

# Derecho del Trabajo

AÑO III NÚMERO 8

## Extinción del Contrato de Trabajo (parte II)

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA





AÑO III - NÚMERO 8

# 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 ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

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

Dra. María Paula Pontoriero

---

ISSN 2250-7612

Revista Derecho del Trabajo

Año III - N° 8 - Junio 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](http://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

Con gran entusiasmo queremos compartir con nuestros lectores la segunda parte del tema Extinción del Contrato de Trabajo que hemos elegido como primera publicación para este año 2014, en el que estamos conmemorando el segundo aniversario del lanzamiento del primer número de la Revista de Derecho del Trabajo. Por aquel entonces nos planteamos como norte la creación de un espacio plural y federal, pauta que hemos cumplido convocando a juristas de diversas tendencias y de distintos puntos del país. Es con este espíritu que se han pensado cada uno de los números y queremos aprovechar esta vía para agradecer a quienes han participado en las distintas publicaciones e invitar a aquellos que aún no lo han hecho.

En esta nueva presentación contamos con la participación de prestigiosos autores que abordaron la temática desde las más variadas perspectivas y puntos de vista. Asimismo, incorporamos dos secciones: jurisprudencia anotada y novedades legislativas relativas a nuestra materia: el decreto 467/2014, reglamentario de la ley 26.844, que regula al Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares y el decreto 472/2014, reglamentario del régimen de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo (ley 26.773).

Confiamos en que a partir del material seleccionado podamos seguir enriqueciendo el debate sobre los temas fundamentales del Derecho del Trabajo en pos de la construcción de un futuro con paz y justicia social.

Los directores



# Índice General

## Doctrina

p. I

Extinción de la relación laboral por voluntad concurrente de ambas partes.  
Supuestos previstos por los arts. 241, 242 y 244 LCT  
por FLORENCIA A. BONOMO TARTABINI..... p. 3

La protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo  
por DAVID DUARTE ..... p. 23

La extinción del contrato de trabajo y el principio de estabilidad en el empleo.  
(Segunda parte)  
por M. CECILIA HOCKL..... p. 85

Impacto de la ley 26.684 en la protección del trabajo  
frente al concurso o quiebra del empleador  
por HUGO R. MANSUETI.....p. 123

Ejecución forzada de sentencias: nulidad del despido y reinstalación del trabajador  
por JUAN I. ORSINI .....p. 137

La discriminación en el empleo y su incidencia en la extinción del contrato de trabajo.  
Análisis comparativo de la protección brindada en la Argentina y en la Unión Europea  
por JUAN M. PEDREIRA SAMMARTINO..... p. 177

El despido del trabajador discapacitado  
por ANA M. SALAS ..... p. 195

## Jurisprudencia anotada

p. 213

Efectos singulares de una medida de no innovar.  
CNac. Apel. Trab., Sala V, “Mosso Matilde Magdalena c/ Ente Nacional  
de Obras Hídricas de Saneamiento s/ acción de amparo”, Sentencia de febrero de 2014  
por ISABEL LEAL.....p. 215

**Novedades legislativas** **p. 22I**

Decreto 467/2014. Reglamentación del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares (ley 26.844)..... p. 223

Decreto 472/2014. Reglamentación del Régimen de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo (ley 26.773) .....p. 235

**Fuentes citadas** **p. 24I**

**Índice temático** **p. 25I**



# Doctrina

---



# Extinción de la relación laboral por voluntad concurrente de ambas partes

## Supuestos previstos por los arts. 241, 242 y 244 LCT

por **FLORENCIA A. BONOMO TARTABINI**<sup>(1)</sup>

### I | La extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes. Formas y modalidades

#### I.1 | Libertad contractual

Tanto el Código Civil, en la redacción del art. 1137 y su nota,<sup>(2)</sup> como la Ley de Contrato de Trabajo, en la redacción de los arts. 21 y 22, expresan específicamente a qué nos referimos cuando hablamos del contrato y de la relación laboral que se articula a partir del vínculo contraído.

(1) Abogada, UBA. Posgrado en “Especialización en Magistratura”, Universidad Nacional de la Matanza junto a la Escuela del Servicio de Justicia – Ministerio Público Fiscal. Ayudante en “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Jefa de Trabajos Prácticos de “Derecho Procesal Civil y Comercial”, en la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo. Jefe de Despacho Interina (Relatora) de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

(2) “Título I. De los contratos en general. Art. 1137. Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Así, habrá contrato de trabajo cuando exista la concurrencia de dos declaraciones de voluntad que contengan diversos intereses a ser satisfechos por cada una de las partes y se manifieste el consentimiento inequívoco a los contenidos de esas voluntades, sin someterse a forma alguna en la contratación, siempre y cuando no se vulneren los límites impuestos por “las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres” (art. 21 LCT).

“Artículo 46 del LCT — Enunciación del contenido esencial. Su-  
ficiencia: Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento,  
el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, que-  
dando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los es-  
tatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o  
lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con  
relación al valor e importancia de los servicios comprometidos”.

Nótese que, siguiendo el principio de libertad contractual, el codificador no estipuló formas específicas a esta contratación ya que, como bien afirmaba Messineo, “el contrato puede ser estipulado verbalmente y puede, por tanto, existir sin documentos”, es decir sin soporte papel. En esta misma línea es que el capítulo VI de la Ley de Contrato de Trabajo establece en su art. 48, que las formas a observar en la celebración del contrato de trabajo podrán ser escogidas libremente por los contratantes, “... salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares”.

Y es justamente este último párrafo, en concordancia con la última parte del art. 21 antes referido, el que determina que ese principio de libertad contractual se encuentra siempre limitado por el orden público que opera en todo el derecho. La ficción del sujeto “libre” y “autónomo” (arquetipo de la modernidad), dueño de su conciencia y de su voluntad tanto como de su patrimonio, que siempre puede elegir en “libertad” y en un pie de igualdad con

.....  
Ver: VON SAVIGNY F., *Derecho Romano, origen y fin de las relaciones de derecho*, t. 3, § 140. Es preciso, dice este autor, tener en consideración el objeto de la voluntad. Si pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho. Freitas es más claro en la materia: dice que “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios”; es decir, cuando una de las partes se constituya deudora y la otra acreedora, o cuando ambas sean recíprocamente deudores y acreedores.

su cocontratante, es “libre” de ejecutar todas las acciones que el derecho no prohíbe, es decir que esa libertad está constreñida por los límites impuestos en lo efectivamente permitido, por aquello que implique no violentar el orden público establecido. Es decir que, la libertad contractual sólo puede ejercerse dentro de la órbita del accionar lícito del marco jurídico general.

De no ser así, la conjunción de los artículos redactados en el Título VI del Código Civil determinan la ilicitud del negocio en todo o en parte, máxime si tenemos en cuenta la remisión que hace el codificador en ese capítulo al tomo IV de *Derecho Romano, origen y fin de las relaciones de derecho* de Savigny.<sup>(3)</sup>

Por ello, Vélez Sarsfield, al tratar la nulidad de los actos jurídicos, dispuso en el art. 1039 CC que “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Ergo, si una de las partes contratantes pretende integrar un contrato con la estipulación de ciertas cláusulas que, a la luz del orden público, resultan contrarias, —como por ejemplo una norma contractual individual que establezca pautas peyorativas respecto de la ley o de la convención colectiva—, ello determina la nulidad del acto que afecta a esa parte del contrato y no a la totalidad del mismo.

En esta misma línea de razonamiento, los límites que demarca el orden público respecto de la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores, conlleva la exigencia de ciertos requisitos formales para que opere la extinción del contrato de trabajo en términos de lo dispuesto por el art. 91 LCT, incluso en aquellos supuestos donde el trabajador se encuentre en condiciones de gozar el beneficio jubilatorio.<sup>(4)</sup>

(3) Ver la nota de Vélez Sarsfield al Título VI del Código Civil —La nulidad de los actos jurídicos—: “Usamos en este título de la palabra anulable en lugar de rescindible, porque como observa Savigny, la palabra rescindere en el derecho, expresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedía en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, rescindere designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo, los hacen sólo rescindibles, por medio de una acción revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el t. 4 del Derecho Romano, § 202, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos es a los que llamamos anulables”.

(4) Artículo 252 LCT —Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación. Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la

## 1.2 | Nulidades

En particular, en este trabajo pretendo analizar los supuestos extintivos de la relación laboral donde concurre la voluntad de ambas partes en los dos supuestos planteados por el art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo.

“Artículo 241 - Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente.

Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”.

La primera hipótesis de la norma referida demarca al negocio jurídico aludido como un contrato extintivo de la relación laboral que, para ser tal, requiere la convergencia entre los intereses de las partes por los cuales expresan su consentimiento a la finalización del vínculo que los unía.

Ahora bien, para que este negocio jurídico sea válido el codificador requirió formalizar la expresión de esas voluntades “mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo”, es decir, impuso una forma *ad solemnitatem* y no una forma *ad probationem*, en tanto su objeto no es establecer las condiciones de prueba del acto sino la constitución del acto válido para producir sus efectos naturales. Así, la inexis-

.....  
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. Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.

tencia de la forma exigida o su inobservancia trae aparejado la nulidad del acto, conforme lo dispuesto por el art. 49 LCT y los arts. 976 y 977 del CC.<sup>(5)</sup>

“Artículo 49 del LCT - Nulidad por omisión de la forma: Los actos del empleador para cuya validez esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo exigieran una forma instrumental determinada se tendrán por no sucedidos cuando esa forma no se observare.No obstante el vicio de forma, el acto no es oponible al trabajador”.

Lo que pretendió el codificador al imponer estos recaudos de forma *ad solemnitatem* es asegurar la libertad del trabajador al momento de extinguir el vínculo, es decir que los elementos constitutivos del consentimiento que expresa el trabajador (discernimiento, intención y libertad) en la conformación del contrato extintivo no adolezca de los vicios de error, dolo y violencia que pueden cernirse sobre la voluntad del trabajador, de la misma forma en que el legislador dispuso un recaudo formal específico para convalidar la extinción del contrato de trabajo por la renuncia del trabajador.<sup>(6)</sup>

Y esto se encuentra intrínsecamente relacionado con la nulidad de los actos jurídicos. Conforme lo establece el art. 1037 CC: “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen”. En consecuencia, la privación de efectos sólo puede surgir cuando la ley expresamente ha declarado nulo un acto (art. 1038 CC), cuando uno de los contratantes resultare incapaz (art. 1040 CC), cuando existan vicios del consentimiento o lesión subjetiva (art. 954 CC), cuando se constante la violación de formas *ad solemnitatem* (arts. 49 LCT y 973 CC y concordantes) o cuando exista ilegitimidad del objeto o de los contenidos del acto jurídico (arts. 18 y 953 CC).

.....

(5) Artículo 976 CC: En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo.

Artículo 977 CC: Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente.

(6) Artículo 240 LCT: “La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito para su validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo”.

No obstante ello, y teniendo en cuenta que uno de los requisitos exigidos por el principio de congruencia es enunciar adecuadamente las causas por las que se entiende que el acto jurídico no puede producir los efectos para los que fue concebido, el juzgador no puede considerar como presupuesto válido para declarar la nulidad de un acto jurídico un hecho no alegado en el escrito constitutivo de la demanda, sobre todo porque en estos casos estamos en presencia de una nulidad relativa que, conforme el art. 1048 CC, solo puede ser declarada “a pedimento de parte” o alegada por “aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

De todas formas, junto a la nulidad relativa que puede surgir por los vicios del consentimiento, simulación o lesión subjetiva, también puede concurrir el supuesto de nulidad absoluta por la violación de las formas impuestas por la ley, conforme la redacción de los ya citados arts. 49 y 241 LCT, pues, donde surja manifiesta esa violación la nulidad es absoluta por inexistencia de forma y según lo establece el art. 1047 CC:

“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

Nótese en este punto que los vicios de la voluntad o la lesión subjetiva forman parte de la necesidad de constitución de negocios jurídicos válidos, por lo que el acto jurídico que se encuentre afectado por estos vicios no produce efectos, cualquiera fuera el campo particular del derecho en que éstos aparezcan.

En los términos del art. 900 CC: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”, mientras que el art. 922 del mismo plexo normativo, establece que: “Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por violencia o intimidación”.

Como dije precedentemente, el contrato es un negocio jurídico bilateral y consensual en que las partes que tienen diversos intereses se ponen de acuerdo para obtener la cooperación del otro. Como contrapartida, no

puede configurarse un contrato (en general) si el consentimiento se obtiene mediante la cooperación forzada o la cooperación abusiva de una de las partes contratantes.

En consecuencia, para que el juzgador pueda desplazar la causa de extinción prevista en la primera parte del art. 241 LCT y, en su caso, declarar la invalidez del acto jurídico (mutuo acuerdo), es imprescindible demostrar algunos de estos supuestos:

1. Ausencia de la forma solemne.
2. Vicios de error, dolo o violencia en la realización del acto.
3. Vicio de lesión subjetiva.
4. Simulación del acto de extinción que encubre un acto preexistente, como por ejemplo, un despido.

#### 1.2.1. Ausencia de forma solemne

En este caso vuelvo sobre los enunciados de la norma en análisis, —“El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente...”—, y entiendo que los únicos requisitos formales son impuestos por la propia norma. Nótese que en ningún momento establece la presencia de letrados para habilitar el actor o la homologación ante autoridad administrativa o judicial; sin embargo, esta confusión es uno de los planteos más frecuentes en la práctica profesional.

El contrato extintivo de la relación laboral al que alude la figura del art. 241 LCT no es el supuesto contemplado por la norma del art. 15 del mismo ordenamiento,<sup>(7)</sup> en tanto no requiere que ninguna autoridad administrativa o judicial se explaye en el análisis de la “justa composición de derechos e intereses” que las partes transaron, porque en el mutuo acuerdo celebrado no hay créditos litigiosos o dudosos que conciliar o transar, sino que el objeto de ese contrato es terminar con la relación laboral que unía a los contratantes.

(7) El objeto del acto jurídico al que se refiere el artículo 15 LCT es la transacción de créditos litigiosos o dudosos pues, de lo contrario, se configuraría una renuncia a créditos exigibles por el trabajador, violando así el principio de irrenunciabilidad recogido en el artículo 12 LCT.

Siguiendo esta línea de razonamiento, no puede condicionarse (y de hecho la norma no lo hace) la validez del acto jurídico donde concurren las voluntades de ambas partes a la homologación —ya sea ministerial o judicial—, o a la presencia de letrados que “otorgue protección en la visión del trabajador desvalido”,<sup>(8)</sup> porque eso significaría neutralizar la libre elección del trabajador a renunciar a su puesto de trabajo.

Por ello, no puede privarse de efectos al acuerdo extintivo de la relación laboral, ante la falta de homologación o ausencia de letrados, si la forma solemne requerida por la propia norma apunta únicamente a la escritura pública o a que su celebración se realice ante autoridad judicial o administrativa del trabajo —dos supuestos en los cuales inevitablemente la presencia del trabajador es ineludible—.

Como contrapartida, es menester aclarar que, el acuerdo extintivo de la relación laboral no hace cosa juzgada en los términos dispuestos por el art. 850 CC, ya que no es un acuerdo transaccional, resultando admisible entonces que el trabajador pueda atacarlo por cualquiera de los medios por los que es atacado un contrato y, en consecuencia, reclamar cualquier otra obligación que tenga su fundamento en el contrato de trabajo originado con anterioridad, e incluso en aquellas que nacen con posterioridad a la extinción de la relación laboral, con excepción de las indemnizaciones por despido o por omisión de preaviso en tanto previamente no ha mediado despido.

Ahora bien, como apuntaba precedentemente, en el caso de constatarse la inobservancia de las formas exigidas por la ley, la privación de los efectos del acto jurídico objetado es la solución contemplada por el ordenamiento jurídico, no obstante, es necesario aclarar que, conforme lo dispuesto por el art. 49 LCT última parte, la nulidad del mismo no es oponible al trabajador. Es decir que la pérdida de efectos no se aplica sobre todo el contenido del contrato, sino sobre el objeto propio de ese mutuo acuerdo. Lo que

---

(8) La sustancialización del sujeto “trabajador” que realiza muchas veces el pensamiento jurídico laboral, pretende colocar al sujeto en una posición de desamparo o indefensión, más allá de considerar la especial situación de hiposuficiencia del trabajador, asimilándolo a la figura del menor de edad o pero aún como si sufriera de *capitis diminutio* (pérdida de derechos civiles, libertad, ciudadanía o de la capacidad civil) y, desde esa perspectiva, olvidan que el principio protectorio está consagrado por el propio sistema normativo que no requiere de figuras paternalistas para brindar esa protección sino que la misma obedece a una regulación objetiva. El régimen jurídico laboral no puede aislarse del resto de las instituciones del derecho argentino.

subsiste es la expresión manifiesta de la voluntad unilateral del empleador en la disolución del vínculo laboral, habilitándose de esta forma el supuesto previsto por el art. 245 LCT, ya que no podría hablarse de la voluntad del trabajador en disolver el vínculo contractual cuando se ha descartado la hipótesis de extinción por común acuerdo, máxime si no ha existido renuncia en la forma exigida por el art. 240 LCT.

### 1.2.2. Vicios de error, dolo o violencia en la realización del acto

Partiendo de la base de que el negocio jurídico que produce efectos es un contrato válido, no puede considerarse lo mismo respecto de aquel contrato celebrado con algún vicio de la voluntad.

En estos casos, el objeto de análisis es si el consentimiento prestado por el trabajador en la conformación del mutuo acuerdo extintivo se obtuvo mediante la cooperación forzada o abusiva por parte de uno de los contratantes con la finalidad de evadir las obligaciones emergentes del despido incausado.

Betti analiza y distingue el problema de la cooperación forzada y de la cooperación abusiva. Respecto de la primera afirma:

“En determinadas circunstancias puede suceder que, la cooperación que se quiera obtener, sea arrancada por la fuerza. Es el caso del contrato concluido por la violencia (art. 1434 CC); frente a la violencia que tiende a forzar una cooperación, que de otro modo no sería prestada, se presenta a la parte amenazada esta alternativa: o concluir el contrato, o sufrir el riesgo del mal amenazado. Puesta en estos términos la alternativa, requiere del sujeto amenazado un juicio de conveniencia, del cual la conclusión del contrato representa el resultado, en cuanto la víctima de la violencia ha considerado preferible soportar el contrato como un mal menor, para evitar el mal amenazado, juzgado por sí mismo de mayor entidad. En estas condiciones, la conclusión del contrato no es fruto de una libre decisión, de una espontánea determinación del querer, sino fruto de una coacción psicológica que por su carácter antisocial es reprobada por el derecho, dando a la víctima de la violencia el medio de liberarse de la obligación asumida por el contrato, no ya obteniendo una declaración de nulidad, sino impugnando el mismo con la acción de anulabilidad”.

La tesis del maestro italiano encuentra plena recepción en la norma del art. 937 CC: "Habrá intimidación cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos".

Como señala el Codificador en la nota:

"Cuando en el art. 937 designamos un mal grave e inminente, es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido a firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraría salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad..."

Es decir que, si para obtener la cooperación del trabajador se pone como alternativa la falta de pago de los efectos del despido en condiciones particulares de vulnerabilidad del sujeto trabajador, ello constituye amenaza "que ha debido hacerle una fuerte impresión" en los términos dispuestos por el art. 938 CC. Si el consentimiento brindado por el trabajador se encuentra viciado, no puede hablarse de mutuo acuerdo en la extinción de la relación laboral, y mucho menos cuando el acto viciado pretendía dar cobertura al acto originario del empleador de efectivizar un despido sin necesidad de correr con la carga de demostrar legítimamente la existencia de una justa causa que habilite el supuesto previsto por el art. 242 LCT.

En este mismo sentido, Pothier, quien influyó en gran medida en la formación del Código Civil de Napoleón, insinuaba soluciones que no se conciliaban con la admitida validez del acto celebrado. Ya en 1887 la Corte de Casación Francesa decidió que "cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable y presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable".

Como refiere Arias Gibert:

"... no existe derecho a despedir, del mismo modo que no existe derecho a incumplir el contrato pagando la cláusula penal

que hubiera sido pactada o a atropellar peatones pagando la indemnización.<sup>(9)</sup> Desde ya, si el despido sin causa es indemnizable, es porque han concurrido los requisitos que tornan procedente la indemnización, entre los cuales se encuentra la antijuridicidad. Sin antijuridicidad no es viable ninguna prestación indemnizatoria. Por otra parte, si la Constitución Nacional manda proteger contra el despido arbitrario (el que responde al *arbitrium*, a la voluntad nuda), mal puede afirmarse su juridicidad. Tal como señalara Justo López, el despido sin causa es un acto válido, pero ilícito. A tal punto es ilícito que, para eximirse de la prestación indemnizatoria, el empleador debe demostrar la causa de justificación (justa causa) que, como es sabido, es la eximente que opera sobre la antijuridicidad del acto”.<sup>(10)</sup>

Lo importante es dejar en claro que los límites a la facultad de contratar de las partes impuestos por el orden público no hacen desaparecer el contrato, pero que si faltan los elementos esenciales constitutivos del mismo, no es posible establecer una relación contractual válida.

### 1.2.3. Lesión subjetiva

Siguiendo con esta línea de razonamiento, la lesión subjetiva contemplada por el art. 954 CC es una causa de privación de efectos del acto jurídico de carácter relativo, lo que implica el planteo oportuno de la misma al momento de iniciar la demanda.<sup>(11)</sup>

Por su parte, Betti expresa respecto de la cooperación abusiva que:

“... el juicio de conveniencia que se pone en tal caso a la parte que se halle en estado de peligro, o en estado necesidad es el siguiente: o someterse a aquella carga desproporcionada que representan las condiciones que se le piden, o renunciar a

(9) Conforme la redacción del artículo 631 CC: “El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses”.

(10) ARIAS GIBERT, ENRIQUE, “La protección contra el despido arbitrario en el modelo constitucional argentino”, en *Revista de Derecho Laboral*, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni.

(11) Artículo 1158 CC: “El derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde a la parte que los hubiere sufrido, y no a la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación o fraude”.

conseguir aquel bien que sólo la cooperación de la otra parte le puede proporcionar. En esta hipótesis es fácilmente identificable el carácter antisocial que asume el comportamiento del contratante, que se aprovecha en un caso del estado de necesidad o de peligro del otro contratante, y en el otro, se aprovecha de una situación necesitada simplemente. También en estos caso existe un elemento de ilicitud, que viene dado por la desproporción entre lo que viene obligado a dar y aquello que recibe”.

La cooperación abusiva es receptada en nuestro Código Civil a través del instituto de la lesión subjetiva regulada por el art. 954 CC:

“También podrá demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar demanda”.

La antijuridicidad del negocio jurídico obedece a la explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia. Puede presumirse que ha mediado esta explotación cuando exista notable desproporción en las prestaciones, y no por el mero carácter de trabajador que tiene el sujeto cocontratante. Como contrapartida, la única prueba necesaria que el empleador puede realizar es exclusivamente la que se remite a la existencia de justificación en la ventaja patrimonial desproporcionada.

Por ejemplo, si el trabajador concertara un negocio jurídico mediante el cual acuerda la disminución de sus salarios sin que en los hechos mediara compensación (reducción en el horario), estaríamos ante un supuesto objetivo de lesión subjetiva. En estos casos, si no existe prueba tendiente a descartar la existencia del aprovechamiento del estado de necesidad, el juzgador debe declarar la nulidad del contrato.

En términos del art. 12 LCT, las partes pueden pactar condiciones en cualquier sentido siempre y cuando se respeten los mínimos imperativos emergentes de normas de orden público general o sectorial, en tanto el principio de irrenunciabilidad, que tiene su ámbito de aplicación precisa y únicamente respecto de los efectos de los negocios jurídicos liberatorios, torna imposible pactar condiciones peyorativas o la supresión de derechos consagrados en cualquier fuente del contrato o relación de trabajo. Así, la propuesta de negociar no es injuriosa en tanto no se demuestre el carácter coactivo de la negociación o el carácter abusivo (la lesividad) del acuerdo extintivo de la relación.

Es común ver en la práctica que estos acuerdos contienen cláusulas que obligan al empleador al pago de una suma de dinero en concepto de gratificación, pero si bien ello puede ser un indicio del encubrimiento de un despido previamente decidido, su sola mención como hecho aislado resulta insuficiente para asumir que existió, por ejemplo, una simulación ilícita en el acto o lesión subjetiva por una notable desproporción en las prestaciones dinerarias cuando se las compara con la liquidación que emerge del art. 245 LCT. El hecho presentado en forma aislada, no puede por sí solo privar de efectos al contrato, máxime si se tiene en cuenta la redacción del art. 1197 CC.<sup>(12)</sup> Para ello, es necesario demostrar algunos de los supuestos analizados en este trabajo, referidos precedentemente.

Si bien es cierto que la situación hiposuficiente del trabajador obliga a extremar el cuidado en el análisis respecto de la existencia de los vicios de la voluntad o de la aparición de la lesión subjetiva, ello no enerva de principio la posibilidad de un contrato extintivo por sí solo.

Las diferencias existentes entre las partes obliga a sancionar el abuso de la posición dominante, la explotación de la necesidad, la ligereza o

(12) Artículo 1197 del Código Civil: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

la inexperiencia, ya que, para el trabajador en relación de dependencia el empleador actual es el único que puede asistir a las necesidades básicas, que impulsan al trabajador a contratar. Pero nada impide al trabajador contratar la extinción de la relación laboral en el mismo sentido que puede contratar una modificación de las condiciones originales del contrato si su interés está en juego. Por ejemplo, el nacimiento de un hijo puede ser la causa del interés de una trabajadora para modificar la jornada de trabajo y la remuneración y ello, por sí, no convierte en inválido el contrato.

Desde ya, la carga de la prueba de la excepción a la presunción legal incumbe al empleador quien, por otra parte, en la medida en que detenta la situación de poder, es —quien, puede recabar mejor los medios que demuestren la existencia de un interés en el cocontratante que excluya la aplicación del instituto de la lesión subjetiva—.

En tal sentido, las partes pueden establecer por vía contractual la modificación o extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, si las condiciones son peyorativas, se sigue la existencia de notoria desproporción de las prestaciones que hace presumir el aprovechamiento de la necesidad (art. 954 CC). Por ello, la prueba en contrario de la explotación radica en el interés del trabajador. La prueba del interés del trabajador en el negocio le incumbe al empleador, tanto por ser quien alega la excepción como por aplicación del principio de carga dinámica de la prueba.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el acto jurídico unilateral prohibido por las leyes es nulo (como si no tuviera objeto) —art. 953 CC— y no puede producir ningún efecto jurídico —crear, modificar o extinguir obligaciones—.

#### **1.2.4. Simulación del acto de extinción con la finalidad de encubrir un acto preexistente**

Cuando hablamos de simulación ilícita, lo hacemos conforme al art. 955 CC:

“La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Así, estamos hablando de la intención de ocultar el real negocio jurídico a través de apariencias elegidas e, incluso, utilizando normas de cobertura que no alcanzan a acoger la conducta en su totalidad. Por ello, la sanción de la simulación ilícita es la nulidad del acto jurídico aparente en tanto su carácter ilícito. Es decir, lo sancionado con la nulidad no es la simulación en sí misma sino la ilicitud de la simulación.

El objeto de la controversia en estos supuestos es la existencia de un acto simulado con el fin de obtener un resultado no querido por el legislador, como, por ejemplo, pagar una indemnización reducida sin correr con el riesgo de un posterior reclamo que cuestione la extinción de la relación laboral. En este contexto, no puede olvidarse que cuando se trata de normas de orden público de protección, el sujeto protegido —sea el trabajador, el inquilino de vivienda urbana o el consumidor— no es parte sino víctima, por lo que no rigen a su respecto las limitaciones del art. 959 CC.

En igual sentido, el art. 1044 CC establece que:

“Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

Así, la declaración de nulidad del acto jurídico simulado resulta efectiva para evitar los efectos jurídicos para los que el acto estaba destinado.

### 1.3 | Abandono de la relación laboral en forma concluyente y recíproca de la Ley de Contrato de Trabajo

La segunda hipótesis contenida en la última parte de la redacción del art. 241 LCT refiere a la terminación de la relación laboral por abandono en aquellos supuestos donde se evidencie la voluntad concurrente de ambas partes: “Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”.

A pesar de la clara redacción de los enunciados de la norma citada, una gran parte de la doctrina califica este supuesto como un acuerdo resolutorio “tácito” de obligaciones laborales.

En el abandono de la relación laboral hace falta la existencia de una conducta inequívoca que demuestre el desinterés de ambas partes en la continuidad de esa relación. La situación del art. 241 LCT no se produce de modo objetivo por el silencio y el tiempo, sino que el silencio y el tiempo son el síntoma del ánimo de las partes de abandonar la relación. Esto último es lo que debe tenerse en cuenta cuando se analiza el presupuesto allí dispuesto.

Y esto, justamente, es lo que impide calificar el comportamiento concluyente y recíproco como un acuerdo resolutorio tácito.

De lo contrario, sostener esta postura, sería contrariar lo dispuesto por la misma ley en su art. 58:

“No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido”.

Es decir que no basta el silencio y el transcurso del tiempo que, por sí solos, no extinguen el contrato —no obstante aclarar que, en este caso, el empleador estaría habilitado a realizar la intimación dispuesta por el art. 244 LCT—, ya que el comportamiento de ambas partes debe ser concluyente y recíproco, para interpretar que la relación laboral quedó extinguida por el abandono.

En este punto es de destacar que, la conjunción de los arts. 917, 918 y 919 CC articulan las características de la expresión de voluntad de los contratantes. En ese sentido, la expresión tácita de voluntad al que se refiere el art. 918 no establece plazo alguno, sino que queda determinado por las circunstancias de persona, tiempo y lugar que imponen la obligación de expedirse.

Justamente por ello el codificador aclara, en la nota de ese artículo:

“Regularmente el acto no basta por sí solo, para establecer la declaración de la voluntad; es preciso además el concurso de

otras circunstancias exteriores. Si un acreedor, por ejemplo, entrega a su deudor el título de su crédito, este acto, según las circunstancias, es susceptible de muchas interpretaciones. Puede ser mirado como una remisión tácita de la deuda, o como una prueba de pago de ella. La presentación voluntaria ante un juez incompetente, importa una prorrogación tácita de la jurisdicción; mas esta prorrogación no tiene lugar si se ha hecho por error. En otros casos los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. El acreedor que recibe con anticipación intereses por un cierto tiempo, promete por ese hecho no reclamar el capital antes de la expiración de ese término. Cuando un heredero vende todos los inmuebles de una sucesión en presencia de sus coherederos y éstos reciben la porción del precio que les correspondía, se juzga que ellos han vendido tácitamente su parte”.<sup>(13)</sup>

Así, las presunciones que emergen de los arts. 918 y 919 se refieren a la expresión de voluntad y corren para ambas partes pues su origen contractual tiene fuente en las obligaciones implícitas de buena fe que emergen de los arts. 1198 CC y 62/63 LCT.

Es decir que en el abandono de la relación laboral hace falta una conducta inequívoca que demuestre el desinterés de ambas partes y, en tal caso, mal podría configurarse el mismo si, por ejemplo, el empleador decidiera exigir el débito correspondiente a la existencia de esa relación. En ese imaginario estaríamos hablando del presupuesto del art. 244 LCT.

## 1.4 | Abandono de la relación laboral por injuria del trabajador. Acerca del despido directo

“Artículo 244 LCT - El abandono de trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso”.

A los fines de analizar una situación fundada en el art. 244 LCT debe tenerse presente que lo que se analiza es si existe un hecho injurioso por parte

(13) VON SAVIGNY, *op. cit.*, t. III, p. 257.

del trabajador y no si el empleador puede inferir la existencia de abandono de trabajo. Los supuestos son distintos.

Nótese que la norma del art. 241 es la única que integra el Capítulo III del Título XII de la Ley de Contrato de Trabajo y refiere exclusivamente a la extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes, mientras que el art. 244 forma parte de Capítulo IV del mismo Título y refiere a la extinción del contrato de trabajo por justa causa. Su disposición dentro de la ley no es irrelevante o antojadiza sino que determina la diferencia.

Como mencioné previamente, en el abandono de la relación laboral hace falta una conducta inequívoca que demuestre el desinterés, conforme lo establecido por el art. 241 LCT, mientras que en el abandono-injuria, es suficiente que frente a la intimación a retomar tareas, emitida por el empleador, el trabajador sin causa de justificación se manifieste renuente.

La renuencia no es el silencio, sino la negativa a cumplir el débito frente al requerimiento explícito del otro contratante. Por este motivo si la falta de cumplimiento del débito carece de justificación se produce la hipótesis contemplada por el art. 244 LCT, descartándose el supuesto de abandono por voluntad concurrente.

No obstante ello, si frente a la intimación efectuada por el empleador, el trabajador, por ejemplo, se presentara a trabajar y le fueran negadas tareas o justificara su inasistencia por enfermedad, esto sería suficiente para dejar sin efecto la figura del abandono-injuria, pues el trabajador estaría demostrando que su actitud no es renuente.

Por el contrario, si frente a la misma intimación el trabajador no pretendiera reincorporarse, el despido por abandono-injuria debe entenderse ajustado a derecho.

Ahora bien, una modalidad particular se suscita cuando el empleador pone en conocimiento del trabajador, mediante intimación, que en caso de ausencias al puesto de trabajo considerará su conducta como injuriante en los términos dispuestos por el art. 244 LCT, y ante el incumplimiento del débito laboral despide al trabajador. Sin embargo, en esta hipótesis no estaría configurada la injuria por parte del trabajador, ya que

el mismo no tuvo posibilidad de ejercer su derecho de defensa justificando sus inasistencias.

La intimación a reincorporarse al trabajo no puede equipararse a la decisión unilateral de finiquitar la relación laboral y, obvio es decirlo, la relación laboral se extingue por una sola causa. En el análisis de la norma citada no importa si el empleador se consideró con derecho a entender que existió abandono de trabajo, sino si efectivamente pudo configurarse la contumacia o renuencia del trabajador y, por consiguiente, la injuria que habilita la disolución del vínculo contractual sin consecuencias indemnizatorias. Lo contrario implica un supuesto de despido directo, que al no obedecer a una justa causa resulta antijurídico.

## 1.5 | Despido por causa justa

Cambiando un poco el hipotético escenario referido precedentemente, si la advertencia hecha por el empleador al trabajador es en los términos dispuestos por el art. 242 LCT —“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...”—, el tema en análisis debe centrarse en la gravedad de la injuria y en la existencia previa de la advertencia realizada al trabajador que, ante un nuevo incumplimiento de esas características, generará la sanción del despido, como elemento constitutivo de la subjetividad del empleador.

No puede olvidarse que el despido con causa, en general, constituye la expresión máxima del poder disciplinario. Así, el requisito esencial de toda penalidad es la existencia de un factor subjetivo de imputación, ya que lo que se encuentra en juego respecto del incumplimiento contractual es la conducta asumida por una de las partes.

En cualquier ámbito contractual resulta exigible que, ante los incumplimientos que no tengan una gravedad objetiva de por sí —como serían en el ámbito laboral la agresión física o verbal, el robo o la negativa de la relación laboral por parte del empleador—, las partes hagan saber a su contratante las actitudes que entienden les corresponde asumir ante el incumplimiento de la otra. Esta advertencia viene impuesta por el módulo de buena fe consagrados en los artículos 1198 CC y 62/63 LCT.

Como expresé en un artículo previo,<sup>(14)</sup> el principio de buena fe contractual actúa integrando los contenidos del contrato a través de las cláusulas implícitas que surgen del mismo como corolario de la contratación, y éste es justamente el sentido de tener en cuenta todos aquellos comportamientos consecuencia del contrato apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

En otras palabras, es menester que se pongan de resalto los aspectos subjetivos de la injuria. Es necesario hacer saber que el incumplimiento objetivamente existente provoca en el ánimo de quien lo sufre (en su subjetividad) un disgusto tal que no consiente la prosecución de la relación laboral ante la continuidad del incumplimiento o la realización de un nuevo incumplimiento. Lo sancionado con el despido en estos casos sería una conducta omisiva, por parte del trabajador, posterior a la advertencia.

---

---

(14) BONOMO TARTABINI, FLORENCIA, "Aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo. Obligaciones Implícitas del Contrato. Principio de Buena Fe. Igualdad de Trato" [en línea] [http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf140069-bonomo\\_tartabini-aplicacion\\_convenio\\_colectivo\\_trabajo.htm?2](http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf140069-bonomo_tartabini-aplicacion_convenio_colectivo_trabajo.htm?2)

# La protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo

por **DAVID DUARTE**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Tenemos algunas inquietudes en cuanto a las categorías conceptuales que vienen producidas desde hace muchos años y que parecen que fuesen indiscutibles porque siempre fueron así y se repiten desde algunos lugares que pretenden instalarse como usinas de pensamiento único. Hay un cambio de paradigma que se muestra con algunas señales que detallaremos enseguida. Salimos de la ignominia de los '90 y de la del primer par de años del siglo veintiuno para asumir colectivamente la necesidad de un cambio. La importante reforma constitucional del año 1994 no tuvo sus frutos sino después de una década, cuando se hicieron operativas las normas de los derechos humanos a la realidad de los trabajadores con señeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitidos desde el año 2004, con características distintivas

.....

(1) Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derecho Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Diploma de Estudios Avanzados del Doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales de la Universidad de Castilla La Mancha, España. Secretario Letrado de la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor de la Universidad de Buenos Aires en carreras de grado y posgrado. Profesor Invitado de la Universidad Nacional de La Plata en la carrera de Especialización en Derecho Social y de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y en Maestría y en Doctorado en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derecho Humanos.

que hemos denominado “el cambio de paradigma”.<sup>(2)</sup> Tampoco somos ingenuos en pensar que esto fue espontáneo: fue el producto de la conflictividad social que, en el contexto del “que se vayan todos”, se puso de relieve con la necesidad de que se vaya también la Corte llamada “automática” que prohijó el neoliberalismo de las corporaciones económicas de la década del ludibrio llamada “los ‘90”. La nueva integración del Máximo Tribunal asumió una actitud más comprometida con los intereses de todas las personas que más sufrieron las desigualdades sociales.<sup>(3)</sup>

Fueron numerosas las normas que acompañaron ese escenario, desde la sanción de la ley 25.877 del año 2004 en adelante, mostrando un empeño por la restauración de las leyes arrebatadas por el golpe militar de 1976, aunque no ha sido todavía suficiente. Es notable la transformación de los últimos diez años. Por ejemplo, el restablecimiento de las condiciones alteradas por el *jus variandi* abusivo (ley 26.088, BO 24/04/2006); la protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061 del año 2005); la abrogación de los vales del almuerzo y vales alimentarios y canastas (ley 26.341, BO 24/12/2007); las regulaciones sobre trabajo infantil y adolescente (ley 26.390, BO 25/06/2008); la prohibición de abonar salarios inferiores al SMVyM (ley 26.390, BO 25/06/2008); la recuperación del *in dubio pro operario* en la valoración de la prueba (ley 26.428); la modificación al contrato de trabajo a tiempo parcial (ley 26.474, BO 23/01/2009); la extensión de la prohibición de la irrenunciabilidad de toda convención de partes (ley 26.574, que modificó el texto del art. 12 LCT); la regulación del depósito bancario del salario (ley 26.590, BO 05/05/2010); el establecimiento del plazo cierto para el pago de las indemnizaciones (art. 255 *bis* de la ley 26.593, BO 26/05/2010); la declaración de las desigualdades en favor de unas de las partes (ley 26.592, BO 21/05/2010); el establecimiento del plazo del art. 128 para el pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo mediante la introducción el art. 255 *bis*

(2) DUARTE DAVID, “Enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de ‘Ekmekdjian’ a ‘Simón’), en *Revista de Derecho Laboral* 2010-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 172.

(3) SINGMAN, EZEQUIEL, *Justicia para todos. Cómo cayó la Corte Menemista*, Bs. As., Editorial Euros Editores, 2008 y BENENTE, MAURO, *Fuera la Corte Suprema. Protestas frente a la Corte Argentina (2001-2002)*, Editorial académica española; del mismo autor “Fuera la corte suprema. Breves notas sobre las protestas”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, 2010, pp. 231/295.

(ley 26.593, BO 26/05/2010); la ratificación de los Convenios de la OIT: el 102 —sobre seguridad social (ley 26.678 del 2011)—, el 187 —que establece el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo (ley 26.694 del 24/08/11)—, el 155 y el Protocolo de 2002 sobre la seguridad y salud de los trabajadores (ley 26.693); el establecimiento de la protección de la libertad de expresión y la prohibición al empleador de realizar encuestas, averiguaciones o indagatorias al trabajador (ley 26.911, que modifica el art. 73 LCT, BO 05/12/2013). Además, se concretaron dos reformas trascendentales que borraron una injustificada desigualdad legislativa respecto de trabajadores y trabajadoras de dos actividades especiales que, por las particularidades y porque interesaba a vastos sectores de la burguesía nacional, estaban condenados a ser tratados como ciudadanos de segunda. Esa ignominia tuvo una reparación histórica y reconoció un trato igualitario, dentro de las diferencias existentes entre los agrarios y los trabajadores y trabajadoras de casas particulares. Es así que a los trabajadores rurales se les aplica la LCT de manera supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario (inciso c, sustituido por art. 104 de la ley 26.727, BO 28/12/2011). También se deroga el inc. del art. 2 LCT y se aplica al personal de casas particulares la LCT, con la aclaración de que, sin perjuicio de que sus disposiciones serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así sea dispuesto expresamente (art. 72, inc. a, de la ley 26.844, BO 12/04/2013).

En ese contexto de restauración de derechos de los trabajadores, y en cumplimiento del mandato constitucional de sujeto de preferente tutela señalado por el del art. 14 *bis* CN (*cf.* Fallo “Vizotti”), entendemos que hay dos normas que replantean el tema de la estabilidad en el marco del mencionado “cambio de paradigma”. La primera de ellas es la derogación de la ley 25.013 (mediante la ley 25.877), en cuanto abroga la tarifa para los supuestos de despidos discriminatorios y conduce a que, en el ámbito laboral, recobre virtualidad la aplicación de la ley 23.952 que manda a “cesar el acto” injusto —que, en el caso del despido discriminatorio, fue interpretado como efecto de nulidad del despido y, por ende, generó la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, lo que entendemos puso en jaque el modelo de estabilidad relativa impropia—. La segunda de ellas es la ley 26.088, en cuanto pone límites al poder empresario al disponer la posibilidad de restablecer las

condiciones alteradas del contrato de trabajo, es decir, de mantener la estabilidad de las condiciones esenciales del contrato de trabajo. Estas dos normas revitalizan la idea de estabilidad propia.

En tal sentido, rejuvenece una afirmación de Justo López que los operadores históricos del derecho del trabajo habían olvidado. Señalaba el ilustre jurista que “en tanto subsista el derecho del trabajo que consiste en la limitación de la libertad absoluta del sujeto económicamente-jurídico, y en tanto subsista, en el texto de la Constitución Nacional, las llamadas ‘garantías sociales’, tendremos la posibilidad de sostener la estabilidad del trabajador en el empleo”. Es así que Justo López se preguntaba: “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad? ¿Inconstitucional un sistema así?”. Y él respondía: “rotundamente creemos que no”.<sup>(4)</sup>

En ese marco, no podemos soslayar que la estabilidad adquiere más relevancia en cuanto es analizada con otros conceptos que se desprenden del derecho al trabajo regulado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuando hablamos de derecho al trabajo es ineludible recordar a Ermida Uriarte, porque en la prolífera elaboración jurídica del querido catedrático uruguayo, en las conferencias suyas a las que he asistido y en todos sus textos, nunca ha faltado una referencia concreta al derecho fundamental de los derechos humanos; más específicamente, al derecho del trabajo.

Recuerdo una obra de otro hermano uruguayo, el profesor Hugo Barreto Ghione, en la que se incluye un excelente trabajo de Ermida Uriarte<sup>(5)</sup> sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Destaca Ermida Uriarte que, entre las declaraciones de vocación universal, a menudo se cita al Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919), a la que se concibe como la primera carta internacional de derechos de los trabajadores. También la Declaración de Filadelfia (1944) —que actualiza y precisa los objetivos y principios

(4) LÓPEZ, JUSTO, “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, en *Rev. Legislación del Trabajo*, t. XVII, p. 398.

(5) ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo”, en Barreto Ghione, Hugo, *Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay*. Proyecto, Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en el contexto de la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos (documento de trabajo n° 205), Lima, OIT, 2006.

de la OIT, y forma parte de su Constitución—, tiene la misma naturaleza. Por su parte, la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) también integra el elenco de las principales declaraciones internacionales de derechos laborales dadas en el marco de la OIT. Finalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos de 1966) completan el grupo de los principales y temáticamente más amplios pactos y declaraciones dados en el marco de la ONU. En el nivel regional americano, deben tenerse en cuenta, al menos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la OEA (1948, actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la anterior. En el plano subregional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) forma parte de ese elenco mínimo de pactos y declaraciones de derechos humanos que incluyen derechos laborales. A esta nómina de pactos y declaraciones de derechos fundamentales habría que agregarle los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos.<sup>(6)</sup>

El ilustre académico Ermida Uriarte enumera los siguientes derechos humanos laborales contenidos en los pactos, declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos: 1) derecho al trabajo o empleo libremente elegido; 2) prohibición del trabajo forzoso; 3) prohibición y limitación del trabajo de menores; 4) igualdad y no discriminación; 5) limitación de la jornada; 6) descanso semanal; 7) vacaciones anuales; 8) formación profesional; 9) salario justo, equitativo, vital o mínimo; 10) protección contra el despido injustificado; 11) libertad sindical; 12) negociación colectiva; 13) huelga; 14) protección contra el desempleo; 15) protección de la maternidad; 16) protección contra los accidentes del trabajo y las

(6) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *ibid.*, p. 16. Agrega en la nota 15 que: “los convenios y recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos, es cuestión objeto de debate doctrinal. Hay quienes sostienen que casi todos los convenios son sobre derechos humanos, ya que la mayor parte de los derechos laborales por ellos abordados tienen esa naturaleza, excluyendo solamente algunos convenios sobre temas estadísticos o puramente técnicos. En el otro extremo se situaría una eventual lectura hiper-restrictiva de la Declaración de 1998, que pretendería ver en ella un *numerus clausus*...”. Ermida Uriarte se enrola en la primera.

enfermedades profesionales; 17) seguridad social; 18) libre acceso a la función pública.

A esto derechos humanos laborales se le suman otros tantos de derechos inespecíficos de los que el trabajador es titular, que deben ser reconocidos por cuanto se tratan de derechos de los que gozan todos los seres humanos y que no pueden suspenderse por el hecho de celebrar un contrato de trabajo o de ingresar a una organización empresaria, a saber: 1) libre expresión de pensamiento; 2) libertad de culto; 3) derecho a la vida, del que se deriva el derecho a la salud que se trasunta en el derecho a la integridad física y moral; 4) derecho a la dignidad.

Entonces, podemos afirmar que existe tanto un gran elenco de derechos laborales que son derechos humanos, como un gran número de derechos humanos en el trabajo. Todo ello surge y es reconocido por un conjunto de normas internacionales, que forman parte de la Constitución, sea por la remisión expresa, sea por esta idea del bloque de constitucionalidad: el nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Universal de los Derechos Humanos.

De todo este conjunto de normas internacionales, Ermida Uriarte encuentra como destacable el derecho al trabajo. En otra excelente intervención,<sup>(7)</sup> el profesor uruguayo dice que este derecho es generalmente olvidado, porque nos pasamos estudiando al despido —que no es ningún derecho fundamental, no figura en ninguno de los textos magnos— y nos olvidamos de estudiar el derecho al trabajo: un derecho que es considerado un derecho fundamental, un derecho humano, en gran número de estos instrumentos y que, no obstante, no ha sido profundizado ni desarrollado. Agrega Ermida Uriarte que el derecho al trabajo posee una importancia especial dentro de los derechos fundamentales pues no solo constituye una herramienta para la generación de empleo, sino que resulta operativo para que el trabajador no se vea privado de su empleo injustamente —es decir, configura una importante matriz, entre otros aspectos trascendentes, que abarca una adecuada protección

---

(7) ERMIDA URIARTE, OSCAR, "El profundo ritmo universal de los derechos humanos en clave laboral", en *Rev. La Causa Laboral*, n° 40, 2007, p. 40. Desgrabación de la conferencia realizada en la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la Asociación de Abogados Laboralistas, Jornada académica: "Los Derechos Fundamentales (DF) o Derechos Humanos (DH) en clave laboral", junto a los expositores Rolando Gialdino y Oscar Zas.

contra el despido—. Y por mi parte, agrego: es un derecho fundamental para garantizar derechos porque, en un régimen de estabilidad relativa impropia, el trabajador nunca exigirá a su patrón que se los respeten por temor a perder el empleo, resignándose al cobro de una indemnización que, como dijo Jean-Claude Javillier, es "... el opio del trabajador despedido...".<sup>(8)</sup>

## 2 | Las fuentes internacionales vinculantes e integrantes del Bloque Constitucional

El referido conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, sumado a las normas constitucionales en la misma materia, viene conformando un nuevo derecho universal de los derechos humanos con características superadoras del tradicional enfoque que, de los derechos fundamentales, hacían, por una parte, el derecho internacional público tradicional y, por la otra, el derecho constitucional nacional.

Dice Ermida Uriarte que este derecho universal de los derechos humanos se diferencia del clásico derecho internacional público por poseer caracteres propios: el sujeto (la persona humana), el objeto (los derechos humanos), las fuentes (instrumentos internacionales, principios generales del derecho de las naciones y costumbre internacional), su naturaleza y eficacia (orden público internacional o *jus cogens*, universalidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad), así como criterios de interpretación igualmente propios.

Estos criterios rigen la hermenéutica de las normas sobre derechos humanos. Por un lado, la autoaplicación, pues las normas sobre derechos humanos son autoaplicables, es decir, de aplicación inmediata o directa (ver art. 5 de la Constitución brasileña, art. 22 de la venezolana y art. 322 de la

(8) JAVILLIER, JEAN-CLAUDE, "Une nouvelle illustration du conflit des logiques, (droit a l'emploi et doit des obligations): normtilisation du licenciament et sauvegarde des pou du chef d'enterprise", en *Etudes offertes à G. H. G. H. Camerlynck*, París, 1978, p. 145, citado por ERMIDA URIARTE, OSCAR, *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo, Editorial Acadi, 1983, p. 57.

uruguay, por la que no puede dejar de aplicarse las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos). Por el otro, la “interpretación más favorable”, principio conocido del derecho del trabajo. Sin embargo, en materia de derechos humanos, la favorabilidad propugna la realización del derecho que mejor proteja: si se trata de derechos esenciales a la persona humana, no se puede, en caso de duda, sino optarse por la interpretación amplificadora.

Además, tenemos “la interdependencia de las fuentes”. Esta regla postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforma un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado en su conjunto. En tal sentido es válido, pertinente y, a menudo, necesario integrar disposiciones de una y otra fuente para armonizar con los demás criterios interpretativos, proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad. Este criterio, diseñado originalmente para ser aplicado entre fuentes internacionales, resulta también aplicable a la interpretación e integración de normas constitucionales e internacionales, en la medida en que ambas se refieran a derechos humanos.

El criterio de aplicación de la norma más favorable, también conocido en el sistema del derecho del trabajo, en el de los derechos humanos adquiere relevancia toda vez que no supone la existencia de una disposición cuyo sentido debe ser interpretado, aclarado o desentrañado, sino que supone la concurrencia de varias normas (por lo menos, dos) con vocación de aplicación al mismo caso concreto.

En este caso, es válido optar por la norma cuya aplicación produzca la solución más favorable al titular del derecho o, mejor aún, al ejercicio y aplicación plena del derecho. Del mismo modo, y más ampliamente, el art. 48 de la Constitución de Costa Rica y el art. 23 de la venezolana disponen que los tratados internacionales de derechos humanos priman sobre la Constitución, en tanto sean más favorables.

Por último, cabe destacar el carácter vinculante de la interpretación de los órganos internacionales de control. En otras palabras, cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, su interpretación resulta vinculante para los otros operadores jurídicos.

## 3 | Las normas internacionales de derechos humanos y los mecanismos de exigibilidad en el orden interno

### 3.1 | Del cuerpo jurídico de los derechos humanos

La reforma que se produjo en Argentina en el año 1994 consolidó la nueva jurisprudencia que instaló un cambio de paradigma que se inició con la transformación del enfoque interpretativo constitucional, en especial respecto de la materia laboral. Es partir del año 2004 —con la saga de fallos como “Vizzoti”, “Aquino”, “Castillo”, “Milone”, entre otros—, que se hicieron operativas las normas constitucionales y el control de convencionalidad se activó de manera no neutral. Al reformarse la Constitución en el año 1994, el constitucionalismo social se agigantó con la incorporación de los derechos fundamentales de los derechos humanos, y le dio un nuevo enfoque a los derechos económicos, sociales y culturales. Cabe señalar, no obstante, que esas normas, al menos en materia laboral, se hizo real con el cambio de integración de la Corte después del año 2003 y a partir de aquello que ya denominamos “cambio de paradigma”.

El cambio es regional porque existe en la región una transformación en los países hermanos latinoamericanos, marco en el cual también resulta relevante su enfoque constitucional y sus recientes reformas constitucionales (de Ecuador, Venezuela, Bolivia, entre otros). Este cambio de paradigma que significa el neoconstitucionalismo, o Estado Social y Constitucional de Derechos como superador de la democracia representativa —siempre atada a la coyuntura—, dio un nuevo y renovado enfoque a la constitucionalización de los derechos sociales vinculados con los derechos humanos. Éstos son ahora entendidos en su plena operatividad y realización en favor de los destinatarios de las normas, en especial, los derechos económicos sociales y culturales que nos son comunes, y deben ser reconocidos por el solo hecho de que somos humanos, sin importar la nacionalidad o lugar donde resulte de aplicación. Tales derechos nos convocan a expresar con el lenguaje conocido en España de “ciudadanía en la empresa”. Estas normas internacionales de derechos humanos vienen a dar respuesta protectoria a los más débiles frente a la agresividad del mundo globalizado; y es el juez el encargado de hacerlos efectivos en los casos concretos que se presenten.

Por ejemplo, el art. 11, apartado 3, de la Constitución de Ecuador sancionada en el año 2008, establece que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Debemos tener presente que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana, se proyectan sobre el terreno de las relaciones laborales y el derecho a trabajar, y se desarrollan de la mano de una marcada evolución legislativa y jurisprudencial, que la Corte denominó *corpus iuris* y enumeró detalladamente en el precedente “Álvarez”<sup>(9)</sup> —que, sin dudas, puso en crisis el modelo de estabilidad relativa impropia—.

Entre la abundante normativa internacional referida al principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, podemos referirnos también a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.I) y a la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): “[e]l hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de

.....

(9) CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 07/12/2010, publicado en Fallos 333:2306, considerando 3° y 4°, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar). Normas internacionales de rango constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, arts. 1.1 y 24). Ello, además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 2°). Se añaden a este listado, en el plano *supra* legal (art. 75.22 cit., primer párrafo); la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960); el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

las Naciones Unidas]”.<sup>(10)</sup> Para la Carta Democrática Interamericana, “[l]a eliminación de toda forma de discriminación” contribuye “al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (art. 9°). También se suma a ese listado el material proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como es el Convenio 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968) —al que, dada su naturaleza, Argentina le dio jerarquía *supra* legal (“Milone”, Fallos: 327:4607, 4616)—. El Convenio 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (...) d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modalidad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social.<sup>(11)</sup> El mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”.<sup>(12)</sup>

(10) Citado en el caso “Álvarez”: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, Recueil 1971, párr. 131.

(11) Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

(12) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, Serie A, N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100.

En lo que hace la exigibilidad de tales derechos a los particulares, el Máximo Tribunal puntualizó:

“el carácter imperativo que rige en el derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de ‘medidas positivas’ para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un ‘deber especial’ de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Luego, pesa sobre el Estado, ‘independientemente de cualquier circunstancia o consideración’, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.<sup>(13)</sup>

El contenido de esos derechos ineludibles para los jueces, están allí para que se realicen en los casos concretos. De lo contrario, señaló la Corte Suprema de Argentina,

“... debería admitirse otro resultado no menos inadmisibles y que, a la par, echaría por tierra el control de constitucionalidad confiado a la magistratura judicial: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento

---

(13) CSJN, caso “Álvarez”, cit., cons. 4º, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, el objeto de estudio del intérprete constitucional”.<sup>(14)</sup>

De todo ello se desprende un compromiso no neutral de la función jurisdiccional en este tipo de casos a fin de que ese abundante cuerpo de normas (*corpus iuris*) se realice en los casos específicos. No se trata de la intromisión en la función de otros poderes, sino de la aplicación de las normas para resolver un caso concreto en un conflicto entre particulares que afecta mucho más que el interés individual de una persona, ya que el menoscabo de los derechos que se ven comprometidos excede el interés puntual de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad.<sup>(15)</sup> De lo contrario, sería una retórica estéril formalizar una enumeración exhaustiva de derechos y garantías para luego rechazar la pretensión y, de esa manera, transformar a esos postulados normativos en meras declamaciones de principios que los ciudadanos y ciudadanas no puedan experimentar ni ver realizados en su interrelación con lo demás.

## 3.2 | La obligatoriedad de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos

El principio *pro homine* es el instrumento integrador de todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido, cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica en la medida en que un Estado haya reconocido la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales,<sup>(16)</sup> dispuso: “Los Estados (...) asumen varias obligacio-

(14) CONSTITUCIÓN NACIONAL, art. 75.23; CSJN, *in re* “Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido”, 14/09/2004, p. 3688, Fallos 330:1989, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

(15) CSJN, “Dictámenes de la Procuración General de la Nación”, Fallos 322:3578, 324:392 y 333:2306, p. 2309, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

(16) Arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054.

nes, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.<sup>(17)</sup> Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional.<sup>(18)</sup> Cabe señalar que la Convención Americana (CADH), en sus arts. 1.1 y 2, impone el deber para los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que es “deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>(19)</sup> Cuando se califica la pretensión del reclamo laboral es tarea ineludible valorar su viabilidad a la luz del derecho vigente, tanto más cuando se alegaron tratados internacionales a los que el país está vinculado, cuya prescindencia, en el supuesto de resultar viable su aplicación, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.<sup>(20)</sup> Es decir, cuando la Nación ratifica un convenio se obliga a que sus órganos internos lo apliquen a los supuestos que contempla, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional.<sup>(21)</sup> En caso de que no sea tratado por los jueces de la instancia, resulta apta la vía del artículo 14 de la ley 48 para acceder al máximo tribunal por haberse omitido la valoración de una garantía del derecho internacional pues, además, el haberse preterido puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional.<sup>(22)</sup>

(17) OC 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145.

(18) CSJN, Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130, 325:292.

(19) OC 11/90, parágrafo 23.

(20) CSJN, Fallos: 318:2639; 322:3193; 326:3852, entre otros.

(21) CSJN, Fallos: 325:292, entre muchos otros.

(22) Ver “Fallos 328:1146 L.L. 09-05-04, nro. 108.891, resumen del fallo. L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.966, nota al fallo. L.L. 26-05-05, nro. 108.945, nota al fallo. L.L. 25-07-05 (supl.), nro. 109.192, notas al fallo. L.L. 31-08-05 (supl.), nro. 109.330, nota al fallo”, en CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005; “Fallos 328:1491 L.L. 31-05-05 (supl.),

En el funcionamiento del Estado de Derecho el control de constitucionalidad es propio de todos los jueces y, en ese esquema, la función de la Corte Suprema es la del intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional.<sup>(23)</sup> Ese control de constitucionalidad lleva implícito también que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, además, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el instrumento internacional, sino también la interpretación que, del mismo, ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la CADH.<sup>(24)</sup> Señala Gialdino que no es de importancia menor indicar que a este contexto se incorpora otra línea doctrinal permanente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”, lo cual, por lo demás, es una regla que ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De esta norma, precisamente, se ha hecho eco la Corte Suprema en más de una oportunidad.<sup>(25)</sup> Agrega el mencionado autor, con cita de jurisprudencia de la CIDH, que el control judicial de “constitucionalidad / convencionalidad” de oficio tiene inequívoco fundamento en el sistema de fuentes de la Constitución Nacional, provenientes del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En todo caso, acota, esta función “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifesta-

nro. 108.970. L.L.1-08-05 (supl.), nro. 109.331, nota al fallo”, en CSJN, “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones —arts. 104 y 89 del C.P.— causa n° 3221”; 17/05/2005; CSJN, “Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A. s/ homicidio calificado por el vínculo y alevosía -causa n° 120 /02”, 08/08/2006.

(23) CSJN, Fallos 311:2478.

(24) GIALDINO, ROLANDO E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *La Ley* 2008-C, 1295.

(25) GIALDINO, *ibid.* Explica que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados, ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Ver, en tal sentido, CSJN, “Fibracon Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Sentencia del 07/07/1993, Fallos 316:1668, 1669; en sentido análogo, CSJN, “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, Sentencia del 13/10/1994, Fallos 317:1282, en *La Ley Online*, LL1995-D, 277. “Los tratados deben ser interpretados y cumplidos de buena fe”, afirmó la Corte Suprema, con cita de la mentada Convención de Viena, en “Corporación Financiera Internacional c/ Aragón”, Sentencia del 03/07/2007.

ciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".<sup>(26)</sup> De todo ello, se desprende que se imponen deberes a los poderes públicos (los principios rectores de la política social y económica) para conseguirlo.

## 4 | La crisis de la estabilidad relativa impropia

En otra oportunidad, advertimos que la legislación laboral de rango inferior no daba respuesta suficiente a los casos denominados de "violencia laboral" (acoso sexual, moral, psicológico, discriminación e inclusive maltrato físico). Las razones son variadas, pero puntualmente responden a que se contractualiza un fenómeno que escapa a la mera voluntad de la partes, máxime cuando, supuestamente, la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo se haya restringida y la tarifa no alcanza a responder las particularidades de cada caso. Como ejemplo, citamos el caso "Poy"<sup>(27)</sup> (se trató de un trabajador que sufrió una agresión física de un gerente que lo tomó del cuello, le gritó y lo amenazó provocándole lesiones físicas, angustias y padecimientos morales, aunque sin secuelas incapacitantes), en el que se destacó que la respuesta cerrada de la indemnización tarifada del artículo 245 LCT hubiese borrado los hechos concretos del caso; es decir, a partir de una supuesta facultad de despedir, o acto potestativo, se crearía una ficción que soslayaría la violación de otras figuras del ordenamiento general que protege a la persona pero que, vistiéndosela de trabajador, quedaría sin la correspondiente tutela.

El ordenamiento jurídico general suministra herramientas concretas —desde la nulidad por el hecho ilícito<sup>(28)</sup> hasta la búsqueda de una reparación integral—, sin que resulte necesario romper el vínculo laboral porque,

.....

(26) CORTE IDH, *in re* "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Sentencia del 24/11/2006, Serie C N° 158.

(27) CNAC APEL. TRAB., Sala II, *in re* "Poy, Cristian M c/ Automóviles San Jorge S.A. y otro", Sentencia 21/05/2007, comentario David Duarte, en *Revista Jurídica La Ley*, año LXXI, n° 168, 03/09/2007, pp. 4/6.

(28) Walter Carnota señala: "... se ha preferido así un carril civil de reparación restituyendo la situación al statu quo ante con la reinstalación del trabajador (arg. arts. 1050 y 1083 C.C.), fruto de la declaración de nulidad del acto discriminatorio (art. 1044, íd.), antes que las típicas consecuencias del derecho del trabajo (rescisión tarifada)", en CARNOTA, WALTER F., "Aspectos procesales en el despido discriminatorio: la vía elegida y los medios de prueba", en *ElDial*, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com); ref: elDial - DC9B3.

de lo contrario, se estaría sumando otro daño. En los últimos años, el modelo tradicional de estabilidad relativa impropia sufrió embates y, de ser un concepto cerrado, oscuro, ahora es puesto en cuestión desde el prisma de los Derechos Fundamentales.

El diseño de la Ley Antidiscriminatoria (23.592), como el de Tutela Sindical (art. 47 de la ley 23.551) son de textura similar: ambas ordenan al juzgador mandar a “cesar el acto” que se reputa arbitrario. Este mandato del legislador vino a poner a texto expreso lo que distintos autores venían sosteniendo frente al acto ilícito —es decir, su nulidad— y cuando ese acto arbitrario expresaba el despido, la consecuencia jurídica necesaria es la reinstalación. La respuesta del legislador de los '90, en pleno auge flexibilizador, fue la sanción de la ley 25.013 que vino a ponerle precio a la discriminación: sistema perverso, por cierto, pues quien puede pagar puede discriminar, y ningún ordenamiento jurídico serio puede tolerar semejante aberración. El cambio de paradigma del año 2004 no consistió solo en los fallos de la Corte, sino que también se expresó con la sanción de la ley 25.877,<sup>(29)</sup> que derogó el art. 11 de la ley 25.013 y dejó a las situaciones de discriminación sin tarifa: ya no se podía “discriminar a la carta”. La derogación mencionada produjo la aplicación de la Ley Antidiscriminatoria<sup>(30)</sup> sin reparos. No obstante, fue la jurisprudencia la que fue poniendo en escena la discusión y las soluciones a los casos que fueron presentándose,<sup>(31)</sup> la doctrina desató la polvareda y reinstaló definitivamente la idea de la crisis del sistema especial por no dar éste respuesta acabada, con las típicas consecuencias que ello acarreó para el derecho del trabajo (rescisión tarifada).<sup>(32)</sup> Esta interferencia

(29) CARNOTA, WALTER F., *ibid.*

(30) MAZA, MIGUEL ÁNGEL, “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas”, en *Revista Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social*, 2004, n° 9, p. 546 y ss.

(31) Por mencionar algunos: CNAC APEL. TRAB., Sala X, “Stafforini, Marcelo Raúl c/ Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social ANSES s/acción de amparo”, 29/06/2001; Sala VI, *in re* “Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/juicio sumarísimo”, Sent. N° 56.971, 10/03/2004; Sala IX, “Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina S.A. s/despido”, Sentencia N° 12.488, 31/05/2005; Sala V, *in re* “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A.”, 14/06/2006; Sala V, *in re* “Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”, 21/12/2006; Sala II, “Álvarez, Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A.”, 25/06/2007, [en línea] [www.leyonline.com](http://www.leyonline.com)

(32) AMENTA, MARÍA ADELA, Comentario al Fallo “Parra Vera”, en la *Revista La Causa Laboral*, n° 22, 2006; RODRIGUEZ SAIACH, LUIS A., “No se viola la estabilidad impropia cuando el despido sin causa encubre discriminación”, en *LL* 2005-F, 235; ROA, LUIS, “A propósito del fallo ‘Greppi’: un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones

al esquema laboral dependiente, en realidad aparece como una discusión que no es novedosa:<sup>(33)</sup> expresa las contradicciones del modelo de estabilidad relativa impropia y revitaliza una posición que planteó en su momento Justo López<sup>(34)</sup> —y que ahora cobra vigencia—.<sup>(35)</sup>

A esta solución se la ha denominado extra-sistémica; quienes así la mencionan sostienen que existen reglas para que opere la ley de derecho común en el ordenamiento laboral como fuente subsidiaria para regir la relación jurídica subordinada o contrato de trabajo. La primera consiste en que las normas propias del derecho especial no contengan disposición para regular la materia o caso. La segunda es que, aun cuando esto suceda, la proyección subsidiaria o supletoria de tal vacío no implique el desconocimiento de principios propios de esa rama especial. Sentado ello, se dice que si la LCT contiene disposiciones expresas sobre determinadas prohibiciones, actúan los arts. 242 y 245, que articulan la sanción para su incumplimiento (“inobservancia de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que configuren injuria que por su gravedad no

laborales”, en *Doctrina Laboral Errepar*, t. XIX, diciembre de 2005, 1127; CORNAGLIA, RICARDO J., “La discriminación laboral y los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos”, en *DJ* 2005-3-998; FERREIROS, ESTELA M., “La discriminación con su sanción nulificante y la aplicación hecha, en tal sentido, en el caso ‘Greppi’”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n° 24, diciembre 2005, 1991; ELFFMAN, MARIO, “La Responsabilidad del Empleador por el Despido Discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo I*, año 2000-1, p. 253; RUBIO, VALENTÍN, “Discriminación en el Trabajo. Despido Discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo-1*, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 219; GARCÍA VIOR, ANDREA E., “Arbitrariedad y Discriminación en el Despido”, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com), ref: elDial - DC9B6.

(33) Es interesante ver el desarrollo del debate y sus orígenes. Ver MACHADO, JOSÉ DANIEL y OJEDA, HORACIO RAÚL, en Ackerman, Mario (dir), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. IV, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 385.

(34) LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Revista Legislación del Trabajo*, t. XXI, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna, p. 289 y ss. La ruptura del compromiso de dar ocupación efectiva hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener la jubilación (conf. arts. 10, 90, 252 y concs. LCT) —según el modelo de contratos de trabajo perdurables que nuestra legislación ha adoptado para los contratos ordinarios por tiempo indeterminado— constituye un ilícito contractual (ver LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. II, pp. 1108/1109; FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2001, p. 1566, entre otros).

(35) MEIK, MOISÉS, “La estabilidad en el empleo. Un derecho humano que posibilita la nulidad del despido ilícito y la readmisión del trabajador”, en *Derecho laboral*, Bs. As., Ed. Nova Tesis, 2004, pp. 215/310; BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J., “Tres casos de despidos nulos: En fraude a la ley, discriminatorio e incausado”, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com), ref: elDial - DC9B4.

consienta la prosecución de la relación"); es decir, según esta postura, lo único que le quedaría al trabajador víctima de un trato hostil arbitrario es "la potestad de disolver el contrato por su sola voluntad", con ello se argumenta que no estaría cumplida la primera condición de vacío que deba rellenarse con normas del derecho común.<sup>(36)</sup> Disentimos con ello, porque cuando se configura un ilícito corresponde la incorporación extra-sistémica, en tanto una de las partes (el agresor, hostigador, discriminador, acosador, violento, etc.) se ha salido del marco del contrato, porque el incumplimiento no es propio de lo que estipularon las partes, sino de lo que dispone la ley.<sup>(37)</sup>

Sin perjuicio de la observación mencionada, la violación de derechos fundamentales no solamente involucra a las partes del contrato, sino también a toda la comunidad. Este compromiso social se deriva del respeto vertical que debe imperar en las relaciones sociales, pero también es exigible de manera horizontal, entre particulares. La exigencia proviene de las normas de derechos humanos emanadas de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y que atraviesan todo el derecho del trabajo. Los derechos humanos se han instalado en la cumbre de la pirámide jurídica. El pensamiento jurídico nacional los está asimilando, construyéndose jurídicamente un fortalecimiento del sentido protectorio del art. 14 bis que protege la dignidad de la persona, independientemente de su condición de sujeto del contrato laboral: éstos son los llamados derechos de ciudadanía en la empresa,<sup>(38)</sup> que el trabajador no pierde al trasponer el umbral de la puerta del establecimiento.<sup>(39)</sup> Por ello, ante la

.....

(36) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "La Discriminación y el contrato de trabajo", en LL 2006-E, 134; DT, enero/2007, p. 1; PATRÓN, JAVIER, "Nulidad de los despidos por causas discriminatorias ¿Se altera el sistema de estabilidad laboral?", [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com), ref: elDial - DC9BC.

(37) El ejemplo que daría el autor mencionado en la nota anterior es la prohibición de la conducta discriminatoria por los motivos que se enuncian en los arts. 17 y 81. Sin embargo, ésta es una prohibición legal, no contractual, más allá de que esas normas de orden público se incorporen al contrato, pues todas las normas de orden público rigen las relaciones entre las partes, pero su efecto es la indisponibilidad. En cuanto a su violación, en este tipo de actos —que exceden el marco contractual—, se activan otros dispositivos del ordenamiento jurídico general porque esa conducta —por ejemplo, la discriminación— se salió de las obligaciones meramente contractuales estipuladas por las partes.

(38) CAPÓN FILAS, *op. cit.*, LL, Sup.Especial, septiembre, 2004, p. 39.

(39) No es menor el criterio interpretativo de esas normas de derecho fundamentales que nos ha proporcionado la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la solución de los conflictos individuales del trabajo (ver los casos "Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido" y "Aquino,

alteración de los términos de la relación laboral, corresponde restablecerlos en el sentido que la Corte expresó en el caso “Madorrán”,<sup>(40)</sup> en cuanto sentó las bases para un examen del derecho al trabajo. En tal sentido, frente al planteo de la relatividad del derecho a la estabilidad se dijo allí que “las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.<sup>(41)</sup>

También se refirió que sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa es una solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —que, aun estando en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del art. 75.22, que otorga jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia—. La aplicación de dichos principios y pautas, por lo demás, se justifica plenamente desde el momento en que el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar”, comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo (tal como, por otro lado, surge de los trabajos preparatorios del citado Pacto, el cual, además, si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta). Se trata del derecho al trabajo que, además de estar también enunciado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado

Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” —LL 2004-E, 1929; 2005-A, 16—), pues “El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., CN) y el de razonabilidad (art. 28, CN)”, como han señalado GIANIBELLI, GUILLERMO y ZAS, OSCAR, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, n° 1, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 178.

(40) CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, 03/05/2007, sentencia firmada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi. Los jueces Argibay, Highton de Nolasco Maqueda, lo hicieron concordantemente, según sus respectivos votos.

(41) CSJN, *in re* “Madorrán”, cit., voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, considerando 5°.

“inalienable de todo ser humano”, tal como se señala en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Incluso, a la luz exclusiva de los ordenamientos nacionales, se ha juzgado que el “derecho al trabajo” también se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo”, es decir, a no ser despedido “si no existe una justa causa”.

En dicho precedente también se señaló que la reinstalación prevista en el art. 14 *bis* guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados por violaciones de aquéllos reprochables a los Estados. A ese efecto, cito como dato ilustrativo la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baena Ricardo y otros [270 trabajadores] vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001: después de reconocer las violaciones de derechos de las que habían sido objeto los empleados públicos en ocasión de su despido por el Estado demandado, y de asentar el principio de reparación antes mencionado, condenó a este último a restablecer en sus cargos a las aludidas víctimas.<sup>(42)</sup>

Tales nociones, por cierto, son también plenamente aplicables al empleo privado, en la medida en que estos instrumentos internacionales no hacen ningún distingo entre empleo público y privado; como ya señalamos, los derechos que garantizan y protegen la dignidad de las personas atraviesan todo el derecho del trabajo.

Desde esa perspectiva, la doctrina sentada en el caso “Álvarez” es un paso más en la progresividad de los derechos económicos y sociales que la Corte ha venido anunciando desde que se produjo el cambio de paradigma con los pronunciamientos emitidos con su nueva integración. Dicha transformación se advirtió a partir del fallo “Vizzoti”, del 2004, a partir del cual el Máximo Tribunal retomó el “Ritmo Universal de Justicia”, constituyéndose en el vaticinio de que algunos precedentes (como el caso “Rodríguez c/ Cía Embotelladora”, que fue un ícono de la ignominia de los '90) estaban concluidos. Por esa razón, hablamos de “crónica de una muerte anunciada” cuando, con el dictado de la sentencia “Be-

(42) CSJN, *in re* “Madorrán”, cit., voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, cons. 8°.

nítez” (2009),<sup>(43)</sup> se puso fin a la doctrina del “necesario *quietus*”. Ahora se actualizan, se precisan y se amplían criterios sobre la estabilidad en el derecho privado, dejando en el pasado la doctrina del caso “Deluca”<sup>(44)</sup> y “Figuroa”,<sup>(45)</sup> o, en todo caso, se rediscute la idea de la “estabilidad relativa impropia”.

Algunas reacciones que ha provocado el pronunciamiento hablan de la imprevisibilidad, inseguridad e inequidad que ello producirá al empresario.<sup>(46)</sup> Entendemos, por el contrario, que esas tres plagas son las que sufre siempre el trabajador frente al despido arbitrario, traducido en la llamada “estabilidad relativa impropia”. Este instrumento letal para la realización de los derechos de la parte más débil de la relación laboral fulmina de manera terminante el derecho al trabajo, pues la amenaza del despido es una herramienta de disciplina que doblega la voluntad del trabajador y restringe la libertad frente a la opresión.

La única seguridad jurídica posible es la que examina el fallo “Vizzoti” cuando, en el considerando 9º, reconoce al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional e impone una seguridad jurídica en la lógica de funcionamiento del constitucionalismo social. En el caso “Vizzoti”, la Corte subrayó que el artículo 14 *bis* impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En la relación y contrato de trabajo se ponen en juego intereses particulares —tanto del trabajador como del empleador—, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del artículo 14 *bis*, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula.<sup>(47)</sup>

.....

(43) DUARTE, DAVID, “El artículo 30 de la LCT a la luz del caso ‘Benítez’ de la Corte. Final para la doctrina de ‘quietus’”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, I, 2010. Comentario al fallo CSJN, “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otro”, 22/12/2009.

(44) CSJN, *in re* “De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata. De Luca”, 25/02/1969, Fallos: 273:87.

(45) CSJN, *in re* “Figuroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. S.A. Figuroa”, Fallos 306:1208.

(46) Diario *La Nación*, del 26 de diciembre de 2010, Suplemento Economía & Negocio, p. 9.

(47) DUARTE, DAVID, “El artículo 30 de la LCT...”, *op. cit.*,

Por esa razón, no estamos de acuerdo con el criterio del voto de la minoría en el caso “Álvarez”: en nuestra opinión, el caso no se resuelve desde el punto de vista constitucional, sino que se da un enfoque parcial y aislado de las normas de derecho común que se creen en juego —tema que, desde la óptica sentada en el precedente “Benítez” ya citado, estaría restringido y no daría respuestas a temas constitucionales expuestos claramente por la mayoría, cuestión a la que volveremos más adelante—.

Es por tal motivo que, en el examen que se haga, cuando se encuentra en juego un derecho fundamental —como el principio de igualdad y de no discriminación o cualquiera de los derechos que involucra el art. 14 *bis*—, se debe acudir al diseño de la Carta Magna, que habiendo sido plasmado por el poder constituyente, no nos hace perder el norte, ni se enturbia en la coyuntura de la democracia representativa expresada en el poder constituido. La incorporación de las normas internacionales de derecho humanos, a la que el poder constituido debe subordinarse, aparecen como un bálsamo a los derechos sociales, tal como el máximo intérprete de la Carta Magna los aplicó en casos laborales concretos —lo que muestra un cambio de paradigma que exige un mayor desarrollo e instrumentación por parte de los actores sociales, aunque algunos parecen atados al esquema neoliberal de los '90—. <sup>(48)</sup>

En el considerando 5° del voto de la mayoría, en “Álvarez”, la Corte se apoyó en la exigencia internacional que impone a los Estados acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar la discriminación. Tales acciones positivas deben reflejarse en los órdenes internos en, por lo menos, dos sentidos: el de su legislación (señaló la Corte en tal sentido: “de lo cual es un ejemplo la ley 23.592”) y, también, el “de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales”. <sup>(49)</sup> Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias”. <sup>(50)</sup> Ello supone que una aplicación de la LCT, como se señala de manera vacua desde algún sector, no haría efectiva la prohibición de discriminación. Al

(48) DUARTE, DAVID, “Derecho de daños laborales”, en *DT 2010*, setiembre, 2304.

(49) CSJN, *in re* “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento -Distrito Capital Federal”, Fallos: 332:433, 439.

(50) Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes —art. 2, párr. 1, del Pacto—, HRI/GEN/1/Rev. 9 —Vol. I—, párr. 3.

contrario, se le pondría una tarifa y, de esa manera, se monetizaría la discriminación y quienes detentan el capital podrían discriminar. Sería una suerte de “patente de corso” para la discriminación: tarifar tal comportamiento habilitaría discriminar a la “carta”. El acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, ya que reniega de uno de los caracteres ínsitos de ésta, la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos —de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad, que es intrínseca o inherente a aquéllos—. <sup>(51)</sup> Agregó la Corte, en el considerando 6° del fallo “Álvarez”, que correspondía descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones: 1°) nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; 2°) “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos”; <sup>(52)</sup> 3°) reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En su mérito, la relación laboral contiene una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que 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—. <sup>(53)</sup> Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente entrañables”, <sup>(54)</sup> tal como, con claridad, es destacado por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional —“las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas (...) de labor”— y reiterado en otras normas internacionales de rango constitucional. <sup>(55)</sup> Destacó

(51) Citó la Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, párr. 1°; y art. 1°; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), preámbulo, párr. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), preámbulo, párr. 1, y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), preámbulo, 2° párr. y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional.

(52) “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, voto del juez García Ramírez, párr. 20.

(53) CSJN, *in re* “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, Fallos: 332:2043, 2054.

(54) CSJN, *in re* “Madorrán”, *cit.*, Fallos: 330:1989, 2004.

(55) Ver el art. 7° PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948.

la Corte que garantizar la no discriminación configura para el Estado una "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato", cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional<sup>(56)</sup> ya que asumió la obligación de "proteger" los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo".<sup>(57)</sup>

## 5 | La libertad de contratar y el derecho de propiedad frente al derecho a ser reincorporado

El tema plantea una situación de confrontación de derechos, que parece estar subyacente en el debate cuando se esgrimen el derecho de contratar y el de propiedad del empleador ("derechos económicos de la empresa", según el lenguaje de algunos autores que, en el contexto constitucional, se olvidan de los límites que la Carta Magna impone a esos derechos decimonónicos). En tal sentido, ha jugado un papel fundamental la jurisprudencia,<sup>(58)</sup> en cuanto ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador y ha recordado que las imposiciones al empleador, a fin de asegurar derechos a los trabajadores, se han justificado en la obediencia del "ritmo universal de la justicia".<sup>(59)</sup> Y si bien al momento, en la década del '30, la Corte fue un tanto imprecisa al señalar como relevante el "ritmo universal de la justicia", no se debe ser demasiado inteligente para darse cuenta que estaba refiriendo a un contexto universal que reclamaba justicia social, lo que luego se plasmaría en numerosas normas y, decididamente, en la reforma constitucional de 1949 y que fue determinante para la de 1957, la que introdujo el art. 14 bis al texto liberal de 1853 de nuestra Consti-

(56) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 18, "El Derecho al Trabajo", E/C.12/GC/18, 2005, párrs. 31 y 18.

(57) *Ibid.*, nota anterior, párr. 22.

(58) CSJN, *in re* "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/acción de amparo", cit., p. 2319, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

(59) CSJN *in re* Fallos: 181:209; 212/214, Fallos: 189:234; "Vizotti", Fallos: 327:3677, 3689, y "Aquino", Fallos: 327:3753, 3770, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

tución. No obstante, también debemos reparar que el giro o expresión “derechos económicos de la empresa” es también impreciso: éstos necesitan ser puestos en contexto y definidos por alguien. En el contexto de los años '90, hablar de “derechos económicos de la empresa” encerraba una ideología bastante puntual, que fallos de la Corte como “Rodríguez c/ Cía Embotelladora”, “Soengas”, etc. evidencian por cuanto son relevadores de un orden público económico que está por encima de un orden público laboral y responden a una impronta que, después de la operatividad que adquirieron las normas internacionales de derechos humanos, podemos afirmar que han sido superados. En primer lugar, debemos tener presente que el interés general no puede afectar la dignidad de las personas. Es falsa cualquier dicotomía que se pretenda trazar entre el orden público económico y el orden público laboral, porque el orden público es uno solo y, en todo caso, debe funcionar orientado hacia la justicia social. Frente al argumento impreciso de los “derechos económicos de las empresas” cabe recordar el considerando 11° del Fallo “Vizotti”: señaló que la Corte no desconoce que, desde ciertas posiciones o escuelas, ubicar al trabajador como sujeto de preferente tutela sería inadecuado frente a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo o, cuándo no, del mercado económico en general. Al respecto, respondió con énfasis que consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional (aduciendo el logro de supuestos frutos futuros) deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; en suma, dar cabida en los estrados judiciales, a estos pensamientos y a otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo espejado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Como si eso fuese poco, agregó:

“... el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común (...) De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos (...) Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales

que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad... [Y, finalmente, concluyó que] ... Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano 'no constituye una mercancía'...".<sup>(60)</sup>

En los '90 la extorsión de la crisis puso en el eje del debate, para la resignación de derechos de las mayorías, el mentado "interés general": una expresión vacía de contenido, pues resulta un término que requiere ser precisado en cada situación que se invoque, porque en sí mismo es indescriptible sin que se contextualice a los casos a los que está referido. Al necesitar una definición en cada situación, necesita siempre de alguien que la defina y, por esa razón, termina siendo definido por el poder; es un instrumento del poder. Utilizada muchas veces como justificante de medidas restrictivas, aparece siempre que se habla de los fines del Estado: casi sin saber de manera acabada su significación, se repite muchas veces como aquellas cosas que significan algo (aunque nunca se sabe muy bien de qué se trata), como aquello del "poder del príncipe". La invocación del "interés general", formulado sin una explicación racional, será indiscutible al ser un ejercicio del poder y sus acciones, inexplicables racionalmente. En todo caso habrá que desentrañar cómo definir racional y democráticamente en cada caso en que se invoque al "interés general". Por cierto que cualquier formulación que se haga encuentra límites y que esos límites son la dignidad de las personas, sus derechos y garantías constitucionales. Es interesante, en este punto, recordar un fallo de la Corte<sup>(61)</sup> que, si bien no cuestiona esa discrecionalidad del Estado de tomar una decisión frente una situación de crisis, refresca esas atribuciones aunque precisa los límites constitucionales. La valla que los derechos y garantías de los ciudadanos oponen al avance arbitrario apoyado en la extorsión de la crisis es la que se monta en la desesperanza. La Corte explicó minuciosamente todas las limitaciones constitucionales en los considerandos 8º, 9º y 10º del pronunciamiento y, si bien reparó en que esas limitaciones no implican negar que el Estado, para conjurar, en aras del bien común, a las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente

(60) CSJN, caso "Vizzoti", cit., cons. 11º.

(61) CSJN, *in re* "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", 18/06/2013.

las remuneraciones de sus empleados,<sup>(62)</sup> sí clarifica sus límites. En tal sentido, suponemos, dio respuesta al tema que había sido abordado en otro precedente de los '90, el caso "Guida", doctrina que fue abandonada con el caso "Tobar", estableciendo los límites de la rebaja salarial en época de crisis. La relevancia de este caso nuevo es que de "manera terminante", señaló que "esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables". En el caso, el decreto municipal que rebajó los salarios de los trabajadores estatales (5/2003) había traspasado largamente esa valla constitucional. Al respecto, puntualizó que el art. 14 bis CN es una cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas,<sup>(63)</sup> señalamiento que se realizó en obvia alusión a los gobiernos nacionales, provinciales o municipales, como es el caso que comentamos. En definitiva, esos poderes deben respetar el goce de los derechos humanos como pre-requisito del desarrollo humano y económico. Por un lado, además del autónomo acatamiento del art. 14 bis —es decir, de la preferente tutela a los trabajadores públicos o privados—, las autoridades deben realizar un mayor esfuerzo por proteger los derechos económicos, sociales y culturales, frente a las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y de una "grave escasez de recursos". Por el otro, "el objetivo básico del ajuste económico"<sup>(64)</sup> debe ser la "protección" de las "capas vulnerables de la población". Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables",<sup>(65)</sup> cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis constitucional,

(62) En el considerando 11º se citan los fallos "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618, año 2000; "Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986", Fallos: 325:2059, 2077, 2082, 2083, 2001, año 2002; "Müller, Miguel Ángel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Contaduría General - Ejército Argentino - decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147, año 2003.

(63) CSJN "Madorrán", cit., p. 2007; "Masaglia, Carlos Alberto y otros c/ Consejo Federal de Inversiones", Fallos: 269:230, 234 y su cita, 1967.

(64) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales 2, párr. 9; 5, párr. 10; 6, párr. 17; 12, párr. 28; 14, párr. 18, entre otras.

(65) "Observaciones Finales", Bulgaria, 1999, párr. 23. Ver, asimismo, párrs. 14 y 24.

tutela ésta que, por ende, impone “un particular enfoque para el control de constitucionalidad”.<sup>(66)</sup> Destaca con particular énfasis que, ante una crisis económica, en el ámbito “global” se recomienda adoptar políticas que protejan a “las personas y las familias afectadas por [ésta], en particular las más vulnerables”.<sup>(67)</sup> El fallo también rescata otro principio de connotaciones valorativas de suma importancia: la “equidad”. A ella se refirió al examinar el “Pacto Mundial para el Empleo” para advertir que la arquitectura del Pacto se ha inspirado en la perspectiva de la justicia social y, a su vez, en el trabajo decente (digno, cabe precisar, en palabras del reiteradamente citado arto 14 *bis*). La justicia social y el trabajo decente es uno de los “cimientos” de “un proceso sostenible de reducción del déficit y la deuda” y de “inestabilidad social”. En ese contexto, se pregunta: ¿qué capas de la sociedad deberán soportar el costo de la crisis, y cómo se puede proteger mejor y dar más autonomía a los más vulnerables? La respuesta ineludible es que no puede ser que ese peso recaiga en última instancia en las familias trabajadoras.<sup>(68)</sup> Es por esa razón que el goce de los derechos humanos es un pre-requisito del desarrollo económico.<sup>(69)</sup>

En esa idea, la Corte entendió inoficioso estudiar si la norma de emergencia impugnada satisfizo los restantes recaudos que condicionan su validez y, con mayor razón, si encontraría sustento en el ejercicio de las atribuciones regulares de las autoridades. Ello, porque lo más importante es armonizar la protección de los derechos humanos del empleado público, con la de las potestades que ostentan las autoridades públicas. Finalmente, reflexionó em torno a que los derechos de los trabajadores no son absolutos, ni tampoco las potestades públicas.<sup>(70)</sup> El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del

(66) CSJN, *in re* “Vizzoti”, cit., p. 3688.

(67) Pacto Mundial para el Empleo (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, celebrada en Ginebra, 19 de junio de 2009, p. V).

(68) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Memoria del Director General. Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente”, 99º reunión, 2010, pp. 2, párrs. 10 y 11 y 1, párrs. 5º y 4º.

(69) CSJN, *in re* “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, p. 720.

(70) CSJN, *in re* “Madorrán”, cit., pp. 2006 —y sus citas— y 2013.

“bien común”,<sup>(71)</sup> “concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’”.<sup>(72)</sup> Este fallo forma parte de la saga de pronunciamientos que integran ese cambio de paradigma que mencionamos al comienzo y, en este punto, pone el acento precisamente en la valoración de derechos de los asalariados frente a derechos económicos. En tal sentido, debemos insistir en que esos derechos de la Constitución llamados “económicos” no son absolutos y que eso tiene su carácter relativo en la propia Constitución.

Hay que tener presente que los derechos de propiedad, el ejercicio de toda industria lícita y la libertad de contratar —derechos éstos que algunos llaman “derechos económicos de la empresa”, expresión que entendemos como decididamente imprecisa en términos constitucionales— no son absolutos y tienen su limitación en el propio texto constitucional, y que, no obstante, no parece advertirse esa limitación en cuestiones vinculadas con los derechos humanos —sobre todo, en aquellos que tutelan la dignidad de las personas—, pues no resultan disponibles, estando derivados de los derechos patrimoniales plenamente disponibles. Tampoco, por lo menos del texto constitucional expreso, se desprende alguna limitación a los derechos que asegura la Constitución Nacional en el art. 14 *bis*.

En cambio, cuando hablamos de la libertad de contratar —lo que no tiene una regulación expresa, pero puede desprenderse del ejercicio de las acciones privadas—, sí se encuentran límites a esa libertad, diseñados por la propia Constitución Nacional. Cabe advertir, por ejemplo, en cuanto a las acciones privadas, que deben salvaguardar el orden y la moral pública, y no deben perjudicar a terceros (según el art. 19 del texto constitucional argentino). Tales derechos y libertades, que deben ser garantizados y se esgrimen defensivamente, no tienen carácter absoluto, ni son inflexibles, y su goce, junto con el de ejercer toda industria lícita, será conforme las normas que reglamenten su ejercicio (arts. 14 y 28 CN).

.....

(71) CADH, art. 32.2.

(72) CADH, la Expresión “leyes” en el art. 30, cit., párr. 29.

En antigua jurisprudencia se interpretó que el criterio constitucional para resolver si una industria es lícita no puede ser el de su utilidad y conveniencia, sino el de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública o perjudique a terceros conforme el art. 19 CN.<sup>(73)</sup> En años posteriores, la jurisprudencia señaló que, en todo caso, es un principio admitido que la libertad de industria debe ejercerse con arreglo a las disposiciones que se dicten.<sup>(74)</sup>

También se memoró, sobre bases análogas, que:

“toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado/a u obrero/a, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la ley Fundamental”.<sup>(75)</sup>

Y ello también condujo, en “Roldán c/ Borrás”, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado, destacando el Tribunal que “el fundamento valorativo de la solución” reposaba “en inexcusables principios de justicia social<sup>(76)</sup> y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica”.<sup>(77)</sup>

Cabe destacar de manera particular lo afirmado respecto de la relación de trabajo, y el especial interés que se le ha otorgado al trabajo humano:

“... garantizar la no discriminación configura para el Estado una ‘obligación fundamental mínima’ y de cumplimiento ‘inmediato’, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (...), cuanto más que aquél ha asumido

(73) CSJN, Fallos 98:56.

(74) CSJN, Fallos 124:78.

(75) CSJN, *in re* Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia “West Coast Hotel Co. v. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”, [en línea] [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

(76) Ver CSJN, *in re* Fallos: 181:210; Fallos: 189:234; 246:345 y otros.

(77) Fallos: 250:46, 48/50.

la obligación de 'proteger' los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de 'medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo' (...). Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (...). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit., p. 2004). Ya el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, 'concordante con la doctrina universal': el principio de favorabilidad".<sup>(78)</sup>

Subordinar las exigencias fundamentales que, de esto último, se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes del empresario, desbarataría la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado.<sup>(79)</sup>

En particular se destacó que admitir que los poderes del empleador determinan la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías adoptadas a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.

(78) CSJN, *in re* "Álvarez", cit., Fallos 333:2306, cons. 6º, p. 2320.

(79) CSJN, *in re* "Álvarez", cit., cons. 10, p. 2324, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

En dicha jurisprudencia también se señaló que el ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye un valor fundamental, respecto de cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (considerando 10°). En tales términos, en el cons. 6°, se afirmó que “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos”.

## 6 | Las facultades discrecionales del empleador tienen límites impuestos por el ordenamiento constitucional

El voto de la minoría en el caso “Álvarez”, en el considerando 9°, sostuvo que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. Este criterio es parte del que sostuvo el voto en minoría de la Cámara Laboral en el caso “Álvarez”, habiéndose expresado, también en la Cámara Laboral y en minoría, en el caso “Camusso”,<sup>(80)</sup> en el que se dijo que la jurisprudencia de la CSJN no admite en el derecho de las relaciones privadas la imposición del contrato. Claro que una persona discriminada, calificada por los jueces que votaron en minoría en el caso “Álvarez” como “empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia”, es una formulación que va más allá de una facultad reconocida legalmente: es casi otorgar una prerrogativa contraria al sentido protectorio del art. 14 bis CN, además de contar con una fuerte presunción discriminatoria porque, sobre bases igualitarias, todas las personas merecen trato digno por igual. Resulta paradójico que los mismos jueces que reconocieron en el mismo voto que el despido había sido “discriminatorio” justifiquen ese despido sobre la base de “la pérdida de confianza” pues, si es discriminatorio, es nulo, violenta derechos fundamentales y, por ser un acto ilícito, sus efectos son la nulidad. Luego, se instala a “la pérdida de confianza” como un derecho superior al propio derecho constitucional y sin base en

(80) CNAC. APEL. TRAB., Sala II, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/amparo”, 25/06/2007; CNAC. APEL. TRAB., Sala III “Camusso, Marcelo A. c/ Banco de la Nación Argentina”, 29/07/2009.

él, como un derecho infranqueable. A esta altura nos preguntamos qué es “la pérdida de confianza” en el contexto de un trato discriminatorio, reconocido sin discusión. En primer lugar, hay una carga distorsiva del lenguaje porque “la confianza” no es una persona, supone la existencia de un sujeto que confía o no, y en el contexto de un contrato laboral que se caracteriza por ser “sinalagmático”, “la confianza” es un concepto que debe observarse atendiendo las particulares circunstancias de cada caso, sin establecer reglas generales en abstracto, porque se corre el riesgo de avasallar derechos de una de las partes de la relación —y, mucho más, cuando respecto de una de ellas el ordenamiento jurídico advierte que merece un trato digno que lo preserve de la desigualdad de hecho típica de la relación laboral—. En el caso “Álvarez”, se trató de un grupo de trabajadores que fueron despedidos porque se organizaron para formar un sindicato (en ejercicio del derecho constitucional que reconoce a los trabajadores el derecho de “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro”, conforme establece el art. 14 bis). En consecuencia, darle prevalencia a “la pérdida de confianza” del empleador, en el caso de reconocerle al empresario la facultad de impedir la formación de un sindicato, consistiría en darle prioridad a una actitud arbitraria que cercena el ejercicio de un derecho constitucional. Ello nos llevaría a preguntar qué bases constitucionales sostienen la facultad de algunos individuos para decidir, por sí y ante sí, esgrimir un postulado abstracto de apreciación subjetiva, como “la pérdida de confianza”, para oponerse al ejercicio de un derecho constitucional que reconoce a los trabajadores la posibilidad de formar un sindicato; una hipótesis sólo atendible en caso de que hubiese alguna cláusula constitucional que así lo sostenga, aunque aun en tal caso habría que sopesar o ponderar cada uno de los derechos constitucionales en juego. Sin embargo, cuando hablamos de “la pérdida de confianza” no estamos frente a un derecho constitucional, sino a una expresión carente de juridicidad.

En la relación laboral, hay un sujeto que manda y otro que obedece, porque al sujeto empleador el ordenamiento le ha reconocido facultades de dirección y organización (arts. 62, 63, 64 y 65) y, como contrapartida, al subordinado se le da protección para evitar el abuso de ese poder. Se le pone como límite la dignidad (art. 68 *in fine* LCT) y, así, el trabajador no queda abandonado a merced de ese poder; eso no es lo que la ley quiere. Ello responde al mandato constitucional: al sujeto que queda sometido a ese poder se le reconoce “preferente tutela constitucional” (ver caso “Vizzotti”), exigiendo que, por lo menos, goce de condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis CN).

Siguiendo la línea de razonamiento de la minoría que aplica “la confianza” en una relación contractual sinalagmática, hay que señalar que ésta también debiera ser exigida por el trabajador al empleador. Sin embargo, cuando el trabajador pierde su confianza respecto de un empleador incumplidor, que no registra parte de su salario, o no consigna su fecha de ingreso, o comete las irregularidades que frecuentemente son motivo de reclamos judiciales y luego resultan comprobados, debe sacrificar su empleo. En efecto, todos esos trabajadores que fueron a juicio para obtener el reconocimiento de sus derechos, son trabajadores que tuvieron que sacrificar su empleo para conseguir el respeto de la ley y su pérdida de confianza hacia el empleador sólo los condujo a una peor situación, es decir, quedarse desempleados, sin ingresos y obligados a judicializar el reclamo de sus derechos.

Por lo tanto, el trabajador no puede utilizar “la pérdida de confianza” como instrumento eficaz para el ejercicio de derechos en esa relación que se supone sinalagmática. De esa manera, “la pérdida de confianza” con carácter objetivo (absoluto de contenido esencial) sólo puede ser invocada por el amo en relación con su esclavo, pero resulta inaceptable en una relación sentada sobre la base de la libertad, en un vínculo jurídico inserto en una sociedad democrática, plural y libre. Ello, porque “la pérdida de confianza” no es un dato que sirva por igual a cada una de las partes en una relación laboral: en una sociedad libre basada en la igualdad entre las personas, el dato más significativo es el respeto de la dignidad por igual a todos los miembros de la comunidad. Por lo tanto, “la pérdida de confianza” no es un parámetro que sirva para medir por igual una relación jurídica que tiene como determinante el trato digno a cada una de las personas que integran dicha relación. En consecuencia, sobre bases igualitarias, se debería pensar en la dignidad de las personas, en lugar de decir que todos son iguales —ergo, que todos son dignos—. Es más apropiado afirmar que todos son diferentes —ergo, que todos deben ser respetados en dignidad y derechos—. <sup>(81)</sup> Dice Gialdino que la dignidad humana no es un derecho, sino una fuente de derechos. Por lo tanto, en el derecho antidiscriminatorio, la

(81) DUARTE, DAVID, “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: ‘La nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador’”, ponencia presentada en XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social —Filial Córdoba— y la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 13 y 14 de mayo de 2011. En dicha oportunidad citamos a KAUFMAN, GUSTAVO ARIEL, *Dignus Inter Pares*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 92.

dignidad requiere que todos sean integralmente respetados, y los tratos desiguales constituyen fuertes indicios de la falta de respeto a la humanidad esencial de cada uno, de una posible humillación. No es la desigualdad en sí misma la que lastima, sino lo que fuertemente presume una violación de la dignidad del hombre detrás de la categorización injustamente utilizada para maltratarlo, para negarle la calidad de hombre esencial.<sup>(82)</sup>

Es por ese motivo que el voto de la mayoría en el caso “Álvarez” resulta más apropiado para la sociedad actual, que respeta los derechos fundamentales. Por esa razón, sostuvo que es inatendible la defensa que había esgrimido la demandada con fundamento en que la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Ese argumento de la empresa se había apoyado en el precedente “Figueroa”,<sup>(83)</sup> que había declarado la inconstitucionalidad de un convenio colectivo que establecía la estabilidad del trabajador. En el caso “Álvarez”, la Corte sostuvo que el criterio del caso “Figueroa” debía ceder ante el *corpus iuris* de los derechos humanos reiteradamente citado. Afirmó que el contenido y alcances de dichas facultades, y la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplias que hipotéticamente fuesen esas facultades del empleador, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación.

Agregó el Máximo Tribunal que subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado.<sup>(84)</sup> Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, “[s]iempre se

(82) KAUFMAN, G. A., *ibid.*, 2010, p. 120.

(83) La demandada invocó en su defensa el precedente “Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA”, de 1984, Fallos: 306:1208.

(84) CSJN, *in re* “Aquino”, cit., p. 3778, y “Madorrán”, cit., p. 2004.

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”.<sup>(85)</sup>

En esa línea, en los Derechos Fundamentales pesa sobre el empleador lo expresado sobre el *Drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos: el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”,<sup>(86)</sup> lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores”.<sup>(87)</sup> A su vez, la Corte señaló que: “el *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares”.<sup>(88)</sup>

## 7 | La adopción de una tarifa como reparación ante despidos injustificados no es un derecho constitucional

La Constitución Nacional, al garantizar protección contra el despido arbitrario, no impone un determinada forma de proteger y, por lo tanto, menos aun puede suponerse que exista una única forma mediante el pago de una tarifa: son otras las modalidades y no la única. El voto de la minoría en el caso

.....

(85) Art. 68 LCT. El resaltado está agregado.

(86) Ver Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, 1º párr.

(87) CORTE IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párrs. 146 y 151.

(88) *Ibid.*, párrs. 76 y 77.

"Álvarez", en el considerando 9º, sostuvo que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, se le debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido.<sup>(89)</sup> Una posición similar se propuso en el voto de la minoría del precedente "Camusso" por parte de la Cámara Laboral, donde se sostuvo que no se discute la incorporación del derecho internacional del trabajo, aunque se señaló que no se precisa de qué modo el derecho a ser reinstalado puede superar lo que el legislador nacional ha adoptado como mecanismo de reparación de los despidos injustificados mediante una tarifa y eventualmente con la imposición de una indemnización adicional. Tal afirmación no se hace cargo del cambio del bloque de constitucionalidad, como si el texto supralegal debiera adaptarse a la redacción de la norma inferior.

En todo caso, el legislador mantiene un plexo normativo dictado en otro contexto constitucional y no asume el nuevo mandato del poder constituyente. Ello no quiere significar que no deba "*aggiornarse*" y adecuarse al nuevo *corpus iuris* de los derechos humanos.

Admitir la posición que se esgrime como argumento reaccionario frente al nuevo paradigma, alteraría el sistema de prelación y jerarquía normativa previsto en la Constitución Nacional (ver arts. 14 *bis*, 28, 31; las normas internacionales del art. 75, incs. 22 y 23, y concordantes de la CN). Es por esa razón que lo que se sostiene en el voto minoritario del citado antecedente "Camusso" no se hace cargo de que el modelo diseñado en el Código de Comercio de antaño, y que luego fuera recogido por el actual art. 245 LCT y denominado "estabilidad relativa impropia", resulta totalmente anacrónico desde el plexo normativo del bloque de constitucionalidad del Estado Social y Democrático de Derecho, ahora expuesto con total claridad por la Corte por el fallo "Álvarez".

En dicha inteligencia, en el considerando 9º se sostuvo que sólo un entendimiento superficial del art. 14 *bis* llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la in-

(89) CSJN, doctrina de, "De Luca", Fallos: 273:87; "Figueroa", Fallos: 306:1208, y, "Agnese, Miguel Angel c/ The First National Bank of Boston s/ ac. de reinc. ley 23.523", Fallos: 321:3081.

terpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las “leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”. Y es ésta una conclusión que se impone “con mayor fundamento” respecto de la Constitución Nacional, que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción”.

Es por tal motivo que, ante la ausencia de una repuesta adecuada con la tarifa (advirtiéndose que el voto de la minoría debe recurrir a una aplicación analógica de las normas que supone como posibles en la aplicación de una reparación) cuando la respuesta adecuada es precisamente la que propone con toda claridad y adecuada al plexo constitucional, a la que contradictoriamente la minoría acepta su aplicación a las relaciones laborales. Es por eso que entendemos absolutamente coherente el voto de la mayoría (considerando 8º), ya que reconoce el derecho a la reinstalación —no solamente en virtud de la aplicación al caso de la ley 23.592 (cuando dice: “cesar el acto”), sino desde el ordenamiento jurídico general que suministra herramientas concretas y establece que, frente a un hecho ilícito, corresponde la nulidad del acto (arts. 18, 953, 1044 y 1045 CC)—,<sup>(90)</sup> la restitución al estado anterior del hecho ilícito y hasta la reparación integral. Ello, sin que resulte necesario romper el vínculo laboral, porque de lo contrario, con esto último se estaría sumando otro daño; por ello la opción entre la reinstalación o la reparación monetaria está siempre en cabeza de la víctima (o el acreedor) y no es una obligación para él, como algunos erróneamente interpretan al descalificar la reinstalación con el argumento de que no se puede imponer al/ a la que sufrió el maltrato de volver al mismo lugar. La persona víctima de la violencia laboral es portador de la opción a reinstalarse (por su derecho al trabajo, a

(90) Walter Carnota señala: “se ha preferido así un carril civil de reparación restituyendo la situación al *statu quo* ante con la reinstalación del trabajador (arg. arts.1050 y 1083 CC), fruto de la declaración de nulidad del acto discriminatorio (art. 1044, íd.), antes que las típicas consecuencias del derecho del trabajo (rescisión tarifada)”, en CARNOTA, WALTER F., “Aspectos procesales en el despido discriminatorio: La vía elegida y los medios de prueba”, en *ElDial*, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com) (ref: elDial - DC9B3. Ver también, entre otros, CNAC. APEL. TRAB., Sala IX, *in re* “Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. S/ Juicio Sumarísimo” (Expte: 11.296/09), Sentencia N° 16.920, 11/04/2001, voto del Dr. Pompa.

tener estabilidad y a no ser separado injustamente de su empleo) o a una reparación integral.

La decisión por la reinstalación, además, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, *vgr.*, por un despido arbitrario.<sup>(91)</sup> Es por ello que la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales<sup>(92)</sup>. La Corte aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la “reintegración en la empresa”.<sup>(92)</sup> Al respecto, las reparaciones (*remedies*) a las “víctimas de una conducta discriminatoria” deben orientarse a “reponerlas” en la “posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta”.<sup>(93)</sup>

## 8 | La “estabilidad propia y plena” no es contraria a la Constitución Nacional

Sostengo que la “estabilidad propia y plena” no es contraria a la Constitución Nacional, de la misma forma que sostuvo Justo López, figura que no podemos dejar de recordar. Y ello, sobre todo, porque ha habido algunos comentarios que insistieron en rechazar el criterio de considerar ilícito el despido arbitrario y realizan, al respecto, citas fragmentarias de Justo López. Pues, entonces, haremos algunas citas textuales e invitamos a los lectores a que cotejen qué cosa decía el ilustre maestro y qué comentó, en su momento, cuando la Corte emitió el mentado fallo “De Luca” —ahora citado en el pronunciamiento “Álvarez” de referencia—.

(91) Ver CORTE IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 02/02/2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 — y su cita— y 214.7; y CSJN *in re* “Madorrán”, cit., p. 2005.

(92) Ver COMISIÓN DE EXPERTOS EN CONVENIOS Y RECOMENDACIONES de la OIT, en su estudio general “Igualdad en el empleo y la ocupación (1988)”, que guarda relación directa con el Convenio 111 de la OIT (Capítulo IV: “Aplicación de los principios”, párrs 163 y 227).

(93) SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS *in re*: “Milliken v. Bradley”, 433 U.S. 267, 280 -1977.

Uno de los primeros artículos de Justo López<sup>(94)</sup> enseñaba con toda claridad:

“El despido arbitrario es un acto calificable como ‘arbitrario’ precisamente desde el punto de vista jurídico; es decir, un acto ilícito. Esto resulta, ahora, indudablemente, de la cláusula que eleva a nivel constitucional la protección contra él. Es un acto de ‘arbitrariedad jurídica privada’ (antijuridicidad), como lo vieron muy bien la doctrina y la jurisprudencia francesa al tratarlo como ‘acto abusivo’ un abuso de ‘poder privado’”.

Y concluía estas reflexiones con una pregunta: “¿Cómo podrá ser inconstitucional un sistema que a ese ‘acto ilícito’, en lugar de sancionarlo legalmente con una indemnización tarifada, simplemente, lo priva de toda eficacia jurídica, al aniquilar su ‘efecto disolutivo’ de la relación de trabajo?”. Tras afirmar que los fines del derecho del trabajo contienen la protección de la personalidad del trabajador y su integración social, aseveraba:

“... la impunidad del despido arbitrario frustra ambos fines porque el sometimiento del trabajador al capricho del ‘poder de mando’ en la dirección empresaria es contraria a su dignidad personal y la posibilidad de exclusión, sin motivo justificado, de la comunidad de trabajo lo convierte en un desarraigado, en un instrumento fungible o pieza intercambiable de una maquinaria social de producción de bienes o servicios...”<sup>(95)</sup>

Con el fallo “De Luca”, dictado por la Corte, Justo López sostenía:

“nos vienen ganas de preguntarnos si no se está, geométricamente y utópicamente, tratando de reconstruir, al filo del último tercio del siglo XX, la teoría pura del liberalismo económico-jurídico. Decimos que utópicamente porque pareciera que sólo en utopía podría intentarse tal empresa. Al menos en tanto subsista el derecho del trabajo que consiste en la limitación de la libertad absoluta del sujeto ‘económicamente-jurídico’. Y también en tanto subsista, en el texto de la Constitución Nacional, las llamadas ‘garantías sociales’”.

(94) LÓPEZ, JUSTO “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, en *Revista Legislación de Trabajo*, tº XV, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna, p. 657.

(95) *Ibid.*, p. 675.

Justo López se preguntaba: “¿Inconstitucional un sistema así?”. Y respondía: “rotundamente creemos que no”.<sup>(96)</sup>

Por último señalaba que:

“el legislador constituyente al hablar de ‘protección contra el despido arbitrario’ no excluyó la llamada estabilidad en sentido propio, por el contrario, la incluyó como un posible modo de esa protección, eso sí, sin excluir la posibilidad de otros modos (...) se arguye en contra de la supresión del poder jurídico de ‘despido arbitrario’ la libertad constitucional ‘de trabajar y ejercer toda industria lícita’ de comerciar y de derecho implícito en ella de ‘libertad de contratación’ [agrega Justo López que] ‘estos derechos no son absolutos’ (...) el constituyente puso una valoración negativa respecto al despido desnudo o inmotivado, sellada con la palabra ‘arbitrario’, a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección contra él. Eso importa, necesariamente una descalificación —en principio— de las antes mencionadas libertades (de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y descontratar), no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzca al despido arbitrario [...] La intensidad de esa descalificación queda sujeta al criterio ‘político’ (de política legislativa) del legislador ordinario, pero, en principio, no excluye —no tiene porque excluir— ninguno de los modos posibles de protección contra el despido arbitrario.<sup>(97)</sup> (...) la supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de descontratar porque no suprime el poder de derogar las partes (por acto bilateral: disenso) lo que (bilateralmente) acordaron; lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente...”.<sup>(98)</sup>

Por eso, ante la pregunta “¿es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, reafirmamos que no lo fue cuando, interpretando el art. 14 *bis*, Justo López sostenía que no es inconstitucional la estabilidad absoluta y menos lo es hoy,

(96) LÓPEZ, JUSTO, “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, en *Revista Legislación del Trabajo*, t XVII, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna, p. 398.

(97) LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, *op. cit.*, p. 298.

(98) *Ibid.*, p. 299.

con el abundante *corpus* jurídico de los derechos humanos que reconoce el derecho al trabajo.

## 9 | La estabilidad del trabajador en la empresa

Señala Ermida Uriarte que la evolución social fue demostrando las carencias de un régimen meramente indemnizatorio en cuanto al despido,<sup>(99)</sup> porque aun cuando fuesen altas las indemnizaciones, no siempre compensan al trabajador los perjuicios que le causa la pérdida de su empleo, sobre todo a aquéllos de edad más avanzada o en períodos de alta desocupación. Dicha constatación fortaleció los criterios de continuidad, durabilidad o permanencia, o la idea de “indeterminación” del plazo del contrato. Es decir, la idea de despido libre fue neutralizada, a partir de la idea de despido prohibido o despido limitado.

La resistencia al despido<sup>(100)</sup> se levanta con la idea de estabilidad: es la forma de romper la asimetría civilista de la autonomía contractual y la ruptura del vínculo. La libre elección de los contratantes no conlleva la idea de libre rescisión del contrato; es decir, se descarta la idea de descontratar, como mucha veces se pregona sin analizar que estamos dentro de un sistema garantista de derechos. Con mayor razón, las leyes que regulan la relación de trabajo no pueden, sin afectar el contenido de los derechos, establecer sistemas de libre contractualidad, porque la autonomía se encuentra restringida. Tampoco se trata tanto de la idea de continuidad, sino de la de limitación al despido libre. A la estabilidad como freno al despido sin causa se la puede definir como “la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de justa causa expresamente prevista”.<sup>(101)</sup> Es un derecho del trabajador el de permanecer en el empleo

(99) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo, Editorial Acadi, 1983, p. 15.

(100) *Ibid.*, el autor cita la siguiente obra: PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Curso de derecho laboral*, Montevideo 1978, t. II, vol. I, p. 250.

(101) *Ibid.*, p. 17. Véase también la cita que el autor realiza de CENTENO, NORBERTO, “La estabilidad de los delegados de personal y miembros de comisiones internas”, en *DT*, Bs. As., 1968, t. X, p. 3.

mientras existan las razones que dieron motivo a su empleo: se trata de una situación objetiva, independientemente de todo contractualismo, al igual que la relación de trabajo de la cual fluye y de la que depende la disolución de la voluntad del trabajador y solamente, por excepción, la del patrono.<sup>(102)</sup> Para De la Cueva, exclusivamente se puede extinguir si existe una causa justificada y, en ausencia de ella, el patrono estará obligado a reinstalar al trabajador, salvo que éste opte por una indemnización sustitutiva.

La idea de estabilidad nace de la constitución de Querétaro de 1917,<sup>(103)</sup> en la medida en que allí se estableció el requisito legal de la justificación del despido, como expresión más cristalina de "justicia social", la que se expresa como "la protección contra el despido arbitrario", fundado en el principio protector cuyo fundamento central es la creación de desigualdades, a fin de compensar la desigualdad económica básica entre el empleador y el trabajador. Tal como establece el artículo 17 bis LCT "Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación".<sup>(104)</sup> Por lo tanto, la estabilidad no sería solamente una proyección del principio de continuidad, sino que además está basada en el principio protector.<sup>(105)</sup>

Ermida Uriarte<sup>(106)</sup> señala que la Recomendación 119, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963, postula que el trabajador tiene el derecho a mantener su empleo a menos que exista una causa justificada en contrario.<sup>(107)</sup> Dicha recomendación fue luego sustituida por convenios y recomendaciones sobre "terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador". De esa manera surgió el Convenio 158 de la OIT (1982), cuyo artículo 4° establece que: "No se pondrá término a la relación de tra-

.....

(102) *Ibid.*, p. 18. El autor cita a DE LA CUEVA, MARIO, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3° ed., México, 1975, pp. 219/220.

(103) DE BUEN, NÉSTOR, *Derecho del trabajo*, t° 1, 2° ed., México 1977, p. 547.

(104) Artículo incorporado por art. 1° de la ley 26.592 (BO 21/05/2010).

(105) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, *La estabilidad...*, p. 22.

(106) *Ibid.*, p. 19.

(107) BARBAGELATA, HÉCTOR, H., "Sobre la estabilidad en el empleo", en *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo 1978, t. XXI, n° 111, p. 330 y VON POTOBOSKY, GERALDO, "La recomendación de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo", en *Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Bs. As., 1979, p. 595.

bajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

El art. 5 del Convenio 158 dispone cinco motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre los que figuran los siguientes: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Cuando un organismo neutral, diferente al empleador, decida 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, se podrá anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador. Tales organismos neutrales tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Tal perspectiva llama a los tribunales a resolver, en los casos sobre terminación de la relación de trabajo, a partir de las opciones previstas en el Convenio 158, aplicable —aun cuando no esté ratificado— en virtud de la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal, y del Protocolo de San Salvador, adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) —art. 7.d—, según lo entendió la Corte en el precedente “Álvarez”.<sup>(108)</sup>

La mayor hesitación y conflictividad para resolver los casos de despidos discriminatorios se produce mientras se conviva con el modelo de despido sin causa (*ad nutum*). Abandonar este sistema, llamado también de

(108) CSJN, *in re* “Álvarez”, cons. 7º, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

“estabilidad relativa impropia”, no producirá ninguna catástrofe. El Convenio 158 de la OIT allanaría el camino, en el sentido en el que la jurisprudencia laboral ya viene aplicando para la solución de casos concretos.<sup>(109)</sup> Son 34 los países que lo han ratificado: Francia es uno de ellos y “París, ese faro de civilización y bella, aún no ha caído”.<sup>(110)</sup>

El fundamento de la estabilidad se asentaría en el principio de continuidad, la justicia social, el protectorio y el derecho al trabajo.<sup>(111)</sup> Es decir, el derecho de los ciudadanos a trabajar y el correlativo deber del Estado de proporcionar empleo o promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho.

Es decir, no solamente existe el deber de procurar un trabajo al desocupado, sino también el de garantizarle el mantenimiento de su trabajo al que ya lo posee; trabajo del que no verse privado injustamente. Si bien, por un lado, al Estado se le reconoce la obligación de procurar un empleo a cada ciudadano, por el otro, se asocia al empleador a dicha actividad, considerándose igualmente obligado a garantizar la estabilidad de su empleo.

De esta manera el derecho a la estabilidad en el empleo se funda en los derechos humanos: además de en el derecho al trabajo, en aquéllos relacionados con la dignidad del ser humano, la libertad del hombre frente al hombre y la igualdad. La estabilidad brinda al trabajador una seguridad que lo dignifica, porque el que sabe que no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de obligaciones, actuará aplicando la ética y con el interés de su familia y consagrará la condición de eficacia de otros derechos.

.....

(109) CNac. Apel. Trab., Sala IX, *in re* “Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S. A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E S/ Juicio Sumarísimo” (Expte. N° 11.296/09), 11/04/2001. También han dado sólidos argumentos: DUCROS NOVELLI, DANIELA y Robet, “Aplicación del Convenio 158, OIT, frente a determinadas situaciones de ilegitimidad del despido”, en *Compendio Errepar*, n° 50, abril, 2001; POMPA, ROBERTO C., “Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación”, en *Revista La Causa Laboral*, n° 41, agosto 2009, p. 11.

(110) ÁLVAREZ, EDUARDO, “Reflexiones acerca del despido por discriminación”, en *Revista de Derecho Laboral, Discriminación y Violencia Laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 34.

.....

(111) BARBAGELATA, HÉCTOR, H., *op. cit.*, p. 331.

A la dignidad se añade la idea de libertad, porque la certeza del presente y de futuro otorga el trabajador fuerza y valor para defender sus derechos "pues quien no está merced de otro, sabe que nada, ni nadie, puede impedir sus acciones". Asimismo, la estabilidad restablece la idea de igualdad, pues quien defiende sus derechos con dignidad y libertad es igual a otro.

Por último, la estabilidad consagra la condición de eficacia de otros derechos, porque carecería de sentido fijar determinados niveles salariales, limitar la jornada, percibir el descanso obligatorio y la irrenunciabilidad de los derechos obreros si no existe un mínimo de seguridad de que el empleador no puede sustituir impunemente al trabajador que pretende usufructuar esos derechos.<sup>(112)</sup>

Una clasificación de la estabilidad es la que reconoce De la Fuente,<sup>(113)</sup> quien distingue la estabilidad absoluta de la relativa. La primera se configura cuando la violación patronal del derecho del trabajador ocasiona la nulidad del despido y la consecuente reincorporación, como así también la de los llamados "salarios caídos" —es decir, los dejados de percibir por el despido nulo y hasta la reincorporación al empleo—; solo puede darse la verdadera estabilidad absoluta si se hace efectiva la reinstalación del trabajador. La segunda, en cambio, incluye una serie de hipótesis de limitación de la facultad patronal de despedir, pero no llega a producir necesariamente la reinstalación de hecho. En tal sentido, se distingue la estabilidad relativa propia y la estabilidad relativa impropia. El despido sigue siendo un ilícito, por ende nulo, pero como la reincorporación forzada implicaría una ejecución forzada *en natura* sería de imposible incumplimiento en los casos de trato personal directo entre las partes, aunque de dudoso sostenimiento en los casos en los que el empleador es una persona física. En la estabilidad relativa propia el despido es nulo, pero sin reincorporación real sino ficta, se reconoce el pago de salarios y demás créditos laborales. En la estabilidad relativa impropia, el despido resulta eficaz, pero sancionado con una indemnización especial, tal como lo reconoce el art. 245 LCT de Argentina. Al no reconocerse un cumplimiento *en natura*, entonces se tendrá derecho al pago de una indemnización. Cabe señalar que, aun establecido de forma disuasiva un monto excesivamente alto, no necesariamente evita el acto ilícito del despido.

(112) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *La estabilidad...*, op. cit., p. 28.

(113) *Ibid*, p. 29. Ver cita que el autor hace de DE LA FUENTE, HORACIO, *Principios Jurídicos del derecho a la estabilidad*, Bs. As., 1976.

Si bien esta clasificación denomina “estabilidad” a todas las formas de limitación del despido, en realidad la llamada “estabilidad relativa” es de dudosa formulación; y más complicado aun es sostener una alocución verbal que se autodenomina “impropia”: no puede ser considerada como una forma de “estabilidad”, porque la estabilidad no posee grados. La estabilidad es absoluta o no lo es. La estabilidad absoluta es la verdadera y única estabilidad.<sup>(114)</sup> Para Ermida Uriarte pueden ser aceptadas como formas de estabilidad tanto absoluta (reincorporación real) como relativa propia (reincorporación ficta), porque en ambas se anula el despido injustificado y se quita validez a la voluntad ilícita del empleador. De la Cueva sostuvo, desde sus primeras obras (1938) hasta la últimas, que el argumento de que la reinstalación era una obligación de hacer constituía una “tergiversación”, pues la reinstalación en el trabajo no es una operación física —la de tomar al trabajador el brazo y colocarlo en su lugar de trabajo—, sino un acto jurídico consistente en la restauración del trabajador en unos derechos de los que no puede ser despojado. El trabajador cumple su obligación de poner su energía de trabajo a disposición del patrono, pero si éste no la utiliza o impide su prestación, no puede alegar estos hechos para dejar de pagar salarios.<sup>(115)</sup> Es por esa razón que ninguna coacción directa se ejerce sobre las obligaciones del patrono. En igual sentido, se ha pronunciado Ferro respecto de los efectos de la sentencia que establece la reinstalación: en cuanto declarativa, simplemente establece que la relación de trabajo nunca se extinguió.<sup>(116)</sup> A su vez, el profesor Alonso Olea dice que el núcleo de la obligación de reinserción en la empresa está formado mucho más por abstenciones que por sus acciones positivas; la reinstalación significa para el empleador mucho más una obligación de no hacer que una obligación de hacer —es decir, permitir al trabajador el acceso al lugar de trabajo y el manejo de los útiles, máquinas o herramientas y de la materia prima—. Tampoco es cierto que una obligación de hacer no pueda ser ejecutada contra la voluntad del deudor; por el contrario. Aún en el derecho privado el principio es que en todo contrato bilateral

(114) RUPRECHT, ALFREDO, “La estabilidad en Latinoamérica”, en *Estudios sobre el derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Bs. As., Heliasta, 1979, pp. 641/642.

(115) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, *La estabilidad...*, p. 34. Ver cita del autor DE LA CUEVA, MARIO, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3ª edición, México, 1975, p. 259.

(116) FERRO, HORACIO D., *Efectos de la estabilidad propia*, en *DT*, Bs. As., 1960, p. 520.

y sinalagmático el acreedor tiene la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución con una indemnización por daños y perjuicios. Igualmente todas esas objeciones pierden sentido cuando el obligado, el patrón, no es una persona física sino una persona jurídica,<sup>(117)</sup> porque allí el cumplimiento efectivo de la reinstalación no afecta ningún derecho subjetivo.

## 10 | No se trata de la imposición del contrato al empleador sino del derecho al trabajo

En oportunidad de las *Jornadas Rioplatenses* celebradas en Córdoba en el año 2011,<sup>(118)</sup> señalábamos que cuando se trata de despidos discriminatorios es falaz el argumento que sostiene que no se puede imponer el mantenimiento del vínculo contra la voluntad del empleador, como si el empleador creara derechos o los quitara. Es desde el orden constitucional que se trata de civilizar las relaciones de poder, y son precisamente aquéllos que se encuentran en una situación de dominación los que deben adecuar sus conductas para que su poder deje de ser arbitrario y fecunde relaciones civilizadas.

La solución de fallos como “Álvarez”<sup>(119)</sup> de la Corte, o “Villalba”<sup>(120)</sup> de la SCBA, tanto como la del resto de los pronunciamientos que han decidido

(117) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, *La estabilidad...*, p. 36.

(118) Ver nuestra ponencia en las *XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Córdoba, 13 y 14 de mayo de 2011 (Tema “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: la nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador”), organizada por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social —Filial Córdoba— y la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, [en línea] <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.asociacion.org.ar%2Feventos%2520celebrados%2FAPONENCIA%2520OFICIAL%2520DAVID%2520DUARTE%2520%28ARGENTINA%29.doc&ei=jcNjU6m1JNHIsASB9ID4CA&usg=AFQjCNGyR6hvXi2mB13O5sgvt61-5gT5lw&bvm=bv.65636070,d.cWc>

(119) CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 07/12/2010, sentencia firmada por los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y, en disidencia parcial, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay.

(120) SCBA, *in re* “Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina. Amparo”, Acuerdo 2078, 22/12/2010.

en esa línea la aplicación de la ley antidiscriminatoria a las relaciones laborales y sus efectos restitutorios del trabajador al puesto de trabajo después de un despido discriminatorio, tuvo como efecto jurídico principal el regresar las cosas a su estado anterior. Sostener lo contrario no dejaría de cesar el acto; dicha restitución se traduce en poner en práctica el “derecho al trabajo”, que también se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo” —es decir, a no ser despedido “si no existe una justa causa”—. Tal extremo no es ajeno al ordenamiento internacional, al punto que es la forma que elige el Convenio 158 de la OIT. También en el caso “Madorrán” se citó el caso “Baena” de la Corte IDH, donde se asentó el principio de *restitutio in integrum* condenando a restablecer en sus cargos a las víctimas de cesantías arbitrarias.<sup>(121)</sup>

Cuando se ordena la reinstalación por efecto de la regla indefectible de “cesar el acto”, hay autores que sostienen que aparentemente no sería legítimo imponer al empleador mantener una relación jurídica frente a un empleador que no acepta reinstalar al trabajador despedido por discriminación con apoyo en el art. 1083 CC.<sup>(122)</sup> A tal decisión unilateral del empleador se la traduce, erróneamente, como “imposibilidad”, como si dependiera de un acto voluntario. Esta norma, dispone: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. Como se advierte, nos presenta una regla que es la siguiente: el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior y constituye solo una opción del damnificado —en el caso que nos convoca, la víctima del acto discriminatorio—, optar por la indemnización. Queda claro, pues, que no es una opción del empleador. Como excepción, cuando fuese imposible cumplir con la obligación, se fijará un resarcimiento en dinero. Es decir, la norma establece un supuesto de imposibilidad que no parece vincularse con un acto voluntario del deudor —en este caso, el empleador—, como se lo intenta aplicar a las relaciones laborales. En todo caso, debemos indagar qué significa una imposibilidad de reponer las cosas a su estado anterior. En principio, la razón de tal “imposibilidad” debe ser obje-

(121) CSJN, *in re* “Madorrán”, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, cons. 8°.

(122) RODRIGUEZ MANCINI, JORGE, “Discriminación en el despido o despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Discriminación y Violencia Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 135.

tiva y no depender de la mera subjetividad del deudor —de lo contrario, la redacción utilizada en el Código hubiese sido otra muy diferente—.

Debemos señalar que la “imposibilidad” de la norma civil se vincula con otro tipo de obligación, señalada con la doctrina del caso “Castro”,<sup>(123)</sup> en la que se establece la reposición de una obra artística única en el género. No obstante, dar ocupación efectiva al trabajador es un deber del empleador —que, inclusive, se encuentra impuesta por ley (art. 78 LCT)—, y más que de “hacer”, parece estar indicando una obligación de “dar”.

Por otra parte, lo dispuesto en el art. 629 CC establece: “Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario violencia contra la persona del deudor. En este último caso el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses”. Nuevamente, nos remitimos a lo dicho respecto de las obligaciones de “hacer”, pues insistimos en que dar ocupación efectiva es una obligación de “dar” y no de “hacer”. Sin embargo, más allá de la discusión en torno al verbo a utilizarse, suponiendo que el empleador se resista o no quiera reinstalar al trabajador, correspondería la ejecución forzada. Pero debemos hacer una aclaración, por cierto: omitir deliberadamente que estamos analizando una norma extra-sistémica y que, por ende, su admisibilidad pasa por el tamiz de la compatibilidad y no traspasa la existencia de una norma especial, el mencionado art. 78 LCT. Al solo efecto de examinar la norma, y aun cuando no existiera la obligación de dar ocupación efectiva regulada por la ley especial, debemos advertir que en la mayoría de los casos laborales estamos frente a empleadores que actúan como personas jurídicas y no como personas físicas, y que la protección del art. 629 CC es para evitar que se ejerza violencia sobre una persona física. No obstante, se puede aplicar perfectamente todo tipo de coerción sobre una persona de existencia ideal, sin los reparos que presumiblemente habría que hacer cuando se refiere a una persona física. En esta obligación, el principio dominante es que, solo en caso de absoluta necesidad, el acreedor está obligado a conformarse con los daños y perjuicios en lugar de con el cumplimiento de la obligación.<sup>(124)</sup>

(123) CNAC. AP.EL. TRAB., Sala IX, *in re* “Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de inversiones en entretenimientos S.A. U.T.E s/ juicio sumarísimo”, cit.

(124) OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Código Civil, Anotado y Comentado*, tº I, 1972, p. 482.

La ejecución forzada opera siempre con intervención judicial. En el caso de cumplimiento forzado de las obligaciones de dar, no existe violencia contra la persona del deudor, se la utiliza para “hacer cesar su ilegítima resistencia”.<sup>(125)</sup> En el caso de las obligaciones de hacer, nos encontramos frente al principio de que no se puede ejercer violencia sobre la persona para que cumpla una actividad, pues no se ejerce violencia sobre el hombre libre. Este principio se funda en el respeto a la persona humana, cuando el deudor las invoca.<sup>(126)</sup> En estos casos, será menester, entonces, recurrir a los otros medios que la ley acuerda: la ejecución por terceros, en caso de ser posible, o la indemnización de los daños y perjuicios. Ahora bien, nos preguntamos: ¿es posible sostener este bien jurídico cuando el deudor es una persona jurídica? Sostenemos que no, porque solamente es invocable el art. 629 CC cuando la persona del deudor es física e indispensable para el cumplimiento de la obligación. En cambio, si la deudora es una sociedad anónima, o cualquiera otra diferente de la persona física, no se puede sostener seriamente que exista una persona física afectada por el cumplimiento forzado de la obligación de reinstalar a un trabajador. Creemos que razonablemente no se puede invocar esta norma del Código Civil; decimos “razonablemente” porque es con un poco de reflexión y sentido de realidad que debemos entender estos supuestos, pues en todo caso, constituye una opción del acreedor elegir por el pago de indemnización de daños y perjuicios o por el cumplimiento *in natura*.

Sin perjuicio de puntualizar que los objetores de la incorporación de las consecuencias de la Ley Antidiscriminatoria —ley 23.592— reclaman un juicio de compatibilidad con las normas del derecho del trabajo, no hacen ese análisis de compatibilidad y son permeables a la aplicación de los arts. 629 o 1083 CC en el ámbito laboral. Es decir, no realizan ningún juicio de compatibilidad, como sí lo hacen con aquéllas. Si lo hicieran, se encontraría precisamente con el art. 78 LCT, que refiere a “dar ocupación efectiva”, que es una obligación especial que desplaza a los arts. 629 o 1083 CC, o al menos requiere de un juicio serio de compatibilidad de las normas civiles; una situación que no es necesaria frente a la Ley Antidiscriminatoria, porque no es una norma general —como se predica—, sino

(125) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derechos de las obligaciones*, 4ª ed., t. I, Bs. As., Librería Editorial Platense, 2010.

(126) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *ibid.*

una norma especial que trata sobre los derechos humanos fundamentales de jerarquía constitucional directa que pertenece al *corpus iuris*, como enfáticamente ha señalado la CSJN en el fallo “Álvarez”.

Otro matiz que debemos tener en cuenta es que esta cuestión no puede ser encarada desde el cumplimiento de las obligaciones, sino desde la nulidad de los actos ilícitos. Es decir, no se trata de una obligación de hacer cuyo cumplimiento no es posible y solo puede ser reparada mediante el pago de una indemnización. No estamos ante un cuadro de Van Gogh que fue destruido y no se puede volver a pintar. Es decir, no estamos en presencia de un hecho sin culpa del deudor por la incidencia de un factor extraño que ha vuelto imposible la realización de ese hecho y que pueda convertir su objeto en la entrega de una suma de dinero.<sup>(127)</sup> Estamos hablando de un acto ilícito: la discriminación de un trabajador y su despido como consecuencia de ella. Es decir, de un trabajador que sufrió dos vejaciones reprimidas por la ley: despido ilícito y discriminación, en cuyo caso solo cabe reponer las cosas a su estado anterior (art. 1083 CC). Tampoco estamos en presencia de un acto donde las partes se hicieron concesiones mutuas y recíprocas y, por lo tanto, deben devolverse lo recibido o percibido (arts. 1052 y 1053 CC).

Los actos prohibidos son de ningún valor (art. 18 CC). Los actos jurídicos no pueden consistir en acciones prohibidas, o ilícitas, o que se opongan a la libertad de las acciones; si así aconteciese, serían nulos como si no tuviesen objeto (art. 953 CC). La nulidad puede ser completa o parcial (art. 1039 CC), pero los actos son nulos cuando el objeto principal del acto es prohibido (art. 1044 CC). Son anulables cuando la prohibición del objeto del acto necesita de una investigación previa de los hechos de la causa (art. 1045 CC). La opción de demandar la nulidad o una reparación pecuniaria está en cabeza de la víctima del acto nulo (art. 954 CC). La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 CC).

La obligación estatal de “respetar” y, sobre todo, de “proteger” debe adoptar medidas para velar que las empresas o los particulares no priven a las personas del derecho al trabajo. Ello conduce, necesariamente, a que el

(127) La sentencia del caso “Castro” citó los arts. 513, 627/630, 632, 888, 1324, 2613 y concs. CC, según doctrina de LLAMBIAS, JORGE J.; RAFFO BENEGAS, PATRICIO y SASSOT, RAFAEL A., en *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 14ª edición, Bs. As., Lexis Nexis/ Abelardo Perrot, 2005.

Estado imponga la debida protección contra todo tipo de despido injustificado.<sup>(128)</sup> El “derecho al trabajo” también se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo”, es decir, a no ser despedido “si no existe una justa causa”.<sup>(129)</sup> Este criterio es confirmado por la Observación General 18 del PIDESC, que sostiene que el mencionado derecho incluye el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta (*unfairly* –arts. 4 y 6–), ilegítima (*unlawfull* –art. 34–) o injustificada (*unjustified* –art. 11–).<sup>(130)</sup>

En definitiva, la obligación o deber de dar ocupación efectiva —que pesa sobre el empleador por ley— debe ser complementada con los criterios de derechos fundamentales que hablan de derecho al trabajo. Por último, no estamos afirmando que el deber de dar ocupación efectiva del art. 78 LCT sea un derecho fundamental, porque lo que es un derecho fundamental es el derecho al trabajo —que, entre otras manifestaciones, encontramos con claridad en la “estabilidad”, en el sentido que han dado el PIDESC, el Protocolo de San Salvador (art. 7, inc. d), la Observación General 18 y Convenio 158 de la OIT (conforme el cons. 7° del citado caso “Álvarez”)—. Por lo tanto, concluimos que el art. 78 LCT es una norma sistémica protectoria que prevalece, según el caso, frente a las normas generales como los arts. 629 y 1083 del CC.

A su vez, debemos señalar que la aplicación del art. 78 LCT en el contexto del mentado *corpus iuris* de los derechos humanos debe ser aplicado conforme el criterio que tan brillantemente nos ofrecieran Bechetti y Lombardi al señalar que, en función del cumplimiento del mismo, sobre todo lo concerniente a su núcleo central —la obligación de dar trabajo efectivo, art. 78 LCT—, corresponde —a condición, obviamente, de la prueba del mismo— acoger dicha pretensión, declarar la existencia del contrato de

(128) GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, 2006, Doctrina RDLSS 2006–23–2085, citar Lexis N° 0003/401335.

(129) GIALDINO, ROLANDO E., “El trabajador y los derechos humanos”, en *Investigaciones*, n° 2, 2000, p. 454.

(130) GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *op. cit.* Afirma que el PIDESC “impone claramente a cada Estado parte la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que todas las personas están protegidas frente a la... inseguridad (insecurity) en el empleo” (OG. 18, art. 37). Ver CSJN, “Vizzoti”, cit., Fallos 327:3677, 3690, JA 2004–IV–199, consid. 10.

trabajo y condenar a la demandada a la dación efectiva de trabajo en los términos de lo establecido por las ya citadas normas de fuente interna e internacional: arts. 505, inc. 1, y 1204 CC; art. 78 y 103 LCT; arts. 6 del PIDESC, art. 7, inc. d, del Protocolo de San Salvador y, en su caso, la condena al pago de los salarios caídos o de tramitación.<sup>(131)</sup>

Una forma de garantizar el cumplimiento de la reinstalación es la aplicación de "astreintes". Así lo señala Ermida Uriarte con cita de Barbagelata, quien agrega que deben buscarse mecanismos procesales que logren abreviación y celeridad en el trámite para evitar la prolongación del litigio y la formación de un monto demasiado elevado de salarios caídos, lo que constituiría un factor de perturbación e inseguridad para la empresas.<sup>(132)</sup>

En definitiva, concluye Ermida Uriarte, los principales obstáculos que se oponen a la estabilidad absoluta, con su efecto necesario de la reincorporación efectiva y real, no son de técnica jurídica, sino más bien fácticos: radicarían en la resistencia del empleador, en unos casos, y en la inconveniencia o irracionalidad de la reincorporación forzada, en otros. Respecto de la inconveniencia, el maestro uruguayo recuerda a De La Cueva en cuanto éste señalaba que no era posible obligar a una persona convivir en su hogar con un trabajador doméstico cuando la relación entre ambos se encuentra desgastada, o en aquellos casos de empleados que ocupan cargos de confianza.<sup>(133)</sup> En todo caso, se pueden buscar fórmulas que delimiten adecuadamente la extensión del derecho a la estabilidad en el empleo sólo por excepción y reconociendo la estabilidad absoluta como regla.

Es decir, se admite el límite de la extensión en aquellos casos en que el trabajador se encuentre en contacto directo y permanente con el patrono. Otra forma de limitar el alcance sería estableciendo una antigüedad mínima en el empleo<sup>(134)</sup> o, como se dispone en Italia, un número mínimo de

(131) BECHETTI, CÉSAR y LOMBARDI, JUAN C., "Trabajo sin registrar y una nueva alternativa: la acción de cumplimiento del contrato y el principio de estabilidad real", en *Revista Derecho del Trabajo*, año 1, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(132) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, *La estabilidad...*, p. 37.

(133) *Ibid.*, p. 39.

(134) *Ibid.*, p. 45. El autor, citando a Barbagelata establece un cuadro comparativo que señala que mientras que en Alemania no se requiere antigüedad mínima para la estabilidad absoluta, en Venezuela se exige 3 meses; en México, 1 año; en Perú, 3 años y en Brasil, 10 años.

trabajadores (15 trabajadores), a partir del cual se adquiere la estabilidad absoluta. El tiempo en que se extiende la estabilidad absoluta se relaciona con el acceso a la seguridad social, por las contingencias que fuesen. No obstante, también una forma de reducir las justas causas de despido ampliará el ámbito de la estabilidad, como corolario del carácter protectorio que en ellas se imprime. En tal sentido, debe tenerse presente que, en todas las formas, las hipótesis de justas causas deben interpretarse con carácter restrictivo.

Cabe preguntarse cuál es la eficacia de la estabilidad absoluta. Para Ermida Uriarte, ésta puede enfocarse desde tres ángulos: 1) como principio, es decir, como presupuesto teórico básico, como lineamiento orientador; 2) como derecho, es decir, como facultad del trabajador y deber del empleador, expresamente consagrados por la legislación, la negociación colectiva, los usos y costumbres laborales, los reglamentos internos, entre otros y 3) como bien de resultado, es decir, como realidad existente en los hechos. En resumidas cuentas, destaca el maestro que se debe definir si en realidad el principio y el derecho a la estabilidad se dan en la práctica.

Es por eso imprescindible resaltar la importancia de los hechos, dada su proximidad a las realidades sociales y económicas. Para ello, se deben tener en cuenta dos premisas: 1) que puede haber estabilidad real sin que esté consagrado el derecho a la estabilidad, cuando existe un movimiento sindical fuerte y efectivo o cuando la demanda de mano de obra supera a la oferta de la misma, y 2) que la estabilidad puede ser inexistente en la realidad, aunque esté prevista en la letra de la ley, sea por la "tara inanidad" o "la crisis de autenticidad",<sup>(135)</sup> que afecta a muchas legislaciones de Latinoamérica —básicamente, la ausencia de un movimiento sindical que garantice la autotutela—, sea por la presión de situaciones económicas desencadenantes de desempleo.

A pesar de las críticas economicistas que ven en la estabilidad un flagelo que conspira contra la generación de empleo, en realidad no existe ningún trabajo serio, de derecho o económico, que demuestre con datos de comprobación empírica que la estabilidad sea una traba para el de-

(135) PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO, "El derecho del trabajo en América Latina, sus crisis y sus perspectivas", en *Derecho Laboral*, t. XXI, n° 110, Montevideo, 1978, pp. 139/140.

sarrollo económico ni, mucho menos, que éste sea imposible en un régimen de estabilidad laboral. Por el contrario, el incremento de empleo se dio precisamente estando vigente tanto la indemnización agravada por la prohibición del despido y la duplicación de la indemnización del art. 245 LCT (art. 16 de la ley 25.561), como una creciente jurisprudencia permanente de estabilidad absoluta que ordenaba la reinstalación de trabajadores, con motivo de la aplicación de la ley antidiscriminatoria. La OIT sostiene que “la protección contra el despido arbitrario puede existir tanto en los países en vías de desarrollo como en los países desarrollados, y constituye un objetivo aceptable sea cual fuere el sistema del país de que se trate”.<sup>(136)</sup>

Afirma Ermida Uriarte, que la disminución de la protección laboral, en atención a consideraciones económicas favorables a las empresas (trátese de un pretensión “desarrollista” o “neoliberal”), implicaría —en mayor o en menor medida— un cierto desplazamiento del riesgo de la empresa al sector laboral, lo cual contradice la esencia misma de la relación de trabajo. Continúa el célebre jurista, aun en una posición más flexible, que en el caso de que admitiera la hipótesis, ella solo podría darse en la medida en que el trabajador participara efectivamente en las decisiones de las empresas.<sup>(137)</sup> No está demostrado que la inestabilidad laboral favorezca al desarrollo, ni mucho menos al empleo. La afirmación de que la estabilidad genera desempleo (por la contracción de la oferta de trabajo estable, por la quiebra de la productividad y por la inflexibilidad de la gestión del personal en las empresas), se contradice con la constatación estadística de que la crisis del mercado de trabajo se refiere sobre todo “a la búsqueda del primer empleo y a la retracción de la inversión”.<sup>(138)</sup>

Puede pasar que la estabilidad sea objeto de fraude por la rigidez que ella implica y que los empleadores estén siempre tratando de eludirla; sin embargo, esa situación no merece ninguna consideración en la

(136) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, *La estabilidad...*, p. 61.

(137) *Ibid.*, p. 63.

(138) *Ibid.*, p. 63, nota 79 bis; MONTEIRO, FERNANDES, ANTONIO, “Limitaciones al despido individual por iniciativa del empleador”, en *Revista Derecho Laboral*, t. XXVI, n° 129, Montevideo, 1983, p. 88.

medida en que, como dice Ermida Uriarte, ésta sería una formulación falaz: sería lo mismo que se solicite la derogación de la limitación de la jornada de trabajo porque habitualmente se realizan horas extras. Por otra parte, el abuso que pueda ejercerse sobre el trabajador respecto de su estabilidad puede frenarse concediendo ese derecho desde el ingreso o luego de un periodo corto de trabajo. En el mismo sentido, un movimiento sindical fuerte puede incidir en el cumplimiento efectivo de las normas sobre estabilidad, así como de muchos otros derechos laborales. Por vía de excepción, por razones de inconveniencia o irracionalidad, se podría excluir a algunos trabajadores de la estabilidad, un derecho que debe establecerse como regla o principio de cumplimiento efectivo. Como se ha dicho, si "los empleadores disponen de todos los recursos necesarios (servicios médicos, psicotécnicos, de selección y orientación profesional, etc.) para escoger bien a sus empleados", una vez realizada la referida elección y admitido el trabajador, el empleador puede todavía recurrir a un período de prueba, luego de todo lo cual, si el trabajador resultó mantenido, es porque el empleador llegó a la conclusión fundada de que era un trabajador idóneo, correcto y útil. Entonces, ¿por qué razón válida lo excluiría? Cumplidas todas esas etapas: ¿qué puede existir para negarle a ese empleado la adquisición del derecho a la estabilidad?<sup>(139)</sup>

En cuanto a la sustitución de la reincorporación por el pago de una indemnización, el jurista uruguayo responde que, en casos excepcionales, debe concederse la opción del trabajador de reclamar la reincorporación o una indemnización en dinero. En los demás casos, la estabilidad es irremplazable. O, tal vez, mejor dicho: apenas puede ser reemplazada por la desesperación de los trabajadores, porque "sustituir la estabilidad por una indemnización en dinero es 'un retroceso al mercantilismo y la confesión de que el trabajador sigue siendo una mercancía, a pesar de la Declaración de Filadelfia'".<sup>(140)</sup>

Cabe destacar que "el empleo no es sólo dinero". Lo contrario sería considerar que la empresa es exclusivamente un aparato de producción eco-

(139) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, "La estabilidad...", p. 65.

(140) *Ibid.*, p. 66. Ver cita que el autor realiza de CESARINO JUNIOR, ANTÔNIO F., *Estabilidade e fundo de garantia*, Río, 1968.

nómica, del cual el trabajador es solamente una pieza en el engranaje que, una vez gastada por la edad, debe descartarse y sustituirse por una nueva pieza. En esa concepción no importan las implicancias subjetivas, ni el sujeto, porque el trabajador es tratado como objeto; nada interesa de su círculo de compañeros, de sus anhelos de carrera en la empresa, de su proyecto de vida; nada importa que pierda las amistades forjadas por años, que se frustre una familia al cortar el futuro de sus hijos. Solo importa producir para maximizar las riquezas. Para los trabajadores, el empleo no es sólo dinero: es también posición, carrera y prestigio, es su realización como ser humano, es la tranquilidad de su presente y la de su futuro, es su proyecto de vida digno. Es por esa razón que "el problema de la estabilidad no es una cuestión meramente económica ni puramente jurídica, sino sobre todo humana, moral".<sup>(141)</sup>

Agrega Ermida Uriarte que la estabilidad es fuente de generación de otros derechos, como el de la antigüedad, promoción, ascenso, capacitación y adiestramiento de los trabajadores —en definitiva, de un derecho fundamental como es el de la formación profesional—. Es también condición de eficacia del ejercicio de todos los derechos del trabajador ya que, si se carece de estabilidad, el trabajador prefiere conservar su trabajo: aun abandonando derechos que podría reclamar y que son incumplidos por el patrono, antes de lanzarse a la batalla por una indemnización prefiere conservar el empleo antes que el despido. Por lo tanto, reafirmar la estabilidad es reafirmar todo el derecho laboral.<sup>(142)</sup>

El maestro uruguayo destaca una serie de circunstancias fácticas y jurídicas referidas a la estabilidad, a saber: "a) una adecuada reglamentación de las categorías excluidas y de las causas de despido justificado; b) la previsión de protecciones sustitutivas eficaces para dichas situaciones; c) la previsión de la acción de reinstalación efectiva (...) (celeridad en el trámite judicial de readmisión en el empleo) o dar efecto suspensivo al despido (...) (es decir se tramita con el trabajador adentro de la empresa)".<sup>(143)</sup>

(141) CESARINO JUNIOR, ANTÓNIO F., *op. cit.*, p. 346, ERMIDA URIARTE, OSCAR, *op. cit.*, "La estabilidad...", p. 67.

(142) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *ibid.*, p. 68.

(143) *Ibid.*, p. 72.

## II | Conclusión

Los valores en juego en el tema de la protección contra el despido arbitrario, a la luz del cambio de paradigma de los derechos humanos que reconoce, especialmente el derecho al trabajo, no se localizan en el terreno económico sino en el de la tutela de la personalidad del trabajador, en el de la dignidad del que trabaja para otro.

Por esa razón, resulta falaz el argumento que sostiene que no se puede imponer el mantenimiento del vínculo o el nacimiento de uno nuevo contra la voluntad del empleador, como si el empleador creara derechos o los quitara. Es desde el orden constitucionalidad que se trata de civilizar las relaciones de poder, y son precisamente aquéllos que se encuentran en una situación de denominación los que deben adecuar sus conductas para que su poder deje de ser arbitrario y fecunde relaciones civilizadas.

La Corte entendió necesario considerar dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación —y el fundamento de éste: la dignidad de la persona—, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional”<sup>(144)</sup> y, por el otro, el hecho de que el trabajador es un sujeto de “preferente tutela” por parte de la Constitución Nacional.<sup>(145)</sup> Si bien es cierto que la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)”, también lo es que “la voluntad individual y la libre contratación puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los arts. 14, 17 y 19 CN, óptica que entendió robustecida con la desigualdad entre las partes, en disfavor del trabajador.<sup>(146)</sup> Por lo tanto, los derechos de propiedad y de libertad de contratar no son absolu-

(144) CSJN, *in re* “Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires”, Fallos: 308:647, 653.

(145) CSJN, *in re* “Vizzoti”, cit., pp. 3689/3690; “Aquino”, cit., pp. 3770/3797; “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, Fallos: 331:570, y “Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L.”, Fallos: 331:1488.

(146) CSJN, *in re* Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros.

tos y están sujetos a las normas que reglamentan su ejercicio. En cambio, el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional (art. 14 bis CN, según el criterio sentado por el fallo "Vizotti").

El funcionamiento de una democracia participativa y plural reconoce derechos por igual y no debe postergar a los más necesitados, pues liberar al ser humano del temor de la pobreza es un proyecto en común a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es por ese motivo que hoy, ante un mundo globalizado que no puede salir del laberinto de la crisis permanente en que el sistema financiero internacional lo ha metido, resulta necesario no perder el objetivo de recuperar al hombre en su dignidad. Ello implica volver al "Espíritu de Filadelfia", con la única respuesta posible: "Justicia social frente al mercado total", con eje central en la dignidad. La dignidad del ser humano, dice Supiot: "impide que su cuerpo y sus necesidades físicas, aunque lo hagan participar de la vida animal, sean jamás tratadas como las de los animales". Este punto de vista, agrega, es comprensivo de la vida humana y trasciende la vieja oposición entre espíritu y la materia. La superación de este dualismo "psique/soma" obliga a romper no solo con las ideologías que reducen al hombre a material o capital humano, sino también con las precedentes declaraciones sobre los derechos humanos que lo consideraban como un puro ser de razón.<sup>(147)</sup> El vínculo que se establece entre seguridad y libertad es el rasgo común de cuatro principios de la Declaración de Filadelfia de 1944: a) el respeto por el trabajo; b) las libertades colectivas; c) la solidaridad y d) la democracia social.<sup>(148)</sup> Sin duda que la reforma de 1994 en nuestro país, con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, tiene una importancia todavía no desarrollada en su plenitud y que de a poco se está abriendo camino, con mayor preponderancia después del "cambio de paradigma" del año 2004 que referíamos al comienzo. Si bien desde mucho antes ya el pensamiento jurídico argentino había asimilado los instrumentos internacionales, los fallos trascendentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Na-

(147) SUPIOT, ALAIN, *El espíritu de Filadelfia, La Justicia social frente al mercado total*, España, Editorial Península, 2011, p. 24.

(148) SUPIOT, ALAIN, *ibid.*, p. 25. La declaración de Filadelfia fue la voluntad de edificar, a la salida de la Segunda Guerra Mundial, un nuevo orden internacional que no estuviera fundado en la fuerza, sino en el derecho y la justicia. Se denominó "Declaración concerniente a las metas y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo" (OIT), tuvo aspiración universal y luego promovió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948. Ver p. 11.

ción en el año 2004<sup>(149)</sup> —que aplicaron a casos concretos los principios fundamentales de los derechos humanos, para el derecho del trabajo— fueron, sin duda, un avance cualitativo: allí los jueces jugaron un rol no neutral y decidieron conforme el ordenamiento constitucional. A ello se sumó una labor legislativa preponderante en materia de derechos sociales. Por su parte, la acción colectiva, como forma de liberación del individuo trabajador —sin duda, como expresión colectiva del conjunto de los trabajadores en defensa de sus intereses— es y será un motor que impulsará genuinamente el avance progresivo hacia la nivelación constante de las desigualdades sociales.

---

---

(149) Casos: "Vizzoti", "Aquino", "Milone", entre muchos otros., [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

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

(Segunda parte)

por M. CECILIA HOCKL<sup>(1)</sup>

## I | Introducción. Nuevas perspectivas sobre el tema

Lo señalado en un trabajo anterior infunde la necesidad de integrar nuevas perspectivas a la temática abordada. En tal oportunidad quedó dicho que “la estabilidad y su contracara, la precariedad laboral, entrañan conceptos de una mayúscula trascendencia social, pues conciernen —expresa o tácitamente— a una determinada concepción sobre la construcción de la ciudadanía”.<sup>(2)</sup>

Tal afirmación compromete a un nuevo abordaje del estudio iniciado,<sup>(3)</sup> aunque no siempre se obtendrá un producto absolutamente abarcativo, dado

(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) Magister 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) HOCKL, M. CECILIA, “La extinción del contrato de trabajo y el principio de estabilidad”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año II, n° 7, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 64.

(3) HOCKL, M. CECILIA, *op. cit.*, pp. 63/105.

el dinamismo propio de las cuestiones laborales, que alcanza a su recepción normativa y pretoriana. Por ello, es el propósito de este nuevo trabajo incluir otras expresiones que ponen en evidencia **la indubitable opción, en el actual modelo laboral argentino, por la estabilidad en el trabajo** —salvo, que ésta represente la voluntad incuestionable del trabajador—. Diversas instituciones, normas de heterogénea jerarquía y principios propios de la materia, que se ven reforzados y armonizados con la jurisprudencia, dejan al descubierto una elección deliberada por la permanencia y no por la extinción.

Prueba de ello son las reformas que, con marcada direccionalidad hacia las fuentes democráticas, han restablecido en el texto de la Ley de Contrato de Trabajo el espíritu de las instituciones laborales tradicionales. Así, la modificación de las disposiciones vigentes o bien la incorporación de diversas normas impregnadas de aquellos valores, se hicieron una realidad. Esta decisión obedeció a que “la regla estatal —apunta Héctor P. Recalde— al decir del Prof. Dr. Rodolfo Capón Filas, número 21.297 (...) derogó 27 arts. de la ley 20.744” y modificó “otros 99, casi todos en perjuicio del trabajador”.<sup>(4)</sup>

De tal modo, con la mayor precisión posible, se presentarán otras expresiones que puede adoptar la estabilidad —como un valor entendido, por lo ya dicho— y, en consonancia, el disfavor por la ruptura del vínculo. Ello, de conformidad con los fundamentos específicos de nuestra materia y con las situaciones judicializadas de emblemático valor.

## 2 | Breve síntesis de las normas tuitivas de la estabilidad

La sistematización de Tomás Alberto Calvo y Manuel Raúl Monsalvo<sup>(5)</sup> es particularmente pertinente a los fines de este trabajo, **por lo que son de destacar los siguientes medios técnicos, como evidencia del**

---

(4) RECALDE, HÉCTOR P. y RECALDE, MARIANO, “Algunas reflexiones sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo”, en *Revista Jurídica La Ley*, supl. especial, setiembre 2004, p. 7, Ver, asimismo, BRITOS, ALFREDO, “Análisis de las reformas por las Leyes 26.590 y 26.593 a la Ley de Contrato de Trabajo, en el art. 124 y la incorporación del nuevo art. 255 bis”, en *El Derecho*, Bs. As., Universitas, vol. 2010-B, pp. 1085/1091.

(5) CALVO, TOMÁS y MONSALVO, MANUEL, “Los contratos de trabajo en el tiempo: modalidades contractuales en la experiencia argentina. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo”, [en línea] [adapt.it/EJCLS/index.php/rld\\_e\\_adapt/article/download/104/](http://adapt.it/EJCLS/index.php/rld_e_adapt/article/download/104/)

**mandato de continuidad —el que contradice todo favorecimiento de salidas—:**

“1) La presunción que ilumina el acto constitutivo del vínculo laboral (art. 90 LCT);

2) La resolución de la duda en supuestos de divergencia acerca de la vigencia del vínculo (art. 10 LCT);

3) El medio técnico adoptado para suplir y remediar los supuestos de nulidad por defectos de formas (art. 49 LCT) o por violación de contenidos de orden público, al preverse que lo acordado sea sustituido por el nivel regulatorio eludido, haciendo posible la prosecución del vínculo sin ocasionar daños en los intereses del trabajador;

4) El reconocimiento del *ius variandi* a favor del empleador (art. 66 LCT) mediante el cual y en forma unilateral se lo habilita a introducir cambios necesarios en las condiciones del contrato, obrando dentro de ciertos límites y en respuesta a requerimientos relacionados con la productividad de la empresa.

5) La peculiar pauta de interpretación del silencio del dependiente, asumiendo una postura restrictiva al vedar expresamente que se lo utilice como manifestación convalidante de la privación de un derecho o de la pérdida del puesto de trabajo (art. 58 LCT).

6) La salvaguarda del objetivo perseguido se refleja nítidamente en las exigencias impuestas en la etapa de resolución del contrato por decisión del trabajador o en las que coparticipe su voluntad (arts. 58 y 241, párrafo 3°, LCT).

7) El mecanismo particular con que opera la omisión de preavisar la finalización del contrato a plazo fijo (art. 94 LCT), interpretada como invitación a reconducir los términos pactados por otro a tiempo indeterminado. La omisión no es asumida como incumplimiento.

8) La presencia de algunos casos de interrupción (que se caracterizan por el prolongado tiempo en que dejan de ejecutarse las obligaciones del contrato) dentro del capítulo dedicado a la suspensión de ciertos efectos del contrato.

9) La aceptación de la novación subjetiva del sujeto empleador, admitiéndose distintas variantes por las cuales el contratante originario es reemplazado o sustituido por otro, quien se subroga en sus obligaciones, salvo excepciones.

10) La imposición de un costo de salida cuya graduación dependerá de la causal que opere, eximiendo al empleador del pago indemnizatorio solo en aquellos supuestos en que interviene la voluntad o la responsabilidad del subordinado (arts. 240, 241 y 244 LCT).

11) El mecanismo de "integración" que preserva el completo cumplimiento de los contratos a término, sancionándose al empleador que no respeta el tiempo convenido o el de posible duración de la eventualidad sin tener un motivo válido para anticipar la resolución del vínculo (p. ej., art. 95 LCT, integración, sanción por daños y perjuicios; y art. 97 para el de temporada).

12) el ordenamiento al habilitar los contratos modales condiciona su existencia y validez por una doble vía: a) exige el cumplimiento de requisitos formales y, además de ello; b) objetiviza la causa, limitándose la autonomía de la voluntad en su faceta constitutiva. De no estar presentes ambos recaudos los contrayentes quedarán unidos por un contrato de tiempo indeterminado".

El punto identificado como 9) puede evidenciarse en la regulación propia de la materia laboral frente a lo normado por el art. 1195 CC, que establece: "... los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros". En nuestra disciplina, el concepto se invierte: la "novación" que se produce en estos casos —como un mandato de continuidad— se erige en regla. Por mencionar uno de los supuestos, el principio se encuentra plasmado en el art. 249 de la Ley de Contrato de Trabajo: "(s)e extingue el contrato de trabajo por muerte del empleador cuando sus condiciones personales o legales, actividad profesional u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría prose-

guir. En este caso, el trabajador tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 247 de esta ley”.

## 3 | Los mecanismos disuasivos

### 3.1 | Presentación del tema

No son pocas las disposiciones de diverso orden —constitucional, legal, reglamentario— que tradicionalmente han remarcado un propósito claro en favor de la continuidad del vínculo. Es claro que las relaciones transitorias (reales) o fugaces no gozan de esa favorabilidad, simplemente porque la vinculación —en la mayoría de estos supuestos— no reviste naturaleza laboral.

Sin embargo, sí gozan de tal preferencia las vinculaciones genuinamente subordinadas: se ampara el enraizamiento del trabajador en su empleo y mediante una deliberada concepción de política que asienta sus raíces en el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional, diversas normas comprometen al empleador a no despedir sin causa. De hacerlo, deberá solventar indemnizaciones agravadas, —v. gr., leyes 25.561, 25.820 y 25.972, dictadas en momentos **de crisis económicas y sociales**—.

En estos casos, no son de desatender las directrices de nuestra Corte Federal:<sup>(6)</sup>

“... el distrato laboral y las normas que regularon su indemnización agravada correspondieron a momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República. Esta visión de conjunto exime de un mayor esfuerzo para concluir que **la disuasión de los despidos constituía una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada**. En tanto el salario, como contraprestación del trabajo dependiente, tiene naturaleza alimentaria pues permite la emancipación económica del individuo y de su grupo familiar en relación con sus necesidades primarias (...) en el contexto descripto, **era imperativo tutelar la continuidad de la relación**

(6) Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/ despido” 2001, Fallos: 334:799.

**laboral.** Ello confirió una significación singular al mandato constitucional según el cual ‘el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes’ **enalteciendo la tarea del dependiente, al imponérsele al empleador un mayor sacrificio económico mediante el disciplinamiento del despido, tornándolo más gravoso. Se desalentaba, así, la libertad de poner fin al vínculo laboral sin causa justificada en beneficio de la dignidad personal del trabajador y de la armonía social, seriamente amenazada por entonces**’.<sup>(7)</sup>

Lo establecido recientemente con relación a “rebajas salariales” dispuestas por el órgano estatal (en el caso, la provincia de Salta) a propósito de esas situaciones críticas —en “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”—, da cuenta de una mirada constitucional al tema que protege la remuneración, aun en esas épocas aciagas.<sup>(8)</sup>

En momentos de normalidad y en casos específicos, si incausadamente se dispone el distracto, también se obligará a enfrentar pagos acrecentados, porque al mandato de continuidad se adicionan valores exaltadamente protegidos, como la familia, el representante gremial y la formalidad en el registro de los dependientes —distracto en casos de matrimonio o maternidad, del trabajador que atraviesa una enfermedad o accidente o del representante sindical, a quien se le ha previsto un mecanismo especial y previo de exclusión de tutela, que incluye en determinados supuestos, la reinstalación—.

En cuanto a la registración laboral, es evidente que el compromiso constitucional relativo a la seguridad social (art. 14 bis, última parte) exige “cajas” o “sistemas” nutridos —y nunca extenuados— de aportes y contribuciones regularmente observados en su cumplimiento.

La ley 25.345, en todo cuanto incorporó su contenido a la Ley de Contrato de Trabajo, sumada a los mecanismos previstos en las leyes 24.013 y 25.323, representa una notable demostración de ello, aunque lamentablemente, y a pesar de sus rigurosas puniciones —según un informe del PNRT—,

.....

(7) El resaltado pertenece al autor.

(8) Sentencia dictada el 16/06/2013.

un tercio de los trabajadores en nuestro país se encuentra aún inmerso en la informalidad laboral.<sup>(9)</sup>

En el momento en que se escriben estas páginas, la crónica diaria apunta que, desde el gobierno (con el objetivo de combatir la precarización en el empleo) se propicia "... generar un acuerdo entre cámaras empresariales y sindicatos con el propósito de facilitar la registración en actividades agrarias, forestales o de gran estacionalidad. También se establece un Régimen Especial y Permanente de Contribuciones a la Seguridad Social para Microempresas que desarrollen menores niveles de productividad".<sup>(10)</sup>

Otras normas —sin confesar manifiestamente una intencionalidad a favor de la continuidad del vínculo— encierran una voluntad clara de mantenerlo, en atención a los costos del despido, que en muchas ocasiones alcanza a quien intentó **desentenderse** de un acto tan anómalo, en la expresión de Almansa Pastor. Se presentarán seguidamente algunas de ellas, sin perjuicio de señalar las propuestas que podrían enriquecer su contenido, robusteciendo el principio "continuativo" que desalienta rupturas incausadas.

(9) En ese sentido, las fiscalizaciones enmarcadas en el Plan Nacional de Regularización del Trabajo (PNRT) alcanzaron a 1.047.506 establecimientos durante el período 2003-2012. Esas inspecciones detectaron que el 41,10% de las empresas fiscalizadas tenían al menos una persona trabajando en condición irregular. La intensificación de las inspecciones laborales se revela como una medida necesaria aunque insuficiente para avanzar sobre el núcleo duro de la informalidad. Los economistas Ariel Lieutier, Sergio Woyecheszen y Gustavo Ludmer, en "Empleo no registrado: de la distinción conceptual a la diferenciación de políticas", sostienen que "se requiere del sostenimiento del esquema macroeconómico que priorice el crecimiento de la actividad económica en general, y de los sectores de mayor dinamismo tecnológico y productivo, en particular. En nuestro país, este esquema se ha configurado desde el año 2003 basado en un tipo de cambio competitivo y estable y en la expansión del consumo interno y la demanda agregada, que traccionaron la producción nacional y la inversión productiva... Ello implica, en esencia, trabajar en una agenda de desarrollo que suponga la mayor densidad del entramado productivo nacional y la creación y fortalecimiento de complementariedades, incrementando la generación de puestos de trabajo formales. Por otra parte, también abre la posibilidad de intervenir con políticas focalizadas sobre estas cadenas de valor en la que exista una mayor incidencia de trabajo no registrado a partir de estrategias microeconómicas del tipo de desarrollo de proveedores locales". La existencia de un tercio de trabajadores informales da cuenta de la inmensa tarea pendiente. El menú de alternativas que barajan los funcionarios del Ministerio de Trabajo para enfrentar esa cuestión incluye: creación de un registro de empleadores que incumplen con sus obligaciones previsionales, conformación de un equipo especial de investigación del fraude laboral, intensificación de las inspecciones y diseño de una serie de incentivos dirigidos a pequeños y microempresarios tendientes a facilitar la registración laboral. Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/33-7066-2013-09-05.html>

(10) Ver: <http://tiempo.infonews.com/2014/04/15/argentina-122570-el-gobierno-impulsara-una-ley-para-combatir-el-empleo-no-registrado.php>

## 3.2 | Las condenas solidarias

Una primera aproximación al tema, nos remite al complejo asunto de la estrategia empresarial consistente en la segmentación del proceso de producción de bienes o servicios. Esta táctica, adopta, entre otras formas, la de tercerización o externalización del trabajo, aunque el tema involucra, además, la modalidad del reclutamiento y contratación de trabajadores mediante intermediarios, como otra forma de tercerizar, paradójicamente, dentro del mismo establecimiento.

También ha abordado, nuestra legislación específica la situación de los trabajadores eventuales, ciertas vinculaciones entre empresas, la transferencia del establecimiento y la cesión del personal con el resguardo de la condena solidaria: aquél que se sirve del trabajo del dependiente —**inclusive por una vía indirecta**— responde por los perjuicios causados a este último. Sobre algunos de estos puntos, expresa Cornaglia que el principal “delega en el intermediador funciones propias, inherentes a su actividad, por razones de diversa índole (eficiencia de [aquél], preservar el anonimato, dividir el colectivo de trabajo, principios de descentralización en la gestión)”.<sup>(11)</sup>

Como ya señalamos,<sup>(12)</sup> con cita de Héctor Recalde, la Argentina, a partir del año 1989, adoptó reformas estructurales de tipo “salvaje”, que se plasmaron en estrategias de descentralización, flexibilización laboral y desregulación, que afectaron profundamente los postulados del derecho laboral y en particular los estándares básicos de protección que los orientan. No es desatinado afirmar que esa afectación puso en entredicho indiscutidos y aquilatados paradigmas protectorios, con el riesgo de convertirlos en mera retórica.

Tales ventajas se asocian fuertemente con los paradigmas de producción magra y con la formación de redes de contratación o subcontratación que están basadas en relaciones estables entre empresas —o entre empresas y proveedores—, entre otros supuestos.

---

(11) CORNAGLIA, RICARDO, “La tercerización en la relación laboral”, en *Revista Jurídica La Ley Sec. Doctrina*, t. 2010-F, p. 1067 y ss.

(12) Ver 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>

Esta realidad no surgió de manera azarosa. Por el contrario, la configuración de nuevos modelos en la organización industrial devastaron la estructura empresarial taylorista/fordista, que había logrado condensar en su seno producción, consumo e inversiones, en conjunción con regulaciones estatales adecuadas a los mismos.

Las políticas sociales correspondientes a ese paradigma (taylorista/fordista) se caracterizaron por propender a la integración y la movilidad social ascendente de los trabajadores, que lograron cristalizar conquistas de clase que legitimaron un poder político fuertemente comprometido con las demandas populares. En ese contexto —nuestro país fue un prototipo de ello— el actor sindical logró espacios de poder nunca alcanzados hasta entonces.

El sistema, como es sabido, ingresó en una crisis terminal que derivó en su colapso, entre otras razones, por el proceso de contradicciones propias del capitalismo en todas sus etapas. Las dirigencias debieron hacer frente a conflictos que ponían en riesgo —nuevamente— su propia subsistencia. A su vez, la necesidad de imponer renovadas reglas de dominación frente a semejante crisis, determinaron la adopción de sistemas flexibles —basados, en más o en menos, en el toyotismo— que culminaron con la fulminación del sistema taylorista/fordista.

Como apunta Harrison “los directivos clasifican, en primer lugar, los trabajos en permanentes (nucleares) y contingentes (periféricos)” y éstos últimos se plasman en sectores de baja retribución, o por “contingentes” de producción, frecuentemente ubicados en las instalaciones de pequeños proveedores o subcontratistas. En esta manifestación del fenómeno, los abusos más frecuentes se suelen cometer contra los trabajadores menos calificados, en particular, a través de las pequeñas empresas de servicios. Esto es, como apunta Rubio, lo que Harrison denomina “el lado oscuro de la producción flexible”.<sup>(13)</sup>

No se trata de un simple andamiaje simplificado que construye el titular de los medios de producción a fin de reducir costos, sino de prácticas

(13) RUBIO, VALENTÍN, “El proceso de descentralización de la empresa y sus efectos sobre el Derecho del Trabajo”, en Antonio Vázquez Vialard y Valentín Rubio (dirs.), en *Revista de Derecho Laboral. La Solidaridad en el Contrato de Trabajo*, Bs. As., p. 173 y ss.

empresariales convenientemente instaladas, desarrolladas logísticamente y diseminadas en todo el planeta. Sí, puede afirmarse que se persigue el objetivo de la eficiencia —aunque en muchas ocasiones, con absoluto desentendimiento de los valores básicos que deben regir la relación laboral—. Se ha “naturalizado” su utilización como una herramienta de innegables ventajas económicas y, a la par, de debilitamiento de los derechos de los trabajadores insertos en sus postulados.

Ahora bien, las posibles condenas solidarias —se encuentren éstas vinculadas a la contratación y subcontratación, a las empresas subordinadas o relacionadas, a la interposición y mediación, a las empresas de servicios eventuales, a la transferencia del establecimiento o a la cesión del personal— resultan indudablemente, un mecanismo disuasorio de gran importancia. Deberían obligar a quienes utilizan las estrategias mencionadas a vincularse con personas jurídicas solventes que, lejos de desbaratar derechos, los refuercen.

Al respecto, es plausible que la Corte Federal haya abandonado la doctrina establecida en “Rodríguez, Juan Ramón c/ Cía. Embotelladora Argentina SA y otro” del 15/04/1993,<sup>(14)</sup> para “desfederalizar” el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, en “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”,<sup>(15)</sup> dejando librado a los jueces especializados los criterios sobre el punto, salvo arbitrariedad.<sup>(16)</sup>

.....

(14) Publicada en Fallos: 316: 713 —1993—. Conocida por su extrema rigurosidad al interpretar la norma de derecho común señalada y porque extendió sus alcances a diversos casos posteriores, con idéntico criterio restrictivo: Luna c/ Agencia Marítima Rigel y otros —1993— (Fallos: 316:1609); Gauna c/ Agencia Marítima Rigel y otros —1995— (Fallos: 318:366); Passerini, Argentino c/ Compañía Hotelera Sud Atlántica y otros —1994— (317:1086); Sandoval c/ Cía. Embotelladora Argentina y otros —1995— (Fallos: 318:1382); Pellegrino c/ High Band SA y otros —1995— (Fallos: 318:2444); Vuoto c/ Cía. Embotelladora Argentina y otros —1996— (Fallos: 319:1114); Rojas c/ Cía. Embotelladora Argentina y otros —1998— (Fallos: 321:2018); Cainzos c/ Banco Alas y otro —1997— (Fallos: 1680); Encinas c/ Ballester y otro —1998— (Fallos: 321:2294); Toll c/ ADOS y otra —1998— (Fallos: 321:2345); Benítez c/ Empresa Cía. Argentina de Petróleo y otro —1999— (Fallos: 322:440); Escudero, Segundo c/ Nueve SA y otro —2000— (Fallos: 323:2552); Cheli c/ Centro de Actividades Electromecánicas —2000— (Fallos: 323:3494); Dubo Pedernera c/ Jozami Alfredo y otro —2001— (Fallos: 324:1595) y Barreto c/ Instituto Rosenbusch y otro —2001— (Fallos: 324:2195), entre otros.

(15) “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros” —2009— (Fallos: 332: 2815).

(16) Casos “Preiti, Pantaleón Luján y otro c/ Elemac SA y otra” —2008— (Fallos: XXXX) y “Matwijczyn, Martín Damián c/ Sintelar SA y otra s/ despido” —2011— (Fallos: 334:1897).

No obstante, por mayoría y recientemente, la presente integración de la Corte ha reafirmado la clásica doctrina de “Cometta, Alberto Fernando y otros c/ Cañogal SRL y otro”, “Mónaco, Nicolás y otros c/ Cañogal SRL y otro” y “Godoy, Epifania y otro c/ Breke SRL y otro”, registradas en Fallos: 308:1589, 1591; 314:1679, respectivamente. Se estableció que la Administración Pública (nacional o municipal) no es empleadora en los términos de la LCT —salvo que, por acto expreso, se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito—, por lo que mal pudo ser alcanzada por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo. Ello quedó plasmado en los recientes fallos “Gómez, Susana Gladys c/ Golden Chef SA y otros s/ despido”,<sup>(17)</sup> “Monrroy, Elsa Alejandra c/ Infantes SRL y otro s/ despido”<sup>(18)</sup> y “Ciancio, Sandra Cristina c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”,<sup>(19)</sup> los dos primeros dictados el 17 de septiembre de 2013 y el último, el 19 de noviembre de 2013.

Ahora bien, caben algunas reflexiones al respecto. La ley 25.212, ratificatoria del Pacto Federal del Trabajo, establece como **infracciones muy graves** (art. 4°):

- “a) Las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares.
- b) Los actos del empleador contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores.
- c) La falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de seguridad social, incluidas las obras sociales, en la oportunidad que corresponda, en cuyo caso se considerará incluida en las infracciones previstas en el art. 3°, inc. a).

(17) Se trataba del servicio de elaboración y distribución de comidas en los Hospitales dependientes del GCBA, entre ellos la “Maternidad Sardá”, donde prestó servicios la actora.

(18) Era el caso de una trabajadora contratada por el Hospital Militar Central en su servicio de neonatología.

(19) De manera similar al caso “Gómez”, la trabajadora se dedicó al servicio de elaboración y distribución de comidas en los hospitales dependientes del gobierno de la CABA.

- d) La cesión de personal efectuada en violación de los requisitos legales.
- e) La violación de las normas relativas a trabajo de menores.
- f) La violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos.
- g) Las acciones u omisiones del art. 3º, inc. h) que deriven en **riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores**".

Y sanciona de la siguiente manera (art. 5º):

3.- Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de pesos mil (\$ 1000) a pesos cinco mil (\$ 5000) por cada trabajador afectado por la infracción.

4.- En casos de reincidencia respecto de las infracciones previstas en los incs. c, d, y h del art. 3, la autoridad administrativa podrá adicionar a los montos máximos de la multa una suma que no supere el diez por ciento (10%) del total de las remuneraciones que se hayan devengado en el establecimiento en el mes inmediatamente anterior al de la constatación de la infracción.

5.- En los supuestos de reincidencia en infracciones muy graves:

a) Se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose entre tanto el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones. En caso de tratarse de servicios públicos esenciales, deberán garantizarse los servicios mínimos.

b) El empleador quedará **inhabilitado por un año para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**<sup>(20)</sup>

En las conductas descriptas por la ley, arriba apuntadas, podría incurrir el empleador concesionario, que anuda este tipo de contrataciones con el Estado. Se observa que la norma apunta a incumplimientos serios, que en

.....

(20) El resaltado pertenece al autor.

la mayoría de los casos —precisamente por la gravedad de los comportamientos— generan la ruptura del vínculo.

La situación ofrece dos perspectivas: la del **crédito laboral**, frente a la doctrina del máximo Tribunal en su nueva integración, según la cual el Estado no responde solidariamente. Ante ello, parecería proporcionado que se agudizase el castigo contra el empleador transgresor, pues en estos casos este último se encontraría incurso en infracciones muy graves y el trabajador perjudicado quedaría sin resguardo. Por tal motivo, **a las sanciones previstas debería adicionarse un resarcimiento especial para el trabajador, con base en el derecho común, más allá de lo tarifado.** La calificación legal de esas faltas —como muy graves— habla por sí misma.

El otro aspecto a considerar se vincula con la seriedad y solvencia que debería revestir todo co-contratante del Estado. Esto apuntaría a **concertar vínculos con empresas de consolidada responsabilidad** y no con quienes resulten más convenientes desde una mera óptica administrativa. Si se contrata para que se contrate, a su vez, la prestación de servicios de personas, tal cuestión afecta los criterios de mera conveniencia que pueden guiar la decisión en el clásico acto licitatorio. **Tal encadenamiento de relaciones no debería perjudicar a quien beneficia —en suma— a los poderes públicos.**

La continuidad del vínculo —como un valor en sí mismo— no se neutraliza mediante la estrategia de la subcontratación. Si el Estado delega actividades en su carácter de Administrador (nacional o local), debe ponderar al extremo la rectitud de quien será el empleador de los trabajadores que se desempeñarán en espacios públicos.

Por ello, se reitera, en especial ante la reciente doctrina del máximo Tribunal que libera a aquél de toda responsabilidad refleja, **es manifiesto que las multas y la inhabilitación anual o la suspensión establecidas en las normas citadas<sup>(21)</sup> —en los dos últimos casos, para el caso de reincidentes— (art. 6.5. a y b.), resultan insignificantes y desproporcionadas al daño, por hipótesis, irrogado a los trabajadores.**

.....

(21) Abarcativas de incumplimientos que contemplan casos de discriminación, violación a las normas relativas a trabajo de menores (se utiliza la terminología anterior a la reforma de la ley 26.390), transgresión a la intimidad, entre otros casos “muy graves”.

### 3.3 | El principio de progresividad de los derechos sociales

Desde otro ángulo, es claro que el legislador de 1974 previó un mecanismo “inclusivo” que, de haberse mantenido, hubiese remediado innumerables posiciones encontradas. Repárese en el texto original (art. 32) de nuestra ley laboral:

“Quienes contraten o subcontraten con otros la relación de obras o trabajos, cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre para la realización de obras o prestación de servicios que hagan a la actividad principal o accesoria, tenga ésta o no fines de lucro, deberá exigir a éstos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos e la seguridad social, siendo en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social, durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.

Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento y dentro de su ámbito, se considerará en todos los casos que la relación de trabajo respectiva del personal afectado a tal contratación o subcontratación, está constituida con el principal, especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva”.

El examen de la norma transcripta ofrece dos reflexiones independientes. En primer término —se adelanta que lo que sigue resulta válido para ambas perspectivas— es de recordar el alcance de un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC art. 2.1) en especial: el de progresividad de los derechos sociales. Su contenido sugiere que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justifi-

carse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto "y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Quedó dicho que existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado —Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observaciones Generales 3, 14 y 15—. El mentado principio de progresividad, también se encuentra enunciado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26) y a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países.<sup>(22)</sup>

Con relación al señalamiento inicial, el eje se colocará en el **primer párrafo de la norma original**. Es de destacar que en la provincia de Córdoba, el Tribunal Unipersonal integrado por el Dr. Carlos A. Toselli, en la causa "Castellano Marcelo Dario c/ Scribano José Luis y otro - ordinario despido" dictó sentencia con fecha 14/10/2008, señalando que:

"... no puede ignorarse que la reforma al art. 30 LCT (originario art. 32) fue realizado por la regla de facto 21.297 de la dictadura militar, que modificó sin justificación la norma que generaba un derecho más protectorio para el trabajador, por lo que si las normas regresivas deben ser analizadas con la máxima estrictez para verificar que las mismas no afecten los derechos reconocidos en los pactos internacionales, tal revisión debe ser aún de mayor intensidad, cuando el órgano que modificara la legislación de modo regresivo ni siquiera emana de la voluntad popular, sino que fue impuesto de modo dictatorial sin la discusión parlamentaria de quienes el pueblo había elegido para sancionar sus normas legales (...) Una nueva mirada hacia las normas internacionales protectoras de los derechos humanos, entre los que se encuentra la garantía del salario y de los créditos laborales, hace que deba reflexionar sobre el alcance que se le ha asignado en los últimos tiempos en esta interpretación restrictiva, al concepto 'actividad específica propia del establecimiento' y a los contratos de tercerización, todo ello y los antecedentes del caso puntual, **me inclinan a postular que debe volverse al texto del art. 32 en su redacción originaria, desplazando a la**

(22) Ver considerando 10) del pronunciamiento recaído en la causa "Aquino".

regla de facto que lo modificara de modo peyorativo e implicara una clara retrogradación de derechos...”.

Es decir, se incluye la actividad “accesoria”, prevista en la normativa primigenia.

Sentado lo anterior, si nos detenemos en la segunda parte de la disposición originaria, puede afirmarse que un retorno a las raíces de la disposición legal de 1974 se erigiría en un elemento de claro contenido tuitivo de la continuidad, antes que de la ruptura.

Recordemos el segundo párrafo del texto abrogado en 1976:

“Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento y dentro de su ámbito, se considerará en todos los casos que la relación de trabajo respectiva del personal afectado a tal contratación o subcontratación, está constituida con el principal, especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva”.

Esta situación se correspondería con los casos en los cuales el empresario “incorpora” en el seno mismo de la empresa, personal de concesionarios de comedor, de servicios de *catering* (v. gr., en establecimientos sanatoriales y escolares), de limpieza y vigilancia, entre otros. Ni más ni menos, se trata de los supuestos en que la “tercerización” se corporiza “dentro” de la misma empresa, en la que cohabitan dependientes de “primera” y de “segunda” —según sean de “planta” o “tercerizados”—, frente a prestaciones de las que se sirve, en suma, un único empresario principal. De igual modo, se observa que para desempeñar tareas idénticas a las indiscutiblemente “propias” de la actividad principal, se incorporan trabajadores de empresas de servicios eventuales.<sup>(23)</sup>

.....

(23) Con relación al trabajo eventual, es mucho o que se ha regulado para proteger al dependiente inserto en el sistema. Recientemente, el decreto el art. 10 del dec. 1694/06 ha sido complementado por la resol. 352/12 de la Secretaría de Trabajo, que establece, con relación al mencionado decreto, que los sueldos y jornales que paguen las empresas de servicios eventuales, no podrán ser inferiores a los que correspondan por la convención

Así, pueden afectarse principios de igualdad de trato a los “contingentes” de trabajadores subcontratados para prestar servicios al empresario principal. Diferentes sindicatos, diversas ARTs., distinto “empleador”, aunque las facultades de dirección —en los hechos— no las ejerce el contratista sino quien subcontrata, generan situaciones proscriptas por diversos instrumentos internacionales. Aunque el enmarañado sistema (según el texto actual, modificado en 1998) convenientemente lo oculte.<sup>(24)</sup>

Con relación a estos casos, no es ajeno aquello que señala Von Wright:

“... las fuerzas forjadoras de carácter transnacional son en gran medida anónimas, y por ello, difíciles de identificar. No conforman un sistema u orden identificado. Son una aglomeración de sistemas manipulados por actores en su mayoría invisibles. El mercado no es la negociación interactiva de fuerzas en competencia, sino más bien el tira y afloja de exigencias manipuladas, necesidades artificiales y la avidez por las ganancias rápidas”.<sup>(25)</sup>

Más allá de la retrogradación de derechos que importa el haber “suprimido” la parte final del original art. 32, las organizaciones sindicales tienen ante sí el reto discutir el tema de organizar a los trabajadores subcontratados homogeneizando su situación con los “de planta”; y en el escenario actual de las relaciones de trabajo —que carece de fronteras— deberían recrear sus estrategias de acción reivindicativa, con la fuerza de movimientos sindicales “internacionalizados”, a fin de contra-

.....  
colectiva de la actividad o categoría en la que efectivamente preste el servicio contratado y a los efectivamente abonados en la empresa usuaria, en relación con la jornada legal total o parcial desempeñada. Así, se dispuso un mecanismo de comunicación e información entre las empresas usuarias y las empresas de servicios eventuales a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de lo normado por el referido art. 10, creando el “Formulario remuneración a percibir - Decreto N° 1694/06”.

(24) Ya en el año 1984, en el caso “Cabezas, Audelia” (Fallos: 306:1421), la mayoría de la Corte entendió que del desistimiento que había efectuado el actor respecto de uno de los demandados (el cesionario, o, en palabras del Tribunal, “con el que se había dado la relación de dependencia”) no podía derivar el rechazo de la demanda, porque se había acreditado en autos que el actor trabajó en calidad de mozo para ese codemandado en el restaurante que explotaba en el hotel de propiedad de otro de los accionados, el cual se había reservado las más amplias facultades de control del servicio. Así, entendió el alto Tribunal, se configuró un supuesto de apartamiento de la normativa prevista para el caso.

(25) VON WRIGHT, G., citado por BAUMAN, ZYGMUNT, *La globalización. Consecuencias humanas*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1999, p. 78.

rrestar la desprotección a la que someten a los trabajadores las empresas también transnacionales.

En particular, en lo que atañe a los trabajadores, éstos gozan, sin ninguna distinción y sin autorización previa, del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a las mismas, con la sola condición de observar sus estatutos. Y frente a las estrategias de las empresas transnacionales y, dentro de las empresas, la concentración en la toma de decisiones sobre cuestiones que atañen a la vida laboral de los trabajadores, los sindicatos no pueden sino desarrollar alguna capacidad transnacional para la organización y la acción.<sup>(26)</sup>

En suma, un retorno al texto anterior (de 1974) significaría un retorno a la realidad —más técnicamente, a su primacía— quedando al descubierto un sinnúmero de situaciones de necesario reacomodamiento.

El desaliento por tercerizar sería emblemático en los supuestos contemplados en el segundo párrafo del dispositivo original (los trabajadores “contingentes” serían dependientes directos del principal, en las condiciones establecidas por la norma). Y, en cuanto al primero, las actividades accesorias (en este caso, alcanzadas por la solidaridad) también podrían sugerir el abandono de la estrategia, al menos cuando se la utiliza mañosamente.

### 3.4 | Las posibles deslocalizaciones empresariales o los despidos. Su conjura mediante la negociación colectiva y otros mecanismos

En otros casos, el fenómeno de la mundialización de la economía “atrapa” el proceso que describimos, incorporando una variable al esquema anterior a través de la contratación —o subcontratación— de trabajadores en megaempresas de orden transnacional, que se vinculan con otras empresas o con otras megaempresas que requieren necesariamente de sus servicios para funcionar. Esta posibilidad tampoco protege adecuadamente al trabajador. Las operaciones de altísimo riesgo a las que suele

---

(26) Ver TILLY, CHARLES, “La globalización amenaza los derechos de los trabajadores”, en *Revista Apuntes de investigación del GEGYP*, 1997.

recurrir el capital —un empresario anónimo y extraterritorial— sumadas a las **desinversiones** locales que a su gusto puede disponer, ponen en jaque las condiciones básicas de contratación del asalariado.

Asegura Zygmunt Bauman que la “flexibilidad” finge ser un “principio universal” de la racionalidad económica, que se aplica en la misma medida a la demanda y la oferta en el mercado laboral. La similitud del término oculta que su contenido es drásticamente distinto a cada lado de la divisoria “Así, (d)el lado de la demanda, flexibilidad es libertad para desplazarse hacia prados más verdes, dejando los residuos y desperdicios del campamento anterior desparramados para que los recojan los locales; sobre todo, significa libertad para pasar por alto todas las consideraciones salvo las ‘económicamente sensatas’”.

Sin embargo, del otro lado, la flexibilidad representa:

“... un destino duro, cruel, inexpugnable e inexorable: los puestos de trabajo van y vienen, aparecen y desaparecen de la mañana a la noche, se los divide y retira, en tanto las reglas de juego de contratación y despido cambian sin aviso... Y es muy poco lo que pueden hacer los trabajadores y los buscadores de trabajo para detener el columpio. Por eso, para satisfacer las pautas de flexibilidad impuestas por los que hacen y deshacen las reglas —para hacer flexibles a los ojos de los inversores—, la suerte de los ‘proveedores de mano de obra’ debe ser lo más rígida e inflexible que se pueda. Más aún, debe ser diametralmente opuesta a ‘flexible’: la libertad de elegir, aceptar o rechazar, ni que hablar de formular las reglas del juego, debe ser tallada hasta el hueso”.<sup>(27)</sup>

Al respecto, parecería que no todo está perdido. Son de destacar algunas experiencias sobre la aplicación de acuerdos dentro del marco de la negociación colectiva que incorporan como pauta de discusión la **estabilidad en el empleo**, antes que el “abandono” de la empresa.

En relación con lo anterior y conforme publicó el *Wall Street Journal*, sobre la base de una investigación efectuada por Chris Reiter en Berlín y Stephen

.....  
(27) BAUMAN, ZYGMUNT, *op. cit.*

Power en Francfort,<sup>(28)</sup> la empresa Volkswagen AG **hizo concesiones a los sindicatos a cambio de un congelamiento salarial.**

El plan empresarial tendía a recortar en 1000 millones de euros de sus costos. Sin embargo, en un acuerdo colectivo, se obtuvo que a cambio del congelamiento salarial por 28 meses la empresa automotriz **garantizara los puestos de trabajo** y empleos hasta el año 2011, es decir, por cinco años. **Los trabajadores, además, recibieron la suma fija de 1000 euros en marzo de 2005, como compensación.**

Este acuerdo marco dentro de la negociación colectiva con el poderoso sindicato IG Metall alcanzó a 103.000 empleados en seis fábricas dentro del territorio alemán.

Según la misma fuente y en idéntica línea, se destaca como un hecho conocido que ya de forma sistemática y programada, las empresas europeas habían logrado negociaciones positivas con relación a la jornada de trabajo de 35 horas semanales.<sup>(29)</sup> Por ello, la Siemens y la Daimler-Chrysler retornaron a la jornada de 40 horas semanales, por medio del acuerdo colectivo, **comprometiéndose a la estabilidad laboral de sus trabajadores por 8 años a partir de la firma del convenio.**

Como una experiencia retrospectiva y vernácula a considerar, entre otras, puede memorarse la crónica que, por 1985, fue demostrativa de la valiosa herramienta de la negociación ante el aspecto examinado. El Gobierno de entonces consideró "superado" el conflicto que se había desencadenado entre la fábrica Ford de General Pacheco, provincia de Buenos Aires y el gremio, al homologar el acuerdo —para cuyo desenlace las comisiones internas asumieron un rol protagónico— entre el Sindicato de Mecánicos y la empresa. En el acta respectiva, que contuvo siete puntos centrales, la empleadora reafirmó que era su intención la de "permanecer en el país", como así también no efectuar más "despidos masivos" y "estudiar los 338 despidos producidos".<sup>(30)</sup>

.....

(28) Ver: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1511734>

(29) Ante la posibilidad de contratar trabajo de idéntica calidad mediante el pago de una menor remuneración, con aprovechamiento de los devastados países del Este europeo.

(30) Ver, al respecto, el profundo análisis y puntos de vista de GARCÍA ALLEGRONE, VERÓNICA; PARTENIO, FLORENCIA y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, MARÍA INÉS, "Ocupaciones Fabriles: un rastreo de experiencias históricas", en el 6° Congreso Nacional de Estudios de Trabajo - ASET, 2003.

Por último, refiere Adrián Goldín<sup>(31)</sup> a su experiencia personal en el conocido caso hondureño, de “proyecciones inusuales y un modo de terminación que carece de precedentes en ese país y en su región. La empresa involucrada está adscripta a una iniciativa voluntaria de protección del trabajo; en este caso, a un código de conducta”. Como iniciativa voluntaria, el mentado código ha demostrado “ser extremadamente eficaz para restablecer el orden tutelar violado”. Tras el cierre de una de las maquilas de propiedad de Russell Corporation —el autor relata con riguroso detalle el devenir de tres informes, uno de los cuales fue de su autoría como “evaluador-consultor”— la exposición elaborada por nuestro catedrático resultó decisiva para la solución del conflicto. “(L)a empresa se comprometió a abrir un nuevo establecimiento en el área de Choloma” (allí había tenido su radicación inicial la empresa que cerró sus puertas) y “llevaría por nombre ‘Jerzees Nuevo Día’”. En palabras de Goldín, aquella se comprometió a reconocer al sindicato Sitrajerzeesh como representante exclusivo de los trabajadores en la nueva planta, a emprender un proceso de negociación colectiva de buena fe, a **recontratar y brindar asistencia económica a los trabajadores que antes se desempeñaban en la empresa que se había cerrado**, a establecer un programa de formación en materia de libertad sindical juntamente con el sindicato, a designar un *ombudsman* para hacer el seguimiento diario del cumplimiento de esas normas y principios, a crear un fondo de bienestar para brindar asistencia a los trabajadores desplazados y a abstenerse de toda acción que pudiere obstruir la sindicalización en el futuro tanto en esta planta como en todos los restantes establecimientos pertenecientes al grupo.

### El cumplimiento y la implementación del acuerdo

“... sería monitoreado por un comité mixto empresario-sindical, previéndose entrar en un proceso de arbitraje vinculante en el caso de que se registraran discrepancias relativas a su puesta en práctica o su interpretación. El acuerdo estipulaba además que Russell facilitaría actividades de formación en materia de libertad sindical en todas sus demás plantas, lo cual revestía particular trascendencia en razón de que Russell y su compañía madre Fruit of the Loom constituyen el empleador privado más grande en la

(31) Ver: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/la-libertad-sindical-y-las-iniciativas-voluntarias-el-caso-jerzees-de-honduras-adrian-goldin.pdf>

República de Honduras. A juicio de todos los actores involucrados y de los observadores y analistas, el acuerdo representó un logro significativo y sin precedentes en la historia del sector de la indumentaria en Honduras y en toda América Central”.<sup>(32)</sup>

Cabe aclarar que los denominados “códigos de conducta” no son sino documentos emanados de la propia empresa que contienen el diseño de la política empresarial referida a condiciones de trabajo. Se trata de una suerte de autoregulación por parte de las compañías, cuyo objeto es el cumplimiento de normas laborales mínimas, y han surgido como respuesta a presiones de las ONG y de consumidores.

Los alcances y la efectividad de estos compromisos no siempre han sido efectivos. Para Oscar Ermida Uriarte:

“... los códigos de conducta, los ‘labels’, sellos o distintivos de buena práctica laboral y las iniciativas de ‘inversiones socialmente responsables’, son todas (decisiones) privadas, voluntarias y unilaterales de empresas o grupos de empresas que tienden a promover y difundir el cumplimiento de ciertos mínimos laborales. Sin embargo, su unilateralidad y voluntariedad limitan su eficacia y afectan su credibilidad casi tanto como las dudas acerca de su verdadero objetivo: ¿respeto de derechos sociales o mera publicidad y campaña de imagen?”.<sup>(33)</sup>

Ahora bien, esas experiencias no son uniformes. Lo expresado por Adrián Goldín —de muy reciente data— resignifica el concepto de los “códigos de conducta” y propone una nueva expectativa frente a una herramienta que no puede desdeñarse porque tiene la potencialidad de impulsar muy buenos hábitos. Expresaba el catedrático recién mencionado que

“Russell Corporation está afiliada a la Fair Labor Association (en adelante, FLA), que es una de las entidades consagradas a la institución y control de programas de Responsabilidad Social

.....

(32) *Ibid.*, p. 9.

(33) ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Globalización y Relaciones laborales”, [en línea] <http://wilfredo.sanguineti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>

Empresaria en la industria de la indumentaria (...) La presencia de las universidades en la FLA se vincula con el activismo de los estudiantes contra las condiciones de explotación en las maquilas y además, con el interés de las propias universidades de asegurar que los productos que las identifican no violen los 'standards internacionales'".<sup>(34)</sup>

## 4 | La ley antidiscriminatoria

El *leading case* "Álvarez c/ Cencosud" ha reafirmado la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitarla. Según lo afirmado en dicho fallo, ello debe reflejarse en la legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592, y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales. Así, cuando la Corte resolvió sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan clasificaciones basadas en criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos: "Hooft" 327:5118; "Gottschau" 329:2986 y "Mantecón Valdez" 331:1715), por lo que el trato desigual debe ser declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad, "Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - Distrito Capital Federal" (Fallos: 332:433).

En síntesis, quedó definitivamente establecido que la ley 23.592 es de aplicación en el Derecho del Trabajo, que dicha norma es reglamentaria del art. 16 CN y que por consiguiente, reviste naturaleza federal.

Es un valor aceptado y ya no se cuestiona, en todo el mundo, la repulsa general a todo acto discriminatorio. En la norma laboral, la tarea hermenéutica adquiere matices particulares, porque desde la propia Constitución Nacional, como quedó dicho, hasta la ley de fondo se establece un temperamento inequívoco: la protección de las leyes (por mandato constitucional) a favor de la parte más débil. Para reforzarlo, el art. 17 bis LCT ha remarcado: "las desigualdades que creara esta ley a favor de una de

.....

(34) Ver nota 26, pp. 1/2.

las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación” (artículo que fue incorporado por art. 1° de la ley 26.592 BO 21/05/2010).

Esta conclusión legislativa tiene una historia.<sup>(35)</sup> El derecho del trabajo debió apartarse del derecho civil, como derecho rector, en busca de un resguardo adecuado a su realidad específica, es decir, de una protección distinta y mayor. Era ostensible la incapacidad del derecho civil, expresada en un Código como el de Vélez Sársfield, de tono individualista y pronunciadamente liberal, para abrigar una realidad como la que presentaba el trabajo subordinado.

De este modo, el derecho laboral fue construido sobre directrices distintas de las que informaron y en alguna medida aún informan al derecho civil y al derecho comercial; todo ello sobre una piedra basal: el principio protectorio, que la Constitución Nacional argentina recoge en el primer párrafo de su art. 14 bis: “... el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”.<sup>(36)</sup>

Por tales razones, además del mentado retorno al texto de 1974 mediante el art. 17 bis (anterior art. 19, idéntico contenido) existen normas del ordenamiento laboral que claramente establecen pautas de interpretación antidiscriminatorias (arts. 17 y 81 LCT).

En esta línea, armónicamente, se inscribe la ley 23.592: “... todo **representante no reconocido** por el ordenamiento jurídico en los términos de los arts. 48 a 52, ley 23.551, tiene una cobertura especial ante un despido dispuesto como represalia a su actividad sindical”.<sup>(37)</sup>

---

(35) GABRIELA A. VÁZQUEZ y MARÍA CECILIA HOCKL, “La aplicación de los principios del derecho del trabajo en el proceso laboral”, ponencia presentada y expuesta en el *III Encuentro Quilmeño de Derecho del Trabajo y I Latinoamericano*, “Américo Plá Rodríguez”, los días 26 y 27 de septiembre de 2008.

(36) Sin embargo, en los últimos años, como expresa Tosca, el derecho civil “ha tenido una notable evolución, que podría denominarse de carácter ‘social’, en tanto ha incorporado institutos que tienen en cuenta determinadas situaciones permanentes o contingentes” (arts. 954, 1071, 1198 y 1201). Ver TOSCA, DIEGO, en Mario Ackerman (dir.) y Diego Tosca (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, t. I.

(37) PRESEDO, ELIZABETH y JUEGUEN, MARÍA C., “Tutela Sindical y despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2013/12/1192, Abeledo-Perrot, N°: AP/DOC/298/2013, del 15/06/2013.

Un recorrido por la jurisprudencia precisará los alcances de esta incontestable afirmación.

## 4.1 | Afiliarse y desafiarse

Una interpretación de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que evidencia un claro apego a los principios básicos de la materia laboral —claramente, no sesgada— se aprecia en la sentencia de la Sala IV, “Olguín, Pedro Marcelo c/ Rutas del Sur SA”, del 19 de marzo de 2010. El actor denunció que su despido fue discriminatorio “y reclamó la reinstalación en su puesto y condiciones de trabajo, el pago de salarios caídos durante todo el período transcurrido hasta la efectivización de su reincorporación en condiciones debidas y la fijación de una indemnización por daño moral”.

El actor “no era activista sindical —ni lo planteó en su demanda— y no fue despedido por razón de una medida de fuerza o por un reclamo gremial. Era un empleado de cabina de peaje en la autopista a Cañuelas que se encontraba afiliado —como el resto de sus compañeros— a la organización sindical Unión de Empleados de la Construcción y Afines de la República Argentina —UECARA— y un día se le hizo saber que debía desafiarse de la misma y afiliarse al Sindicato Único de Trabajadores de Peajes de Autopistas (SUTPA). Como consecuencia de su negativa a pasarse de sindicato fue despedido”.

El juez Guisado señaló —a cuyo voto adhirieron quienes suscribieron la sentencia—

“... que en la demanda se invoca que la causa del despido fue la negativa del actor a desafiarse a UECARA y a afiliarse a SUTPA, y el hecho de que dicha causa resulte mediata o inmediata, según que la decisión haya resultado de la propia iniciativa de la empresa o como consecuencia del pedido o exigencia de SUTPA, no la priva de carácter discriminatorio, **en la acepción que a este término cabe reconocer en el marco de lo establecido por el art. 1 de la ley 23.592**”.<sup>(38)</sup>

.....

(38) Énfasis agregado por el autor.

Una motivación como la expresada “viola sin dudas la garantía de libertad sindical, que —entre otras cosas— comprende el derecho de los trabajadores de afiliarse o no afiliarse a los sindicatos existentes y de permanecer afiliados a las entidades gremiales de su elección durante todo el lapso que libremente decidan”. Finaliza esta reflexión señalando que: “... una actitud como la invocada implicaría la segregación del actor en virtud de su ‘opinión gremial’ (ejercida por éste al afiliarse a UECARA y mantenida luego de la aparición de SUTPA), causal de discriminación específicamente contemplada en el art. 1 de la ley 23.592”.

Como expresa Canessa Montejo:

“... tampoco escapan pronunciamientos de la Comisión IDH sobre violaciones a la libertad sindical. La Comisión, en el Informe sobre Paraguay, expresa con claridad su competencia en esta materia (...) La Comisión tiene competencia respecto a denuncias individuales contra Estados parte del Protocolo de San Salvador en relación a ciertos aspectos de los derechos sindicales. En efecto, conforme al art. 8° (1) (a) de dicho instrumento, los Estados Partes, entre ellos Paraguay, se comprometen a garantizar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a **afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses**. A su vez, el art. 19 (6) de dicho Protocolo contempla que si el derecho antes mencionado, entre otros, fuese violado por “una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, la situación podría dar lugar, mediante la participación (...) de la CIDH y de la Corte Interamericana a la aplicación del sistema de peticiones individuales establecido en la Convención Americana”.<sup>(39)</sup>

Prosigue el citado autor, ya en relación a lo decidido por la Corte Interamericana en el conocido caso “Baena”:

“... de dicha sentencia queremos destacar el razonamiento de la Corte Interamericana sobre la violación del art. 16 de la Convención Americana sobre la Libertad de Asociación. La Corte sostiene

---

(39) Informe de Paraguay 2001, párrafo 41. Ver: <http://www.losrecursoshumanos.com/contenidos/320-los-derechos-laborales-en-el-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-i.html>, punto 2.1.2. Énfasis agregado por el autor.

que (...) 'la libertad de asociación, en materia de libertad sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, **esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad**".

Esta noción de la Corte Interamericana se inspira en los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre Libertad Sindical. Asimismo, la Corte considera que:

" ... la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus iuris* de los derechos humanos". Igualmente, la libertad de asociación, en materia sindical, recogido por el art. 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, "el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y **la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse**". (40)

Por último, sería pertinente asociar el aspecto examinado con el histórico y sustancioso caso "Outón", de nuestra Corte Federal (Fallos: 267:215.)

## 4.2 | La aplicación de la ley 23.592 y sus matices

Ya se ha expresado que en el conocido caso "Álvarez c/ Cencosud" la Corte puso fin al debate existente hasta su dictado respecto de la aplicación, en el ámbito laboral, de la ley 23.592. Ya no existen dudas al respecto —su pertinencia, según lo que resulte de las pruebas de la causa, es incontrovertible en la materia— y toda interpretación que se hiciese en sentido contrario a lo decidido, podría dar lugar al surgimiento de una cuestión federal típica (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

(40) *Ibid.*, punto 2.2. Énfasis agregado por el autor.

Sobre la base de asertos de valor tan enfático como trascendente, expresó el máximo Tribunal: "... es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y (...) reparar el daño moral y material ocasionados" (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos.

Sentado lo anterior, es de destacar que en las causas "Molina Reynaldo c/ Spicer Ejes Pesados" y "Salvi c/ Spicer Ejes Pesados s/ Amparo", entre otros, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha editado la exigencia —ya preanunciada en otros fallos— del llamado requisito de "actividad sindical relevante". **Estos fallos fueron recurridos ante Corte Federal, la que desestimó los recursos de la parte actora con base en el art. 280 del CPCC.**<sup>(41)</sup>

No obstante, el dictamen de la Procuración General de la Nación en esta temática, fue por demás pormenorizado:<sup>(42)</sup>

"... la Ley Antidiscriminatoria (n° 23.592) debe ser interpretada en sentido amplio, descartando restricciones que importen privar de su amparo a personas relacionadas con terceros por determinada forma contractual, como es, en el caso, el vínculo de trabajo. Se expresó que la aplicación de la mencionada ley no puede estar '... condicionada a que el trabajador se encuentre comprendido en alguna de las previsiones contenidas en los arts. 48, 50 y 52 de la ley de Asociaciones Sindicales', referido a los representantes sindicales porque se estaría distinguiendo donde la norma no distingue e imponiendo una carga que la ley no exige...".

---

(41) El 17 de diciembre de 2013.

(42) Ver [http://www.mpf.gov.ar/Dictamenes/2011/MBeiro/diciembre/Molina\\_Reinaldo\\_M\\_742\\_L\\_XLVI.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Dictamenes/2011/MBeiro/diciembre/Molina_Reinaldo_M_742_L_XLVI.pdf)

La Procuración descartó que quien alegue haber sido discriminado por “opinión gremial” debía acreditar una “representación”, afirmando que los jueces extrapolaron el concepto que al respecto define el Convenio 135 de la OIT, para señalar que “... tal noción específica no se extiende a la totalidad de los trabajadores que pudieran participar en reuniones, asambleas o medidas de acción directa sino sólo a aquellos que ejerzan cierta representación”, lo que fue considerado un requerimiento que:

“... no surge de la literalidad de la norma (...) más allá de la interpretación que pueda merecer este texto de derecho común, la exigencia que imprimieron los jueces con sustento en la norma internacional, el Convenio 135 de la OIT, resulta un apartamiento palmario de las cuestiones de la *litis* en la medida que el reclamo no se sustentó en el ejercicio de representación sindical alguna, sino en el despido discriminatorio motivado en la participación en planteos por las condiciones de trabajo con riesgos para la salud”.

Es del caso aclarar —puntualizó el dictamen— que:

“... el Convenio 135 trata sobre ‘los representantes de los trabajadores’, en cambio el art. 47 de la 23.551 —invocado por la actora— reconoce la tutela de los derechos de libertad sindical garantizados por esa ley, además de las asociaciones sindicales, a los trabajadores, a los que, a su vez, se les reconoce los derechos sindicales previstos en la ley, sin que deban acreditar representación alguna (v. art. 4 de la ley 23.551)”.

En segundo lugar, se expresó

“es del caso apuntar que (...) respecto al art. 1° de la ley antidiscriminatoria (n° 23.592), aún cuando se quiera postular una fórmula restrictiva, basta con acreditar la existencia de algunas de las conductas previstas en ella y, en todo caso, la cuestión a dilucidar será si el despido fue motivado por “la participación en los reclamos tendientes a resguardar los derechos de todos los que trabajaban en la empresa” si tal actividad “es encuadrable en algunas de las previsiones de la ley, o en algunas de las previstas en las normas invocadas por la parte e inclusive las del abundante *corpus iuris* que detalla VE en el precedente ‘Álvarez’ (Fallos 333:2306, consid. 3)”.

Sin perjuicio de:

“... lo que corresponde en definitiva resolver respecto a los hechos, las pruebas producidas a su respecto y el derecho aplicable, cabe descartar en el caso toda exigencia probatoria referida a ‘cierto grado de representación sindical’ (o la consideración de ‘activista sindical’ como puntualizó el juez de la instancia, ver fs. 489, párr. 10), como presupuesto para que opere aquella norma, pues cabe interpretar tal exigencia como un apartamiento del texto normativo aplicable”.

Entre otras consideraciones, pues, la PGN opinó que correspondía declarar admisible el recurso deducido por el actor y revocar la sentencia recurrida en lo que fue materia del remedio extraordinario; no obstante, como se adelantó, ese recurso —junto con otros en los que se planteaba similar problemática— resultaron desestimados.<sup>(43)</sup>

En suma, como es menester, los jueces especializados que entienden en las causas como las examinadas valoran pormenorizadamente los antecedentes fácticos que darían lugar a las pretensiones basadas en la ley antidiscriminatoria. Así, se observan criterios amplios o más restrictivos para subsumir el caso a resolver en la ley mencionada: *v. gr.*, el *standard* que se estableció en la causa “Braun, Ricardo Jorge c/ Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación s/juicio Sumarísimo”<sup>(44)</sup> (CNac. Apel. Trab., Sala II).

.....

(43) “Arias, Héctor Orlando c/ Spicer Ejes Pesados SA s/ Acción de amparo” y “Salvi, José Francisco c/ Spicer Ejes Pesados s/ Acción de amparo” sentenciados el 17/12/2013.

(44) “Para que la labor desplegada por una persona involucrada o interesada en las cuestiones que afectan al conjunto de trabajadores pueda llevar a calificarla como un ‘representante sindical de hecho’ es necesario que, por lo menos, su actuación haya involucrado intereses colectivos o que su labor haya tenido una incidencia de ese carácter puesto que, más allá de que el activismo que invoca hubiera sido ejercido en forma colateral al que asumió el sindicato, lo cierto es que para vincular al acto que se reputa discriminatorio con el factor sensible que se alegó (activismo gremial), es necesario demostrar la calidad que erigiría al actor en un sujeto especialmente vulnerable a eventuales actos disgregatorios o peyorativos, lo que no es posible predicar cuando no se demostró la naturaleza colectiva o de representación de la actividad desplegada y mucho menos, su carácter público (CNac. Apel. Trab., Sala II, Expte. N° 24.845/06 Sent. Def. N° 96.979 del 18/08/2009 ‘Braun, Ricardo Jorge c/ Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación s/ juicio sumarísimo’ (Maza - González). En el mismo sentido, Sala II Expte. N° 28.946/08 Sent. Def. N° 98.032 del 19/05/2010 ‘Larroble, Viviana c/ Casino Buenos Aires SA Cía. de Inversiones de Entretenimientos SA UTE s/ sumarísimo’ (Pirolo - González), Sala II Expte. N° 37.335/08 Sent. Def. N° 98.932 del 21/02/2011, ‘Lucci, Andrea Paula c/ Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE’ (Pirolo - Maza), Sala II

Sobre este punto, podría llegarse a la siguiente conclusión: se trate de posturas amplias como las explicitadas por la Procuración General de la Nación o más restrictivas como la recién expuesta, en todos los casos, los parámetros interpretativos de “Álvarez c/ Cencosud” no deberían soslayarse. La holgura interpretativa jamás podría desnaturalizar la riqueza de la ley 23.592,<sup>(45)</sup> aplicándola cuando no se verifica un caso de discriminación; en el sentido opuesto, tampoco, por cierto, una estrictez irrazonada podría desvertebrar el auténtico sentido de la ley, ampliamente desarrollado por la Corte Federal en el mencionado precedente.

La casuística cobra, en estos casos, un valor especial, puesto que —se reitera— es tan grave negar el acto discriminatorio cuando éste existió, como artificiosamente aceptarlo si se lo invoca de forma antojadiza. Como se adelantó, señala el emblemático precedente de la Corte: “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos (“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes”, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). El desafío consiste, pues, determinar si se verificó o no un acto de tan repudiable naturaleza: de ser así, la ley con todas sus consecuencias (reinstalación, indemnizaciones por daños y perjuicios y astreintes para el caso de incumplimiento) deberían ser indubitadamente aplicadas.

.....

Expte. N° 34.952/08 Sent. Def. N° 100.643 del 18/06/2012 ‘Browne, Bárbara Elizabeth c/ Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/ juicio sumarísimo’ (Pirolo - Pesino) y Sala II Expte. N° 48.311/09 Sent. Def. N° 100.757 del 13/07/2012 “Cardozo Roa, Celica Clerifa c/ Kraft Foods Argentina SA y otros s/ juicio sumarísimo” (González - Maza)”, en CNac. Apel Trab. (vta), Boletín Temático de Jurisprudencia sobre Derecho Colectivo del Trabajo. Parte II: “Representaciones Sindicales”, octubre 2012.

(45) Cuyo contenido no es taxativo, claro está, en punto a las situaciones que pueden entenderse como discriminatorias. En apoyo de esta conclusión, ver “Acuña, Carlos A. y otros c/ YPF SA s/ ordinario s/ casación” STJ de la Provincia de Río Negro, Expte. N° 23.340/08, 13/09/2010. Ver asimismo, GUADAGNOLI, ROMINA S., “Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente”, [en línea] [http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf130390-guadagnoli-las\\_desigualdades\\_genero\\_como.htm?2](http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf130390-guadagnoli-las_desigualdades_genero_como.htm?2). En contrario, Valentín Rubio sostiene que si bien la ley 23.592 es aplicable al ámbito del Derecho del Trabajo, “el art. 1° de dicha ley, al enumerar los motivos de “raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos” opera como un cerrojo, que impide agregar otros motivos que los enunciados”, [en línea] [http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle\\_articulos&id=367415](http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle_articulos&id=367415)

## 5 | El *ius variandi*

El 29 de marzo de 2006 la Cámara de Diputados de la Nación, convirtió en ley la sustitución del texto del art. 66 LCT por el siguiente:

“Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo: El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material o moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

Se observa que la modificación —en lo que particularmente interesa— afectó al segundo párrafo de la norma y significó el restablecimiento de la redacción original de la ley 20.744/74 (art. 71). El primer párrafo se mantiene igual que en su redacción anterior. Sabido es que la reforma **de facto** de 1976 sólo propició —ante los abusos empresariales derivados de la utilización asistemática del *ius variandi*— la posibilidad de despido indirecto. Esto es: se optó por la ruptura y no por la continuidad.

Esta reforma, cabe remarcarlo, tiene el mérito de:

“... haber derogado una de las tantas reformas introducidas en el plexo normativo laboral por la regla estatal 21.297 (1º) dictada por la dictadura gobernante de facto en el año 1976. Es necesario resaltar que es un imperativo del Estado Democrático en el que vivimos dictar normas acordes con nuestra Constitución Nacional, y a la vez, abolir aquellas impuestas en los períodos oscuros de gobiernos autoritarios (...) A tal fin es necesario precisar cuáles son aquellos elementos excluidos de la facultad de modificación por el empleador en los términos

del art. 66 LCT. En primer lugar cabe mencionar que la remuneración, la jornada de trabajo y la calificación contractual se encuentran fuera de esta facultad patronal. Al respecto se ha dicho que: ‘... la reducción salarial excede el ámbito del *ius variandi* (art. 66 LCT), toda vez que para las partes significa la modificación sólo de una parte de los términos contractuales —rebaja de la retribución a cambio de la misma tarea por parte del actor—. Los cambios debidos a las modalidades operativas nada tienen que ver con la modificación del salario, que constituye un elemento básico de la relación y que no puede verse afectado por esa circunstancia (...) Procura la continuidad del contrato de trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el art. 10 LCT y con el principio protectorio que rige la materia’.”<sup>(46)</sup>

El mantenimiento del *status quo*, como lo propicia hoy la norma, al igual que en 1974, refuerza el mandato de mantenimiento del vínculo. Otorga al empleador la posibilidad de rever su decisión —si no responde a causas objetivas— y, así, *bona fides*, reconducir su conducta.

Es verdad que el mandato al juez, del modo en que está redactado, no otorga margen a este último para conceder o denegar la medida. **En todos los casos, se deben mantener las condiciones de trabajo anteriores al cambio.**<sup>(47)</sup>

Bien lo remarca Carina Guevara:<sup>(48)</sup> “... creemos que esta reforma ha pretendido preservar la relación de trabajo, exigiendo un comportamiento .....

(46) RECALDE, HÉCTOR P., “El ‘*ius variandi*’ y la continuidad de la relación laboral”, en *La Ley*, 29/05/2006, 1, cita on line: AR/DOC/1860/2006.

(47) Esta falta de margen de acción fue señalada por Héctor Guisado, quien remarca que tanto en el decreto-ley 32.347/44 como en los Códigos Procesales de Mendoza y San Luis se previó una “aceptación provisoria” por parte del trabajador (se agrega, del cambio dispuesto por el empresario) salvo modificaciones manifiestamente inaceptables (esto último en las regulaciones locales), ya con anterioridad a la reforma. También apunta que el art. 66 “establece el criterio inverso al de los antecedentes referidos, vale decir, el mantenimiento de las condiciones anteriores hasta que recaiga sentencia definitiva, sin siquiera requerir la acreditación de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, como lo exigen el Código Procesal Civil y Comercial (art. 230) y diversos ordenamientos provinciales”, en GUIADO, HÉCTOR C., “La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo art. 66 de la ley de contrato de trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, pp. 668/674, 2006.

(48) GUEVARA, CARINA N., “*Ius Variandi*: evolución, implicancias y perspectivas en la doctrina y la jurisprudencia a partir de la reforma del art. 66, LCT”, en *Semanario Jurídico - Fallos y Doctrina Laboral y Previsional*, Córdoba, Comercio y Justicia, 2012, pp. 65/73.

mutuo de buena fe entre las partes". Ahora bien, como remarca la autora, tras señalar las diversas interpretaciones —doctrinarias y jurisprudenciales— en cuanto a las **formas** a seguir, según el rito que establece la Provincia de Córdoba, la norma podría "perfeccionarse, separando los aspectos sustanciales de los procedimentales. También debería establecer un procedimiento administrativo ágil y sencillo, con trámite de conciliación obligatoria para evitar la judicialización de este tipo de conflictos...".

Este punto merece ser considerado, puesto que frente a los condicionamientos que imponen algunos ordenamientos provinciales, además de los citados, no sería dudoso que la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo —aun cuando establezca cuestiones de índole procesal— se impondría a las regulaciones locales. Esto significa que más allá de lo que estuviese previsto en el ámbito provincial, es de aplicación imperativa la ley nacional, aún en este aspecto de naturaleza "procesal".

Afirmo esto porque la norma es sustancial y rebasa aquello que puede considerarse un mero trámite. Aplaudida o criticada, la disposición establece que si el trabajador acciona persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas no será posible innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que se trate de una medida de carácter general. De allí que no sea exigible la demostración de la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora o la imposición de cauciones de ningún tipo. La norma, claramente, contiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos del trabajador.

En cuanto al procedimiento, si bien se instituye uno sumarísimo, es posible que en el ámbito provincial este último no se encuentre reglado. Ese vacío legal se supliría por la aplicación del procedimiento más abreviado del que se disponga, sin perjuicio de considerar la pertinencia del art. 43 de la Constitución Nacional y la posible aplicación analógica de la ley nacional 16.986, si no existiere una reglamentación local del amparo, "adaptando" el procedimiento breve, previsto también contra los actos de particulares, contra todo acto u omisión "que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías". El art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo permite acudir a la analogía para la "aplicación de la ley" y éste es un caso conspicuo, demostrativo de que la regla de la norma más favorable, aún la procesal, no debería tornar más gravosa la situación del trabajador.

En suma, no cabría agregar requisitos que la ley no establece ni ampararse en el posible vacío en el aspecto procedimental, puesto que estas cuestiones, claramente, encuentran remedio. Aunque resulte obvio, no se puede prescindir del alcance nacional con que el art. 66 LCT fue sancionado, por lo que cabe recordar que si bien la materia procesal está reservada a las provincias, ello no impide el dictado de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considera del caso establecer formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos consagrados en códigos de fondo que le incumbe sancionar (Fallos: 299:45 y 297:458 y sus citas).

En cuanto a la sustancia del tema planteado, es del todo propicio releer el emblemático fallo dictado por la Corte Nacional en la causa "Álvarez Valdéz, Jorge c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música SADAIC" —1987— (Fallos: 310:619), toda vez que ante un claro uso abusivo del *ius variandi*, el Tribunal aplicó la norma pertinente y remarcó que "la ley consagra la obligación del principal de respetar la personalidad del trabajador, autorizando a aquél a ejercer sus facultades de dirección en forma tal que no cause perjuicio material ni moral durante la ejecución del contrato (arts. 63, 65 y 66 de la Ley de Contrato de Trabajo). El Tribunal subrayó que el actor había reclamado el restablecimiento de las condiciones de trabajo que habían sido modificadas por su empleadora y que alegó haber desempeñado funciones de relevancia —vinculadas a su profesión de contador público nacional y licenciado en administración— y sin razón valedera, se dispuso su traslado al panteón social del cementerio de la Chacarita, prohibiéndosele concurrir a la sede central. La Corte Federal hizo mérito del CCT 84/75, que establece un sistema de estabilidad propia, por lo cual "... la rescisión del contrato pudo no ser la única alternativa ante el ejercicio abusivo del *ius variandi*, desde que la ley invocada como sustento de la decisión, establece que en caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo)".<sup>(49)</sup>

(49) Se destaca la parte pertinente del fallo en lo relativo a la continuidad, que el Tribunal elevó como un valor preponderante. Con todo, es altamente recomendable la lectura completa del precedente, que involucra otras cuestiones de especial interés. También es de oportuna cita el voto disidente en la causa "Kolodij, María c/ Editorial La Capital SA y otro" del 19/08/2004 (Fallos 327:3177).

## 6 | Conclusiones

A fin de completar las reflexiones finales volcadas en la primera parte de esta investigación, sólo restaría señalar que:

- Las reformas introducidas a la Ley de Contrato de Trabajo que encarnaron el regreso de las disposiciones de 1974 constituyen, sin ambages, verdaderas conquistas sociales. Cada norma así recuperada debe entenderse como un afianzamiento de los ideales democráticos más preciados.
- Las instituciones restablecidas revelan **la indestructible fortaleza** que las consolidó en el ayer, que se en la lozanía con la que renacen hoy: protegen con vehemencia la estabilidad en el trabajo y por tanto, repelen naturalmente todo clase de políticas laborales flexibles, facilitadoras de despidos incausados.
- Es preciso, con todo, desalentar la inestabilidad laboral mediante mecanismos que agraven y/o aseguren, en definitiva, una respuesta indemnizatoria eficaz. El "retorno" al texto original al art. 32 de la ley 20.744/74 —según su texto íntegro— puede reforzar significativamente el espíritu que anima los actuales cambios.
- Ante la jurisprudencia que excluye al Estado de las obligaciones laborales solidarias, debería asegurarse la seriedad empresarial de sus contratistas. Además, resultaría del todo propicio el establecimiento de una reparación pecuniaria plena para el trabajador, que se ajuste a los daños eventualmente causados por aquéllos. En definitiva, se trata de tareas necesarias para el eficaz funcionamiento de los servicios públicos, por lo que el dependiente, ya privado de la responsabilidad refleja estatal, debería contar con un resarcimiento especial, proporcionado a tamaña responsabilidad cotidiana.
- La reciente iniciativa gubernamental, el proyecto de "Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral", que apunta a formalizar 300 mil puestos de trabajo durante el primer año y otros 350 mil, durante el segundo,<sup>(50)</sup> propicia las relaciones estables, consustanciales al "núcleo duro" del contrato laboral. Como se ha expresado en un emblemático fallo,<sup>(51)</sup> el trabajo no registrado constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que —además de privar al trabajador y su familia de las prestaciones de salud me-

---

(50) Ver <http://tiempo.infonews.com/2014/04/15/argentina-122570-el-gobierno-impulsara-una-ley-para-combatir-el-empleo-no-registrado.php>

(51) "Duquelsy, Silvia c/ Fuar SA y otro", CNac. Apel. Trab., Sala III, 19/02/1998.

diante la obra social que le correspondería— "... tiene por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social. El pago en negro perjudica al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia; al sector pasivo, que es víctima de la evasión, y a la comunidad comercial en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado, que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley".

- Las experiencias nacionales y extranjeras en materia de negociación frente a cesantías masivas —o ante la inminencia de ellas— demuestran que la generación de la "energía" colectiva es imprescindible frente a la lógica de la ganancia, **la cual, por todo lo visto, sólo en apariencia es implacable.**
-



# Impacto de la ley 26.684 en la protección del trabajo frente al concurso o quiebra del empleador

por HUGO ROBERTO MANSUETI<sup>(1)</sup>

## I | Aproximación al tema

El 30 de junio de 2011 fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.684 que modifica gran parte del articulado de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ). El eje de la reforma estuvo dado en el propósito de “favorecer la continuidad de la explotación de las empresas que se encuentren en situaciones de crisis, por parte de los trabajadores de las mismas, que se organicen en cooperativas para permitir, de esa manera, la conservación de las fuentes de producción y trabajo”.<sup>(2)</sup>

En estas líneas me ocuparé de realizar una breve reseña del impacto de la reforma en los aspectos no directamente vinculados a lo que se conoce como el régimen de las **empresas recuperadas** por cooperativas de trabajadores o formas similares.

.....

(1) Abogado Laboralista, Asesor Sindical. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y director de cursos de posgrado en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(2) Tal como puede leerse en el mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 17/03/2010, por el cual se acompaña el Proyecto de Ley, luego sancionado con el número 26.684.

Hoy todos podemos confirmar el elevado grado de perversión de las reformas legislativas que en nuestra materia tuvieron lugar durante la década de los noventa, cuando estas se ocuparon de arrasar con derechos elementales de los trabajadores y desarticular los mecanismos protectorios del trabajo decente para convertirlo en algo más que una servidumbre, sujeta al dominio del empleador y del mercado.

Las mayores injusticias e iniquidades tuvieron lugar por esos años. Desde los negociados de las AFJP (felizmente desarticulados a la fecha), las ART (que lamentablemente todavía subsisten y hacen padecer a los trabajadores) y el SECLLO (que restringe y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción laboral y a la vez descuida el control de la disponibilidad de derechos que debieran ser irrenunciables), pasando por el vaciamiento de la justicia del trabajo, la precarización general del empleo y la transformación del ser humano que trabaja como un mero recurso más del engranaje productivo y mercantil —cuando el trabajador es su causa eficiente<sup>(3)</sup> y la única fuente genuina de riqueza—.

En este contexto de flexibilización laboral, tuvo lugar el surgimiento de la ley 24.522 que, desde un principio,<sup>(4)</sup> supo obtener un lugar de privilegio en las perversidades de la época —tal vez la ley más perversa— por la efectividad que tuvo al agravar la situación de vulnerabilidad de los trabajadores durante la era campeona de concursos y quiebras, que fueron los siete años posteriores a la entrada en vigencia de esa ley.

La ley 24.522 introdujo significativas reformas al tratamiento de los créditos laborales en el concurso y la quiebra del empleador, agudizando la situación de vulnerabilidad del trabajador en dicha contingencia.<sup>(5)</sup>

.....

(3) JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, 13.

(4) Meses antes de la aprobación de esta ley, tuve oportunidad de publicar un punto de vista crítico hacia ella y alertar sobre sus efectos nocivos en el trabajo “Crisis de empresa y proyecto de reforma concursal” (*Revista El Derecho*, T. 162, p. 115 y ss.), elaborado en base a la ponencia presentada en las *XX Jornadas de Derecho Laboral de la AAL*, que tuvieron lugar en Concepción del Uruguay, Entre Ríos, del 3 al 5 de noviembre de 1994.

(5) La cual resulta patente si se aprecian las siguientes modificaciones: a) la eliminación del inc. 8° del art. 11 LCQ anterior (que exigía al deudor hallarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones laborales para solicitar el concurso preventivo); b) la atracción concursal de los juicios laborales en trámite, aun durante la etapa de conocimiento (arts. 21, inc. 5° y 132 LCQ), situación corregida con la ley 26.086; c) la renunciabilidad de los privilegios laborales aunque sujetando tal renuncia a un procedimiento formalmente riguroso

En lo referido al Título XVII LCT, de sus catorce artículos, esa ley derogó tres (arts. 264, 265 y 266), modificando el alcance, por diferente tratamiento, de otros diez. Solo el art. 262, vinculado a la sucesión en el privilegio laboral por parte de los causahabientes del trabajador, permaneció inalterado en su regulación.

Posteriormente, ya en la salida de los '90, otras dos leyes introdujeron reformas correctivas a la temática laboral de la LCQ. En primer término, la ley 25.589 dispuso la incorporación de un segundo párrafo al art. 190 LCQ, por el cual se habilita a los trabajadores a participar en la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, llevándola a cabo en forma de una cooperativa de trabajo. En segundo lugar, la ley 26.086 de reformas a la LCQ (BO 16/05/2002), aun cuando no reformuló el régimen del privilegio laboral, trajo reformas significativas a dos institutos que originariamente se hallaban tratados por este Título XIV LCT, que son el régimen del fuero de atracción (regulado por el art. 265 LCT hasta su derogación por la ley 24.522) y el pronto pago laboral (*ídem* art. 266 LCT).

Ahora bien, la ley 26.684 vuelve a recuperar alguna parte de los mecanismos protectorios del crédito laboral en los procesos universales. Básicamente, rediseña la exigencia del viejo inc. 8° del art. 11 LCQ al exigirle al empleador un detalle de sus empleados y situación salarial; elimina la posibilidad de renuncia del crédito laboral, como asimismo la suspensión del convenio colectivo de trabajo con la apertura del concurso y otorga mayor participación a los trabajadores en la crisis y en el proceso universal.

.....

(art. 43 LCQ); d) la suspensión de los convenios colectivos de trabajo producto de la apertura del concurso preventivo del empleador (art. 20 LCQ); e) la suspensión del curso de los intereses como regla general que afectaba al crédito laboral; f) la extinción de los contratos de trabajo por adquisición de la empresa fallida (o de la unidad productiva en la cual el dependiente laboraba) por un tercero (art. 198 LCQ); g) la inaplicabilidad de las convenciones colectivas de trabajo en caso de adquisición de la empresa o unidad productiva por un tercero (art. 198 LCQ); h) el no considerar como sucesor de fallido al tercer adquirente de la empresa insolvente (art. 199 LCQ), eliminando la solidaridad tradicional en el caso de novación subjetiva del contrato de trabajo por sucesión del empleador; i) la reformulación de los privilegios del crédito laboral, manteniendo su carácter secundario frente a los acreedores hipotecarios, relegando aún más la situación del acreedor laboral frente al prendario y dilatando la ratificación del Convenio 173 OIT; y j) el poner en cabeza del juez comercial de la quiebra la determinación de si la extinción del contrato de trabajo por quiebra le es o no imputable al empleador (art. 294 LCQ, modificando al art. 251 LCT), etc.

Sin embargo, la perversidad mayor del sistema todavía si que intacta y está dada por el régimen del privilegio laboral, que no fue tocado. Es que todo proceso concursal gira en torno a tres elementos, que son el **monto**, la **causa** y el **privilegio** del crédito. Los dos primeros se encuentran estrechamente vinculados al último, de manera tal que mientras subsista el tratamiento originario de la ley 24.522 en ese aspecto, los trabajadores no lograrán una adecuada protección.

Los institutos emblemáticos con los cuales la LCQ intenta proteger al crédito laboral, que son el pronto pago y los privilegios general y especial, caen en saco roto, pues mientras sigan gozando de preferencia los acreedores hipotecarios, prendarios y asimilados (*warrants*, *debentures*, etc.), ellos mantendrán el control del proceso concursal, condicionando y limitando (hasta su completa desarticulación) la posibilidad de realizar los créditos alimentarios, ya sea por la vía del pronto pago o en la distribución de fondos.

## 2 | Las principales reformas

Dejando al margen lo referido a la continuidad de la empresa en gestión de los trabajadores por cooperativas, podemos reagrupar nuestra exploración preliminar del impacto de la reforma en seis categorías, a saber:

- a. Medidas que facilitan el acceso al proceso de los trabajadores formales (art. 1º, ley 26.684, en cuanto modifica el art. 11, ley 24.522);
- b. Medidas que otorgan mayor participación a los trabajadores, mejorando su derecho a la información (arts. 2º, 4º, 9º y 10 de la ley 26.684, en cuanto modifican los arts. 14, 34 y 42 de la ley 24.522);
- c. Medidas que mejoran el monto del crédito laboral (arts. 5º, 6º, 11 y 14 de la ley 26.684, en cuanto reforman los arts. 16, 19, 45 y 129);
- d. Medidas que mejoran las condiciones de continuidad del trabajo en el concurso preventivo (art. 7º de la ley 26.684, que modifica al art. 20 de la ley 24.522) y
- e. Reformas que, suponemos, traerán inconvenientes de interpretación y aplicación (arts. 17 y 24 de la ley 26.684, que modifican a los arts. 190 y 199 de la ley 24.522).

Finalmente, como sexta categoría y conclusión, haremos mención del gran ausente en la reforma, cuya persistencia en la ley 24.522 hace caer en

saco roto los esfuerzos destinados a proteger al trabajador en las sucesivas enmiendas que se han dado hasta ahora.

## 2.1 | Medidas que facilitan el acceso al proceso de los trabajadores formales

Con gran acierto, la reforma vuelve a exigir que el pedido de presentación en concurso del deudor venga acompañado con la **nómina de empleados** y la **declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social** (inc. 8° del art. 11, que se agrega).

En realidad, se trata de una reformulación al anterior inc. 8° de la ley 19.551, que en su momento fue derogado porque exigía del deudor hallarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones laborales para acceder a su concurso preventivo. La reforma recibe las críticas que hemos formulado en varias oportunidades,<sup>(6)</sup> ya que la derogación de dicho requisito provocaba que en los casos de quiebra decretada como consecuencia de las vicisitudes del concurso (falta de acuerdo o su incumplimiento), no existiera información del pasivo laboral en el expediente. Ello obstaculizaba los pedidos de pronto pago posteriores, ya que la falta de información convertía a casi todos los créditos en **controvertidos**, con lo cual, ineludiblemente, se exigía el trámite de verificación por parte del acreedor de créditos alