el acreedor —el trabajador despedido— pedir el resarcimiento mediante el pago de las sanciones pecuniarias previstas legalmente o impuestas judicialmente con el fin de revertir su resistencia (salarios, **astreintes**, resarcimiento de daños, etc.).⁽⁴³⁾

El importante aporte de Machado en el trabajo ya citado merece una reflexión:

“[la idea de que] las obligaciones de hacer son incoercibles soslaya el dato de que el art. 666 bis de nuestro Código Civil habilita la imposición de condenas conminatorias (**astreintes**) tendientes a forzar la voluntad del deudor remiso a cumplir una orden judicial. Esa es la solución que a texto expreso resulta del art. 52 de la Ley 23.551, y no se advierte como ni porqué, en ese caso, resulta ‘lógica y humanamente posible’ compeler a la reincorporación en especie del representante gremial pero no lo sería, en cambio, respecto de otras situaciones con un amparo legal estándar”.⁽⁴⁴⁾

(43) GOLDIN, ADRIÁN (dir.) y ALIMENTI, JORGELINA F. (coord.), *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Bs. As., La Ley, 2013.

(44) MACHADO, JOSÉ DANIEL, *op. cit.*

Sobre el tema volveremos en el punto pertinente.

En síntesis, si la garantía prevista para los representantes gremiales⁽⁴⁵⁾ ha apuntado a no vaciar de contenido la protección especial que éstos merecen —a fin de no resultar ficcionales los **derechos gremiales** que asisten a los trabajadores por imperio de la Constitución Nacional y que, naturalmente, se delegan en los órganos de representación y de base—, la reinstalación establecida por la ley reglamentaria es la herramienta más eficaz para evitar toda acción antisindical por parte del empleador. Es verdad que la “solución” pecuniaria alternativa puede desalentar el propósito persecutorio de quien “ni se molesta” en ejercer la acción de exclusión de tutela.

Sin embargo, creemos que nada parecería tan eficaz para conjurar las prácticas antisindicales, que la aceptación “de una vuelta al trabajo” por parte del representante ilegítimamente excluido, siempre que por las circunstancias fácticas, esto sea posible. Entendemos que la opción por la reparación pecuniaria en reemplazo de tamaño acto de reivindicación que la ley permite, debilita un mecanismo tan potente como significativo y genera una inevitable ruptura de solidaridad de clase. Esta última, como un valor entendido, no debería ponerse en entredicho.

Es de destacar que la CSJN en la causa “Álvarez c/ Cencosud”⁽⁴⁶⁾ (2010), cuyos términos reprodujo en “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio sumarísimo”, del 26 de junio de 2012, entre otros, zanjó la discusión respecto de la aplicación de la ley antidiscriminatoria 23.592 al ámbito del derecho del trabajo y lo hizo afirmando su plena operatividad. La Corte **descartó de plano** la pretendida inaplicabilidad de la ley al ámbito del derecho del trabajo: **nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario**. Además, afirmó que la proscripción de la discriminación no admite ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se la reprueba en todos los casos.

(45) Aludimos a todos los comprendidos en la ley 23.551 y aun, por supuesto, a quienes la Corte les ha reconocido estabilidad por vía de la ley antidiscriminatoria, enarbolada en “Álvarez c/ Cencosud”.

(46) Fallos: 333:2306.

6.3 | Una discusión para evocar. La reinstalación y la situación de los empleados bancarios

El señalamiento del epígrafe se funda en el hecho de que ese grupo de trabajadores mereció —desde hace ya largos años— un tratamiento azaroso que regló sistemas de absoluta inestabilidad que facilitaron tratos injustos, como el despido de quienes participaron de legítimas actividades gremiales, hasta otros que, de manera oscilante, consagraron regímenes de estabilidad propia.

Recordemos que la ley 12.637, del año 1940, establecía el derecho a la estabilidad del empleado bancario. El decreto reglamentario 20.268/46, en su art. 6, contemplaba el despido injustificado de los trabajadores bancarios: determinaba su derecho a ser reincorporados y, en el supuesto de que el empleador no se aviniere a ello, disponía que se abonasen las remuneraciones que correspondieren al trabajador hasta el otorgamiento del beneficio jubilatorio.

Esa fue la primera norma que consagró un sistema de estabilidad relativa propia —desarrollan con gran precisión Tosca y Las Heras—,⁽⁴⁷⁾ que confirió la estabilidad de los trabajadores de los bancos, garantía que luego se extendió a los empleados de la compañía de seguros, reaseguros, capitalización y ahorro.

Expresan los citados autores:

“Esta disposición legal y la interpretación correcta del tema aportada por Deveali en el sentido de que la violación de la estabilidad importa para el empleador la obligación de reincorporarlo o bien que el empleado quede a disposición del empleador y por lo tanto —y aunque no utilice su fuerza de trabajo— estar obligado a abonarle todos los salarios caídos hasta que éste alcance la edad de jubilarse, significó que por casi treinta años no existieran controversias al respecto, aceptando pacíficamente la validez constitucional de la norma”.⁽⁴⁸⁾

(47) LAS HERAS, HORACIO y TOSCA, DIEGO, *op. cit.*

(48) *Ibid.*

La CSJN, en la causa "Flores",⁽⁴⁹⁾ convalidó esa regulación.

Esta situación se mantuvo hasta que en 1969 el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de ese régimen de estabilidad. En el conocido caso "De Luca" —nos recuerdan los citados autores— se estableció que el **sistema de estabilidad** del estatuto del bancario era incompatible con la libertad de comercio e industria garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, en tanto que impedía, por medios gravemente coactivos, el ejercicio de facultades discrecionales que era preciso reconocer a las empresas privadas y la dirección de sus actividades. Esta solución legal, para la Corte, afectaba las bases sobre las que se asienta la libertad de contratar, al imponer la obligación de pagar remuneraciones que no responden a contraprestación de trabajo alguno. La consideró, asimismo, lesiva de la garantía de la propiedad para el empleador.

Tal doctrina —destacan los doctrinarios citados— "caló profundamente en las decisiones judiciales siguientes lo que llevó a que fuese reformado el estatuto bancario con el dictado de la ley 18.598, variando de un régimen de estabilidad absoluta a uno de estabilidad relativa impropia receptando especialmente la argumentación vertida en "De Luca",⁽⁵⁰⁾ de 1969. La nueva norma de la llamada **estabilidad relativa impropia** era residual —como señalan Tosca y Las Heras—, ya que el sistema le permitía al trabajador, en primer lugar, peticionar su reincorporación en el puesto de trabajo. Expresamente, se disponía que si el despido no se fundaba en justa causa, la cesantía debía ser declarada nula, de modo que el trabajador tenía derecho a los salarios caídos durante la tramitación del proceso. Únicamente en el supuesto en que se ordenara la reinstalación y el empleador no se aviniera a efectivizarla, en ese caso nacía el derecho del trabajador a percibir el resarcimiento impuesto, que por cierto era muy superior al régimen general.

Poco tiempo después del dictado del fallo "De Luca", en 1970, ya bajo la vigencia de la ley 18.598, que si bien mantuvo la obligación de reincorporar al trabajador despedido sin justa causa, reemplazó la obligación de

(49) Fallos: 263:545.

(50) Fallos: 273:87.

pago de las remuneraciones hasta la jubilación por una indemnización reforzada. Frente a planteos relativos a la inconstitucionalidad de la nueva norma, la Corte Federal no encontró objeciones en ella, como surge de la causa “Bernuchi”⁽⁵¹⁾ (1974). El despido incausado del trabajador bancario constituía así un ilícito contractual ineficaz para romper el vínculo laboral, situación que sólo se producía al negarse el empleador a cumplir la sentencia judicial que lo obligaba a reincorporarlo, resultando el trabajador acreedor de los salarios devengados durante toda la sustanciación del proceso. Finalmente, la ley 22425 del año 1981 privó de toda estabilidad especial a estos trabajadores, quienes quedaron subsumidos en el régimen común.

La Corte Federal, posteriormente, en el caso “Agnese”⁽⁵²⁾ (1998) —ya con base en la ley 23.523 y por mayoría— remarcó nuevamente los lineamientos de “De Luca” señalando que el sistema de preferencia establecido por dicha ley impone la obligación de pagar la indemnización prevista por el ordenamiento laboral para el supuesto de despido injustificado, tomando como base de cálculo un período —que, en la especie, abarca veintinueve años, durante el cual no hubo relación alguna entre las partes—, y ello, a menos que el empleador se avenga, contra su voluntad, a incorporar empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia.⁽⁵³⁾

.....

(51) Fallos: 289:200.

(52) Fallos: 321:3081.

(53) Doctrina de Fallos, 273:87.

El voto minoritario expresó que el art. 1º de la ley 23.523 sólo instauró un principio de preferencia para la ocupación de vacantes bajo requisitos que comportan un equilibrio entre el cumplimiento de condiciones por parte del postulante y un cierto margen de ponderación del empleador (existencia objetiva de la vacante o de nuevos cargos, prioridad en las cargas de familia en caso de concurrencia con otros ex agentes, ejercicio al momento del distracto de una función similar a aquella que requiere el puesto vacante, etc.), bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con conocimiento de la Asociación Bancaria. La disposición legal sólo impone la preferencia en la elección de un co-contratante en los casos en que exista una vacante y establece que esta preferencia podrá ser soslayada mediante el pago de una suma de dinero. Agregó que esa norma no obligaba a contratar: sólo prescribía que los empleadores que tengan necesidad de personal deberán dar preferencia a los trabajadores que estén en las condiciones descriptas por ella; y en los casos en que los bancos lo dispongan, podrán librarse de ese derecho de preferencia pagando una suma de dinero cuyo monto no había sido presentado como un óbice material al cumplimiento de la obligación alternativa.

.....

Es evidente que la dispersión apuntada no rindió buenos frutos y que la promotora de tantas fluctuaciones, cuanto menos, fue la norma **de facto** que autorizó a despedir, sin más, a aquellos que ejercieron el derecho de huelga en el año 1959. El saldo resultó altamente perjudicial: derechos constitucionales en pugna, reincorporaciones revocadas, indemnizaciones y salarios denegados y, en suma, una inocultable inseguridad jurídica. Se trata de un capítulo que no puede limitarse a la mera descripción: de su derrotero debe extraerse alguna experiencia institucional, a fin de que las situaciones descriptas no se renueven.

Esto, porque se instaló una doctrina que vedó —en su momento— la posibilidad de habilitar, **aun por vía legal**, la reinserción del trabajador despedido.

6.4 | El convenio colectivo (de actividad y de empresa) y el convenio individual

En la causa “Nazar”⁽⁵⁴⁾ (1980), y frente al Convenio Colectivo N° 160/75 de la Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles, la Corte había dejado sin efecto una sentencia que condenó a reincorporar al actor y a abonarle los salarios caídos desde la cesantía hasta el reintegro o negativa de éste, como forma de proteger la garantía de estabilidad establecida en ese convenio. El Tribunal entendió que dicha interpretación era irrazonable, en tanto suprimía el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores respecto de la integración de su personal, en pugna con la garantía del art. 14 de la Constitución y **en los términos de “De Luca”**.

Unos años después, en la causa “Figuerola c/ Loma Negra”⁽⁵⁵⁾ (1984), la Corte consideró arbitraria la sentencia que, fundada en una interpretación irrazonable del art. 56 del Convenio Colectivo N° 40/75 de la Industria del Cemento, condenó a la demandada a reincorporar a los actores y a abonarles los salarios caídos desde el despido hasta la reincorporación o su negativa y, para este último caso, estableció que el pago de tales salarios

.....

(54) Fallos: 302:319.

(55) Fallos: 306:1208.

lo sería mientras continuara vigente la relación laboral. Ante ello, el Máximo Tribunal reiteró los conceptos vertidos en “Nazar”.

Como colofón, puede afirmarse que, en todos estos supuestos, la doctrina de “De Luca” generó una fuerte impronta que parecía haber vedado toda posibilidad de establecer por vía legal y convencional situaciones de estabilidad relativa propia.

Empero, es del todo elocuente lo afirmado por la CSJN en la causa “Álvarez c/ Cencosud” ante la argumentación de la demandada basada en el precedente “Figuroa c/ Loma Negra”, en tanto la reincorporación del empleado conllevaría una supresión de las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración de su personal.

La Corte, con marcado énfasis —si bien la cuestión a decidir en este caso se vinculaba con despidos discriminatorios—, consideró “inatendible” tal planteo a la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos que había citado. Señaló que, incluso en el orden legal, el empleador “[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho” (art. 68 LCT). No obstante, recordemos que en 1998, en la causa “Agnese”, el mencionado Tribunal Federal⁽⁵⁶⁾ había vuelto a avalar la doctrina de “De Luca”.

Con relación a los convenios de empresa, coincidimos absolutamente con Tosca y Las Heras, en tanto no resulta razonable que las partes signatarias de tales convenios soliciten, luego, su inconstitucionalidad. Es de suponer que el acuerdo negocial —dada la dinámica propia del convenio colectivo— supone que considerables ventajas, como la estabilidad, bien pudieron ser el fruto de concesiones gravosas por parte de los trabajadores, aunque ese *do ut des* no resulte explícito.

Sin embargo, el Tribunal no fue terminante en este aspecto. En la causa “Pelaia”⁽⁵⁷⁾ (1992), los jueces de cámara habían decretado la nulidad del despido del empleado —que había fallecido— y condenado a la deman-

(56) Si bien con una integración diferente a la actual.

(57) Fallos: 315:1441.

dada al pago de los salarios caídos hasta la fecha de fallecimiento y la indemnización dispuesta en el art. 248 LCT, señalando que la situación era distinta a la planteada en “Figueroa”. La Corte, por mayoría, concluyó que se había omitido la consideración de argumentos conducentes para la solución del caso y que debía examinarse si resultaban o no violatorias de la garantía constitucional de la propiedad las cláusulas de la convención colectiva —de empresa— que disponía el pago por el empleador al trabajador, en caso de ruptura de la estabilidad propia por decisión patronal, de una suma equivalente a todas las remuneraciones que se hubieren devengado hasta el período jubilatorio sin que exista contraprestación de tareas. **Es decir, la decisión no sentó una doctrina determinada sobre el punto —encontró que no se había dilucidado adecuadamente la cuestión planteada, por lo que descalificó la sentencia por arbitrariedad—. El tema no fue reeditado hasta nuestros días.**⁽⁵⁸⁾

Cabría plantear en este segmento el caso del **acuerdo individual** —supuesto, por cierto, poco corpóreo—, pero que podría darse, aun por vía de hipótesis.

La ley y los convenios colectivos —de actividad y de empresa— parecen haber superado el **standard** de “De Luca” por lo dicho en “Álvarez c/ Cencosud”. En esta línea, la novel incorporación de los acuerdos individuales —los anudados entre el trabajador y el empleador— al art. 12 LCT, dada la irrenunciabilidad de sus contenidos, refuerza el valor de esos pactos y su validez debería ser alcanzada por la nueva postura del Tribunal, **aunque en su actual integración tampoco hubo pronunciamientos sobre esta temática.**

6.5 | El caso de los docentes particulares

El Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP), en su convenio colectivo de trabajo homologado en 2013, ratificó que duración de la relación laboral entre un/a trabajador/a docente privado/a y su empleador/a propietario/a de un establecimiento educativo de gestión privada, **será siempre considerada de tiempo indeterminado.** Así, son considerados

(58) Ver GUIASADO, HÉCTOR C., “Estabilidad en el empleo privado”, en Vázquez Vialard, Antonio Luis R. y Fera, Mario S. (coord.), *op. cit.*, p. 108.

nulos y sin ningún valor los contratos a plazo fijo, no se aplica el contrato a prueba y dentro del término que confiere la ley para la jubilación ordinaria los docentes privados gozarán de la misma estabilidad en su empleo que la de los docentes estatales. Se prevé que para el caso que la autoridad educativa o la parte empleadora disponga el cambio de planes de estudio, la supresión o modificación de cursos, divisiones o grados, esta última deberá indefectiblemente reubicar al personal docente afectado en el mismo establecimiento, asignándole las tareas docentes acordes a su calificación profesional, sin causarle perjuicio material o moral y continuando la relación laboral por tiempo indeterminado.

En efecto, para los docentes particulares se prevé la instrucción de un sumario previo al despido. El art. 13 de la ley 13.047 establece que “el personal sólo podrá ser removido, sin derecho a preaviso ni indemnización, por causa de **inconducta, mal desempeño de sus deberes o incapacidad física o mental, previa sustanciación del correspondiente sumario por autoridad oficial competente en el que se garantizará la inviolabilidad de la defensa**”.⁽⁵⁹⁾ En caso de incumplimiento de esta obligación —establece el convenio colectivo de trabajo— de esta el despido será nulo y el/la empleador/a deberá reincorporar a/l/la docente.

El art. 14, de su lado, establece que “en los casos de despido por causas distintas a las taxativamente enumeradas en el artículo anterior, se aplicarán las disposiciones de los arts. 157 y afines del Código de Comercio”.⁽⁶⁰⁾

Es decir, frente a las tres primeras causales —cuya amplitud interpretativa puede dar lugar a muchos equívocos—, el sumario es un imperativo. En cambio, para los otros supuestos, está previsto el despido normado previsto por la LCT.

Con relación a esta temática, la Sala II de la CNAT en las causas “Salvia, Norberto c/ Asociación Hijos de María Inmaculada Asoc. Civil s/ despido” (31/05/2006) y “Poggio, Carla y otro c/ Instituto ERNA SRL s/ despido” (06/06/2007), y la Sala V en la causa “Bujan, Susana y otros c/ Brañeiro, María y otros s/ despido” (06/10/2006) sostuvieron que tal procedimien-

(59) Énfasis agregado.

(60) De ahí que se pueda considerar el caso del acápite como un supuesto de estabilidad relativa propia y no absoluta.

to sumarial es una exigencia que intensifica la protección a la estabilidad relativa de la que gozan los trabajadores comprendidos en el estatuto. Empero, la conclusión del sumario, tramitado ante la autoridad administrativa, no condiciona la valoración de la existencia o no de la causal de ruptura que debe efectuarse en sede judicial. La exigencia del sumario previo solo puede adquirir alguna relevancia en caso de que se omita su cumplimiento porque, dada esa hipótesis, es evidente que el empleador no puede resultar eximido de responsabilidad indemnizatoria pues la ruptura habría sido dispuesta sin cumplir con el recaudo formal.

En suma, este supuesto prevé la reincorporación en el caso en que **no se pruebe por la vía sumarial la "inidoneidad" del docente en los casos del art. 13 citado**. Para ello se ha establecido un procedimiento especial ante el Consejo Gremial de Enseñanza Privada (ente tripartito). No se admite para estos casos y por previsión expresa de las normas aplicables, en cambio —a diferencia del dirigente sindical—, el pago de una suma de dinero como una opción al reintegro. **Sí, por supuesto, es admisible que quien no pretenda ser reinstalado obtenga las reparaciones propias del régimen laboral: 1) por el hecho de que no se le haya instruido el sumario pertinente y se lo haya despedido; 2) por el resultado negativo de las imputaciones de su empleador y su reticencia a la reinstalación; 3) según se estableció jurisprudencialmente, lo concluido en el sumario no condiciona la valoración de la causa de la ruptura, por lo que la valoración de la "justa causa" debe efectuarse en sede judicial.**

6.6 | Un supuesto de estabilidad relativa propia contemplado por la ley (el art. 224 de la Ley de Contrato de Trabajo)

La norma enunciada establece que

"...cuando la suspensión se origine en denuncia criminal efectuada por el empleador y ésta fuera desestimada o el trabajador imputado, sobreseído provisoria o definitivamente, **aquél deberá reincorporarlo al trabajo y satisfacer el pago de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva, salvo que el trabajador optase, en razón de las circunstancias del caso, por considerarse en situación de despido.** En caso de

negativa del empleador a la reincorporación, pagará la indemnización por despido, a más de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva”.⁽⁶¹⁾

En estos casos, si bien la prueba del delito penal y la de la injuria laboral son independientes, ello es así siempre que la causal del distracto no haya sido la imputación del delito penal sobre el mismo hecho laboral (arg. art. 1103 del Cód. Civil). En este sentido, se observa que la norma laboral **predica la reincorporación como un derecho del trabajador sobreseído —y muchos casos, absuelto—**, pero inmediatamente posibilita la mutación del reintegro por una indemnización y el deber de pagar “salarios perdidos”. Muy probablemente, esta sea la situación fácticamente más utilizada ante el supuesto de hecho que enuncia la norma.

Pero observamos que si la estabilidad, la continuidad y la duración por tiempo indeterminado se erigen en principios fundantes de nuestro derecho especial, la reinstalación —justamente en este caso, como la manifestación más vehemente de esos postulados— **aparece como una solución plagada de idealismo** que poco contribuye a afianzar aquellas reglas paradigmáticas. Quizás sería prudente que una reforma coloque las cosas en su quicio —puesto que difícilmente se reinicie una relación quebrantada moralmente al extremo como la planteada— y se impulse el reingreso en aquellos casos en los que **el imperativo de justicia y la realidad**, que nunca deben negarse, lo tornen factible.

7 | Estabilidad relativa impropia

7.1 | Los instrumentos internacionales

El denominado despido *ad nutum*, a pesar de su carácter ilícito, es el motivo más frecuente de terminación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado —aun superada la “época feroz” de la flexibilización laboral—.⁽⁶²⁾ Recordemos que la voluntad del constituyente fue clara en el sentido de “separar” el ámbito público del privado y que al menos dentro

(61) Énfasis agregado.

(62) Al menos, ante la derogación de los denominados contratos “basura” (ver nota 1).

del mínimo garantizado por la Constitución Nacional, se asegura para el trabajador particular la denominada "protección contra el despido arbitrario". Volveremos sobre el punto.

Ya apuntamos que la reinstalación del trabajador víctima de un trato discriminatorio no se opone al derecho a contratar y ejercer toda industria lícita prevista por el art. 14 CN. En segundo término —conviene reiterarlo—, en "Álvarez c/ Cencosud" se estableció que el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de "De Luca". Esto supone que no se confrontaría, necesariamente, una estabilidad "legal" por la existencia de ese precedente.

Ahora bien, la reglamentación vigente permite —aunque se lo considere un ilícito— que el empleador, mediante el pago de una indemnización, no se encuentre compelido a justificar el despido. En contra de este diseño legislativo, el art. 6.1 PIDESC —como lo afirmó la Corte Federal—, al asegurar que el trabajador tiene el derecho a no verse privado arbitrariamente de su empleo, "si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta".⁽⁶³⁾ A su vez, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal, ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo "tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución..." (Observación General N° 18, párr. 48).

Se ha dicho también,⁽⁶⁴⁾ aun cuando la República Argentina no haya ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), **que establece una preferencia a la reinstalación, pero no obliga a esa solución**; el mencionado Comité consideró que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC deben interpretarse a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de **ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente**"

(63) En esta línea, el art. 66 LCT, volviendo a la redacción original de 1974, establece una suerte de estabilidad ante los posibles ejercicios abusivos del *ius variandi*. Sin exigencias de verosimilitud en el derecho y de peligro en la demora, el juez, a pedido del trabajador, debe ordenar que se mantengan las condiciones de trabajo previas a la modificación dispuesta por el empresario (ley 26.088).

(64) Considerandos 7 de "Álvarez c/ Cencosud" y 5 de la causa "González c/ Polimat" (Fallos: 333:702).

(Observación General N° 18, párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio prevé, dentro de la sección aludida anteriormente, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (art. 10). Dicho artículo prevé que si los organismos mencionados en el art. 8 del Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada, **y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.**

La Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23.1— y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV— son contestes con este principio, y el Protocolo de San Salvador contempla la “readmisión en el empleo” **como una de las consecuencias admisibles** para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7.d). Son de considerar, asimismo, las recomendaciones 119 y 166 de la OIT y lo establecido en el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Al respecto, observamos que, por el momento, se cuenta con la ya inmovible nulidad insanable de todo despido discriminatorio.

No se trata sólo del representante gremial “de hecho”. Hemos visto cómo se aplicó el sistema de reingreso a la mujer embarazada en el período de prueba.⁽⁶⁵⁾

Ahora bien, más arriba se expresó que el constituyente Bravo, luego de exponer sobre la pertinencia de la estabilidad en el campo del empleo público, señaló que “resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más...”. Sin embargo, para la “gran empresa”, en muchos casos, el trabajador puede representar un ser anónimo y poca repercusión tendrá para aquélla el reingreso dispuesto por la jurisdicción. La cosmovisión del año 1957 no presagiaba la situación de los establecimientos de dimensiones multinacionales, como así tampo-

(65) “L. E. M. c/ Qvalytel de Latinoamérica SA s/ despido”, CNAT, Sala VII, 5/8/2011.

co diversas circunstancias que, aun no previstas específicamente, no por ello dejan de estar amparadas dentro del diseño humanístico de nuestra Ley Fundamental.⁽⁶⁶⁾ De allí la importancia de la labor del intérprete de la Constitución: ésta es una creación viva y fecunda, establecida para durar en todo tiempo y circunstancia.

En este orden de ideas, también cobra vigor el derecho comparado, porque no parece, al menos *prima facie* viable —como marcaba Bravo— que en una empresa de muy escasa planta de personal pueda ser eficaz una restitución al puesto de trabajo, al menos sin discordias y previsibles quebrantamientos de los siempre recordados deberes de conducta.⁽⁶⁷⁾

7.2 | Examen de algunos institutos vinculados a la estabilidad relativa impropia

Seguidamente, se expondrán algunos aspectos vinculados con la estabilidad que nos ofrece nuestra LCT. Algunos de ellos se muestran refractarios a los principios que informan la estabilidad y, paradójicamente, facilitan la extinción del contrato de trabajo.

Sucintamente remarcamos, dado que el objeto de este aporte es el de profundizar algunos aspectos de la estabilidad y la extinción del contrato de trabajo —y la indemnización del art. 245 LCT, entendemos, sólo representa un módulo de resarcimiento ante la ruptura incausada del vínculo por parte del empleador— que el Grupo de Expertos en Relaciones La-

(66) Es reiterada y conocida la doctrina de la CSJN según la cual la interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden detenerse de la realidad viviente de cada época. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad.

(67) Aun cuando la Constitución de Venezuela (art. 93) garantiza la estabilidad en el trabajo, el art. 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece que “los patronos que ocupen menos de diez (10) trabajadores no estarán obligados al reenganche del trabajador despedido pero sí al pago de las prestaciones e indemnizaciones (...) cuando el despido no obedezca a una justa causa”. Como apunta Toselli, además establece “un plazo muy breve de caducidad para optar por el ‘reenganche’ (5 días, art. 116)” (TOSELLI, CARLOS, “La estabilidad en la hora actual. Un análisis necesario”, en AA.VV., Ramírez, Luis E. (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Montevideo-Bs. As., B de F, 2008, p. 63 y ss.). El régimen deja en última instancia al empleador la posibilidad de cumplir la condena en especie o abonar un recargo indemnizatorio de entre diez y noventa días de salario según la antigüedad del trabajador (art. 125), que no es incompatible con la demanda de daños y perjuicios de derecho común (Machado, *op. cit.*, p. 271).

borales (creado por Resolución MTEySS 502/2005) e integrado por Oscar Valdovinos —presidente—, Eduardo Álvarez, Carlos Aldao Zapiola, Mario Elffman, Beatriz Fontana, Jorge Rodríguez Macini, Jorge Sappia, Julio Simón, Pablo Topet y Jorge Elías) produjo un informe denominado **Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina**, de notable valía. En él se ha señalado que el sistema de reparación tarifada que se prevé para el despido “no cumple con la función de resarcimiento para la que fue concebida” y que

“...de este modo, el despido, aun el despido sin causa correctamente indemnizado, ha pasado a ser una suerte de sanción implícita que se utiliza frecuentemente como mecanismo de represalia ante el ejercicio de determinados derechos por parte del trabajador tales como afiliarse a la organización sindical, tomar parte en una medida de fuerza, reclamar el pago puntual de remuneraciones o el cumplimiento de cualquier otra obligación por parte del empleador. Estos actos del trabajador absolutamente lícitos y amparados por la ley lo exponen a las consecuencias de otro acto, éste ilícito, consistente en despedir sin causa a su dependiente a modo de sanción o represalia. En relación con el mecanismo de coacción que resulta del despido indirecto como forma de tutela de los derechos del trabajador ante abusos o incumplimientos de la patronal reviste los mismos caracteres de insuficiencia agravados por el hecho que la tarifa indemnizatoria, de suyo insuficiente para reparar el daño derivado de la pérdida del empleo, será obtenida usualmente luego de un prolongado proceso judicial y sometida a sus avatares (...) Si la tarifa del despido no repara el daño y si el acto de despedir, aun en el despido sin causa, suele funcionar como una sanción o represalia, cualquier ejercicio de derechos por parte del trabajador quedará severamente limitado”.⁽⁶⁸⁾

7.3 | El período de prueba

Sin reiterar conceptos conocidos, es de destacar que el instituto, instalado en nuestro país desde 1995, es la evidencia de la consolidación de mecanismos flexibles, aunque desde 2004 —con el dictado de la ley 25.877— se

(68) ELÍAS, JORGE, “La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2011-1, pp. 15/16.

llegó a un punto equilibrado: tres meses de prueba para el empleador como regla —salvo las regulaciones específicas de los estatutos particulares, aun anteriores a la ley 24.465—. ⁽⁶⁹⁾

Sería del todo oportuno memorar aquello que alguna vez tuvimos oportunidad de abordar con el Dr. Miguel Maza:⁽⁷⁰⁾ que la expresión “período de prueba” no sea eufemística, sino real; que quien “examine” durante ese lapso la idoneidad, la contracción, la empatía y el compromiso con el trabajo —entre otros valores que, se entiende, pueden ser sometidos a comprobación en los primeros tres meses— **realmente justifique la desvinculación**. Como bien se ha dicho, el período de prueba **no es un bill de indemnidad** para abaratar los costos de salida. Tampoco parece un tema irrelevante que la propia ley (art. 92 *bis*), en su actual redacción, haya previsto conductas abusivas y prohibidas en su articulado, y estableciendo diferentes sanciones en caso de comprobarlas.

Se trata de una herramienta arraigada en ciertas actividades y en muchos casos de modo más favorable que la regulación del trabajador inserto en el régimen común —como el estatuto especial del periodista profesional—, ⁽⁷¹⁾ y sería del caso propiciar al menos que una fundamentación de la inaptitud, como la prevista en el mencionado sistema especial, se hiciera extensivo al régimen general. El principio de buena fe —establece, *expressis verbis*, en el art. 63 LCT que éste debe primar ‘al comienzo, durante el desarrollo y a la finalización’ del contrato—. Y si las palabras,

.....

(69) Recordemos que la ley 25.013 —una de las reiteradas reformulaciones del instituto y quizás la más antifuncional— estableció que si se trataba de pequeñas empresas (art. 83 de la ley 24.467), el período de prueba era de seis meses y extensible a doce meses si se trataba de trabajadores calificados, según la definición que efectuarían los propios convenios.

(70) MAZA, MIGUEL A. y HOCKL, MARÍA CECILIA, “Modalidades contractuales”, ap. III, en Ackerman, *op. cit.*

(71) La opción por un período de prueba, en los términos del art. 25 de la ley 12.908, no otorga al empleador una facultad absoluta de despedir a sus dependientes sin invocar causa precisa. El art. 39 de la mencionada ley, en su inc. a), menciona como causal especial de despido, y que exime al empleador de las obligaciones de indemnizar y de preavisar a su dependiente, la incapacidad personal para desempeñar los deberes y obligaciones a que se sometió al ingresar en el período de prueba legalmente previsto. Ello debe interpretarse en el sentido de que el empleador debe invocar y fundar su decisión rescisoria en un momento concreto, demostrativo de la incapacidad del agente despedido, comprobado dentro del período de prueba (CNAT, Sala V, sent. 46.863 del 15/11/91 “García, Raúl c/ Arte Gráfico Editorial Arg.”).

en la más básica lógica de la interpretación legislativa, no deben considerarse superfluas, la expresión “prueba”, debería constituirse en una comprobación acabada y real de aquellos extremos.⁽⁷²⁾

7.4 | Los requisitos sospechosos

En estos supuestos, se controvierte el principio general de la presunción de validez de los actos estatales. Los casos contemplados a continuación pusieron en evidencia que ciertas normas de orden nacional o provincial establecen tratos desiguales que la Constitución Nacional no consiente, de modo tal que el Máximo Tribunal tuvo que pronunciarse acerca de la validez de ciertas legislaciones que se amparan en categorías de las denominadas “sospechosas”.

Recordemos que la Corte Suprema de los Estados Unidos “fue la encargada de dar inicio a la doctrina de las categorías sospechosas al resolver, en 1944, el caso *Korematsu v. United States*. Se puso en tela de juicio la validez constitucional de un decreto del Poder Ejecutivo dictado poco tiempo después del ataque japonés a Pearl Harbor, que prohibía a las personas nacidas en Japón, fueran o no ciudadanos estadounidenses, residir en la costa oeste del país norteamericano. Si bien el Máximo Tribunal resolvió que la restricción era válida, sentó un principio jurisprudencial, que posteriormente fue utilizado en numerosas ocasiones, **según el cual todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas**”.⁽⁷³⁾

En “Calvo y Pesini”⁽⁷⁴⁾ (1998), se trató el caso de una ciudadana de nacionalidad española que se desempeñó por más de cinco años como psicóloga en un hospital de la provincia de Córdoba. Cuando pretendió cubrir una suplencia según el régimen del art. 13 de la ley local 7625 —situación que la llevó a renunciar al contrato que había suscripto con anterioridad—,

(72) De igual modo, el recordado precedente “Schnaiderman” (cap. IV, ap. c), previsto para el empleo público, otorga fundamento a la necesidad de explicar las razones de la “no continuidad” del vínculo.

(73) FALCÓN, JUAN PABLO, “Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo ‘Rodríguez Pereyra’”, en *Revista Jurídica La Ley* 2013-B, Sup. Adm. 2013 (febrero). Énfasis de la cita agregado por la autora.

(74) Fallos: 321:196.

ya puesta en posesión del cargo, se le comunicó que se debía limitar su designación por no cumplirse lo exigido por el art. 15 de la ley 7625, que imponía la condición de ser argentino para cubrirlo.⁽⁷⁵⁾

Idéntica situación se había verificado en la causa “Repetto”⁽⁷⁶⁾ (1998), en la que una reglamentación de la provincia de Buenos Aires estableció que la actora —docente—, de nacionalidad norteamericana, no podía seguir ocupando su cargo en un establecimiento privado de enseñanza por esta última condición.

Claramente, en estos casos las trabajadoras debían cesar en sus funciones, de modo tal que la estabilidad, como principio, fue puesta en riesgo severamente.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes locales, con criterios basados en los arts. 16 y 20 CN, que luego replicó —y amplió, con fundamento en normas propias del bloque de constitucionalidad incorporado en el año 1994— en los conocidos casos “Hooft”⁽⁷⁷⁾ (2004); “Gottschau”⁽⁷⁸⁾ (2006) y “Mantecón Valdez”⁽⁷⁹⁾ (2008). Básicamente, lo hizo sobre este concepto: el trato desigual debe ser declarado ilegítimo cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que aquel responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo de uno de los posibles para alcanzar dicha finalidad.

7.5 | El art. 212, inc. 3, LCT

Establece la norma que estando vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá

(75) La norma tenía previsto que la “no acreditación” de la condición legal importaba el cese de funciones.

(76) Fallos: 311:2272.

(77) Fallos: 327:5118.

(78) Fallos: 329:2986.

(79) Fallos: 331:1715.

asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. **Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el art. 245 de esta ley.**

Entendemos, con Irilo E. C. Carril Campusano,⁽⁸⁰⁾ que dentro del amplio margen de las facultades del empleador, no resulta compatible ni con el espíritu de la LCT —que promueve la continuidad del contrato de trabajo—, como así tampoco con el texto originario de la Constitución Nacional ni con el bloque de constitucionalidad que se ha incorporado a ella, la opción a favor de aquel que puede rescindir el vínculo con el trabajador apto para retomar tareas en labores acordes con su capacidad psicofísica. La ley 23.592, en este punto, exhibe un rol fundamental, en tanto establece que “a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. Lejos de constituir esas motivaciones un *numerus clausus*, la situación de quien —por el propio enunciado de la norma laboral— ha sufrido una disminución física o psíquica en su persona luego de una enfermedad o un accidente, encuentra, con amparo legal, algo que empeora su ya difícil situación. **El empleador, en condiciones de otorgarle tareas acordes con su capacidad, podrá negarse a hacerlo, extinguiendo así el contrato de trabajo, con el solo pago de la indemnización prevista por el art. 245 LCT.**

Se trata de una norma inconstitucional, como se adelantó, porque es ínicua e incompatible con la intolerancia que proscribe la ley antidiscriminatoria, en su letra y en su espíritu. A la par, no sólo vulnera principios de orden superior: la disposición se descontextualiza en un conjunto de normas armónicas que hacen al mejor desenvolvimiento de la relación entre empleador y trabajador (capítulo VII de la LCT)⁽⁸¹⁾ y a la continuidad del contrato.

(80) CARRIL CAMPUSANO, IRILO E. C., “Discriminación del trabajador vinculada a su estado de salud”, ponencia presentada en el V Encuentro Quilmeño y III Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Quilmes, 18 y 19 de mayo de 2012.

(81) Es de recordar que el plenario 58, “Álvarez, Juan c/ Zeit Olivari Ltda.” de la CNAT (1959), centrándose más en la persona del trabajador que del empleador, había establecido que

Como toda situación abarcada en el contexto de la ley 23.592, la nulidad del acto conduciría al derecho a la reinstalación —va de suyo que el empleador, en este supuesto, no podría alegar posteriormente la falta de condiciones para la readmisión—, por lo que no habría óbice para su operatividad.

7.6 | La “opción tácita” de la mujer (art. 186 LCT)

No menos antisistémico resulta el art. 186 LCT en dos de sus previsiones normativas. En primer lugar, la norma es refractaria a los principios constitucionales básicos cuando impone una opción perentoria tácita y emplaza irrazonablemente a la mujer que acaba de ser madre. E igualmente inválido es el injustificado tope que se le impone a una “compensación”, ya fuertemente menguada.

La norma expresa que si la mujer no se reincorpora a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia del art. 177 y no comunica a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de los mismos que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida en el art. 183, inc. b), párrafo final. Dicha disposición expresa que, en tal caso, la compensación será equivalente al **veinticinco por ciento (25%) de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el art. 245 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses.**

Consideramos que la perentoriedad de estos plazos resulta, cuanto menos, injusta, puesto que en situaciones como la examinada la mujer se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que la solución legal es desatinada. Por lo demás, inexplicablemente, arrasa con el principio según el cual no se admiten presunciones en contra del trabajador (art. 58). Si bien la regla *bona fidei* obligaría al empleador a intimarla a

.....
para ese supuesto —tenga el empleador tareas “acordes” o no las tenga— el trabajador era “acreedor a las indemnizaciones duplicadas emergentes de despido y falta de preaviso (art. 67, dec. 33302/45, ley 12.921), salvo que el empleador justifique la imposibilidad de asignarle tareas acordes con su estado, en cuyo caso solamente le corresponderán las indemnizaciones de referencia liquidadas en forma simple”.

retomar las tareas, como lo ha exigido buena parte de la jurisprudencia,⁽⁸²⁾ podría entenderse que la inexplicable titulación de “opción tácita” lo preservaría de cometer un ilícito contractual por no hacerlo.

Y al juzgar la más que insignificante “compensación” prevista en el art. 183, inc. b) LCT, el intérprete encuentra —además— que el salario a considerar no puede ser superior al SMVM. Esta norma, regresiva al extremo —recordemos que ese tope es incluso inferior al previsto ley 20.744/74, que triplicaba el importe del SMVM al momento de la extinción del contrato—,⁽⁸³⁾ licua aún más una indemnización encubierta, toda vez que en muchos casos, la inadvertencia de la mujer —repetimos, que transita por un período en el cual su extenuación física es previsible— no es el fruto de una decisión deliberada, sino una inadvertencia plenamente justificada.

En tales condiciones, se transgreden conocidos instrumentos internacionales que protegen a la mujer y al niño, por lo que es necesaria una reformulación de la norma.

7.7 | Propuesta de despido

Según refiere Elías,⁽⁸⁴⁾ esta última consiste

“en instituir un mecanismo a través de cual el empleador debe justificar las causales que motivan su decisión antes de disponer el acto extintivo. En estos casos, se plantearía un debate previo donde el empleador podría acompañar evidencias de las razones que, aun cuando no constituyan injuria en los términos del art. 242 de la LCT, determinan y justifican la decisión de poner fin a la relación laboral, abonando las correspondientes indemnizaciones. El despido discrecional tendría así acotados sus efectos

(82) V. gr., en la causa “Fernández, Miriam Silvina c/ Callao MTS SA s/ despido”, CNAT, Sala II, 20/04/09, entre otros casos.

(83) No se nos escapa que comparamos una “compensación” específica con la indemnización del art. 245 LCT (y en este punto, sus respectivos topes). Pero aun así, es válida la crítica y posible una solución opuesta al enunciado: la muy compleja situación de la mujer en la encrucijada “optar” dentro de plazos breves en extremo, la inculparía válidamente y ante la falta de intimación del empleador, podría considerarse válidamente despedida por responsabilidad de este último.

(84) ELÍAS, JORGE, *op. cit.*, p. 31.

más perniciosos, e incluso, el trámite daría ocasión al trabajador para alegar una causal de discriminación como móvil real del despido, en forma previa a que el mismo se perfeccione”.

El informe del Grupo de Expertos ya citado por el autor “sugiere esta posibilidad como una alternativa para resolver la cuestión de la insuficiencia reparatoria del régimen actual”.⁽⁸⁵⁾

8 | Conclusiones

La **estabilidad en el trabajo** constituye un bien a preservar e impulsar en cualquier situación individual. Asimismo, representa un objetivo de políticas sociales que debe ser permanentemente promovido.

El **empleo público** merece una protección destacada por razones vinculadas al derecho a la carrera administrativa, al cambio antojadizo de agentes conforme a la ideología política del momento y al derecho **del administrado** a recibir la mejor atención por parte de trabajadores enaltecidos por la función pública y nunca menoscabados por ella. La Constitución Nacional es contundente: se trata de una estabilidad no intercambiable por compensación económica alguna.

Las leyes, de manera progresiva, deben ir asegurando al **trabajador privado**, bien que por los motivos remarcados en nuestra Constitución histórica como por el bloque de constitucionalidad establecido en 1994, el goce efectivo de ese principio, tal como se ha perfilado en los últimos años.

En situaciones de discriminación, la estabilidad es una realidad palpable y reivindicativa de derechos: la ley 23.592 lo ha previsto por vía de imponer al autor del acto la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y (...) reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1). Se trata, como ha sido dicho, de una reacción legal proporcionada a tamaña agresión, que ofende el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona. En estos casos, la reinstalación se erige como una consecuencia natural de tan cuestionable acto.

.....
(85) *Ibid.*

En los casos del trabajador amparado formalmente por la ley 23.551, el reintegro al trabajo protege la plena vigencia de los derechos constitucionales que garantizan la sindicación, la defensa de intereses profesionales y la negociación colectiva, que serían meramente ilusorias si los representantes gremiales pudiesen ser removidos simplificada e injustificadamente.

No hay motivo, frente al bloque de constitucionalidad que informa el Derecho Internacional de los DD.HH. y el texto histórico del art. 14 *bis*, para mantener posturas restrictivas frente a sistemas de estabilidad intensos previstos **en leyes especiales y comunes**, por un lado, y **en convenios colectivos de trabajo**, por el otro.

La Corte Federal declaró —muy fundadamente— que el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente a la época de “De Luca”.⁽⁸⁶⁾ De tal modo, todo lo decidido respecto de la pertinencia de ese precedente para valorar la estabilidad establecida por ley —especial o general— o por la autonomía colectiva —convenios de actividad o de empresa en particular— hoy se encuentra descartado.

Es innegable que el desamparo producido por la pérdida del trabajo impacta principalmente al núcleo más cercano al trabajador con cargas de familia, la que depende de este último. Las consecuencias negativas que, en la intimidad de ese grupo, acarrea el despido injustificado del trabajador proveedor de bienes son tan evidentes como mayúsculas.⁽⁸⁷⁾ Y, en muchas ocasiones, la reparación del citado art. 245 —como ha sido reconocido—⁽⁸⁸⁾ resulta por demás insuficiente. Podría establecerse, parejamente con la indemnización por despido incausado, una habilitación **legal** que asegure una reparación justa y suficiente. Así, con inspiración en el derecho de daños, cuya procedencia no se objeta —*v. gr.*, ante la ruptura *ante tempus* del contrato a plazo fijo (art. 95 LCT)—, creemos que el camino a la estabilidad podría encontrarse —entre otras formas— **en desalentar los despidos**.

(86) Considerando 7) del pronunciamiento recaído en “Álvarez c/ Cencosud”.

(87) Nuestra Constitución histórica ya había asegurado la “protección integral de la familia”, y diversos instrumentos internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, también la garantiza.

(88) Ver lo afirmado por el Grupo de Expertos en la nota 67.

Los cuestionamientos a los arts. 186 y 212, inc. 3 LCT, en la medida que resultan asistemáticos y atentan contra el objetivo de la estabilidad en el empleo, no son un aspecto menor para el propósito de este trabajo. De igual modo, la apuntada “propuesta de despido” puede mitigar los efectos perniciosos de la cesantía incausada, al ofrecer un espacio de reflexiones mesuradas que deriven en la continuidad del vínculo —según se la regule— o bien dar “la ocasión al trabajador para alegar una causal de discriminación como móvil real del despido”.⁽⁸⁹⁾

El convenio colectivo de trabajo constituye una fuente de derecho particularmentepreciada. Goza de reconocimiento constitucional y constituye un modelo palpable de políticas deliberativas: rebasa la pura imposición coactiva y saludablemente permite que los individuos no sean solo destinatarios de las normas, sino autores de ellas. Pone en evidencia cómo la cuestión de la legitimación del derecho se subsume en la legitimación de las condiciones de su producción.

Por ello, creemos que el **pulso vivo** que ofrece la negociación colectiva —por sus valiosos componentes democráticos de deliberación y toma de decisiones— se exhibe como un cauce insuperable para establecer mecanismos de estabilidad y **conjurar las extinciones incausadas**. Los trabajadores deben dejar de ser sujetos sencillamente intercambiables y, a la par, deben dignificar su tarea día a día. Sólo así se podrá anudar y acatar un pacto de autocomposición normativa **que erija a la estabilidad como un valor cardinal para ambas partes del contrato y como un inestimable arquetipo de cohesión social**.

.....

(89) ELÍAS, JORGE, *op. cit.*, p. 31.

Fin del contrato de trabajo por jubilación: ¿un derecho o una obligación para el trabajador?

por **ADRIANA MICALE**⁽¹⁾

Los contratos de trabajo por tiempo indeterminado tienen vigencia para las partes hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social,⁽²⁾ por límites de edad y años de servicios,⁽³⁾ salvo que se configuren algunas de las otras causas de extinción previstas en la ley.

Podríamos decir que, estabilidad mediante, sería el modo natural de finalización de la relación contractual del trabajo.

.....

(1) Abogada, especialista en Administración Pública. Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social y en Prevención de Riesgos del Trabajo (Organización Iberoamericana de Seguridad Social —OISS—, Universidad de ALCALA de Henares; Madrid). Diplomada en Gestión de Obras Sociales (Universidad ISALUD). Profesora Adjunta Interina en Seguridad Social (Facultad de Derecho, UBA) y Profesora en Escuela de Abogados del Estado. Dicta seminarios de posgrado y es autora de publicaciones de la especialidad.

(2) Se consideran tanto el régimen nacional como los regímenes provinciales de las Cajas de Jubilaciones no transferidas al régimen nacional.

(3) Art. 91 LCT.

De modo que, si no mediaran las otras causales del Título XII "De la Extinción del Contrato del Trabajo", la forma normal de conclusión del contrato de trabajo es la prevista en el Capítulo X, del mismo título.

Tal como lo expresara Vázquez Vialard,⁽⁴⁾ no obstante la vocación de continuidad de la relación de trabajo, ella supone que el empleado esté en condiciones de cumplir con su débito. Y, si bien el transcurso del tiempo enriquece su experiencia, también envejece.

Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entiende celebrado hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder al beneficio previsional, tal modalidad se asemeja a la contratación a plazo incierto; incertidumbre que desaparece cuando el trabajador reúne los requisitos de edad y tiempo de servicios.

En tal circunstancia, el preaviso no cumplirá una función comparable a la asignada en la terminación del contrato por tiempo indeterminado en tiempo de ejecución y se asemejaría más al que se otorgue en el contrato a plazo fijo, esto es, operaría también como una suerte de recordatorio del cumplimiento del plazo máximo previsto para la contratación.

En este supuesto, además, siendo que el trabajador probablemente esté en mejores condiciones que el empleador para saber si reúne los requisitos para jubilarse, la imposición al empleador del otorgamiento de un preaviso probablemente no tenga la finalidad de evitar un despido intempestivo, sino otra, como permitir un tránsito remunerado entre la terminación del contrato de trabajo y el comienzo de la percepción de los beneficios previsionales.⁽⁵⁾

En este caso, la finalización del contrato se debe a la circunstancia de que el trabajador se encuentra en condiciones de acceder a la jubilación.⁽⁶⁾

(4) VÁZQUEZ VIALARD ANTONIO, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 8ª edición actualizada, Bs. As., Astrea, 1999.

(5) ACKERMAN, MARIO E.; TOSCA, DIEGO M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, LILIANA; ROCHA, ARMANDO, "Terminación de la Relación de Trabajo", en Ackerman Mario E. (dir.) y Tosca Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. IV: La Relación Individual del Trabajo" - III, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 127.

(6) Ver ACKERMAN, MARIO E.; TOSCA, DIEGO M.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, LILIANA; ROCHA, ARMANDO, "Terminación de la Relación de Trabajo", *op. cit.*, p. 164; MICALE, ADRIANA, "La extinción del contrato de Trabajo por cumplimiento de acceder a las condiciones de acceso a la Jubilación",

Sin embargo, lo que en principio parecería no contar con alternativas interpretativas, ha generado en la práctica varias situaciones a tener en cuenta, que ponen en duda el efecto protectorio de la norma, lo que ha llevado a planteos judiciales que pretenden dejarla sin efecto. En primer lugar, cabe analizar la situación de aquellos trabajadores que, aun contando con la edad para el acceso de alguna de las prestaciones, no cuentan con los servicios mínimos, o que no pueden acceder a la probanza de la prestación de los mismos y, por tanto, no logran el acceso a la prestación previsional.

En este primer grupo, se pueden individualizar a) trabajadores cuyos empleadores han sido evasores en el ingreso de los aportes personales retenidos y de las contribuciones a su cargo; b) trabajadores cuyos empleadores fueron puntuales cumplidores de las obligaciones a su cargo, pero que por la antigüedad de los registros de la Administración Nacional no obren los antecedentes y el trabajador carezca de prueba documental para acreditarlos; c) trabajadores que, efectivamente, por vicisitudes en la regularidad del empleo y/o en el empleo registrado no cuenten con la totalidad de los años de servicios requeridos por la ley; d) trabajadores que si bien han obtenido una sentencia condenatoria contra un empleador, de la que emerge la obligación de entrega de certificación de servicios e ingreso de aportes, se encuentren en proceso de ejecución. En suma, que frente a la intimación prevista en el art. 252 LCT,⁽⁷⁾ tengan la posibilidad de rechazarla por la simple circunstancia de que no logran el tipo que la causa.⁽⁸⁾ Cabe aclarar que si el trabajador tuviera para sí el deseo personal de acceder a a prestación previsional, podría, en su caso, hacerse de los beneficios de

en Héctor Omar García (dir.) y Claudio Sebastián Virgili (coord.), *Relación de Trabajo. Tomo IV: Extinción del contrato de Trabajo*, Bs. As., Ediar, 2013.

(7) Ver al art. 252 LCT: "cuando el trabajador reune los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año".

La norma en cuestión, en su texto modificado por la ley 24.347, dispone: "Cuando el trabajador reune los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año".

(8) Tener derecho a percibir alguna de las prestaciones previstas en la ley.

los planes de regularización vigentes a través de la ley 24.476 e integrar, si fuera posible, su historia laboral para así acceder a la cobertura previsional, pero siendo éste un extremo de exclusivo resorte del trabajador y nunca arbitrio del empleador. En tal sentido se han expresado nuestros tribunales:⁽⁹⁾ “si el trabajador no cumple los requisitos para la obtención el máximo porcentaje del haber previsional” (hoy una de las prestaciones previstas en la ley 24.241) —aunque ello se deba a su responsabilidad en razón de no haber hecho sus aportes correspondientes a un período de trabajo autónomo—, no puede ser despedido por causa de jubilación (hipótesis del art. 252). Cabe mencionar que en el tiempo transcurrido no se ha modificado el criterio señalado.

En el otro grupo de trabajadores se podrían identificar a los trabajadores que cuentan con otros regímenes y que, a temprana edad, pueden lograr los requisitos para acceder a las prestaciones previsionales, generando este extremo la posibilidad de que opere el derecho del empleador a ejecutar la intimación con la consecuente entrega de instrumentos documentales, lo que habilita a que, transcurrido un año de la misma, se opere el fin del contrato de trabajo, sin posibilidad de prórroga, si no existe voluntad del empleador.

Nos hallamos frente a contrataciones laborales como la de personal embarcado, aeronavegantes, petroleros u otras actividades que cuentan con regímenes para **servicios diferenciales**. El art. 157 de la ley 24.241 se ocupa de ellos, a pesar de que por una confusión terminológica, erróneamente se los refiere como “regímenes especiales”.⁽¹⁰⁾ En él se dispone que sean de aplicación las normas vigentes que regulan dichas actividades, hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional proponga un listado de actividades que, por implicar riesgos en el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares. Por lo expresado, los trabajadores de dichos regímenes tendrían derecho a percibir el beneficio ordinario acreditando una edad y un número de años de aportes inferiores en no más de diez años a los requeridos para acceder a tal beneficio en el régimen general.

(9) CNAT, Sala IV, 17/02/1984, LT XXXII-548.

(10) En igual sentido, JAIME, RAÚL C. y BRITO PERET, JOSÉ, *Régimen Previsional. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 588.

En tanto las tareas de estas características asumen, en general, mayor riesgo o peligro y requieren de una calificación generalmente superior a la de las tareas comunes, son mejor remuneradas y poseen una mayor afectación en la tasa de sustitución a la hora de la jubilación, lo que determina una reticencia por parte de los trabajadores a hacer uso del derecho “anticipado” en el goce de la prestación por el perjuicio económico que el acceso a la cobertura previsional pudiera ocasionar.

I | Regímenes diferenciales e intimación: el caso de los Aeronavegantes

El derecho a cubrir la contingencia vejez a muy temprana edad ha resultado para los aeronavegantes una situación que, aunque es teleológicamente protectoria, puede resultar disvaliosa cuando se pone en práctica el derecho a la intimación por parte de la empleadora y se configura la posibilidad del acceso prestacional temprano. En verdad, podría analizarse si la vigencia de normas de antigua data se corresponden a las condiciones laborales actuales, lo que permitiría quizás reconocer que la pretensión del trabajador de continuar trabajando no se adecua al cumplimiento de la norma laboral, que satisface no sólo el derecho del empleador, sino básicamente al del trabajador.

En autos “Garabello, Pedro J. c/ A. A. Aerolíneas Argentinas SA s/ acción de amparo”, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, del 18 de mayo de 2000, se ha dicho que:

“Si bien el decreto 4257/68 —régimen jubilatorio para aeronavegantes— puede considerarse incluido en la derogación genérica de la ley 23.966, recobró vigencia transitoria a través de las sucesivas prórrogas establecidas por las leyes 24.017, 24.175 y 24.241, norma esta última que facultó al P.E. para que proponga un listado de actividades que merezcan un régimen especial, todavía no reglamentado. Así (...) aun en el supuesto de que la modalidad derogatoria de la ‘abrogación por desuetudo’ que fuera admitida, corresponde descartar la presencia de desuso frente a las recientes prórrogas del dec. 4257/68 que actualizan

la vieja voluntad legislativa, según lo previsto por la ley 24.241 en su art. 157. [Se señaló que] Si al momento de la intimación a jubilarse el trabajador contaba con los años de aportes legalmente exigidos, pero su edad (52 años) distaba en más de diez años de la requerida por el régimen general a los 64 exigidos por la ley 24.241, esta circunstancia condicionaría el derecho de la demandada a extinguir el vínculo en los términos del art. 252, LCT, toda vez que no se encuentran reunidos los presupuestos de hecho para que el actor acceda al beneficio de dicho régimen".⁽¹¹⁾

Asimismo, se entendió que

"...siempre que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a alguna de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador se encuentra facultado para intimarlo en los términos del art. 252 de la LCT [y que] La redacción de esa cláusula no formula un derecho, una prohibición o una facultad; se limita a remitir a una situación de hecho, resultante de la elección del trabajador. Si no existiera otra norma que reglara el mismo caso, podría interpretarse, quizás, que existe un derecho del trabajador en tal sentido (esto es, de optar por el régimen especial o por el régimen general). Sin embargo, la lectura armónica de este artículo de la ley 24.241 y de la redacción (posterior) del art. 252

(11) El decreto 4257, publicado en el Boletín Oficial el 2 de agosto de 1968 y reglamentario de la ley 17.310 (art. 9), dispuso en su artículo tercero que "tendrá derecho a jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad, el personal que habitualmente realice tareas de aeronavegación con función específica a bordo de aeronaves, como piloto, copiloto, mecánico navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo, o auxiliares comisario, auxiliar de a bordo o similar". Las horas efectivas de vuelo implicaban, además, una bonificación en los años de servicio —incisos a) a e) del mismo art. 3—.

Años después, la ley 23.966, Ley de Financiamiento del Régimen Nacional de Previsión Social, dispuso, a partir del 31 de diciembre de 1991 y bajo el título "Derogación de Regímenes de Jubilaciones Especiales", la derogación de las disposiciones legales específicamente detalladas (referidas, en lo central, a retiros militares) y de "toda otra norma legal que modifique los requisitos y/o condiciones establecidas por la ley 18.037...". La ley 24.347, publicada en el Boletín Oficial el 29 de junio de 1994, modificó así tal redacción: "cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines...". La norma reseñada, prevista en el capítulo "De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", ignora la voluntad del trabajador y faculta al empleador a extinguir el vínculo, sin necesidad de aguardar que el trabajador reúna otras condiciones que las necesarias para obtener "una de las prestaciones de la ley 24.241".

de la LCT conduce a descartar la pretendida posibilidad de opción del trabajador, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en las ya mencionadas condiciones de acceder a algún beneficio previsional (...). De modo residual, plausible considerar que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos del régimen especial —independientemente de la conducta del empleador— o en los del régimen general —siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario—”.

“La circunstancia de que la empresa se abstuviera de intimar a la mayoría de sus empleados para que iniciaran sus trámites jubilatorios, en modo alguno puede acreditar la pretendida práctica de extender las relaciones laborales hasta las edades previstas en el régimen común: la propia existencia de una cantidad de intimaciones descarta tal costumbre. Además, no existen siquiera indicios de una conducta repetida en tal sentido durante la dilatada vigencia del dec. 4257/68, por lo que la hipótesis de un derecho consuetudinario, derivado de una práctica empresaria en tal sentido, debe, más allá de otras consideraciones teóricas, ser descartada de plano”.

Para resolver:

“si la decisión de no intimar a la totalidad de los trabajadores en las mismas condiciones de edad que el actor resulta un acto sancionado por la ley 23.592. En primer lugar, el actor ha invocado en forma expresa la existencia de una práctica por la cual la empresa intimaría a los trabajadores ‘en orden a la idoneidad que cada uno de los trabajadores tiene en el cumplimiento de las tareas que realiza’. Negada por la accionada, esta circunstancia no ha sido acreditada por la actora. En este sentido, el argumento de la sentencia relativo a que ‘el criterio de selección ha sido únicamente la edad’ no resulta de especial interés, cuando la selección se encuentra dirigida, justamente, a la extinción de contratos de trabajo por hallarse el trabajador en condiciones de jubilarse [Se entendió] ‘que el hecho de que existan trabajadores que no han sido intimados no conduce,

por sí, a considerar configurado un acto discriminatorio de los sancionados por la ley 23.592'. No sólo corresponde aquí destacar que el acogimiento de la pretensión del actor redundaría en que se 'impida, obstruya (y) restrinja (...) el pleno ejercicio (...) de los derechos' de la propia demandada (art. 1 de la ley), sino que esta norma exige el impedimento arbitrario, calificación que —en ausencia de prueba sobre un proceder deliberadamente discriminatorio— no puede ser atribuida a la demandada, que actuó en ejercicio de un derecho”.

Sin perjuicio de lo expresado en el fallo citado, cabría analizar el fin y alcance de la norma para realizar una interpretación que valore su verdadero alcance. En efecto, no parece razonable la vigencia, aunque legal, de una norma que ha prorrogado la vigencia de su articulado solo como consecuencia de la ausencia de una nueva que se funde en los estudios, evaluaciones y proyecciones técnicas que justifiquen la sociología de la norma; el derecho del trabajador de proteger su salud e integridad ocupacional, no es tal si se produce desamparo como consecuencia del ejercicio del derecho del empleador. El desarrollo de una actividad en plenas condiciones de laboralidad no debería estar limitada por la mera aplicación del derecho positivo, que —como en el caso— viola la primacía de la realidad. No existe, para el caso, norma, si la realidad sociológica que regula no se compeadece con las verdaderas condiciones de trabajo en las que se halla el trabajador en la actualidad, muy lejanas de las que tuvo en cuenta el legislador cuarenta y cinco años atrás. La “dikelogía” debe resolver la ausencia normativa de una realidad social no reflejada.

2 | La estabilidad sindical no impide al empleador intimar al trabajador para iniciar los trámites jubilatorios

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo remarcó que el acceso a la garantía de la estabilidad no implica cercenar el derecho del empleador a interpelar al trabajador para que acceda a la jubilación.

Así, en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ González Haydeé María s/ juicio sumarísimo”, se hizo lugar a la demanda y se

autorizó a efectuar la intimación a los efectos de que la Sra. H. M. G. se acoja a los beneficios jubilatorios. Teniendo en cuenta el carácter de representante gremial de la demandada, los jueces que componen la Sala VIII “recordaron que el art. 52 de la ley 23.551 establece que ‘los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50, no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía’”.

Sin embargo, los magistrados destacaron que “el acceso a la garantía de la estabilidad no implica cercenar el derecho del empleador a interpelar al trabajador para que acceda a la jubilación”.

En el fallo del 9 de agosto del presente año, el tribunal explicó que lo expuesto anteriormente significa que “la iniciativa debe ser sometida a la consideración del órgano jurisdiccional para disipar motivaciones antisindicales, tal como lo ha hecho la parte actora en autos”.

En base a lo expuesto, y “debido a que no existe controversia con relación a la que la demandada se encuentra en condiciones de acceder al beneficio jubilatorio, sumado a que en la contestación de demanda ni siquiera se invocó una motivación antisindical, la mencionada Sala resolvió que resulta procedente el pedido de exclusión de tutela con el propósito de cursar la intimación en los términos pretendidos”.

3 | El derecho a las prestaciones: el cumplimiento de los requisitos

El recaudo del empleador no sólo será verificar el mínimo de años requeridos, sino además todos los requisitos que, según el caso, pueden impedir la percepción de un beneficio. Tal el caso de la prestación por edad avanzada, que es incompatible con la percepción de otro beneficio.

En este supuesto, entonces, el empleador, deberá comprobar que su empleado no perciba otro beneficio —de pensión por fallecimiento, por ejemplo—, ya que el goce de la prestación por edad avanzada es incompatible con la percepción de toda jubilación, pensión o retiro civil o militar, nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho del beneficiario

a optar por percibir únicamente la prestación mencionada. No habría, en modo alguno, lugar a que se ponderara una opción de beneficios para legitimar la intimación a iniciar los trámites jubilatorios propios, para poner fin a la relación de trabajo.

Cabe agregar que “si no se prueba que el trabajador reunía los requisitos para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el despido sería arbitrario, dado que la causa invocada no podría ser justificada”.⁽¹²⁾

La posibilidad de integrar la “historia laboral” con servicios por cuenta propia, no constituye para el empleador un elemento a tener en cuenta a fin de determinar el derecho que lo habilita a intimar a su dependiente. No se puede perder de vista que el artículo en examen considera el modo normal de conclusión del contrato de trabajo que reviste a la relación de empleo y que los servicios a tener en cuenta para dicho cómputo sólo lo serán por cuenta ajena, salvo que los servicios por cuenta propia hubieran sido aportados en tiempo y forma, lo que implica que integran la historia laboral del trabajador.

En concordancia con esto se ha dicho “que si el trabajador no cumple con el máximo porcentaje del haber previsional —en la actual redacción: cuándo no cuente con el derecho a percibir alguna de las prestaciones previstas en la ley 24.241— aunque ello se deba a su responsabilidad en razón de no haber hecho los aportes correspondientes a un período de trabajo autónomo, no puede ser despedido por causa de jubilación”

4 | Las prestaciones

En un principio hubo desacuerdos interpretativos respecto de la consideración de cuáles serían las prestaciones a las que tendría que tener derecho el trabajador para que se habilite legalmente el ejercicio de la intimación por parte del empleador, dada la remisión a “las prestaciones previstas en la ley 24.241”.

Sin embargo, del menú de prestaciones, claramente hubo que separar al retiro por invalidez —que, como prestación, cubre la contingencia invalidez, que es la que se produce cuando el trabajador se incapacita en

(12) Ver ETALA, CARLOS ALBERTO, *Contrato de Trabajo*, Bs. As., Astrea, 1999, sobre todo, la cita que hace de Fernández Madrid, *Tratado Práctico*, t.II, p. 130.

un porcentaje igual o superior al 66% de incapacidad física o intelectual, lo que determina la calificación de una incapacidad como total—, que es incompatible con la percepción de una prestación de cualquier actividad en relación de dependencia y, por tanto, causante de otro de los modos de conclusión de la relación de empleo: incapacidad absoluta regulada en el art. 212 LCT.

Asimismo, se debió dejar de lado a la Prestación Pensión por Fallecimiento, que cubre a la contingencia desamparo por muerte —la que, obviamente, constituye otro de los modos de conclusión de la relación de trabajo, que se encuentra regulado en el art. 248 LCT—.

También corresponde dejar de lado a la Prestación Compensatoria, cuyo monto gratifica a los beneficiarios que realizaron aportes antes de la reforma estructural del Sistema de Previsión Social que se produjo en 1993, debido a que es una prestación que sólo tiene por fin asumir el costo de transición, y desaparecerá cuándo la franja etaria de quienes aportaron a ese sistema alcancen la pasividad y a la Prestación Adicional por Permanencia, pues conceptualmente sólo procede si se cumplen los requisitos de la prestación “madre”, que es la Prestación Básica Universal.

El dictado del decreto 679/95, reglamentario de la ley 24.241, zanjó las dudas resolviendo la cuestión: el art. 5 dispone que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 de la LCT “cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para acceder a la prestación básica universal salvo en lo previsto en el segundo párrafo del art. 19 de la ley 24.241, en dónde se establece la posibilidad de la mujer de prolongar sin acuerdo del empleador la permanencia en el empleo hasta los 65 años de edad”.

5 | La Prestación Básica Universal

Según el art. 19 de la ley 24.241 tendrán derecho a la Prestación Básica Universal (PBU), y a los demás beneficios establecidos por esta ley, los afiliados:

- a. Hombres que hubieran cumplido sesenta y cinco (65) años de edad;
- b. Mujeres que hubieran cumplido sesenta (60) años de edad; y que
- c. Acrediten treinta (30) años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad.

En cualquiera de los regímenes previstos en esta ley, las mujeres podrán optar por continuar su actividad laboral hasta los sesenta y cinco (65) años de edad.

Al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la prestación básica universal, se podrá compensar el exceso de edad con la falta de servicios, en la proporción de dos (2) años de edad excedentes por uno (1) de servicios faltantes.

6 | El caso de la mujer

La mujer, por su parte, tiene el derecho de permanecer en la tarea, derecho que puede ejercer aún sin el consentimiento del empleador, quien tendrá que sostenerla en el puesto de trabajo hasta los 65 años de edad.

Por tanto, la intimación realizada en oportunidad de que se cumplan los requisitos, podrá ser rechazada legalmente por la trabajadora intimada, quien deberá notificar que hará uso del derecho que, en tal sentido, le confiere la ley 24.241 en el art. 19 *in fine*.

La insistencia del patrono podrá configurar un despido injustificado que se deberá indemnizar, aunque legalmente haya derecho a acceder a alguna de las prestaciones previstas en la ley previsional.

Cabe preguntarse sobre la oportunidad del empleador a cursar la intimación, ya que el derecho garantizado es a permanecer durante cinco años más de la edad requerida —aun cuando se cuenta con los años de servicios mínimos requeridos—. En este caso, podría entenderse, entonces, que este plazo es un plazo de gracia excedente que la ley garantiza a la mujer en condiciones de jubilarse (que, de hecho, le permita igualar el tiempo de permanencia del hombre) y, por tanto, autorizarse la intimación antes de que se dé por cumplido el plazo, de modo que éste opere a los 65 años en forma indeclinable y a modo de resolución del contrato de trabajo. O, por el contrario, podrían regir las reglas generales de intimación a los 65 años como si fuera ésta la edad requerida, corriendo a partir de la intimación el plazo con vencimiento a la fecha del otorgamiento de la prestación si fuere menor a un año o como máximo al año.

Se entiende correcta a esta última, ya que una intimación anterior, con inicio de los trámites y otorgamiento de la prestación en un plazo menor a un año, echaría por tierra la garantía legal, salvo que se hiciera efectiva la resolución, aun otorgado el beneficio recién cuando se cumpla el requisito de permanencia hasta los 65 años de edad.

7 | La prestación por edad avanzada

Asimismo, podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios el trabajador que tenga derecho a percibir la prestación por edad avanzada.

Tendrán derecho a esta prestación los afiliados que:

- a. Hubieran cumplido setenta (70) años, cualquiera fuera su sexo;
- b. Acrediten diez (10) años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes jubilatorios comprendidos en el sistema de reciprocidad, con una prestación de servicios de por lo menos cinco (5) años durante el período de ocho (8) inmediatamente anteriores al cese en la actividad. El haber mensual de la prestación por edad avanzada será equivalente al setenta por ciento (70 %) de la prestación establecida en el inciso a) del artículo 17 de la presente.

8 | El retiro por invalidez: la excepción

Por último, cabe aclarar que cuando un trabajador se incapacita en forma total configurando invalidez, no procede la intimación prevista en el art. 252 LCT. En este caso, además de la procedencia de cobertura de las prestaciones previsionales que contemplan los arts. 48 y 49 de la ley 24.241, está previsto que se resuelva a través de lo previsto en el art. 212 LCT.⁽¹³⁾

.....

(13) Vigente el plazo de conservación del empleo, si el accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviera en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuera imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. Si, estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el art. 245 de esta ley. Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de esta ley. Este beneficio no es incompatible y se acumula con lo que los estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto.

La indemnización por antigüedad, ¿corresponde al trabajador con menos de tres meses de servicio que no se encuentra debidamente registrado?

por **EDDER HERNÁN PIAZZA**⁽¹⁾ y **RICARDO FRANCISCO SECO**⁽²⁾

I | Planteo de la cuestión

Seguramente, al lector especializado no se le escapará que el problema planteado en el título del presente es, por lo menos, una cuestión controvertida que no tiene una solución pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Si le preguntamos a cualquier letrado si un trabajador debe ser indemnizado cuando el despido se produce durante el período de prueba, sin duda nos

(1) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Secretario del Instituto de DTySS y Procesal Laboral "P. Alberto Hurtado, S. J.", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC). Profesor adscripto de la cátedra Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

(2) Abogado y notario (UCC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de DTySS e investigador(UCC). Director por la UCC de la carrera Especialización en Derecho Laboral, convenio UNL-UNC y UCC. Vocal de la Cám.Civ.,Com. y del Trabajo, Cruz del Eje, Provincia de Córdoba.

responderá que si el trabajador se encuentra a prueba, durante dicho período podrá ser despedido sin consecuencia indemnizatoria para el empleador.

En estos casos parecería que la ley laboral “perdona” al empleador que produce el acto ilícito de la extinción sin causa, sólo por realizarlo en un determinado momento del contrato de trabajo (su comienzo). El fundamento se halla en que el patrono debe evaluar las destrezas que tiene el hiposuficiente para llevar a cabo las tareas que, luego y de forma definitiva, deberá realizar siempre y cuando supere el escollo del período de prueba.

Mas, si al interrogante realizado más arriba le agregamos que el trabajador despedido en tales condiciones se encuentra no registrado, cabe preguntarse si la respuesta sería la misma que la anterior.

Nuestro objetivo, en estas cortas líneas, es determinar si en el estado actual de la legislación laboral nacional se puede predicar que un trabajador, durante el período de prueba, que es despedido sin expresión de causa o se da por despedido indirectamente y que no se encuentra debidamente registrado podría ser acreedor de la indemnización mínima establecida por el art. 245, 5º párr., de la Ley de Contrato de Trabajo, o por el contrario, el período de prueba beneficia al empresario aun en el caso de irregular registración y entonces éste sólo sería pasible de una sanción de carácter administrativo.

En aras de responder a tales interrogantes, estudiaremos los antecedentes legislativos del período de prueba, las normas en conflicto y las posiciones jurisprudenciales al respecto.

2 | Plexo normativo: ¿existen normas en conflicto?

Entendemos que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de la Nación Argentina en un reciente fallo,⁽³⁾ la primera fuente de interpretación de la leyes es su letra, pero ello no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente. Se debe dar pleno efecto a la intención del legislador, y computar la totalidad de sus

.....

(3) R. 369. XLIX. “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional”, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13), consultado el 20/06/2013. En línea, <http://www.csjn.gov.ar>

preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

En esa empresa, primero recorreremos el plexo normativo jurídicamente relevante, luego examinaremos la “voluntad del legislador” (si es que aquélla fuese explicitada) para posteriormente examinar el precepto en el contexto general del régimen laboral.

Identificamos en la Ley de Contratos de Trabajo dos normas que regulan o de las que se puede derivar que el requisito de una antigüedad mínima es necesaria para acceder a la indemnización por antigüedad por despido.

La primera de ellas es el art. 92 *bis* LCT (según texto ordenado del art. 2º de la ley 25.877), inc. 3º, el que textualmente reza:

“El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 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 arts. 231 y 232. El período de prueba se regirá por las siguientes reglas (...)”.

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”.

Por otro costado, el art. 245 LCT, en su primer párrafo y último párrafo establecen:

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”.

“El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el párr. 1”.

Circunscripto el ámbito normativo sobre el que trabajaremos, indicamos que en nuestra legislación encontramos una norma —el inc. 3º, art. 92 *bis* LCT— que establece que, aun en el período de prueba, el empleador se encuentra obligado a registrar la relación laboral; de lo contrario **se entenderá que ha renunciado a dicho período.**

Además, encontramos que el art. 245 LCT, indirectamente, establecería (según parte importante de la doctrina) que la antigüedad mínima para la indemnización por despido sin causa es de tres meses.

Y el último párrafo de la norma precitada le impone al juzgador que el importe de la indemnización por despido **nunca podrá ser inferior a un mes de salario.**

Lo relevante de aquí para adelante es determinar si los artículos citados se complementan formando un sistema cerrado, sin contradicción o si, por el contrario, existe en el caso particular tratado una excepción de la antigüedad mínima para acceder a la indemnización por despido sin causa.

3 | El período de prueba

3.1 | Aspectos generales

La doctrina ha definido al período de prueba como “...la cualidad que adjetiva a las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado, durante un breve lapso siguiente a su inicio, a mérito de la cual las partes cuentan con la facultad de desistir unilateralmente e incausadamente de la contratación sin asumir consecuencias económicas desfavorables”.⁽⁴⁾

Además del concepto expuesto, coincidimos en que la facultad extintiva que tiene el empleador durante este período del contrato de trabajo, por tiempo indeterminado, no está subordinada a la exigencia de ninguna prueba objetiva sobre la falta de aptitud o adaptación del trabajador.⁽⁵⁾

(4) MACHADO, JOSÉ D., “Comentario art. 92 *bis*”, en , Raúl Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, T. 2, p. 47.

(5) ACKERMAN, MARIO E., “Despido sin causa del trabajador con antigüedad inferior a tres meses sin período de prueba (sobre la actualidad de la doctrina del plenario “Sawady y

Creemos que, con el fundamento de que el instituto del período de prueba permite a las partes conocer las aptitudes y capacidad para la tareas a realizar,⁽⁶⁾ en realidad, se flexibiliza la salida del contrato de trabajo sin consecuencia indemnizatoria, lo que importa una flagrante violación a lo expuesto por el art. 14 bis CN, en cuanto dispone que todo trabajador debe ser indemnizado cuando se produce un despido sin causa suficiente.⁽⁷⁾

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, indicamos que el período de prueba no es un instituto originario de la ley 20.744, sino que fue introducido por primera vez en algunos estatutos especiales.⁽⁸⁾

En la LCT fue introducido por la ley 24.465,⁽⁹⁾ que estableció un plazo de tres meses con la posibilidad de ser ampliado a seis, por medio de la negociación colectiva.⁽¹⁰⁾

3.2 | La incorporación de la registración durante el período de prueba

Con la reforma de introducida por la ley 25.013⁽¹¹⁾ se incorporó en el art. 92 bis LCT, en su inc. 3º, que establecía lo siguiente:

.....
sus consecuencias")", en Mario E., Ackerman (dir.) *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III, 2011-1*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 126.

(6) Es cierto que algunas ocasiones el período de prueba cumple con dicha finalidad.

(7) Además de contradecirse con los propios arts. 90 y 91 LCT.

(8) Empleados bancarios (dec. 20.268/46), conductores particulares (ley 12.867), trabajo a domicilio (dec. 118.755/42) entre otros.

(9) Régimen de Contrato de Trabajo. Modificación. Modalidad Especial de Fomento del Empleo. Contrato de Aprendizaje, sancionada en 15 de marzo de 1995 y promulgada el 23 de marzo de 1995.

(10) Como si la ampliación a seis meses del plazo de período de prueba fuera más beneficioso para el trabajador. Lo que se buscaba con esa reforma era implementar una verdadera modalidad contractual temporaria, fuera de las ya existentes, pero sin consecuencias indemnizatorias.

(11) Establece un régimen de reforma laboral que incluye la modificación de algunos aspectos de la regulación del Contrato de Trabajo y de las leyes 24.013, 24.465 y 24.467, como así también de la normativa vigente en materia de convenciones colectivas de trabajo. Fue sancionada el 2 de septiembre de 1998 y promulgada parcialmente el 22 de septiembre de 1998.

“El empleador deberá registrar el contrato a prueba en el libro especial del art. 52 de esta ley o, en su caso, en el previsto por el art. 84 de la ley 24.467”.⁽¹²⁾

Fuera de la defectuosa redacción del artículo, ya que no existe la modalidad de contratación “a prueba”, lo relevante es que se incorpora el elemento de la registración durante el primer tramo del contrato a tiempo indeterminado, pero sin consecuencia en caso de omisión.

Precisamente, con la sanción de ley 25.250⁽¹³⁾ se incorporó al art. 92 *bis* una consecuencia ante la falta de registración en el período de prueba:

“ 3. El empleador debe registrar el contrato de trabajo que comienza por el período de prueba. Caso contrario, y sin perjuicio de las consecuencias que se derivan de ese incumplimiento, se entiende que ha renunciado a dicho período ”.

Estudiadas las versiones taquigráficas,⁽¹⁴⁾ al momento de tratarse el proyecto, en el plenario de la Cámara de Diputados —que luego sería la ley 25.250— se observa que la discusión de los legisladores trasunta en resaltar lo favorable de la reducción de dicho período a tres meses y lo inconveniente por no respetar la garantía constitucional de la protección ante el despido arbitrario, esto último por parte de los que estaban en contra de su sanción.

Finalmente, con la ley 25.877⁽¹⁵⁾ se introdujo el texto definitivo del actual art. 92 *bis*, puntualmente en su inciso 3, al que hemos hecho referencia *ut supra*. A diferencia de su anterior redacción, incorpora (inc. 1º) “...se entenderá de pleno derecho que ha renunciado al dicho período”.

.....
(12) Debe hacerse ostensible la incorrecta mención de “contrato a prueba”, ya que el período de prueba no es una nueva modalidad contractual sino un lapso de tiempo dentro del contrato por tiempo indeterminado, con las consecuencias que vimos más arriba.

(13) La denomina “ley Banelco”, por las sospechas de corrupción en su creación, fue sancionada en 11 de mayo de 2000 y promulgada el 29 de mayo de 2000.

(14) Las versiones taquigráficas pueden ser consultadas en <http://www.diputados.gov.ar/secpar/dtaqui/versiones>.

.....
(15) Esta ley, que introdujo múltiples modificaciones en materia laboral, fue sancionada el 2 de marzo de 2004 y promulgada el 18 de marzo de 2004.

La mencionada normativa tuvo su origen en un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional⁽¹⁶⁾ con poco tratamiento legislativo, ya que ingresó el 11/02/2004 y fue sancionado el 24 de ese mismo mes.

Lo expuesto es relevante, ya que como “fundamento de la norma o voluntad del legislador” sólo constamos con el mensaje de elevación de dicho proyecto.

En dicho mensaje, la única mención que se realiza a la reforma del art. 92 bis, LCT es la siguiente:

“Se ha estimado conveniente receptar la experiencia recogida durante su vigencia, la que puso de relieve la desnaturalización de ese instituto en beneficio de condiciones precarias de contratación laboral, concluyéndose en la conveniencia de acotar su duración al plazo único de TRES (3) meses, sin perjuicio del cumplimiento de las restantes reglas particulares, a las que se agregan penalidades en casos de abuso y la obligación de preavisar la extinción del vínculo”.

Como puede observarse, como en su antecesora, ninguna referencia⁽¹⁷⁾ se realiza sobre las consecuencias del trabajo no registrado durante el período de prueba y, muchos menos, sobre el alcance que debe entenderse por “se tendrá por renunciado de pleno derecho el periodo de prueba”.

A continuación verificaremos el modo en el que fueron recibidas dichas reformas por la jurisprudencia.

4 | Casos jurisprudenciales

4.1 | Fallos en contra de la indemnización por despido

No pretendemos agotar todos los fallos en la materia, sino que sólo se expondrán aquellos más representativos de cada una de las posiciones.

(16) Proyecto de ley identificado PE-608/03, suscripto por el expresidente Néstor Kirchner y el Ministro de Trabajo, Carlos Alberto Tomada.

(17) Ley 25.250.

A. El primer caso⁽¹⁸⁾ trata acerca de una trabajadora de un geriátrico que reclamó la correcta registración y la empleadora le negó la relación laboral (por ende, no se encontraba registrada). La dependiente se dio por despedida durante el período de prueba y reclamó las indemnizaciones derivadas del despido.

El tribunal entendió que negar la existencia de la relación laboral configura injuria suficiente en los términos del art. 242 LCT, en función del art. 246 del mismo cuerpo legal, que autoriza a la actora a rescindir el vínculo por exclusiva culpa de la patronal. Pero, se aclaró, que el reclamo fundado en el art. 245 LCT:

“...deviene en improcedente, toda vez que habiéndose concluido que el contrato de trabajo era por tiempo indeterminado pero con prestaciones discontinuas, al tiempo efectivo de labor acreditado en autos no supera los tres meses, motivo por el cual la misma debe ser rechazada en todos sus términos (...) distinta es la conclusión en lo atinente a la indemnización sustitutiva por omisión de preaviso, pues la misma debe ser declarada procedente”.

Como puede observarse, el tribunal no reparó en la circunstancia que la trabajadora no se encontraba registrada; igualmente hizo prevalecer el período de prueba, sin hacer mención sobre el alcance dispuesto por el inc. 3° del art. 92 bis LCT.

En otra resolución de la Cámara Única del Trabajo⁽¹⁹⁾ de Córdoba, la Sala X resolvió en el sentido que la falta de registración imposibilita valerse del período de prueba, por lo que el contrato deviene por tiempo indeterminado, se hizo lugar a la indemnización por omisión de preaviso e integración del mes de despido, pero no por despido, atento que no superó los tres meses de antigüedad.

.....

(18) Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala VII, autos: “Beaz c/ Kurth”, en *Comercio y Justicia*, Córdoba, 11/03/2013, p. 13 A.

(19) Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala X, Sentencia en los autos: “Montoya Lucas Daniel c/ Estancias del Sur S.A. – Ordinario”, 29/02/2008. En igual sentido, Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 3, sentencia en los autos: “Ledesma, Natalia Paola c/ Guba S.A.-Ordinario - Despido”, 26/04/2007. Ver textos en: <http://www.actualidadjuridica.com.ar>, consultado el 10/06/2013.

En este caso tampoco se realizó referencia alguna sobre la incidencia de la falta de registración.

B. Por su parte, la CNAT⁽²⁰⁾ resolvió un caso de un trabajador no registrado que fue despedido durante el período de prueba. El tribunal esgrimió la jurisprudencia del fallo plenario en "Sawady"⁽²¹⁾ fijando, por mayoría, que para acceder a la indemnización por despido, se requería una antigüedad mínima de tres meses,⁽²²⁾ como fundamento dirimente para rechazar la indemnización prevista por el art. 245 LCT.

Pero realizó la siguiente salvedad:

"Aún en casos como el presente, en que se consideró que la demandada renunció a valerse de los beneficios del período de prueba en materia indemnizatoria, cabe entender que conforme el espíritu del plenario citado (...) para acceder a la reparación por antigüedad pretendida por el trabajador, los días trabajados deberán al menos superar la fracción de tres meses".

Nótese que el juzgador en este precedente admitió el hecho de que el trabajado no se encontrase registrado implicaba que el empleador renunciaba al período de prueba el plenario citado a lo dispuesto por la ley. Esto es así, atento a que en el fallo no se realizó ninguna mención sobre qué debe entenderse o qué consecuencias trae aparejado la mención "deberá tenerse por renunciado de pleno derecho el período de prueba", del art. 92 bis LCT.

.....

(20) Cám. Nac. de Ap. del Trab., Sala IV, en autos: "Caligari, Marcelo Oscar c/ Latin Folk S.A. y otro s/despido", 28/06/2012, en *DT*, octubre 2012, 2662 - DJ 02/01/2013, 45 "[en línea], AR/JUR/33834/2012. Consultado el 06/06/2013. AR/JUR/33834/2012.

(21) Fallo Plenario N° 218, "Sawady, Manfredo c/ SADAIC (Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/Cobro De Pesos", 30/03/1979, donde se fijó la siguiente doctrina: "El trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 266 (actual 245) de la LCT (t.o)", en LL 1979-B - DT 1979-371.

(22) Corresponde aclarar que este plenario fue dictado el 30/03/1979, y con respecto al art. 266 que establecía que la indemnización por antigüedad será la equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses. La discusión surgió en considerar si ese período mínimo únicamente tiene proyección cuando se adiciona a una antigüedad en el servicio que sobrepasa una anualidad, o rige también aisladamente para que el trabajador que a su egreso no llega a computar esa duración en el empleo.

Esta tendencia se repite en otro precedente jurisprudencial,⁽²³⁾ también de la CNAT, pero en este caso se admitió que el contrato de trabajo era pleno, sin período de prueba, ya que la demandada no había acreditado la correcta registración. En este caso, también, sin fundamento aparente. Sólo mencionando el plenario "Sawady", se le impidió al trabajador acceder a la indemnización por despido por no cumplir la antigüedad mínima de tres meses.

Lo expresa en este sentido:

"...cabe considerar a la relación habida entre las partes como exceptuada de la regla general del art. 92 bis y, consecuentemente, como de plazo indeterminado, motivo por el cual el despido del que fue objeto el trabajador reviste el carácter de indemnizable, habida cuenta de que no se acreditó la causal allí invocada (art. 242 LCT). Sin embargo, solamente deben prosperar los resarcimientos en concepto de omisión de preaviso e integración del mes de cesantía (arts. 231, 232 y 233 segundo párrafo LCT). En cambio, no corresponde acoger la indemnización por despido en razón de que el dependiente contaba con una antigüedad inferior a tres meses. Lo entiendo así dado que, el hecho de no registrar la relación de trabajo lleva a entender que la empleadora renunció a valerse de los beneficios del período de prueba, pero conforme el espíritu del plenario 'Sawady Manfredo c/ SADAIC' (Plenario N° 218 del 30/03/1979 que recobró actualidad en virtud de la derogación del art. 7 de la ley 25.013 por la ley 25.877 y de la redacción actual del primer párrafo del art. 245 y art. 92 bis de la LCT) y aplicando los mismos fundamentos en los que se fundara, opino que para acceder a la reparación por antigüedad pretendida, los días trabajados por el Sr. Pérez debieron al menos superar la fracción de tres meses y un día".

4.2 | Fallos a favor de la indemnización por despido

A. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, a través de su Sala Laboral, tuvo dos pronunciamientos. En el más antiguo de ellos,⁽²⁴⁾ el alto cuerpo

(23) Cám. Nac. de Apel. del Trab., Sala X, en autos: "Pérez, Carlos Román c/ Galileo Protección Médica SA", 29/02/2008 [en línea], AR/JUR/541/2008.

(24) "Videla Ángel L. c/ Oscar A. Ramallo S.R.L. —Demanda— Recurso de casación", 31/10/2003 [en línea], <http://actualidadjuridica.com.ar>. Consultado el 15/06/2013.

provincial resolvió una causa con la redacción del art. 92 bis, impuesta por la ley 24.465. Recordemos que, en su inc. 2º, sólo imponía la obligación de registrar el vínculo laboral en el período de prueba, pero no establecía ninguna consecuencia, como la que existe en la redacción actual, por la falta o defectuosa registración.

Hecha esta aclaración, en esa oportunidad resolvió que:

“Tampoco consta en el pronunciamiento que la accionada haya aportado elemento alguno que acredite la inscripción del contrato en dicho sistema —además de la efectuada en el libro especial del art. 52, ib.—, por lo que no se advierte el sustento de la exención de responsabilidad por la rescisión dispuesta. La norma en cuestión impone esa condición a fin de lograr el efectivo pago de los aportes y contribuciones al sistema de seguridad social, para que recién pueda el empleador valerse de los beneficios de esta modalidad de contratación (...) en consecuencia, el accionante resulta acreedor a las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva por omisión de preaviso e integración del mes de despido (arts. 245; 232 y 233 LCT)”.

Remarcamos lo trascendente del fallo en el sentido que el TSJ local aplicó el art. 92 bis LCT en base a la redacción introducida por la ley 24.465 que sólo establecía la obligación de registrar, pero no fijaba ninguna consecuencia en caso de omisión.

Con respecto a la indemnización por antigüedad estableció que debía aplicarse el mínimo establecido por el art. 245 LCT.

En otro pronunciamiento⁽²⁵⁾ más reciente, el TSJ cordobés confirmó la doctrina del fallo antes comentado e hizo lugar a las indemnizaciones derivadas del distracto, pero no a la indemnización por despido atento que no había sido reclamada.

Una interpretación *contrario sensu* permite derivar que si la hubiese reclamado, sería de recibo.

.....

(25) “Rementería Antonio c/ Nora Raquel Baqué y su acumulado: Rementería Antonio c/ Facundo Oscar Baqué - Demanda laboral - Recurso de casación”, 28/04/2009 [en línea], <http://actualidadjuridica.com.ar>. Consultado el 15/06/2013.

B. Por otro lado, la Cámara Segunda Laboral de Mendoza,⁽²⁶⁾ también hizo lugar a la indemnización por despido durante el período de prueba, por defectuosa registración.

Se expidió en estos términos:

“...estamos en presencia de una relación clandestina, al margen del cumplimiento de los recaudos mínimos para que prospere los extremos que habilitan la aplicación de un instituto dentro del derecho del trabajo como es el “período de prueba”, sólo posible de invocar si estamos en presencia de una relación laboral regular, registrada formalmente conforme la legislación vigente (...) esto significa que es inoponible al trabajador y éste resulta acreedor a la indemnización sustitutiva de preaviso omitido y por despido arbitrario”.

C. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se expidió en dos pronunciamientos.

Uno de ellos⁽²⁷⁾ tiene dos aspectos trascendentes: el primero, y tal como se resaltó en el fallo del TSJ de Córdoba, es que fue resuelto con la redacción del art. 92 bis, introducida por la ley 24.465. El otro aspecto es que el trabajador se encontraba registrado, pero de forma incorrecta; sin perjuicio de ello, se hizo lugar a la indemnización por despido en el período de prueba.

El segundo fallo de la CNAT⁽²⁸⁾ también hizo lugar a la indemnización por despido por producirse el distracto durante el período de prueba. Lo distintivo de esta resolución es que el trabajador se encontraba registrado, pero el empleador no realizó el ingreso de los aportes y contribuciones referidos al sistema de la Seguridad Social.

.....

(26) “Flores, Fabiola Elizabeth c/ Fanini, Iván Lorenza”, 20/11/09 [en línea], AR/JUR/45979/2009.

(27) Cám. Nac. de Ap. del Trab., Sala VI, en los autos “Sucharewski, Alicia C. p/s y en rep. hijos menores B., L. F. y B., G. A. y otro c. Kitaria S. A. s/despido”, 21/02/2001.

(28) Cám. Nac. de Ap. del Trab., Sala VII, autos “Fox Boivin, Fernando Alexis c/ Furo SA”, 05/10/2007 [en línea], AR/JUR/5889/2007.

5 | La registración laboral

De acuerdo a lo regulado por el art. 92 bis, inc. 3° LCT y los fallos examinados se desprende que el empleador debe registrar la relación laboral; de lo contrario, tiene como consecuencia la pérdida del período de prueba.

De la jurisprudencia más arriba referida y en otros fallos consultados, tanto a favor como en contra de la indemnización por despido, se advierte que no existe acuerdo acerca de qué debe entenderse por registración, en el sentido, de que **el trabajador debe encontrarse correctamente registrado**. Ello resulta dirimente para aplicar la sanción prevista por la norma bajo estudio.

A modo de ejemplo, aludimos que en algunos casos la falta de depósito de los aportes y contribuciones por parte del empleador es considerado suficiente para hacer efectiva la pérdida del beneficio del período de prueba. También, puede plantearse la hipótesis de defectuosa registración, ya sea de la fecha de ingreso o del salario (arts. 9° y 10 de la ley 24.013).

En nuestra legislación lo relativo a la registración laboral se encuentra regulado en el art. 7° de la Ley Nacional de Empleo (LNE), el que reza:

“Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador:

- a) En el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares;
- b) En los registros mencionados en el artículo 18, inciso a).⁽²⁹⁾

Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas”.

Sin perjuicio del precepto referido, la Administración de Ingresos Públicos (AFIP), como autoridad gubernamental que tiene a cargo el contralor de la registración laboral ha dictado una serie de resoluciones en la materia, que complementan —y algunos casos modifican— lo que previsto por la LNE.

.....

(29) Artículo 18: El Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros: a) la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y a la obra social correspondiente.

Particularmente, en la actualidad, el empleador deberá cumplir con los trámites previstos por el sistema “Mi simplificación II” para dar alta y baja a los trabajadores a su cargo, para considerar al trabajador correctamente registrado.⁽³⁰⁾

En atención a lo antedicho, entendemos que para que sea operativa la sanción prevista por art. 92 bis LCT debe existir falta de registración o defectuosa registración; ello, en virtud de lo previsto por los arts. 8º, 9º y 10 LNE.

Por el contrario, creemos que no prosperaría en los otros supuestos, como los que vimos más arriba, es decir, cuando exista omisión de realizar del depósito de los aportes y contribuciones destinados a la Seguridad Social, ya en estos casos tienen una sanción específica por el mismo ordenamiento laboral.⁽³¹⁾

6 | A modo de conclusión

1. De lo hasta aquí recorrido se advierte que inc. 3º del art. 92 bis LCT, puntualmente, establece que la falta de registración del contrato de trabajo importará la renuncia de pleno de derecho del período de prueba. Esta hipótesis, a su vez, genera una serie de interrogantes: si existe una renuncia tácita del período de prueba por defectuosa registración; o cuál será la consecuencia de esa renuncia, es decir, qué alcance tiene la renuncia del período de prueba en un contrato a tiempo indeterminado.

Parte de la doctrina⁽³²⁾ entiende que si el trabajador no se encuentra registrado durante el período de prueba la consecuencia para el empleador es la renuncia tácita de dicho período, posición a la que adherimos.

Por lo tanto, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado comienza con plena vigencia, con todas las consecuencias previstas por la legislación.

.....

(30) Los trámites para la correcta registración pueden ser consultados en <http://www.afip.gob.ar/empEmpl/empleadores.asp>

(31) Ya sea por el art. 132 bis LCT o la Ley Penal Tributaria (24.769). Entendemos que en estos supuestos, salvo que además exista defectuosa registración, solo trae aparejado la gravosa sanción del art. 132 bis, y no estando relacionado con la registración laboral.

(32) SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “Validez e invalidez de la invocación del período de prueba como causa de despido”, en la *La Ley online*, en *LLLitoral*, diciembre 2010.

Por el contrario, otra corriente⁽³³⁾ propugna que un trabajador no registrado despedido en período de prueba no puede ser acreedor de la indemnización por antigüedad por despido, sino sólo a la sustitutiva de preaviso, por carecer de antigüedad mínima.

Los fallos examinados, y en general, los que rechazan la indemnización por despido utilizan los siguientes fundamentos: a) no se aplica por que se adhiere a la doctrina del plenario "Sawady"; b) sólo se menciona que no ha superado los tres meses de antigüedad y se cita la primera parte del art. 245 LCT; c) se aplica la sanción prevista por el art. 92 bis, inc. 3º, LCT, pero sólo se hace lugar a la indemnización por omisión de preaviso e integración del mes de despido.

Por el contrario, los que hacen lugar a la indemnizaciones derivadas del despido incausado aplican, sin más, la sanción prevista por el art. 92 bis, inc. 3º, LCT, es decir, consideran que el contrato es por tiempo indeterminado y mandan a pagar la indemnización de un mes de sueldo de acuerdo al último párrafo del art. 245 LCT.

2. Como hemos visto, el principal fundamento del rechazo de la indemnización por despido se sustenta en el plenario de la CNAT "Sawady".

No resulta ocioso recordar que dicho plenario solamente resulta obligatorio (para aquellos que propugnan su vigencia) para la Cámara Nacional Apelaciones del Trabajo con sede en la CABA y no así para el resto de los tribunales laborales del país, para los que sólo tiene el valor de una opinión doctrinaria (aunque muy destacada y seguida).

Por ello, no basta para fundar el rechazo de la indemnización con citar dicho precedente, sino que debe realizarse una fundamentación más profunda.

En todo caso, si el juzgador laboral se encuentra en duda en la interpretación de dos o más preceptos normativos (como es el caso que nos ocupa) la solución a la que se lleve deberá ser la más beneficiosa para el traba-

.....

(33) Principalmente, la mayoría de la CNAT por la aplicación del fallo plenario "Sawady" y existen algunos autores que entienden que basta para no aplicar el art. 92, inc. 3º, LCT que el trabajador se encuentre inscripto en el libro art. 52 y SURL, por lo que la falta de ingresos de los aportes de la seguridad social no es implica falta de registración. En este sentido véase CARCAVALLO, HUGO R., "La renuncia al período de prueba por falta de registración", en *DT*, diciembre 2008, 1109.

jador “considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo”.

Adherimos a la tesis que considera que el plenario aludido, en la actualidad, ha perdido vigencia, por lo menos en el tema que nos compete.

Ello es así, porque en la época de su dictado no estaba previsto el período de prueba, el que hubiera contribuido a los esfuerzos de la mayoría para concluir que era necesaria la antigüedad mínima de tres meses del trabajador, para recién ser acreedor de la indemnización por despido.

En la actualidad, es posible que algunos de los argumentos de la mayoría sigan vigente, pero no son suficientes por sí solos para rechazar la indemnización por despido en período de prueba cuando un trabajador no se encuentra debidamente registrado.

Insistimos en que es así, porque cuando se dictó el plenario aludido no se había sancionado el art. 92 *bis* LCT, ni muchos menos lo prescripto en su inc. 3º, por lo que nunca se pudo tener en consideración esta nueva hipótesis, como resulta lógico.

Esta postura es compartida, entre otros, por Leandro Recalde, quien afirma que:

“...el sustento jurídico del plenario gira en torno a unas pocas normas, todas ellas derogadas o sustituidas. Así, no sólo fue derogado el inc. 3º del art. 157 del Código de Comercio, principal bastión de la postura predominante durante el plenario ‘Sawady’, sino que también fue modificado en no pocas oportunidades el art. 266 (actual 245 LCT) y además, esto es de gran importancia, se creó legislativamente la figura del período de prueba (ley 25.877 en su versión vigente) y se la reguló concienzudamente”.

Por su parte, Miguel Ángel Maza⁽³⁴⁾ expresa sobre el particular que:

“...no comparte la doctrina del Plenario N° 218 de la CNAT (...) ya que la doctrina judicial precedentemente mencionada no rige

(34) Voto de Miguel Ángel Maza, CNAT, Sala 2da, en autos “Rossi, Carlos Alberto c/ Segloc SA s/ Despido”, del 03/03/2010. Ver texto en <http://www.pjn.gov.ar>

en la actualidad. Ello es así por cuanto aquella interpretación no es aplicable a los contratos celebrados a partir del 03/10/1998 por dos razones. La primera, porque los nuevos contratos tienen su régimen indemnizatorio en el art. 7° de la ley 25.013, de redacción similar pero diferenciada en relación al viejo art. 245 LCT dado que su letra ya no consiente la interpretación que llevó a sostener que cuando la ley tomó en cuenta la 'fracción de tres meses', también estaba queriendo decir que recién se tendría derecho a la protección si se había alcanzado tal antigüedad. Con el art. 7° de la ley 25.013, en todo caso, el mínimo sería de 10 días pues ese es el módulo empleado. La segunda razón es que el período de prueba se rige, desde entonces, por la letra expresa de las leyes respectivas y se torna innecesario e inadmisibles que, ante un texto normativo específico, la situación sea regida por una interpretación jurisprudencial".

3. Entendemos que cuando el empleador no cumple con la registración laboral, el período de prueba no existe porque tácitamente lo ha renunciado; es una sanción que la misma ley establece. Entonces, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado deviene pleno.

La discusión de que el trabajador no cumple el mínimo de tres meses de antigüedad, en este caso, carece de relevancia para acceder a la indemnización por despido, porque el art. 245 LCT, en su último párrafo, le ordena al juzgador, que cuando existe un despido sin causa, de un contrato de trabajo que carece de período de prueba, por lo menos debe ser de un mes de sueldo. Esta conclusión surge a partir de realizar una interpretación integral del régimen de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin perjuicio de ello, es de suma pertinencia destacar lo expuesto por José Daniel Machado,⁽³⁵⁾ en el sentido de que si se considera que el trabajador se encuentra excluido de la indemnización por despido por carecer de antigüedad mínima, como lo prevén los arts. 24 y 95 LCT, y también en los casos de enfermedades laborales no cubiertas por el sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo, si la reparación "no está incluida en el sistema tarifado especial, pues entonces lo está en el derecho de daños y perjuicios del

(35) MACHADO, JOSÉ DANIEL, "Las indemnizaciones debidas por extinción de la relación de trabajo", en Mario Ackerman (dir.), Diego Tosca (coord.), Tratado de Derecho de Trabajo, t. V.

Derecho Común, porque el art. 19 de la Constitución Nacional no admite la posibilidad de que haya daños sin su posible reparación”.

Tampoco debemos olvidar el caso de los trabajadores contratados de la Administración Pública, donde se ha resuelto en repetidas oportunidades, que si bien no puede aplicárseles integralmente la legislación laboral común, en virtud del art. 14 *bis*, que establece la garantía constitucional contra el despido arbitrario, por lo menos debe ser acreedor de la indemnización prevista por el art. 245 LCT.

4. En definitiva —y sobre esta cuestión no hay discusión— si entendemos que si el empleador no registra la relación laboral, o lo hace de forma defectuosa, pierde el beneficio del período de prueba y el contrato de trabajo comienza con plenitud, como lo hemos sostenido insistentemente. En este supuesto la indemnización a percibir no será otra que la establecida por el art. 245,⁽³⁶⁾ último párrafo, de la LCT, que es una consecuencia de la garantía constitucional establecida por el art. 14 *bis*, de protección contra el despido arbitrario.

Concluimos que la situación planteada importa una verdadera excepción a la antigüedad mínima, para acceder a la responsabilidad tarifada, prevista por el régimen laboral argentino, ya que dicho mínimo ha sido eliminado por el propio legislador, como sanción por la falta o defectuosa registración. Mantener la tesis contraria importaría avalar y premiar al incumplidor eximiéndolo del pago de una indemnización, a la que todo trabajador tiene derecho.

.....

(36) Deben sumarse las indemnizaciones por integración del mes de despido y omisión de preaviso, que ha recibido apoyo incluso por parte de quienes están en contra de la procedencia de la indemnización por despido.

La extinción del contrato de trabajo motivada en la discapacidad del trabajador

por **CLAUDIA A. PRIORE**⁽¹⁾

“Siempre, en la historia, toda conquista de derechos, todo progreso de la igualdad y de las garantías de las personas, ha sido determinada por el desvelamiento de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos, que se tornó en cierto punto intolerable (...) Siempre, en un determinado momento, el velo de la ‘normalidad’ que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrado por sus luchas y reivindicaciones”.⁽²⁾

I | La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del trabajador

La Ley de Contrato de Trabajo se refiere a la finalización del contrato de trabajo en el caso de incapacidad de un dependiente en dos arts., el 212 y 254.

.....

(1) Prosecretaría Administrativa de la Oficina de Jurisprudencia de la Excm. CNAT. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Doctora en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos (Universidad de San Carlos de Guatemala - UNTREF).

(2) LUIGI FERRAJOLI, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, p. 267.

Recordemos que el art. 212 LCT establece que:

“Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultare una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuera imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley.

Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el art. 245 de esta ley.

Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de esta ley.

Este beneficio no es incompatible y se acumula con los que estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto”.

El artículo comentado trata sobre los diferentes supuestos de disminución definitiva o permanente de la capacidad laboral del trabajador en los casos de accidentes o enfermedades inculpables, es decir, derivados de hechos ajenos a la culpa del trabajador.⁽³⁾

En el caso del art. 254 LCT, se establece que: “Cuando el trabajador fuese despedido por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y la misma fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto en el art. 212 de esta ley...”.

.....

(3) En este punto conviene memorar que, si la enfermedad o accidente tiene su origen en el trabajo —por ejemplo, enfermedad laboral, accidente de trabajo o accidente *in itinere*— tal situación estará regulada por la ley de riesgos del trabajo, sus modificaciones y decretos reglamentarios. Pero, si la patología que afecta a la salud del trabajador (accidente o enfermedad) no tiene vinculación con la prestación de tareas ni con el ámbito laboral, se considera inculpable, estando su regulación prevista en los arts. 208/212 LCT.

Desde nuestro punto de vista, lo dispuesto en el art. 212 , 3° párr, LCT , 3° párr, LCT no brinda una adecuada respuesta a la realidad del trabajador con discapacidad, puesto que analiza la situación desde el punto de vista indemnizatorio pero no desde el punto de vista de una discriminación. La realidad demuestra que, en general, el empleador no asigna tareas compatibles con la nueva capacidad laboral del trabajador a pesar de contar con ellas y lo despide abonándole la indemnización que dispone el art. 245 LCT. Esto denota un claro accionar ilícito por cuanto afecta, aun más, la vulnerabilidad del trabajador, lo que hace más difícil su vida en sociedad.

Tal como destaca el Dr. Schick,⁽⁴⁾ estos despidos encubren actos discriminatorios por motivos de salud y producen un serio daño en la vida del trabajador parcialmente incapacitado por un accidente o enfermedad profesional.

2 | El concepto de discriminación y los derechos humanos

Dentro del ámbito laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del Convenio N° 111 sobre Discriminación (empleo y ocupación), destacó en su art. 1°, inc. 1. a), que se entenderá por discriminación a "...cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Si bien el PIDESC⁽⁵⁾ y el PIDCP⁽⁶⁾ no contienen una definición de discriminación, lo cierto es que sí la registran otros tratados internacionales tales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967, art. 1°), la Convención sobre la

(4) SCHICK, HORACIO, "Relaciones entre los regímenes de incapacidades de la ley de contrato de trabajo y la ley de riesgos del trabajo", en Andrea García Vior (coord.), *Colección Temas de Derecho Laboral, Enfermedades y accidentes inculpables*, Bs. As., Errepar, 2012, pp. 379/419.

(5) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

(6) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979, art. 1º), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999, art. 1º, punto 2) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, art. 5º), entre otros.

Ante la ausencia del PIDCP y su tratamiento en los demás tratados mencionados arriba, el Comité de Derecho Humanos, en su Observación General N° 18 se pronunció en relación a que el término “discriminación” tal como se emplea en el PIDCP:

“...debe entenderse referido a toda distinción , exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social , la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social , y que tengan por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad , de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁽⁷⁾

Por su parte, conviene recordar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 5⁽⁸⁾ sobre la aplicación del Pacto a las personas con discapacidad, resaltó que, a los efectos de dicho documento, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales.

A su vez, la Convención Interamericana de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁽⁹⁾ en el punto 2 del art. 1º,

.....

(7) GIALDINO, ROLANDO E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo-Perrot, 2013, p. 154.

(8) Undécimo Período de Sesiones - 1994 - UN - Doc. E/C. 12/1994/13.

(9) Aprobada en Guatemala el 07/06/1999 y adoptada por la República Argentina a través de la ley 25.280, la que entró en vigor el 17/09/2001.

explicita qué es lo que se entiende por discriminación contra las personas con discapacidad:

“...toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de una discapacidad o consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades”.

A nivel nacional, la ley 23.592 considera actos u omisiones discriminatorios los motivados en razón de la raza, la religión, la nacionalidad, la ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; el art. 1° señala que el infractor será obligado, a pedido del damnificado, a cesar en su realización o reparar el daño moral o material cuando arbitrariamente se impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Fundamental.

Dicha ley es aplicable al ámbito laboral, ya que, tal como lo sostuvo la CSJN:

“...nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprueban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad”.⁽¹⁰⁾

Un hito de suma importancia fue, sin dudas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas,⁽¹¹⁾ dado que fue el primer tratado sobre derechos humanos del siglo XXI. En el caso

(10) CSJN, *in re*: “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo”, 07/12/2010, T. 333, p. 2306.

(11) La Convención fue adoptada el 11/12/2006 durante el LXI período de sesiones de la Asamblea General por la Resolución N° 61/106 y el 24/01/2007 fue aprobada (sin remisión previa a una comisión principal, A-61/611).

de la Argentina, esta Convención⁽¹²⁾ fue aprobada y ratificada al igual que el Protocolo Facultativo, pero aún no integra el bloque federal de constitucionalidad —aunque en el Congreso Nacional existe un proyecto que impulsa que se añada este instrumento internacional a los ya reconocidos en el art. 75 inc. 22 CN—. Empero, por ser un documento de derechos humanos internacional tiene el carácter de suprallegal y, por ende, no puede evadirse de las responsabilidades asumidas.

Se debe tener en cuenta que la Convención no define explícitamente el término “discapacidad”, sin embargo, en el apartado e) de su Preámbulo reconoce que el vocablo “discapacidad” es un concepto que evoluciona.

Tampoco define la expresión “personas con discapacidad”, empero, en el Tratado afirma que dicha expresión incluye a “las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo que ante diversas actividades negativas u obstáculos físicos, pueden verse privadas de participar plenamente en la sociedad” (art. 1°).⁽¹³⁾

En el art. 1°, además, se establece que el propósito de la Convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

De esta manera, la Convención nos indica que se deberá propender a promover, proteger y asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos por parte del Estado y de la sociedad toda.

En definitiva, este artículo nos está indicando que es menester aplicar en su totalidad el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las personas con discapacidad.

.....

(12) Ratificada por la República Argentina a través de la ley 26.378, sancionada el 21/5/2008, promulgada el 06/06//2008 y publicada en BO el 09/06/2008.

(13) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el punto 1 del art. 1°, define el término “discapacidad” como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico-social.

En cuanto a la discriminación por motivos de discapacidad la Convención Internacional nos dice que:

“Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Estos “ajustes razonables” están definidos en el art. 2º, en el cual se reza que:

“Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De esta manera, la Convención innova al incorporar a la “denegación de ajustes razonables” como una forma más de discriminación. Como bien lo describe el Dr. Pablo Rosales,⁽¹⁴⁾ esta “denegación de ajustes razonables” puede aplicarse a:

- La obligación de adecuar la legislación vigente a la situación de este colectivo en cada Estado firmante, siempre en el marco determinado de la progresividad de los derechos humanos.
- La obligación del Poder Judicial (en la estructura jurídica de nuestro país) y el Estado de interpretar la normativa vigente en función de dichos ajustes razonables de la legislación a la situación de este colectivo protegido.

Es evidente que los Estados tienen el deber de poner fin a la discriminación, no sólo en las leyes sino en la práctica. Es necesario sensibilizar a la sociedad para que se aprenda a convivir y a valorar la diversidad, ya que de esta forma se enriquece la comunidad.

(14) ROSALES, PABLO O., “La nueva Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurisprudencia Argentina* 2007-II - fascículo 2.

En el art. 3º, la Convención menciona los principios generales en los cuales se funda, y los que servirán para orientar a los Estados y otros agentes de interpretación y aplicación de la misma. Estos ocho principios son:

- El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas;
- La no discriminación;
- La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- La igualdad de oportunidades;
- La accesibilidad;
- La igualdad entre el hombre y la mujer y
- El respeto de la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho de preservar su identidad.

Si bien algunos de estos principios ya están receptados en otras convenciones, es dable destacar la evolución en el tratamiento de la persona con discapacidad, ya que a través de este documento se deja atrás el concepto de objeto de atención y/o cuidado y se les reconocen sus derechos en tanto sujetos de derechos.

3 | La discriminación por cuestiones de salud en la jurisprudencia CNAT

Con sólo una simple lectura de algunos fallos emitidos por distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, podemos observar el actuar discriminatorio de los empleadores ante una enfermedad sobreviniente del trabajador.

No es el fin de este trabajo abordar toda la jurisprudencia sobre este tópico, pero sí hacer una prieta síntesis de algunos de los casos más recientes resueltos por el tribunal, en casos de distintos tipos de enfermedades en los que ha hecho lugar a la nulidad de los despidos discriminatorios o bien, procedió a reconocer indemnizaciones adicionales.

Así, conviene recordar que la Alzada sostuvo que el despido decidido por la empleadora atento las “desavenencias” generadas a partir de la negativa del actor a acogerse a la licencia por enfermedad, tuvo como verdadera causa la enfermedad degenerativa —esclerosis múltiple— diagnosticada al trabajador y, por ende, determinó que se trató de un despido discriminatorio en los términos del art. 1° de la ley 23.592, en tanto importó para el dependiente un menoscabo al pleno ejercicio de su derecho de trabajar, de percibir un salario y de gozar de su obra social, que no tuvo otro fundamento que su estado de salud.⁽¹⁵⁾

En otro caso, el Tribunal entendió que existió un despido discriminatorio, dado que el cese contractual adoptado por la empleadora lo fue sin precisar causa alguna que lo justifique y, además porque se habían aportado suficientes elementos de ilustración para establecer un “claro nexos causal” entre dicha ruptura contractual y el motivo invocado por la trabajadora: que había contraído una enfermedad crónica y de carácter estético conocida como “lupus”.⁽¹⁶⁾

A su vez, en un caso en que el trabajador gozó de licencia por un cáncer de próstata y se reintegró a sus labores, se encontró con que la demandada había contratado a otra persona para que se desempeñe en su sector y realice sus mismas tareas y, a los tres días fue despedido sin causa. Aquí, la Alzada entendió que:

“la discriminación por enfermedad aparecía palmaria por la proximidad, concatenación, enlace, contigüidad e incluso, estado aledaño de hechos tales como: contrato de trabajo en plenitud, enfermedad, regreso, despido sin causa. Indicios todos ellos que condujeron a un encadenamiento de hechos que demostraron la realidad discriminatoria”.⁽¹⁷⁾

(15) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala II, “P., E. C. c/ Toko Argentina SA s/ despido” - Sent. Def. N° 101.507, del 28/02/2013.

(16) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala V, “G. P., M. A c/ Actionline de Argentina SA y otro s/ despido” - Sent. Def. N° 75.066, del 23/04/2013.

(17) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala VII, “Sch., F. M. c/ Laboratorios Temis Lostaló SA s/ indemnización art. 212 LCT” - Sent. Def. N° 45.628, del 21/08/2013.

Asimismo, se consideró discriminatorio el despido directo dispuesto por el empleador, luego de que el trabajador fuera dado de alta tras sufrir un ACV y haberle negado tareas. El Tribunal sostuvo que se había acreditado que el actor, a partir del accidente cerebrovascular sufrido, presentaba secuelas que incidieron sobre su motricidad y aspecto físico. Además, demostró que le había sido otorgada el alta médica para realizar tareas habituales, que como consecuencia del ACV se vio modificado su aspecto motriz y físico —escasa movilidad cervical, marcha claudicante a predominio izquierdo, inestabilidad, uso de bastón para deambular, utilización de cabestrillo en el brazo izquierdo en flexión con mano en garra sin funcionalidad y pie izquierdo péndulo—, y que el demandado, pese al alta otorgada, decidió despedirlo sin causa, extremos que convencieron a la Alzada sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental.

En definitiva, se entendió que el trabajador aportó indicios razonables de que el acto empresarial configuró un hecho discriminatorio por su estado físico y que la demandada, quien tenía a su cargo la acreditación de que su decisión rupturista tenía causas distintas y con entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de enervar la apariencia lesiva creada por los indicios, no logró demostrarla.⁽¹⁸⁾

También, se dijo que si bien la demandada indicó “necesidades de optimizar recursos y reducir gastos”, no aclaró por qué razón tenía esas necesidades, ni de qué forma el despido de la actora podía contribuir de manera efectiva a alguna de las causales. Es más, se destacó que resultaba evidente que “esa vaguedad en las afirmaciones del responde se proyectaban también en la prueba producida, que no aportaba elemento alguno que permitiera tener por acreditadas las necesidades mencionadas, ni siquiera a través de indicios”.

Se destacó que no se trataba en el caso de que la demandada explicitara una causal que pudiera encuadrarse en lo previsto en el art. 242 LCT, sino en todo caso, de las razones o motivos que pudieron decidirla a producir el despido de la actora y que demuestren que no intervino para ello la enfermedad que la misma padece (diabetes). Por ello, se estimó que correspondía presumir que el despido sin causa dispuesto en perjuicio de

(18) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala II: “B., A. P. c/ Banco Patagonia SA y otro s/ accidente - acción civil” - Sent. Def. N° 102.154, 09/09/2013.

la actora pretendió encubrir una conducta discriminatoria fundada en la enfermedad padecida por aquélla.⁽¹⁹⁾

También vale mencionar diversos casos en los que la jurisprudencia entendió que el despido había sido discriminatorio en virtud de que el trabajador era portador de HIV, haciendo hincapié en el estigma que implica ser portador de dicho virus.⁽²⁰⁾

4 | Conclusión

Conviene recordar que el art. 2° de la ley 22.431 dispone que se entiende por personas con discapacidad a aquellas que padecen una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que, con relación a su edad y medio social, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

La Dra. Labatón definía el concepto de discapacidad como “toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.⁽²¹⁾

Se debe tener en cuenta que, mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos.⁽²²⁾

(19) Cám. Nac. Ap.Trab., Sala VII, “S. F., M. C. c/ Mistycal SRL y otro s/ despido” - Sent. Def. N° 45.636, 21/08 /2013.

(20) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala IX, “C., H. F c/ Acqualine SA s/ despido” - Sent. Def. N° 18.618 del 31/05/2013. Ver también, CNAT, Sala VII “R. R., M. A. c/ Banco Hipotecario Nacional s/ despido” - Sent. Def. N° 43.441, 31/03/2011.

(21) LABATÓN, ESTHER A., *Discapacidad, Derechos y Deberes*, Bs. As., Carlos Vicino (ed.),1995, p. 20.

(22) Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1994.

Tal como lo afirma Liliana Pantano,⁽²³⁾ la discapacidad:

“... se ha constituido en un estigma que ha diferenciado y diferencia negativamente a unos individuos de otros y los pone en situación de desventaja. No es sólo lo que no pueden hacer por sí mismos, sino también lo que la sociedad determina (considera, piensa, cree) que no pueden, razón por la cual, muchas veces ésta los obstaculiza o desfavorece”.

Aquí, vale recordar lo establecido en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el mismo, se dispone que

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; (...) y que salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativa a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”.

No se debe olvidar que la igualdad es un principio con valor constitucional que prohíbe tener en cuenta ciertas características de las personas;⁽²⁴⁾ el avance de los derechos humanos a nivel internacional, a su vez, enuncia un listado de discriminaciones prohibidas cada vez más amplio.

La acción de discriminar resulta violenta, dura, brutal. La discriminación diferencia a los seres humanos de acuerdo a criterios no válidos, es decir, en base a prejuicios, a los caprichos y a los desbordes de poder de unos pocos.⁽²⁵⁾

.....
(23) PANTANO, LILIANA, “Nuevas miradas en relación con la conceptualización de la discapacidad. Condición y situación de discapacidad”, en Patricia Brogna (comp.), *Visiones y Revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura, pp. 76/77.

(24) SUPIOT, ALAIN, *Derecho del Trabajo*, Bs. As., Heliasta, 2008, p. 80.

(25) EROLES, CARLOS, “La discapacidad como eje de un movimiento social de afirmación de derechos”, en Carlos Eroles y Carlos Ferreres (comps.), *La Discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, Bs. As., Espacio.

En muchos casos, la decisión del empleador de despedir a un trabajador con discapacidad o con una incapacidad permanente parcial, cuando en realidad puede realizar tareas laborales en la empresa —ya sea las mismas que realizaba con anterioridad u otras distintas—, deja entrever una conducta discriminatoria; es una actitud intolerable que afecta la vida y la dignidad de la persona.

Así, se puede observar la actitud discriminatoria de un empleador que, ante lo diferente —trabajador con discapacidad—, decide sin más despedir a su dependiente, sin ni siquiera corroborar su estado, ni indagar la posibilidad que tiene aquél de seguir realizando las mismas tareas y/u otras adecuadas a su capacidad remanente.

Esta situación genera un gran conflicto en la vida de toda persona, ya que el trabajo es lo que hace que un individuo se encuentre dentro o fuera de la sociedad.

Tal como lo destacó el Dr. Raffaghelli, el derecho al trabajo es un derecho claramente consagrado en el art. 6º, inc. 1 del PIDESC (ONU 16/12/1966), ratificado por ley 23.313. El Pacto establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, que es reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su art. 6º, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye, también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad tal como lo establece Observación General N° 18 aprobada el 24/11/2005 sobre el art. 6º del

PIDESyC, en línea con el preámbulo del Convenio N° 168 de la OIT, de 1988:

“...la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden”.⁽²⁶⁾

A mayor abundamiento, puede aplicarse a estos casos no sólo la ley 23.592 sino también la 26.378, ya que al ratificarse la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se cuenta con un instrumento más de protección de los derechos humanos del trabajador.

Cabe señalar que las personas con discapacidad desde hace mucho tiempo vienen soportando actitudes sociales de segregación y discriminación, actitudes que, como se observan en el presente trabajo, no han terminado. Por ende, se debe intentar entender la realidad de las personas con discapacidad y, a su vez, acompañarlas en el camino de una mejor valoración de su persona, ya que sólo ellas pueden decirnos qué es lo que pueden hacer y de qué manera pueden lograr su cometido.

(26) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala VI, “Pulice, Claudio Leonardo y otro c/ Aguas Danone de Argentina SA s/cobro de salarios” - Sent. Def. N° 65.518, 06/08/2013.

El art. 1° de la ley 25.323 y los supuestos de extinción del contrato de trabajo distintos al despido incausado: una exclusión injustificable

por MAURO PUCHETA⁽¹⁾

I | Introducción

El empleo informal constituye un flagelo en la sociedad argentina que, pese a las distintas políticas instauradas en pos de erradicarlo, más aún en el último decenio, no han conseguido modificar esta situación que tan perjudicial es, principalmente, para los trabajadores, pero también para las arcas estatales, en particular de la seguridad social, y la sociedad en su conjunto.

El trabajo “en negro” constituye una problemática central en la Argentina. Se trata de una cuestión de larga data a la que no se le ha logrado encontrar una solución. Ni los gobiernos de corte neoliberal ni el actual gobierno —sin que ello implique desconocer los grandes avances producidos en este último tiempo— han podido atacar lo que ya constituye un

(1) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, especializado en derecho del trabajo.

problema estructural en el marco de las relaciones laborales. Una muestra de ello son los altos porcentajes de empleo informal existentes hoy en la Argentina reconocidos tanto por el INDEC como por mediciones privadas. Según el informe correspondiente al segundo trimestre del año 2013, la tasa de informalidad asciende al 34,5% de los asalariados.

Como hemos dicho, la situación de informalidad registral es de gravedad no sólo para las arcas estatales, sino también para los trabajadores. Si bien el trabajo no registrado priva al Estado de la contribución que los empleadores deberían realizar, es decir, de las cargas fiscales y previsionales; también se afecta al sector pasivo de fondos con los que se financian sus jubilaciones; y, por último, aún peor es la situación de los asalariados quienes se ven privado de la asistencia social —por ejemplo la protección de una obra social—, de los beneficios jubilatorios y de los derechos reconocidos por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), de los cuales deberían gozar en su carácter de tales.⁽²⁾ Es decir, existe una defraudación a los derechos de los trabajadores que atentan contra la eficacia del sistema protectorio laboral.

Dicha circunstancia motivó a que el legislador interviniera e intentara reducir el empleo informal. En un marco de una creciente irregularidad registral, en el año 1991 se dictó la ley 24.013 que abordó numerosas cuestiones tales como la introducción de nuevas modalidades contractuales (los llamados “contratos basuras”), la regulación de las empresas de servicios eventuales, la incorporación del proceso preventivo de crisis, el seguro de desempleo y la promoción del empleo registrado, entre otras.

En lo concerniente a la lucha contra el empleo informal, el legislador reguló específicamente la cuestión en los artículos 7° a 20. Primeramente, en dicha ley y en su decreto reglamentario se define qué es un contrato de trabajo registrado (art. 7° y art. 2°, decreto 2725/1991). Además, el legislador previó por una parte en el art. 8° una sanción para el supuesto de una ausencia total de registración y, por otra parte, dispuso en los arts. 9° y 10 sendas sanciones para los casos de contratos de trabajo deficientemente registrados.

(2) GUIBOURG, RICARDO, “La protección laboral y social ante el empleo informal”, en *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012-2, p. 21.

Hasta allí, más allá de estar de acuerdo o no con el medio técnico elegido por la ley, la intención parecía bastante loable en su lucha contra el empleo informal. Sin embargo, al momento de efectuar la reglamentación, se agregó un requisito de trascendencia mayor en el inc. 1° del art. 3° del decreto 2725/1991, el que exige al trabajador que efectúe la intimación "estando vigente la relación laboral". He aquí donde se presenta el problema, no porque el requisito en sí constituya un perjuicio para los trabajadores, sino porque no se previó sanción alguna para el supuesto de realizar un reclamo por empleo clandestino una vez extinta la relación laboral.

Ello implicaba un verdadero problema para el trabajador, puesto que el empleador ante la sospecha de un eventual reclamo por parte del trabajador se anticipaba y disponía la extinción del contrato de trabajo impidiendo de esa forma que éste pudiera reclamar por la irregularidad registral sufrida.

En este marco, en el año 2000 se sancionó la ley 25.323, la cual mediante su art. 1° buscó subsanar la omisión de la ley 24.013. Sin embargo, dicha norma, poco clara en su redacción, estableció una doble confusión en cuanto a su ámbito de aplicación material. En un primer término, no define precisamente qué se entendería por "deficiencia registral". En segundo término, el artículo hace alusión a las indemnizaciones previstas por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo o las que en el futuro las reemplacen y, de esta manera, parece restringir el ámbito de aplicación de la misma a los supuestos de despido sin causa.

Si bien ambas cuestiones conflictivas resultan interesantes, en el presente artículo abordaremos esta última. Teniendo en cuenta el porcentaje antes citado, es necesario determinar si el legislador, o al menos lo que plasmó en la norma, excluye la aplicación de la multa para aquellos supuestos en los que el contrato de trabajo se extinga por una razón diferente al despido sin causa. Asimismo, es menester determinar si la supuesta exclusión del ámbito de aplicación se condice con el objetivo de luchar contra el empleo informal.

Con el objeto de encontrar una respuesta, en primer término, analizaremos la hiposuficiencia negocial y reclamacional del trabajador y su vínculo con la ley 25.323. En un segundo término, intentaremos determinar el ámbito de aplicación del art. 1° ley 25.323. En un tercer término, mencio-

naremos los supuestos excluidos de la multa. Por último, abordaremos la necesidad del cambio y los proyectos de ley ya existentes.

1.1 | Cuestión terminológica

Si bien no desconocemos la existencia de la discusión acerca de la naturaleza de las sanciones impuestas tanto por la ley 24.013 como por la ley 25.323, en el presente artículo utilizaremos indistintamente los términos “indemnización”, “sanción”, “multa”, entre otros. De la misma forma, hablaremos de “trabajo no registrado”, “empleo o trabajo informal”, “empleo clandestino”.

2 | Hiposuficiencia negocial y el sentido de la ley 25.323

Una de las razones por las cuales se considera importante la posibilidad de reclamar la irregularidad está dada por la hiposuficiencia negocial y reclamacional que sufre el trabajador frente al empleador al momento de la vigencia de la relación —sin que por ello se niegue la hiposuficiencia existente antes y después del contrato de trabajo—.

2.1 | Definición de hiposuficiencia

Tradicionalmente se ha considerado que el trabajador no se encuentra en un pie de igualdad con el empleador, lo cual motivó, entre otras razones, el nacimiento de esta materia. Así, en una primera etapa, tanto el derecho individual como el derecho colectivo del trabajo tuvieron por finalidad luchar contra esta desigualdad en todas las dimensiones de la relación trabajador-empleador y, más específicamente, en el ámbito de la negociación. Así, la doctrina acuñó el concepto de “hiposuficiencia negocial”, el cual constituyó uno de los conceptos más importantes sobre el que el derecho del trabajo se fue desarrollando. El trabajador carecía —carece— del poder del empleador, por lo que la normativa laboral vino a reequilibrar esa relación mediante el reconocimiento de ciertos derechos que en el supuesto de una “negociación libre” nunca hubiera podido pactarlos.

Sin embargo, esta técnica, aunque útil en su momento, hoy se presenta insuficiente ante los nuevos problemas que enfrentan los trabajadores al momento de hacer valer sus derechos. Actualmente, tanto el derecho individual como el derecho colectivo del trabajo no permiten garantizar los derechos reconocidos a los trabajadores por el sistema jurídico vigente. Ello torna necesario que el asalariado deba reclamar ante los organismos correspondientes para poder hacer efectivos aquéllos. Sin embargo, esto no es tan sencillo, puesto que el trabajador ante su situación de debilidad y ante la inestabilidad en el mercado laboral, prioriza, en general, la fuente de trabajo. Claro está que efectuar un reclamo, actualmente, constituye un gran riesgo para aquéllos que deseen conservar su empleo. Entonces, en numerosas oportunidades, los trabajadores se ven obligados a tolerar diversos incumplimientos por parte del empleador sin poder reclamar por el respeto de sus derechos o hacerlo una vez extinta la relación laboral.⁽³⁾

El trabajador se encuentra, así, en lo que Elías⁽⁴⁾ denomina “hiposuficiencia reclamacional” y Sirounian,⁽⁵⁾ “hiposuficiencia de reclamación del trabajador”, y que se manifiesta claramente en el ámbito de la registración del contrato de trabajo.

2.2 | La hiposuficiencia y las leyes 24.013 y 25.323

Como se ha mencionado anteriormente, la ley 24.013 exige que la intimación sea efectuada mientras la relación laboral se encuentre “vigente”. Si bien la intención de combatir la informalidad es de destacar, la condición fijada por la normativa reglamentaria desconoce esta hiposuficiencia de la cual sufre el trabajador, puesto que el trabajador aun cuando desea que su contrato se encuentre debidamente registrado, la fuente de trabajo sigue siendo lo más importante.

(3) SIROUNIAN, MÓNICA, “Hiposuficiencia negocial y de reclamación del trabajador: su injerencia en la falta o deficiencia de la registración del vínculo laboral”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° 3, diciembre, 2012, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 83.

(4) ELÍAS, JORGE, “Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, La Ley, diciembre, 2011, p. 3196.

(5) SIROUNIÁN, MÓNICA, *op. cit.*, p. 81.

En este sentido debe entenderse la ley 25.323, es decir, como un complemento de la ley 24.013 y un reconocimiento a la hiposuficiencia reclamacional del trabajador. Es dable recordar el informe del diputado Pernasetti quien afirmó que:

“...en la gran mayoría de los casos el trabajador no cursa la intimación durante la vigencia de la relación laboral **por temor a perder su puesto de trabajo**⁽⁶⁾ o, en su defecto, por ignorancia de la norma, de la que recién toma conocimiento al tener que iniciar acciones legales...”.⁽⁷⁾

En suma, la sanción prevista en el art. 1° de la ley 25.323 viene, en principio, a paliar el déficit de la ley nacional de empleo y a reconocer esta hiposuficiencia reclamacional del trabajador mediante. Sin embargo, para determinar si la intervención del legislador ha sido eficaz es preciso analizar el ámbito de aplicación de la norma objeto de estudio.

3 | El ámbito de aplicación del art. 1°

El art. 1° de la ley 25.323 establece que para aquellos supuestos en los que la relación laboral no se encontrare registrada o lo estuviere de modo deficiente, ya extinguido el vínculo, habrá una duplicación en el monto en las indemnizaciones por antigüedad. El artículo reza literalmente: “Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), art. 245 y 25.013, art. 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente”.

3.1 | Concepto de “registración deficiente”

De tal redacción, surgen dos discusiones en torno al ámbito de aplicación material de dicho artículo. En primer término, no queda claro de qué se estaría hablando cuando el artículo hace alusión a una registración deficiente, es decir, si se refiere a los supuestos de los arts. 9° y 10 de la ley 24.013 o va más allá y hace alusión a cualquier irregularidad.

.....

(6) El destacado pertenece al autor.

(7) Informe (exp. 6951-D-98).

Así, mientras no existe ninguna duda de que la referencia a las relaciones no registradas implica un reenvío al art. 7° de la ley 24.013, la utilización del término “de modo deficiente” no implica, a nuestro parecer, un reenvío inequívoco a los arts. 9° y 10 de la Ley Nacional de Empleo. Claro está que estos supuestos se tratan de casos de registración deficiente, pero ello no significa que allí se agoten éstos. Cierta doctrina y jurisprudencia han hecho una interpretación amplia del término y, por ende, cualquier irregularidad registral debe ser sancionada.⁽⁸⁾

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina, mayoritariamente, se han volcado por una interpretación restrictiva y ha limitado el ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los cuales se presentan situaciones que serían castigadas por el art. 9° y 10 de la Ley Nacional de Empleo. Así lo recuerda Toselli,⁽⁹⁾ quien afirma que según la doctrina cuando se habla de registración deficiente en el sentido de la ley 25.323 se hace alusión a los supuestos ya regulados por la Ley Nacional de Empleo. En este mismo sentido ha resuelto la jurisprudencia⁽¹⁰⁾ cuando al reclamar el trabajador la sanción prevista en el art. 1° por encontrarse categorizado erróneamente, se resolvió que no era procedente, ya que no configuraba una registración defectuosa en los términos de la ley 24.013.

3.2 | Casos de extinción del contrato de trabajo incluidos por la norma

Más allá de esta discusión conceptual, el otro aspecto a determinar está dado por la referencia expresa que el legislador efectúa a las indemnizaciones por despido incausado, a saber, el art. 245 LCT y el art. 7° de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen. En este sentido, en un principio, la multa en cuestión sólo se aplicaría a los supuestos de despido directo dispuesto por el empleador sin justa causa. Sin embargo, una lectura más detenida permite arribar a una conclusión diferente. Como lo

(8) ELFFMAN, MARIO, “Las ‘indemnizaciones laborales’ de la Ley 25.323”, en *Derecho del Trabajo*, La Ley, 2001-A, p. 233.

(9) TOSELLI, CARLOS, *Las sanciones de la ley de empleo por ausencia de registración del trabajador y su aplicación jurisdiccional*, La Ley Córdoba, mayo, 2007, p. 337.

(10) Cám. Nac. Ap. Trab., Sala X, “Monteleone, Brenda Marina c/ Fst S.A.”, 22/06/2009.

ha señalado Sappia,⁽¹¹⁾ pese a que una interpretación literal de la norma conduciría al resultado *supra* expuesto, la norma no puede ser analizada fuera de su contexto, por ende, excluir la aplicación de la multa del art. 1° ley 25.323 carecería de toda lógica.

Así, la jurisprudencia ha sido firme y unánime en cuanto a la aplicación de la multa del art. 1° de la ley 25.323 tanto para los supuestos de despido directo como para aquellos trabajadores que hayan dispuesto la extinción del vínculo laboral por culpa patronal.

Por otra parte, la norma objeto de análisis prevé que la multa allí reconocida excluirá las indemnizaciones previstas en la Ley Nacional de Empleo destinadas a castigar el empleo informal. Ello llevaría a concluir, al menos provisoriamente, que el objetivo de la sanción prevista en el art. 1° de la ley 25.323 sería la lucha contra el empleo clandestino en un sentido amplio. No obstante ello, de la lectura de la norma surge que la mayoría de los supuestos de extinción del contrato de trabajo se encontraría excluidos del ámbito de aplicación de este artículo tal como se analizará a continuación.

4 | Los supuestos excluidos y la sanción

La redacción de la norma parece concluyente en el sentido de que los otros supuestos de extinción del contrato de trabajo se encontrarían excluidos del ámbito de aplicación de la norma.

Es decir, en todos aquellos supuestos en los que no sea procedente la indemnización por antigüedad no será aplicable el art. 1° de la ley 25.323.⁽¹²⁾ Por lo tanto, no es procedente la multa en los siguientes casos:

- despido con justa causa;
- despido del trabajador con menos de tres meses de antigüedad;
- renuncia o extinción por mutuo acuerdo;

(11) SAPPÍA, JORGE, "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", en *Derecho del Trabajo*, La Ley, vol. 2001-A, p. 223.

(12) GUIASADO, HÉCTOR, "El incremento indemnizatorio del artículo 1° de la ley 25.323", en *Derecho del Trabajo*, julio, 2010, p. 1679.

- despido por causas económicas;
- extinción por la muerte del trabajador o del empleador;
- del vencimiento del plazo de la quiebra;
- por incapacidad sobreviniente por causa de infortunios inculpable o laborales;

En este sentido, la jurisprudencia ha sido pacífica al negar la procedencia de aquélla en los supuestos antes mencionados de extinción del contrato de trabajo.⁽¹³⁾

La improcedencia de la indemnización es recordada también por los legisladores que buscan la modificación de la actual redacción del art. 1° de la ley 25.323 (Expte. 1054-D-2012) quienes afirman que:

“...se advierte que en todos los casos de relaciones laborales total o parcialmente marginales que no culminen en el despido incausado, el trabajador se ver privado del resarcimiento correspondiente por su falta de registración ya que no le corresponde la indemnización prevista en el art. 245 LCT”.

Ante tal exclusión, no podemos más que coincidir con Beltrame⁽¹⁴⁾ cuando sostiene que el legislador no cubrió el vacío legislativo causado por la ley 24.013 de forma integral mediante el art. 1° de la ley 25.323, sino que lo ha efectuado de una forma parcial, puesto que el trabajador se encuentra desprotegido frente a la irregularidad registral en todos los supuestos antes enumerados. Aún más criticable que la exclusión, es la falta de fundamentos para ello.

4.1 | Sanción

A pesar de no ser la cuestión en análisis en el presente artículo, debemos efectuar, aunque mínima, una crítica a la sanción prevista por el legislador en el art. 1°. La exclusión tanto de la indemnización por omisión de pre-

.....
(13) C.A.M. N.A.C. AP. TRAB., Sala IV, “Rodríguez, Manuel Eduardo c/ Centro de Diseño Italiano S.A. s/ Despido”, 22/06/2009; C.A.M. N.A.C. AP. TRAB., Sala IV, “Arce, Juan Antonio c/ Fidra S.R.L. y otros s/ despido”, 06/10/2009; C.A.M. N.A.C. AP. TRAB., Sala IV, “Aguero, Carlos Domingo c/ Lodiser S.A. s/ Despido”, 28/09/2007; entre otros fallos de trascendencia.

(14) BELTRAME, ALEJANDRA, “La regularización del empleo”, en *Derecho del Trabajo*, La Ley, junio, 2013, p. 1289.

viso como la integración del mes de despido crea una distinción injustificada en perjuicio de los trabajadores cuyas relaciones laborales ya no se encuentran vigentes.

Esta distinción, según nuestra entendimiento, es injustificada, aún más, por la hiposuficiencia que caracteriza al trabajador mientras la relación está vigente, por lo que la posibilidad de reclamar la subsanación de la irregularidad registral aparece más sencilla una vez ya extinto el vínculo laboral.

5 | El objetivo de la lucha contra el empleo informal y la necesidad de un cambio

5.1 | La finalidad de las normas y el ámbito de aplicación restringido

De la lectura de los escuetos antecedentes parlamentarios como del análisis de las normas previstas en la ley 24.013 y la ley 25.323 se pueden extraer cuáles son los objetivos perseguidos por el legislador.

El legislador ha puesto en cabeza del trabajador una función de controlador de la irregularidad registral del sistema. Ahora bien, como se lo preguntó Elffman⁽¹⁵⁾ en su momento, surge el interrogante de si el objetivo perseguido fue una cuestión fiscal o una cuestión de protección de los derechos de los trabajadores.

Pese a las deficiencias técnicas y a la inobjetable finalidad recaudatoria, no dudamos en afirmar que tanto la ley 24.013 como la ley 25.323 tienen como uno de los objetivos más importantes la lucha contra el empleo informal.

A nuestro entender, esto no debe ser olvidado al momento de efectuar una interpretación de la norma como también al momento de elaborar nuevos proyectos de ley.

(15) ELFFMAN, MARIO, "Las 'indemnizaciones laborales' de la Ley 25.323", en *Derecho del Trabajo*, La Ley, 2001-A, p. 233.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido firme y ha rechazado la procedencia de la multa prevista en el art. 1° de la ley 25.323 para los supuestos de extinción del contrato de trabajo distintos al despido incausado.

Pese a ello, estimamos sin duda alguna que la exclusión es manifiestamente injustificada, puesto que lo que se busca castigar no tiene vínculo con el modo en el cual se extingue el contrato de trabajo. Tanto en lo previsto por la ley 24.013 como en la ley 25.323, el objetivo primero es luchar contra el empleo clandestino a través de la aplicación de multas en contra de los empleadores que no respeten la normativa laboral-registral. De esta forma se manifestaron los legisladores que presentaron el proyecto de ley (Expte. 1054-D-2012) que busca modificar el artículo en cuestión al afirmar que "...resultando clara la finalidad combativa del trabajo 'en negro' por parte del art. 1° de la ley 25.323, no debe guardar necesaria relación con el despido del trabajador; y, a su vez, esta protección debe garantizarse a todo trabajador cualquiera fuere la causal de extinción del vínculo".

La limitación del ámbito de aplicación material del art. 1° de la ley 25.323 no se encuentra justificada por lo que no se puede arriesgar un argumento en pos de comprender al legislador y a la exclusión ya mencionada.

5.2 | Una interpretación alternativa a la norma vigente

Atento a dicha exclusión, podemos ensayar una alternativa, aunque de aplicación improbable, que justificaría la extensión del ámbito de aplicación del art. 1° de la ley 25.323 a los supuestos excluidos.

En este sentido, tal como el Dr. Sappia⁽¹⁶⁾ lo afirmó al poco de tiempo de haberse aprobado la ley, era necesario distinguir entre "un parámetro para cuantificar" y los términos prescriptos para generar el derecho a la percepción de la multa. Basándose en esta disquisición jurídica, el Dr. Sappia supo fundamentar la aplicación del art. 1° de la ley 25.323 en aquellos supuestos en los cuales los trabajadores se dieran por despedido indirectamente.

.....

(16) SAPPIA, JORGE, *op. cit.*, p. 223.

En este mismo sentido, el proyecto de ley antes mencionado (Exp. 1054-D-2012) expresamente reconoce en sus fundamentos que: "...la indemnización puede utilizar un mecanismo de cuantificación idéntico al utilizado en el art. 245 LCT pero la viabilidad de la indemnización no debe supeditarse a la viabilidad de la del art. 245 LCT pues están previstas para supuestos muy diferentes".⁽¹⁷⁾

Al interpretarse las normas, cuyo objeto es el de sancionar las irregularidades registrales, no se debería ignorar que el registro laboral, como elemento necesario para poder ejercer los derechos reconocidos por la normativa laboral, forma parte del concepto de "trabajo decente" que fue introducido a nuestra legislación por el art. 7° de la ley 25.877⁽¹⁸⁾ y promovido por la Organización Internacional del Trabajo desde hace más de diez años. Estimamos que cualquier interpretación a efectuarse, tanto de las normas vigentes como de los proyectos de ley que busquen regular este aspecto del derecho del trabajo, no deben perder de vista este concepto faro como el de "trabajo decente".

5.3 | Proyectos de ley

Sin perjuicio de una interpretación amplia que se pudiere realizar del art. 1° de la ley 25.323, consideramos necesaria la modificación de la norma en cuestión en un sentido que apunte a hacer más eficaces los derechos de los trabajadores.

De esta forma, y pese a que no han sido aún aprobados por nuestros legisladores, se expresan diversos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación. No obstante ello, pensamos que el contenido de éstos se encuentra en la dirección correcta, ya que buscan la ampliación del ámbito de aplicación de la indemnización en cuestión.

A título de ejemplo, podemos citar un proyecto presentado el 26/03/2009 (Expediente 1179-D-2009), que preveía que :

"...cuando la relación laboral no registrada o registrada de modo deficiente se extinguiera por cualquier otra causal salvo en los

.....

(17) El destacado pertenece al autor.

(18) BELTRAME, ALEJANDRA, *op. cit.*, p. 1289.

casos de extinción por renuncia o por la voluntad concurrente de las partes, con las formas autorizadas por la ley, el empleador deberá abonar al trabajador al momento de la finalización del contrato, además de las indemnizaciones que correspondan, una indemnización...”.

Por otra parte, debemos referirnos nuevamente al proyecto, , que ha sido ingresado con fecha 19/03/2012 (Expediente 1054-D-2012) el cual establece una sanción para el supuesto de irregularidad registral sea cual fuere la razón de la extinción del contrato de trabajo.

6 | Conclusión

En conclusión, más allá de la eficacia del medio sancionatorio en la lucha contra el empleo clandestino, que a juzgar por los resultados es pobre, es claro que será aún menor si el ámbito de aplicación previsto por las normas sancionatorias del empleo informal restringen el ámbito de aplicación.

En este sentido, sin perjuicio de la adopción de otras medidas, sobre todo a nivel de inspección del trabajo, se considera necesario modificar la norma que es objeto de análisis a los fines de que el empleador no pueda valerse de numerosas formas de extinguir el contrato de trabajo y así no ser sancionado por la irregularidad registral que caracterizó a la relación laboral.

Esta reforma deberá ir en el sentido de los proyectos de ley antes referenciados que buscan la ampliación del ámbito de aplicación de la sanción prevista en el art. 1° de la ley 25.323 a todos los supuestos o, por lo menos, a la mayoría de los casos de extinción del contrato de trabajo.

Sin perjuicio de que esta solución parezca la más factible hoy, es necesario, al mismo tiempo buscar, una manera en la cual el trabajador pueda efectuar el reclamo encontrándose vigente la relación laboral y que ello no implique un riesgo para la fuente del trabajo, ya sea a través de una garantía reforzada para aquél que efectúa un reclamo, ya sea a través nuevos sujetos legitimados para reclamar el respeto de los derechos reconocidos por la normativa vigente. En este sentido, estimamos que la actuación de los Ministerios de Trabajo a través de un cuerpo profesional de inspectores de trabajo es de cardinal importancia.

El despido por acoso sexual

por **GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ**⁽¹⁾

I | Introducción

En este aporte nos ocuparemos del acoso sexual como injuria determinante del despido, tanto del que dispone la patronal para resolver con causa el vínculo laboral, como la que constituye el fundamento de la denuncia contractual del trabajador o la trabajadora. Haremos tema de la conceptualización de la ilicitud, del marco normativo internacional y doméstico, de los aspectos vinculados a su prueba y de las consecuencias indemnizatorias que puede acarrear, ya sea dentro del sistema de la ley de contrato de trabajo como en el plano del derecho común.

2 | Concepto y tipos de acoso sexual en el trabajo

El acoso sexual laboral, “un nuevo término que define un viejo problema”,⁽²⁾ constituye una conducta ilícita que pertenece al género de la **violencia la-**

(1) Abogada (UCA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I. Profesora Adjunta Regular de “Elementos de Derechos Reales”; y a cargo del módulo “Derechos reales” del Curso de postgrado “Actualización y profundización en Derecho Civil” de la Facultad de Derecho (UBA); Titular del Departamento de Derecho Privado (Universidad Argentina John F. Kennedy); y Pro Titular de la materia Derecho Civil IV de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCA).

(2) RUBENSTEIN, MICHAEL, “Tratamiento del acoso sexual en el trabajo: la experiencia de los países industrializados”, en *La lucha contra el acoso sexual en el trabajo*, INSHT, Serie Condiciones de Trabajo, OIT, Madrid, 1995, v. 7, p. 13.

boral; se trata de una especie de ésta, al igual que la violencia física o el acoso moral o psicológico conocido también como *mobbing*.⁽³⁾

En los hechos, el acoso sexual se expresa de un modo diverso a través de chistes, piropos, conversaciones de contenido sexual; miradas, gestos lascivos, muecas; llamadas telefónicas, cartas, presiones para salir o invitaciones con intenciones sexuales; manoseos, acorralamientos o coerciones físicas o psíquicas para tener relaciones sexuales, entre otras situaciones.

En un sentido amplio, que recoge tanto la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽⁴⁾ como la Unión Europea (UE), el acoso sexual se concreta cuando una trabajadora —o un trabajador— es perseguida/o, contra su voluntad, por otro sujeto que también pertenece a la comunidad laboral quien: a) valiéndose de una situación de superioridad, le reclama favores sexuales con el anuncio, expreso o implícito, de perjudicarlo en el trabajo, si no accede a sus requerimientos; o bien: b) lo fastidia, con cuestiones relativas a la sexualidad, convirtiendo el ambiente de trabajo en un entorno hostil, intimidatorio, abusivo u ofensivo.

En el informe de la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral (CTIO) se utiliza, para el acoso sexual, el siguiente concepto de referencia:

“todo acto sexual o tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluido el lugar de trabajo”.

Las investigaciones sobre el tema indican que el acoso sexual afecta principalmente a las mujeres, y ello sugiere que se está frente a una proble-

(3) Buena parte de los contenidos de este apartado fueron expuestos en: VÁZQUEZ, GABRIELA A., “Aspectos jurídicos del acoso sexual en el trabajo”, en RDL-2, *Discriminación y violencia laboral-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 425 y ss.

(4) En su observación general sobre el Convenio núm. 111 (2003), la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) define al acoso sexual como un comportamiento de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, no deseado y ofensivo para el destinatario.

mática de género anclada en patrones socioculturales que ubican a los varones en una posición de superioridad jerárquica en relación con las mujeres.

Como lo recordamos en otra oportunidad, en *Mi historia de las mujeres*, Michelle Perrot sostiene que, a través la historia, “la gama de las violencias ejercidas sobre las mujeres es a la vez variada y letánica”.⁽⁵⁾ Con el transcurso de los años este núcleo permanecerá intacto; sólo cambiará el modo de mirar esas violencias y también los umbrales de tolerancia que la sociedad y las mujeres acepten. En este marco, el fenómeno del acoso sexual debe situarse necesariamente dentro una cultura patriarcal donde, por generar tensiones con sus obligaciones familiares, la incorporación de las mujeres en el mundo del trabajo asalariado será siempre conflictiva, y ello incidirá en que ciertas conductas violentas queden opacadas —cuando no invisibilizadas— aún para las propias víctimas.⁽⁶⁾

Por otro lado, así como sucede con otros fenómenos que impactan de manera diferencial en un determinado grupo, la condición de vulnerabilidad de la mujer frente a este tipo de acoso se refuerza cuando, además de ser mujer se es divorciada o separada, joven, recientemente incorporada al mercado de trabajo, se está en una situación laboral precaria, se cumplen tareas en trabajos poco convencionales, se porta alguna discapacidad física, se practica una forma de sexualidad no hegemónica o se integra una minoría racial. También los varones jóvenes y/o homosexuales suelen ser especialmente vulnerables al acoso.

Ahora bien, para que pueda hablarse de acoso sexual laboral, resulta básica la concurrencia de tres factores: un comportamiento de carácter sexual, que no sea deseado⁽⁷⁾ y que la víctima lo perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante.

(5) PERROT, MICHELLE, “Cuerpos sometidos”, en *Mi historia de las mujeres*, Bs. As., FCE, 2008, p. 98.

(6) VÁZQUEZ, GABRIELA A., y GIANI, LEILA L., “Acoso sexual y trabajo”, en García Vior (coord.), *Violencia laboral. El acoso moral y sexual en el trabajo*, Colección Temas de Derecho Labora, Bs. As., Errepar, 2013, vol. II, p. 241 y ss.

(7) Así lo reafirma la jurisprudencia: “supone siempre una conducta no deseada” (Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala 10, 20/8/1999, “C., L. P. c/ Máxima AFJP”, LLC 2000, 1232 - DT 2001-A, 457).

Los hechos deben ser graves,⁽⁸⁾ no es acoso el acto de seducción.⁽⁹⁾ Para determinar si se está ante un acoso sexual deben ser empleados criterios objetivos,⁽¹⁰⁾ aunque no son excluyentes las valoraciones subjetivas de la víctima, si el autor del ilícito las conocía o hubiere debido conocerlas, de acuerdo a las circunstancias fácticas particulares del caso.

En el amplio sentido considerado, el ilícito presenta dos variantes diversas: a) el **acoso sexual chantaje** o de intercambio y el b) **acoso ambiental**.

El **acoso sexual chantaje** o de intercambio (acoso *quid pro quo*, del latín: esto por eso, o bien, algo por algo) se configura cuando la negativa o el sometimiento son utilizados como base de una decisión que puede repercutir en perjuicio de las condiciones laborales de la víctima, por ejemplo, en el acceso al empleo, en el salario, en la promoción o en la continuidad del vínculo. Aquí, la persecución proviene de un sujeto en situación de superioridad laboral que tiene el poder de decidir o incidir en la decisión que afecta al acosado. Se perpetra un auténtico abuso de poder; de allí que tradicionalmente esta especie haya sido considerada la expresión estricta del acoso sexual.⁽¹¹⁾

En el acoso ambiental no existe una vinculación entre el requerimiento sexual y las condiciones laborales futuras. El acosador desarrolla un comportamiento sexual que agobia a la trabajadora o al trabajador, que conduce a un contexto intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante; se enrarece e intoxica el entorno laboral. El victimario puede ser el empleador, un superior jerárquico, un par —compañero de trabajo— o aún un sujeto externo a la empresa que de algún modo se relaciona con ella (por ejemplo, un cliente o un proveedor).

.....

(8) En torno del acoso ambiental, el Tribunal Constitucional de España, por sentencia del 03/12/1999, en autos "I. E., A. M.", publicado en *La Ley* 2001-D, 551, dijo: "debe exteriorizarse una conducta lo suficientemente grave como para crear un entorno laboral desagradable, por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras".

(9) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, "E., J. V. c/ Cooperativa Telefónica de Palpalá Ltda.", 13/06/1997, *LLNOA* 1998, 561.

(10) CNAT, Sala X, "Benítez, Enio A. c/ Formatos Eficientes SA, 13/02/2007, *La Ley Online*. Véase también: Medina, Graciela, "Acoso Sexual Laboral", en *JA*, 1995-II-967.

(11) En el ámbito laboral, el acoso sexual se configura cuando un superior jerárquico exige a un empleado de menor categoría favores sexuales cuyo cumplimiento o incumplimiento puede tener incidencia en la relación de trabajo, CNAT, Sala I, 17/02/2004, "L., A. M. c/ Almirón, Juan J. y otros", *La Ley Online*.

Aunque el acoso sexual chantaje o de intercambio es el que suele generar consecuencias más graves, la Organización Internacional del Trabajo ha considerado que: “Restringir la prohibición de acoso sexual nada más que al chantaje sexual que ejercen los empleadores sobre sus empleados no es suficiente”,⁽¹²⁾ ya que ello equivaldría a dejar fuera de resguardo al hostigamiento sexual entre pares y a sentar la impunidad mientras la persona trabajadora no sea víctima de una acción tangible tomada como represalia por haberse resistido.

3 | Marco normativo

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁽¹³⁾ en relación con la esfera laboral, establece en su art. 11 que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en este ámbito, a fin de asegurar las mismas condiciones para varones y mujeres. Nos interesa particularmente la Recomendación N° 19 de su Comité de seguimiento, que resulta más específica en relación con el acoso sexual pues allí se puntualiza que:

“La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se las somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, el *hostigamiento sexual en el lugar de trabajo*. El hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil”.

(12) *Género! Una asociación de iguales*, Oficina para la Igualdad de género, OIT.

(13) La CEDAW fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979 y ratificada por Argentina por la ley 23.179, BO, 03/07/1985. Desde 1994 tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN). Argentina también aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW del 06/10/1999, a través de la ley 26.171, BO, 11/12/2006 y fue ratificado por el PEN, a través del respectivo depósito, en 2007.

Recordamos aquí la importancia que tienen las recomendaciones del Comité de la CEDAW que conforman, en lo específico, lo que se conoce como *soft law* o derecho blando, ya que el art. 75 inc. 22 de la CN establece que los tratados de derechos humanos de rango constitucional deben ser interpretados y aplicados “en las condiciones de su vigencia” y ello significa ni más ni menos que tal como son aplicados e interpretados por los órganos de aplicación o de monitoreo del tratado, como lo ha venido diciendo la Corte Federal argentina.⁽¹⁴⁾

En el plano regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)⁽¹⁵⁾ contempla al acoso sexual en el trabajo como una especie de violencia. En su art. 2 establece: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: (...) b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros (...) acoso sexual en el lugar de trabajo”.

En el derecho doméstico y como el fenómeno examinado afecta fundamentalmente a las mujeres,⁽¹⁶⁾ la ley 26.485 de 2009, sobre Defensa Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, hace tema del acoso sexual como uno de los tipos de violencia que, con carácter meramente enunciativo,⁽¹⁷⁾ enumera en el texto.

Así, el art. 5 establece que queda especialmente comprendida en la definición de violencia⁽¹⁸⁾ la que es de tipo sexual (inc. 3) y dentro de ésta incluye al **acoso**.

.....

(14) CSJN, “Girolodi”, 07/04/1995, Fallos 318:514; “Simón”, 14/06/2005, Fallos 328:2056, entre otros.

(15) La Convención de Belem do Pará fue adoptada en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 09/06/1994. Argentina la ratificó por la ley 24.632, BO 09/04/1996.

(16) La estadística que lleva la Oficina de Violencia del Ministerio de Trabajo revela esos datos. También está preponderancia surge del “Informe sobre Género” elaborado por el Ministerio de Seguridad de la Nación (2012).

(17) El art. 6 del decreto reglamentario N° 1110/2010 sienta expresamente que no hay taxatividad ni sentido restrictivo.

(18) La definición legal de violencia está inserta en el art. 4: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad,

Por otro lado, la ley 26.485 abarca en su amplio marco de regulación a las múltiples variantes en que la violencia se puede expresar, es decir, no sólo al extenso abanico de posibles sujetos victimarios (integrantes del grupo familiar, pareja, ex pareja, empleador, dependientes del empleador, funcionarios públicos, profesionales de la salud, medios de comunicación, etc.), sino también a los múltiples espacios de relación en los que pueden interactuar las mujeres en el desarrollo de la vida: el ámbito doméstico,⁽¹⁹⁾ el de las instituciones públicas, el de los gremios, el de los partidos políticos, el de las organizaciones de la sociedad civil en general, el de las organizaciones empresariales o deportivas; el ámbito laboral, el de las instituciones de salud o educativas, en sus diferentes niveles, así como el de los medios de comunicación; en fin, la ley no fija un *numerus clausus* de situaciones.

Como se apunta en la reglamentación al art. 5 inc. 3), realizada por el decreto 1011/2010, la ley 26.485 también incluye en su diseño preventivo y sancionador al acoso sexual como manifestación de “violencia sexual” producida “en los lugares de trabajo”, ya se trate del ámbito público (empleo público) o del privado (relación de trabajo).

Que la Ley de Defensa Integral de las Mujeres involucra la prevención, la erradicación y la sanción del acoso sexual en el ámbito del trabajo público o privado, reafirmando su calificación de acto ilícito, es revelado por algunos de los preceptos incluidos en su Título II sobre Políticas Públicas. Efectivamente, una de las acciones prioritarias que se encomienda a la Jefatura de Gabinete de Ministros y a la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública, consiste en “Impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la Administración Pública Nacional” (art. 11, apart. 1, a) y, en cuanto al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social: “Promover, a través de programas específicos, la prevención del acoso sexual contra las mujeres en el ámbito de empresas

.....
dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

(19) Debemos recordar que el art. 42 de la ley 26.485 establece que la ley de Protección contra la Violencia Familiar 24.417 será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la ley 26.485.

y sindicatos” (art. 11, apart. 6, b). En los hechos, algunas carteras de Estado dentro de la Administración Pública Nacional vienen realizando, de un tiempo a esta parte, numerosos talleres de abordaje teórico y de análisis de casos jurisprudenciales relacionados con esta patología interrelacional, en varios de los cuales hemos participado en calidad de docentes, tales como los que han organizado los Ministerios de Defensa y de Seguridad, espacios que involucran funciones tradicionalmente llevadas a cabo por varones. Así, los mencionados talleres de trabajo representan sólo una parte de una serie de medidas destinadas a combatir el acoso sexual que se implementaron en ambos ministerios.

Por último, en los procesos en donde se controvierte el acoso sexual es interesante llamar la atención de la judicatura en relación con las garantías mínimas de procedimiento judiciales y administrativos que establece el art. 16, en especial las vinculadas a obtener una respuesta oportuna y efectiva; a que la mujer sea oída por el/la juez/a y por la autoridad administrativa competente; a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de tomar una decisión que la afecte; a la protección de su intimidad; a recibir información sobre el estado de la causa; a recibir un trato humanizado que evite la revictimización y a la amplitud probatoria.

4 | Despido de la persona que acosa

El/la trabajador/a que comete acoso sexual en perjuicio de alguna o algunas de las restantes personas que conforman la comunidad de trabajo (pares, superiores, inferiores, clientes, etc.) constituye una conducta injuriosa que, desde lo normado por el art. 242 ley 20.744, puede validar un despido sin consecuencias indemnizatorias. Así lo ha dicho la jurisprudencia:

“el acoso sexual laboral puede constituir injuria, en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo y justa causa de despido, conforme a la valoración que realicen los jueces, teniendo en consideración el carácter de la relación laboral, lo dispuesto por la ley citada, las modalidades y circunstancias personales de cada caso”.⁽²⁰⁾

.....

(20) CNAT, Sala VI, “P. D. A. c/ MEGRAV SA s/ despido”, 04/08/2000, voto del Juez Rodolfo Capón Filas. Véase también: CNAT, Sala II, “Sassi, Sergio G. c/ Grupo Ilhsa SA y otro”, 06/03/2007, DT, 2007; CNAT, Sala II, “S., G. J. c/ Bestov Foods SA”, 06/11/1997, DT 1998-A,

Por otra parte, el autor del acoso es responsable civilmente frente a la víctima por los daños patrimoniales y morales padecidos (art. 1109, CC). La patronal también está legitimada para exigirle al acosador/a el pago de las acreencias que haya debido sufragar como consecuencia de su ilicitud (art. 1123, CC).

Aquí me parece importante destacar una idea que puede parecer elemental pero que, sin embargo, no lo es y puede iluminar el modo de generar buenas prácticas judiciales y en cómo la ley 26.485 puede contribuir en ese sentido. Me refiero a la necesidad de que la judicatura se encuentre entrenada en una visualización de los hechos desde una perspectiva de género. Es que todos y todas somos formados en una cultura determinada, con normas sociales entre las que se encuentran los prejuicios, los roles, el reparto de poder entre los sexos. Es decir, todos estamos influenciados por estereotipos de género. De este modo, cuando los jueces y las juezas elaboramos una sentencia y aplicamos la ley, no es tan fácil abstraernos de la formación que tuvimos durante toda nuestra vida y esto puede influir en la evaluación de una controversia que tenga que ver con el acoso sexual. Así, si un juez o una jueza pensase que a las mujeres les gusta que le digan todo el tiempo cosas sobre su aspecto o vestimenta o que las halaguen por su belleza, no sólo usará esas actitudes con las empleadas del juzgado sino que, cuando llegue un caso de acoso sexual ambiental en el trabajo, tendrá dificultades para registrar las dimensiones de la perturbación o bien el daño físico o psíquico sufrido por esa mujer. Algo semejante sucedería si quien juzga creyese que las mujeres dicen que no, aunque deseen tener relaciones sexuales o bien que con su ropa provocan a los hombres.

En síntesis, la evaluación del acoso sexual como injuria determinante de un despido —y esto es válido tanto para el que dispone el empleador, como para el que dispone el/la trabajador/a— impone que quien juzga se libere de los posibles prejuicios que le llegan desde la cultura patriarcal y ello desde ya requiere de un esfuerzo importante ya que todos, en menor o mayor medida, estamos atravesados por ellos.

La ley 26.485 al definir sus objetivos en el art. 2 justamente destaca, en el inc. e), el que se refiere a “La remoción de patrones socioculturales que

533; CNAT, Sala II, “M., L. G. c/ Antigua SA”, 31/10/1991 DT 1992-B, 1433; CNAT, Sala VIII, “M., P. N. c/ Compañía Gral. de Comercio e Industria SA”, 19/04/2005, TySS 2005, 696.

promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” y esto lo hace en coherencia con lo que establece la CEDAW (Preámbulo y art. 5) y la Convención de Belem do Pará (Preámbulo y arts. 6 y 8) que apuntan a la deconstrucción del sistema patriarcal y de los estereotipos.

5 | El acoso sexual como causal de denuncia del contrato por parte del trabajador o trabajadora acosados

El/la trabajador/a que sufre acoso sexual puede considerarse despedido/a y reclamar las indemnizaciones correspondientes (art. 242 LCT). Si el acoso sexual provino de un dependiente del empleador, para librarse de responsabilidad crediticia por la ruptura del vínculo (art. 245), a la empresa no le basta con probar que no podía conocer los actos de acoso; sólo se exime si demuestra que adoptó medidas suficientemente eficaces para prevenirlos y que el/la empleado/a no aprovechó las vías que se le ofrecían para resolver el problema. La actitud pasiva de la empresa a pesar de los requerimientos de intervención, que deja al trabajador/a afectado/a a su propia suerte o que minimiza las denuncias realizadas por el/la dependiente, constituye una injuria suficientemente grave que legitima la ruptura. Es que el empleador debe garantizar un ambiente laboral digno y pesa sobre él el deber de “desalentar y/o sancionar cualquier conducta de sus dependientes que sea susceptible de crear un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quienes la reciben”.⁽²¹⁾

6 | La nulidad del despido

Si bien en la praxis la situación no suele plantearse,⁽²²⁾ es posible sostener, de *lege data*, que el/la trabajador/a que sufre acoso sexual también está facultado a exigir que se deje sin efecto el despido que fue consecuencia de su negativa a aceptar contactos sexuales, a soportar hostigamientos

(21) CNAT, Sala X, “B. E. A. c/Formatos Eficientes SA s/ despido”, 13/02/2007, .

(22) Es natural que quién sufre o ha sufrido acoso sexual repela la permanencia en el ambiente que lo victimiza.

ambientales de esa naturaleza o del que constituye represalia por haber denunciado haber sido víctima de un acoso sexual comprobado. Digo esto porque la ilicitud que estamos examinando es equiparable a una discriminación por razón de sexo (art. 1, ley 23.592).

En efecto, los actos de discriminación negativa no logran alcanzar los fines jurídicos que se proponen en virtud de una prohibición legal (art. 953, CC); son anulables a pedido del afectado y la declaración judicial provoca el retorno al estado en que las cosas se hallaban antes de su concreción. Así, el art. 1 de la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios, faculta a la víctima a exigir, además de la reparación de los daños, a que se deje sin efecto el acto discriminatorio o a que se cese en su realización, norma esta también aplicable en el ámbito de las relaciones laborales, según tesis ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁽²³⁾

En ese marco conceptual, la decisión patronal discriminatoria —el despido— debe juzgarse nula e ineficaz y el trabajador o la trabajadora afectados/as, legitimados/as para solicitar el cese del acto —la reinstalación en el puesto de trabajo— y el pago de los daños patrimoniales y moral sufridos.

Luego, si el acoso sexual modula en el ámbito de los actos discriminatorios, la víctima encontraría amparo en la preceptiva tuitiva y sancionadora de la ley 23.592.⁽²⁴⁾

Fue Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la década del 70, quien hizo punta en el tratamiento del acoso sexual como un ilícito discriminatorio. En ese país, el llamado *sexual harassment* es considerado como un supuesto de discriminación laboral por razón de sexo prohibido por el

(23) CSJN, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo", 07/12/2010, Fallos 333:2306. Se lee en el voto de mayoría, conformada por los Jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni: "Corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprueban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad".

(24) FERREIRÓS, ESTELA M., "¿Es necesaria una norma específica sobre prevención y reparación de la violencia laboral?", en *Doctrina Laboral y Previsional*, año 21, vol. 20, n° 249, Errepar, 2006, p. 397 y ss.

Título VII del *Civil Rigth Act* de 1964, noción que se plasmó principalmente a partir de la sentencia de la Corte Suprema en el caso "*Meritor Savings Bank vs. Vinson Michele*" que hizo tema de un acoso ambiental (*hostile environment harassment*). Esta concepción se ha arraigado también en otros países del *Common Law*, tales como Reino Unido,⁽²⁵⁾ Canadá, Australia, Nueva Zelanda e Irlanda.⁽²⁶⁾

También el derecho laboral de Francia, en su Código de Trabajo (art. 122), encara la temática del *harcèlement sexuel* como un acto discriminatorio y la misma noción es captada por el derecho español, primer país latino que introdujo en su ordenamiento interno una norma orientada a condenar *expressi verbis* el acoso sexual en el trabajo.⁽²⁷⁾

Por su parte, la Organización Internación del Trabajo (OIT) divulga la noción de que el acoso sexual es "una forma de discriminación por motivo de sexo". Así lo predicó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en la Observación General sobre el Convenio 111 de 2003 y lo ha reafirmado recientemente en el § 201 del segundo informe global sobre la discriminación, "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean", de 2007.

También la Comunidad Europa lo califica como un acto discriminatorio. En los considerandos de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se lee:

"El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir dichos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo,

.....

(25) Rige la *Sex Discrimination Act*, del 12/11/1975.

(26) Véase el nutrido compendio de normas comparadas sobre el acoso sexual como discriminación, en: González, Elpidio, *Acoso sexual*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, p. 131 y ss.

(27) La figura fue introducida en el Estatuto de los Trabajadores a través de la reforma del 03/03/1989 (ley 3/1989), en cuya exposición de motivos se puso especial énfasis en la mayor exposición de la mujer tanto frente a sus superiores como frente a sus colegas.

debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación”.

Luego, se establece en el art. 2, apart. 3, de la Directiva: “El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo...”.

En el plano local, verbigracia la legislación chaqueña, capta al acoso sexual como un supuesto de discriminación ya que lo legisla en la ley 5669 de 2006 sobre Plan de Igualdad real de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. En el art. 15 denominado “Violencia y abuso contra las mujeres”, regla que deberán desarrollarse políticas y acciones tendientes a: e) Prevenir y sancionar el acoso sexual.

En la doctrina se escuchan algunas voces que repelen la conceptualización del acoso sexual como una especie discriminatoria. Así, se ha resaltado, “no todo acoso sexual implica una actitud discriminatoria de género (...) los hay entre personas del mismo sexo u orientación”;⁽²⁸⁾ habiéndose puntualizado que el agresor “no busca agraviar a la víctima en razón de su sexo o sus condiciones personales”,⁽²⁹⁾ presupuesto para que se esté, en principio, ante una discriminación ilícita.

Con ideas paralelas se enfatiza que sólo es factible equiparar ambas ilicitudes de una manera forzada y circunstancial,⁽³⁰⁾ desde que el sexo es irrelevante en la figura del acosador o el acosado.⁽³¹⁾

Tal vez la categorización ingrese más cómodamente en la llamada “discriminación indirecta”, es decir, la que se produce cuando ciertas normas o

.....
(28) TOSELLI, CARLOS A., GRASSIS, PABLO M. y FERRER, JUAN I., *Violencia en las relaciones laborales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 2007, p. 502.

(29) POSE, CARLOS, “Sobre la futura tipificación del acoso sexual como delito penal”, *DT*, 2006, agosto, p. 1125.

(30) MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, “El acoso sexual en las relaciones laborales”, en *Doctrina Laboral*, Bs. As., Errepar, t. VIII, p. 1003.

(31) MANSUETTI, HUGO ROBERTO, “Acoso sexual en las relaciones laborales”, [en línea] www.mansueti.com.ar

prácticas aparentemente neutras tienen, sin motivo alguno, efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables.⁽³²⁾ Y lo cierto es que es la mujer el colectivo más afectado y, en menor medida, los hombres jóvenes y los homosexuales.

En rigor, si la Argentina ha ratificado el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo⁽³³⁾ y si las previsiones de este instrumento internacional han sido interpretadas por los órganos de la institución internacional, en el sentido de que el acoso sexual entraña un forma de discriminación por sexo,⁽³⁴⁾ se impondría una hermenéutica que acepte dicha concepción.⁽³⁵⁾ Como ya se precisó al inicio, la Constitución Nacional, en relación a los tratados de derechos humanos de rango constitucional, sienta una premisa que conduce a aplicarlos e interpretarlos “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, CN). Luego, la directriz debe ser paralela cuando se trata de aplicar un convenio de la OIT que, como tratado internacional que es, tiene jerarquía superior a las leyes. Con este miraje, el acoso sexual, entendido como ilícito discriminatorio, debe recibir el mismo tratamiento que el derecho nacional atribuye a este tipo de antijuridicidad y el/la acosado/a contar con la facultad de requerir que cese o se prive de eficacia el acto lesivo, además de la reparación de los daños.

7 | La prueba del acoso sexual

Las conductas de acoso sexual suelen ser experiencias poco públicas, cometidas fuera de la presencia de testigos, de allí que normalmente no sea una prueba directa la que conduzca a tenerlas por acreditado.

.....

(32) La discriminación directa se concreta cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico.

(33) En 1968.

(34) Ya hemos aludido a la Observación General sobre el Convenio 111 de 2003.

(35) Esta noción fue aceptada por la jurisprudencia: “Resulta discriminatorio el despido de una trabajadora que fue víctima de acoso sexual por parte de un superior jerárquico, toda vez que se encuentra probado que fue perseguida dentro y fuera de su ámbito de trabajo y que sufrió de una segregación laboral, circunstancia que violenta el principio general de no discriminación amparado en la Constitución Nacional en sus arts. 14 bis y 16, como también el Convenio 111 de la OIT”. Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Laboral de 2ª Nominación de Rosario, “C., C. L. c/ XXX SA”, 31/07/2006, *La Ley Online*.

Esta circunstancia explica que, en el orden nacional, la ley 26.485 sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establezca directrices claras en materia probatoria. La citada ley, que es de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República Argentina (art. 1),⁽³⁶⁾ instituye derechos y garantías mínimas para los procedimientos judiciales y administrativos y, entre ellos: el principio de “la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos” (art. 16, inc. i).

Por otro lado, la reglamentación al art. 6, inc. c) de la ley 24.685 por el decreto 1011/2010 del PEN dispone que, en los procesos referidos a discriminación por razón de género, dentro de los que se incluyen los relativos al acoso sexual, rigen las reglas de la carga dinámica del *onus probandi*. Es decir, basta con que la mujer afectada por acoso sexual suministre indicios que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia del hecho que afirma para que se traslade al demandado a quien se le reprocha el acto lesivo (por ejemplo, un despido por el rechazo de una propuesta de carácter sexual), la prueba de que su conducta —en el ejemplo, el despido— tuvo como causa un hecho objetivo y razonable ajeno al acoso sexual.

Esta regla adjetiva en materia de prueba se extrae de lo que expresamente se lee en el decreto reglamentario en tanto establece, en cumplimiento de los estándares internacionales fijados por los órganos de aplicación y monitoreo de los tratados internacionales que obligan a la Argentina,⁽³⁷⁾ que:

“En los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género, resultarán aplicables los principios generales receptados en materia de prueba en el Convenio OIT 111 ‘Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación’ sobre discriminación (empleo y ocupación de 1958) y lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo,

(36) Con la salvedad del Capítulo II, del Título III, que establece reglas de procedimiento de alcance local.

(37) Esta es la tesis que ha fijado la CSJN en su doctrina de “Giroldi” y “Simón”, citados.

Estudio General sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, 75° reunión Ginebra 1988, así como lo señalado en el Informe Global de la 96° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, N° 198".⁽³⁸⁾

Por lo demás, la directriz coincide con la doctrina que ha fijado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁽³⁹⁾ a propósito del *onus probandi* en las causas civiles sobre discriminación que, con arreglo a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación.

En tal contexto, la prueba indiciaria (art. 165, inc. 5, CPCivil y Comercial de la Nación) cobra especial importancia, y no debería descartarse la utilidad de la prueba pericial psicológica tanto de la persona a quien se imputa un acto de acoso como de la víctima, en especial cuando los hechos no han sido presenciados por terceros. Un dictamen científico puede ser útil para avalar la versión de las partes y las estructuras psíquicas de los contendientes pueden reflejar datos ilustrativos necesarios: una perversión sexual, una personalidad psicopática violenta o de perfiles mitómanos pueden surgir de los test que se realicen y servir, al menos, como complemento de otras probanzas.

La jurisprudencia ha puntualizado que, para determinar la validez del despido directo impuesto por la empresa al autor del acoso, no cabe prescindir del testimonio de quien fue víctima de una situación de acoso sexual, sin perjuicio de que la declaración debe ser analizada cuidadosamente.⁽⁴⁰⁾

.....
(38) Este informe se puede leer [en línea] http://wcmsq3.ilo.org/wcmsq3/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

(39) CSJN, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387. Allí dice la Corte Federal: "En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica".

.....
(40) CNAT, Sala II, "M., L. G. c/ Antigua SA", 31/10/1991, DT 1992-B, 1433; y "S., G. J. c/ Bestov Foods SA", 06/11/1997, DT 1998-A, 5339.

8 | Responsabilidad civil por los daños derivados del acoso sexual

8.1 | El acoso sexual es un ilícito pluri-ofensivo

El acoso sexual lesiona una multiplicidad de derechos fundamentales. Por de pronto, se afectan algunas de las facetas de los derechos sexuales, que son derechos humanos universales. Así, dentro de esta categoría, se ubica el derecho a la libertad sexual, que abarca la posibilidad de plena expresión del potencial sexual del individuo y excluye toda forma de coerción o abuso en cualquier tiempo y situación de la vida;⁽⁴¹⁾ el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo, que incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual dentro del contexto de la ética personal y social, incluidas la capacidad de control y disfrute del cuerpo, libre de violencia de cualquier tipo y, en algunos supuestos, el derecho a la equidad sexual que entraña la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género u orientación sexual, etc.⁽⁴²⁾ Se pone en jaque la dignidad humana; por veces el derecho a la igualdad y no discriminación por razón del sexo; la libertad,⁽⁴³⁾ el derecho a la salud,⁽⁴⁴⁾ el derecho al

(41) A la lesión del derecho de libertad sexual se refirió explícitamente la jurisprudencia. CNCiv., Sala M, "P., M. c/ Cía. de Servicios Hoteleros SA", 5/6/2001, IMP 2002-B, 2585; ED 197, 388; JA 2001-IV, 383: "Para determinar si medió o no un supuesto de acoso sexual debe clarificarse en primer término que la actora ostentaba el derecho de mantener contactos íntimos con quien así lo deseara, pero no por ello, cabía obligarla o coaccionarla a mantenerlos con quien no quisiera". También la Sala II, de la CNAT, en autos: "M., L. G. c/ Antigua SA", sentencia del 31/10/1991 (DT 1992-B, 1433, con nota de Carlos POSE), dijo: "presiones que atentan contra la libertad sexual individual". También la sala VIII, de la CNAT, predicó que el hostigamiento violentaba el "derecho a la libertad sexual que corresponde a todo ser humano sin distinción" (Sentencia del 14/5/2008, "D., A. B. c/ El Parlamento SA", La Ley, 12-8-2008, p. 5, con nota de Tomás Ignacio González Pondal).

(42) Ver la Declaración sobre los Derechos Sexuales, emitida en el marco del 13º Congreso Mundial de Sexología (Valencia, España, 1997), revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS), el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China.

(43) Ver RODRÍGUEZ SAIACH, LUIS A. y KNAVS, VERÓNICA, "Acoso moral y sexual en el Derecho del Trabajo", LL, 2006-B, p. 985 y ss.

(44) Pueden llegar a ser muy graves los efectos del acoso sexual en la salud psíquica o física de la persona que es víctima de acoso sexual. Incluso, dicen los especialistas que cuando

trabajo en condiciones dignas y equitativas, como también el derecho a la intimidad.⁽⁴⁵⁾

En torno de la afectación de la privacidad, sentó como doctrina el Tribunal Constitucional de España: “El derecho a la intimidad personal —reconocido en el art. 18.1 de la Constitución de España— comprende el derecho a la protección del trabajador contra el ‘acoso sexual’ en el ámbito laboral, pues se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1, Constitución española).

Todas las garantías enunciadas encuentran reconocimiento expreso o implícito, ya en la Constitución Nacional Argentina, ya en los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal, según el art. 75, inc. 22, CN; ya en los tratados internacionales, ya en las normas infra constitucionales, de fuente nacional o local.

El acoso sexual entraña, por definición, una violación a la integridad humana, pues socava la confianza del individuo, produce desequilibrio e inseguridad, tensión emocional y temor, disminuye la autoestima y el rendimiento y cuando se da en el ámbito laboral es también un atropello al derecho de trabajar en un ambiente digno y humano y a condiciones de trabajo equitativas, dignas y satisfactorias

Esta multiplicidad de derechos subjetivos ha hecho decir a la doctrina que se está ante un ilícito pluriofensivo y de contenido complejo que no con-

.....

es severo o crónico puede provocar idénticos efectos en la psiquis de las víctimas que la violación o la agresión sexual.

(45) La jurisprudencia es contundente sobre este tópico: “El acoso sexual en el lugar de trabajo —es decir, el hostigamiento de una persona por otra dentro del ámbito laboral con molestias o requerimientos sexuales— encuadra en el art. 1071 bis del Cód. Civil —texto según ley 21.173, en cuanto veda el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos o perturbándolo en su intimidad, la que haya sustento en el art. 19 de la CN”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, “M., L. B. c/ Isa, Juan E. y otro”, 19/11/2002, LLBA 2003, 340; DT 2003-B, 1034. En el mismo sentido, se afirmó: “tal menoscabo importa asimismo una lesión al derecho a la intimidad, en tanto intromisión en una esfera de la personalidad, conformada por la propia sexualidad y sentimientos”; CNCiv., Sala M, “P., M. c/ Cía. de Servicios Hoteleros SA”, 05/06/2001, IMP 2002-B, 2585; ED 197, 388; JA 2001-IV, 383.

lleva solamente a un derecho a reaccionar contra la lesión, sino también un derecho a exigir tanto prevención como represión.⁽⁴⁶⁾

8.2 | Derecho a una reparación integral

El/la dependiente que padece o ha padecido acoso sexual está legitimado/a para reclamar una indemnización integral, que repare los agravios espirituales y/o patrimoniales que tengan relación causal adecuada con el ilícito. Por cierto, demás está decir que la indemnización cuantificada por el art. 245 de la ley 20.744 de contrato de trabajo, o las que, con idéntica función, fijan los estatutos especiales, no computan los daños que son derivación del acoso sexual, por lo que guardan independencia y son en su caso acumulables. Incluso la persona está habilitada para reclamar una reparación integral aunque el vínculo laboral se haya extinguido por renuncia u otra causal que no conlleve consecuencias indemnizatorias en el ámbito de la responsabilidad laboral.

8.3 | Responsabilidad civil del autor del daño

El autor del daño, ya sea el empleador u otro distinto de éste, es responsable en base a un hecho subjetivo de atribución (culpa o dolo). Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa ocasiona un daño a otro está obligado a reparar los daños.

8.4 | Responsabilidad civil del empleador por los hechos de sus dependientes

¿Es responsable el empleador por las consecuencias dañosas del acoso sexual que perpetra alguno de sus dependientes? En caso positivo, ¿en base a qué factor de atribución?

(46) DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, "El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario Europeo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 67, pp. 83-120.

8.4.1. Responsabilidad objetiva (art. 1113, 1er. párr., CC)

El art. 1113 primer párrafo del Código Civil dispone que “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia”.

Aquí, el principal cumple un papel de garantía ante la víctima y tiene derecho, por cierto, a reclamar al autor del daño el reintegro que lo hubiese pagado (art. 1123, CC). Se trata de una responsabilidad refleja y objetiva, habiéndose dejado de lado “viejas concepciones que pretendían fundar esta responsabilidad en la culpa”.⁽⁴⁷⁾

Los requisitos de activación de la responsabilidad refleja del principal, según el primer párrafo del art. 1113, CC son los siguientes: a) la responsabilidad civil del dependiente; b) relación de dependencia entre el autor del daño y el principal y c) la relación entre las funciones y el hecho dañoso.

En primer lugar, el dependiente debe ser responsable, ya sea en base a un factor subjetivo como objetivo de atribución.

Si bien le incumbe al damnificado probar la responsabilidad del dependiente, el principal no se libera demostrando que de su parte no hubo culpa. Como se trata de un factor de atribución objetivo, el principal sólo se exime probando la culpa de la víctima, la de un tercero por quien no debe responder o el caso fortuito. La ausencia de culpa en el empleador puede justificar la liberación de la indemnización por despido, en el plano de la responsabilidad laboral, ya que la injuria exige subjetividad, pero no lo exonera en el campo de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, para activar la responsabilidad del principal por el acto del dependiente, no es necesario que la dependencia sea laboral. Hay dependencia, en el sentido amplio que capta el CC, por ejemplo, entre la empresa y la persona que está ligada por un vínculo comercial. El cliente que acosa al trabajador/a debe considerarse dependiente de la empresa empleadora, pues ésta está en condiciones de impartir órdenes a su co-

.....

(47) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., Glosa al art. 1113, en Alberto J. Bueres (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As. Hammurabi, t. 3-A, p. 471.

contratante en lo relativo a su ámbito de custodia, así, en cuanto a la conducta y trato respecto de sus empleados; o bien, el trabajador autónomo que brinda servicios en la empresa, aún fuera de la dependencia laboral.

Por último, debe existir relación entre las funciones y el hecho dañoso. Desde una tesis amplia,⁽⁴⁸⁾ que aplica la noción del art. 43 CC,⁽⁴⁹⁾ basta la mera ocasión. Así, puede predicarse que, en principio, el acoso sexual que se produce dentro del ámbito laboral se comete en ocasión de las tareas o funciones del dependiente. Se ha puntualizado que la responsabilidad se extiende cuando la función ha sido un medio sin el cual el daño muy probablemente no hubiera sobrevenido.⁽⁵⁰⁾

8.4.2. Responsabilidad subjetiva

También puede concurrir un factor de atribución subjetivo. El empleador debe asegurar al empleado un ambiente laboral moralmente sano y regido por el respeto. El art. 14 *bis* de la CN garantiza a la persona trabajadora "condiciones dignas y equitativas de labor". Luego, el empleador está obligado a tomar medidas positivas tendientes a prevenir el acoso sexual y a canalizar los reclamos de sus trabajadores/as vinculados a situaciones de violencia. Como se afirma: "debe tomar todas las medidas de prevención a su alcance, para que en el ambiente de trabajo no aparezcan, o se interrumpan dichos comportamientos vejatorios".⁽⁵¹⁾

Desde esta óptica, si la patronal mantiene al respecto una actitud pasiva, tal omisión le es reprochable y generará su obligación de responder por los daños patrimoniales o morales con base en la culpa.

.....

(48) La CSJN ha seguido esta conceptualización amplia en Fallos 317:1006.

(49) El art. 43 CC, según texto de la ley 17.711, dispone: "Las personas jurídicas responden por los daños que causan quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'".

(50) PARELLADA, CARLOS, "Responsabilidad y dependencia", en *Derecho de daños. Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., 1989, p. 471.

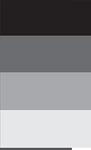
(51) MANGARELLI, CRISTINA, "El acoso en las Relaciones de Trabajo. Mobbing Laboral", en *El derecho del trabajo en los albores del siglo XXI. Memorias y comunicaciones del 2º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Isla de Margarita, Venezuela, abril-mayo de 2008, Fundación Universitas, 2008, pp. 509/536.

9 | Reflexiones finales

Como pudo observarse, el ordenamiento jurídico argentino contiene normas que se ocupan de las consecuencias perjudiciales que trae consigo el acoso sexual en el trabajo.

Mucho se ha debatido sobre la necesidad de sancionar normas específicas para regular el acoso sexual. Acaso, en tren de teorizar al respecto, más valdrían normas orientadas a la prevención. En ese sentido, y sin restar importancia a las diversas cuestiones que introducen estos necesarios debates, no podemos pasar por alto que una ley es sólo uno de los tantos instrumentos necesarios de los que se vale un política pública orientada a proteger los derechos de las personas en el marco de una problemática compleja.

El problema del acoso sexual plantea un enorme desafío y su tratamiento responsable requiere de políticas integrales que articulen la esfera de las relaciones laborales, de la salud y de lo educativo y logren penetrar las culturas organizacionales públicas y privadas. Así, la generación de un cúmulo de información cualitativa y cuantitativa capaz de identificar las formas del acoso sexual, el impacto que provoca en sus víctimas y las potencialidades de los instrumentos destinados a su prevención y erradicación representan cuestiones ineludibles de abordar si pretendemos avanzar en ese camino.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- ACKERMAN, MARIO E.; TOSCA, DIEGO M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, LILIANA; ROCHA, ARMANDO, “Terminación de la Relación de Trabajo”, en Ackerman Mario E. (dir.) y Tosca Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. IV: La Relación Individual del Trabajo”- III, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005.
- ARENAS MOLSALVE, GERARDO, “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo”, en *Universitas*, Bogotá, n° 69, 1985.
- BARREIRO, DIEGO y CURUTCHET, EDUARDO, “Discriminación y control de constitucionalidad estricto (el caso del servicio doméstico remunerado)”, en Ramírez, Luis Enrique (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos humanos*, Bs. As., BdeF, 2008.
- BELTRAME, ALEJANDRA C., “La regularización del empleo”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, junio 2013.
- CANDAL, PABLO, “Empleador”, en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, t. I, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- CARCAVALLO, HUGO R., “La estabilidad absoluta por vía convencional”, en *Trabajo y Seguridad Social. Revista mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, vol. XXV.
- CATANI, ENRIQUE, “La chica que me ayuda”, en *La Causa Laboral, Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas* n° 40, junio de 2009.
- CATANI, ENRIQUE, “La regulación legal del trabajo de las mujeres y sus principales deficiencias”, en *Revista La Minca de la Asociación de Abogados Laboralistas Platenses*, n° 1, 2011 [en línea], <http://www.laboralistasplatenses.org/attachments/article/16/RevistaLaMincaNro1-Pag8-14.pdf>.
- CATANI, ENRIQUE, “La situación social de las trabajadoras domésticas y la regulación legal de sus condiciones de trabajo”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n° 41, 2011.
- CHIRINOS, BERNABÉ, *Tratado de derecho de la seguridad social*, Bs. As., La Ley, 2011.
- DE LA FUENTE, HORACIO HÉCTOR, “La estabilidad propia en la ley de contrato de trabajo”, en *Trabajo y Seguridad Social*, t. 3, 1976.
- DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 67, pp. 83-120.
- DEVEALI, MARIO L., “A propósito de la distorsión de la ‘estabilidad gremial’”, en *Derecho del Trabajo*, año XXVI, N° 8, 1966.
- DEVEALI, MARIO L., “Dependencia y estabilidad en el decreto 33.302/45; nota a fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, agosto 23 de 1949, *Focciano contra ‘Los Merinos’ (SA)*”, en *Derecho del Trabajo*, año IX, 1949.
- DEVEALI, MARIO L., “El derecho a la estabilidad en el empleo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, 1944.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- DIGESTO PRÁCTICO, *Ley de Contrato de Trabajo II*, 1ª ed., Avellaneda, La Ley, 2003.
- ELFFMAN, MARIO, “Las ‘indemnizaciones laborales’ de la Ley 25.323”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 2001-A.
- ELÍAS, JORGE, “Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, diciembre, 2011.
- ELÍAS, JORGE, “La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2011-1.
- EROLES, CARLOS, “La discapacidad como eje de un movimiento social de afirmación de derechos”, en Carlos Eroles y Carlos Ferreres (comp.), *La Discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, Bs. As., Espacio, 2002.
- ETALA, CARLOS A., *Contrato de Trabajo*, Bs. As., Astrea, 1999.
- FALCÓN, JUAN PABLO, “Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo ‘Rodríguez Pereyra’”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2013-B, Sup. Adm. 2013 (febrero).
- FERA, MARIO S., “Los ‘contratados’ de la Administración Pública y su relación con el empleo público y privado”, en Vázquez Vialard, Antonio Luis R. y Fera, Mario S. (coord.), *El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*, Bs. As., La Ley, 2003.
- FERA, MARIO S., “Los ‘contratados’ de la Administración Pública y su relación con el empleo público y privado”, en Vázquez Vialard, Antonio Luis R. y Fera, Mario S. (coord.), *El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*, Bs. As., La Ley, 2003.
- FERRERÓS, ESTELA M., “¿Es necesaria una norma específica sobre prevención y reparación de la violencia laboral?”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, año 21, vol. 20, n° 249, Errepar, 2006, p. 397 y ss.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2011.
- FERNÁNDEZ PASTORINO, A., “Extinción del contrato”, en Fernández Pastorino, A., *Lineamientos del contrato de trabajo*, Bs. As., Astrea, 1975, vol. 1.
- FERNÁNDEZ ROCHA, SANDRA I., “La estabilidad de la relación de trabajo en el sistema argentino”, en García, Héctor Omar (dir.) y Virgili, Claudio Sebastián (coord.), *Relación de trabajo*, t. IV, Bs. As., Ediar, 2013.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, “La estabilidad, garantía de derecho público”, en *Derecho del Trabajo*, Año 25, n° 7, julio 1965.
- GIALDINO, ROLANDO E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- GOLDIN, ADRIÁN (dir.) y ALIMENTI, JORGELINA F. (coord.), *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 2ª ed. Actualizada, Bs. As., La Ley, 2013.
- GONZÁLEZ, ELPIDIO, *Acoso sexual*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, p. 131 y ss.
- GRISOLÍA, JULIO A y SUDERA, JOSÉ A., *Leyes del Trabajo Comentadas*, Bs. As., Ed. David Grinberg Libros Jurídicos, 2000.
- GRISOLÍA, JULIO A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Doctrina. Legislación. Jurisprudencia)*, 5ta. ed., Ed. Depalma, 2001.

- GUIBOURG, RICARDO, “La protección laboral y social ante el empleo informal”, *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012-2.
- GUISADO, HÉCTOR C., “Estabilidad en el empleo privado”, en Vázquez Vialard, Antonio Luis R. y Fera, Mario S. (coord.), *El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*, Bs. As., La Ley, 2003.
- GUISADO, HÉCTOR C., “El incremento indemnizatorio del artículo 1º de la ley 25.323”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., julio 2010.
- HOCKL, MARÍA CECILIA, “El empleado público y la protección constitucional a su estabilidad. A propósito de los fallos ‘Madorrán’ y ‘Ruiz’”, nota a fallo, en *Derecho del Trabajo*, vol. 2007-A.
- HOCKL, MARÍA CECILIA, “El trabajo esclavo”, en *Derecho del Trabajo*, n° 2, 2012.
- HOCKL, MARÍA CECILIA, “Los contratos celebrados por la Administración Pública y el Derecho del Trabajo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 404, 2012.
- IRONIAN, MÓNICA, “Hiposuficiencia negocial y de reclamación del trabajador: su injerencia en la falta o deficiencia de la registración del vínculo laboral”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° 3, Bs. As, Ediciones Infojus, 2012.
- JAIME, RAÚL C. y BRITO PERET, JOSÉ, *Régimen Previsional. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones*, Bs. As., Astrea, 1996.
- KAUFMAN, JOSÉ L., C. “Frigorífico y Matadero Argentino S.A.”, 12/08/1992, en *La Ley* 1992-E.
- LABATÓN, ESTHER A., *Discapacidad, Derechos y Deberes*, Bs. As., Carlos Vicino, 1995.
- LAS HERAS, HORACIO y TOSCA, DIEGO, “Estabilidad en el empleo”, en Ackerman, Mario E. (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- LÓPEZ, GUILLERMO, “La estabilidad propia en el derecho laboral argentino”, en *Revista Jurídica La Ley*, 107-1084.
- LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, Bs. As., n° 244, abril 1973.
- LUIGI FERRAJOLI, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001.
- MACHADO, JOSÉ D., “La muerte y el contrato de trabajo”, en *RDL*, 2000-2. MACHADO, JOSÉ D., “Estabilidad y derecho ‘al’ trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2010-2.
- MANGARELLI, CRISTINA, “El acoso en las Relaciones de Trabajo. Mobbing Laboral”, en *El derecho del trabajo en los albores del siglo XXI. Memorias y comunicaciones del 2º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Isla de Margarita, Venezuela, abril-mayo de 2008, Fundación Universitas, 2008, pp. 509/536.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, “El acoso sexual en las relaciones laborales”, en *Doctrina Laboral*, Bs. As., Errepar, t. VIII, p. 1003.
- MAZA MIGUEL y HOCKL, M. CECILIA, “Modalidades contractuales”, ap. III, en Ackerman, Mario E. (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- MICALE, ADRIANA, “La extinción del contrato de Trabajo por cumplimiento de acceder a las condiciones de acceso a la Jubilación”, en Héctor Omar García (dir.) y Claudio Sebastián Virgili

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- (coord.), *Relación de Trabajo. Tomo IV: Extinción del contrato de Trabajo*, Bs. As., Ediar, 2013.
- MONTENEGRO, LUIS G., “Requisitos para adquirir el derecho a la estabilidad en el empleo”, en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social*, tomo XXV.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “Cara y cruz de la estabilidad en el empleo”, en *Doctrina Laboral*, año XII, N° 142, tomo XI, 1997.
- OJEDA, RAÚL H., *Estatuto para el personal de casas particulares. Ley 26.844*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.
- OJEDA, RAÚL H., “La Extinción del Contrato de Trabajo por muerte del empleador”, en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- ORSINI, JUAN I.; “Protección del embarazo y la maternidad de las empleadas domésticas”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, t. III, año II, n° 4, Bs. As., Infojus, 2012.
- PARELLADA, CARLOS, “Responsabilidad y dependencia”, en *Derecho de daños. Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., 1989, p. 471.
- PANTANO, LILIANA, “Nuevas miradas en relación con la conceptualización de la discapacidad. Condición y situación de discapacidad”, en Patricia Brogna (comp.), *Visiones y Revisiones de la discapacidad*, México, FCE.
- PAUTASSI, L. y RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C., *Vulnerabilidad laboral, instituciones sociales y género en Argentina*, Bs. As., Centro Cultural de la Cooperación, 2004.
- PINTO SILVIA E., “El derecho a la estabilidad en el empleo”, en Ackerman, Mario E., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bs. As., La Ley, 2002, vol. I.
- PERROT, MICHELLE, “Cuerpos sometidos”, en *Mi historia de las mujeres*, Bs. As., FCE, 2008, p. 98.
- POSE, CARLOS, *Ley de Contrato de Trabajo*, Ed. Grinberg, 2001.
- POSE, CARLOS, “Sobre la futura tipificación del acoso sexual como delito penal”, *DT*, 2006, agosto, p. 1125.
- RAMÍREZ GRONDA, JUAN D., “Efectos de la resolución del contrato según el art. 67 del decreto 33.302/45”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As., 1952.
- RAMÍREZ GRONDA, JUAN D., *El contrato de trabajo*, Bs. As., La Ley, 1945.
- RECALDE, HÉCTOR P., “Reformas laborales durante la convertibilidad y la posconvertibilidad”, [en línea], <http://www.vocesenelfenix.com/content/reformas-laborales-durante-la-convertibilidad-y-la-posconvertibilidad>.
- REVIRIEGO, JOSÉ MARÍA, *Trabajadores del Servicio Doméstico*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2004.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, LILIANA, “La Extinción del Contrato de Trabajo por muerte del empleador” en Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, t. I, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- RODRÍGUEZ SALIACH, LUIS A. y KNAVS, VERÓNICA, “Acoso moral y sexual en el Derecho del Trabajo”, *LL*, 2006-B, p. 985 y ss.
- ROSALES, PABLO O., “La nueva Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurisprudencia Argentina 2007-II* - fascículo 2.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- RUBENSTEIN, MICHAEL, “Tratamiento del acoso sexual en el trabajo: la experiencia de los países industrializados”, en *La lucha contra el acoso sexual en el trabajo*, INSHT, Serie Condiciones de Trabajo, OIT, Madrid, 1995, v. 7, p. 13.
- SAPPÍA, JORGE, “El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, Vol. 2001-A.
- SCHICK, HORACIO, “Relaciones entre los regímenes de incapacidades de la ley de contrato de trabajo y la ley de riesgos del trabajo”, en Andrea García Vior (coord.), *Colección Temas de Derecho Laboral, Enfermedades y accidentes inculpables*, Bs. As., Errepar, 2012.
- SUDERA, ALEJANDRO, “Extinción del Contrato por muerte e incapacitación del empleador”, en Mario Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- SUPIOT, ALAIN, *Derecho del Trabajo*, Bs. As., Heliasta, 2008.
- TOSELLI, CARLOS, “La estabilidad en la hora actual. Un análisis necesario”, en AA.VV, Ramírez, Luis E. (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Montevideo-Bs. As., B de F, 2008.
- TOSELLI, CARLOS A., “Las sanciones de la ley de empleo por ausencia de registración del trabajador y su aplicación jurisdiccional”, *La Ley Córdoba*, mayo, 2007.
- TOSELLI, CARLOS A., GRASSIS, PABLO M. y FERRER, JUAN I., *Violencia en las relaciones laborales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 2007, p. 502
- VÁZQUEZ, GABRIELA A., “Aspectos jurídicos del acoso sexual en el trabajo”, en RDL-2, *Discriminación y violencia laboral-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 425 y ss.
- VÁZQUEZ, GABRIELA A., y GIANI, LEILA L., “Acoso sexual y trabajo”, en García Vior (coord.), *Violencia laboral. El acoso moral y sexual en el trabajo*, Colección Temas de Derecho Laboral, Bs. As., Errepar, 2013, vol. II, p. 241 y ss.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., Glosa al art. 1113, en Alberto J. Bueres (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As. Hammurabi, t. 3-A, p. 471.
- VÁZQUEZ VIALARD ANTONIO, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 8ª edición actualizada, Bs. As., Astrea, 1999.
- VERNENGO, ROBERTO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Bs. As., Depalma, 1976.

Índice Temático

A

ACCIDENTES O ENFERMEDADES INCULPABLES P. 140
 capacidad laboral P. 99, 110, 119, 140, 141
 incapacidad absoluta para el trabajador P. 99, 119

ACOSO LABORAL P. 167, 171, 172, 174, 175, 179, 180, 181, 182, 183, 188, 191, 194, 195
 acoso ambiental P. 170, 176, 178
 acoso moral o psicológico P. 168
 acoso sexual P. 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 191, 193, 194, 195

AERONAVEGANTES P. 110, 111

ANTIGÜEDAD P. 14, 15, 21, 26, 27, 34, 49, 59, 60, 65, 66, 69, 95, 109, 121, 123, P. 128, 131, 135, 138, 158, 160
 antigüedad inferior a tres meses P. 124, 130
 antigüedad mínima de tres meses P. 129, 130, 136, 137

ASTREINTES P. 82

B

BENEFICIOS PREVISIONALES P. 34, 35, 36, 48, 50, 70, 75, 84, 86, 90, 107, 108, 111, 112, 114, 115, 154
 haber previsional P. 110, 116
 Prestación Básica Universal P. 117
 prestación por edad avanzada P. 115, 119
 regímenes especiales P. 23, 24, 25, 48, 49, 56, 57, 61, 110, 111, 112, 113
 retiro por invalidez P. 116, 119
BUENA FE P. 4, 57, 97

C

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 5, 6, 15, 21, 32, 43, 46, 62, 66, 67, 72, 79, 83, 85, 93, 95, 98, 99, 100, 103, 123, 125, 138, 144, 171, 172, 180, 184, 187
 bloque de constitucionalidad P. 99, 100, 103, 104, 184

CONTRATO A PLAZO FIJO P. 77, 104, 108

CONTRATO DE TRABAJO P. 9, 13, 20, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 67, 69, 70, 71, 92, 95, 100, 107, 108, 110, 112, 116, 118, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 133, 134, 137, 138, 139, 141, 147, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 163, 165, 167, 185, 191, 192, 193, 194, 195

período de prueba P. 27, 64, 67, 75, 94, 96, 97, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

relación laboral P. 4, 20, 22, 28, 31, 40, 50, 51, 52, 55, 59, 61, 68, 74, 88, 89, 90, 95, 102, 123, 124, 128, 132, 133, 138, 139, 155, 157, 158, 164, 165, 174, 187, 193, 195

CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL P. 20

CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDETERMINADO P. 92, 107, 108, 123, 126, 134, 137

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO P. 34, 64, 66, 72, 76, 78, 87, 89, 104, 119, 125, 140
 negociación colectiva P. 104, 105, 125

CONVENIOS INDIVIDUALES P. 81, 87, 89

CONVENIOS DE EMPRESA P. 88, 89

D

DERECHO AL TRABAJO P. 93, 150, 151, 183
DERECHOS GREMIALES Véase DERECHOS SINDICALES

DERECHOS SINDICALES P. 83

ÍNDICE TEMÁTICO

- representante gremial P. 82, 94, 115
- DERECHOS HUMANOS** P. 63, 73, 94, 95, 139, 142, 144, 157, 172, 180, 184, 192, 195
- DESEMPLEO** P. 3, 154
- seguro de desempleo P. 154
- DESPIDO** P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 14, 26, 27, 28, 29, 42, 43, 51, 64, 72, 74, 77, 78, 82, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 95, 97, 101, 103, P. 108, 116, 121, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 136, 149, 158, 162, 174, 175, 176, 177, 180, 181, 186
- despido con justa causa P. 160
- despido directo P. 49, 148, 159, 160, 182
- despido discriminatorio P. 94, 147
- despido indirecto P. 67, 96, 122, 163
- despido por acoso sexual P. 167
- despido sin justa causa P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 16, 27, 29, 48, 66, 67, 70, 71, 79, 80, 84, 86, 93, 94, 96, 102, 104, 105, 118, 122, 124, 125, 126, 132, 135, 137, 138, 147, 148, 153, 155, 159, 161, 163, 192
- propuesta de despido P. 70, 105
- DISCRIMINACIÓN** P. 14, 100, 141, 142, 144, 168, 171, 191, 195
- actos discriminatorios P. 100, 143, 177
- discriminación directa P. 180
- discriminación indirecta P. 179
- discriminación por motivos de discapacidad P. 145, 150
- DOCENTES** P. 89, 90, 174
- docentes estatales P. 90
- docentes privados P. 89, 90
- Sindicato Argentino de Docentes Particulares P. 89
- E**
- EMPLEADOS BANCARIOS** P. 84, 86
- EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES** P. 154
- ESTABILIDAD LABORAL** P. 64, 65, 66, 67, 89, 95, 103, 105, 114, 115, 117, 191, 193, 194
- estabilidad absoluta P. 71, 80
- estabilidad del empleado público P. 71, 72, 73, 79
- estabilidad impropia P. 69, 70
- estabilidad propia P. 69, 70, 73, 74, 84, 89, 191, 193
- estabilidad relativa impropia P. 92
- estabilidad relativa propia P. 84, 88, 90
- ESTATUTOS PROFESIONALES** P. 13, 14, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 74, 85, 91, 97
- estatutos especiales P. 19, 20, 26, 97
- estatutos particulares P. 66, 97
- estatuto de choferes particulares P. 24
- EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO** P. 40, 47, 48, 49, 50, 53, 57, 59, 61, 63, 95, 102, 108, 112, 113, 139, 147, 153, 155, 160, 161, 163, 165, 193
- extinción por incapacidad del trabajador P. 139, 141, 151
- extinción por muerte del trabajador P. 33, 34, 42, 43, 44, 45, 161
- muerte del empleador P. 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 59, 60, 61, 62, 194
- F**
- FLEXIBILIZACIÓN LABORAL** P. 67, 92
- H**
- HIPOSUFICIENCIA NEGOCIAL** P. 155, 156, 157, 158, 162, 193
- I**
- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO** P. 3, 4, 11, 14, 15, 26, 27, 28, 29, 36, 41, 42, 43, 44, 47, 49, 55, 58, 62, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 80, 81, 86, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 100, 101, 102, 104, 119, 121, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 132, 133, 136, 137, 138, 140, 141, 146, 155, 156, 159, 160, 162, 164, 165, 176, 185, 186, 192
- indemnización por antigüedad P. 34, 131, 158
- indemnización por muerte del trabajador P. 33, 40, 45
- indemnización sustitutiva del preaviso P. 78, 128, 135, 161
- indemnización tarifada P. 5, 6, 7, 96
- INJURIA LABORAL** P. 9, 92, 102, 128, 167, 174, 175, 176, 186
- INTERPRETACIÓN DE LA LEY** P. 32, 73
- fuerza de interpretación P. 32, 122
- voluntad del legislador P. 32, 44, 122, 123, 127
- IUS VARIANDI** P. 75, 76, 93

L

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO P. 7, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 60, 61, 62, 66, 74, 75, 76, 78, 88, 89, 90, 91, 93, 95, 97, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 107, 109, 112, 113, 117, 119, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 147, 148, 154, 155, 159, 161, 164, 174, 176, 191, 192, 194

LOCACIÓN DE SERVICIOS P. 19, 67

M

MOBBING *Véase* ACOSO LABORAL

P

PERSONAL DE CASAS PARTICULARES

P. 11, 14, 17, 19, 22, 24, 47, 49, 54, 60, 191, 194

personal doméstico P. 12, 13, 15, 16,

17, 18, 20, 21, 24, 27, 28, 29, 47, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 191

trabajo en casas particulares P. 12, 13,

14, 15, 17, 18, 19, 23, 24, 25, 28, 29, 49, 54, 55, 56, 58

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 142,

143, 144, 150, 152

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad P. 142, 144

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad P. 142,

143, 150, 152

PREAVISO P. 26, 49, 90, 101, 108, 123, 130,

131, 132, 138

PRINCIPIO DE IGUALDAD P. 62, 178, 182

PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO P. 48

principio de conservación del contrato de trabajo P. 51, 99, 119, 140

principio de continuidad del vínculo laboral P. 54, 61, 100

principio in dubio pro operario P. 39

principio protectorio P. 79

R

REGISTRACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL P. 109, 122, 124, 125, 126, 128, 131, 132,

133, 137, 138, 153, 154, 157, 158, 159, 161, 193, 195

empleo clandestino P. 28, 132, 155,

156, 160, 163, 165

empleo informal P. 64, 153, 154, 155, 156,

160, 162, 165, 193

registración deficiente P. 131, 132, 133, 134,

138, 154, 155, 158, 159, 161, 162, 165

trabajo no registrado P. 126, 127, 128,

129, 130, 134, 135, 154, 156, 161, 164

REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR P. 88, 93, 104

RELACIÓN DE DEPENDENCIA P. 12,

52, 54, 86, 117, 186, 187

RESPONSABILIDAD CIVIL P. 183, 185

responsabilidad objetiva P. 186

responsabilidad subjetiva P. 187

S

SERVICIO DOMÉSTICO *Véase* PERSONAL DE CASAS PARTICULARES

T

TRABAJO EN NEGRO *Véase* REGISTRACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

V

VIOLENCIA P. 81, 167, 168, 171, 172, 173, 177, 181, 183, 187, 192, 195

violencia contra la mujer P. 172, 181

violencia familiar P. 173

violencia sexual P. 173

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en enero de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar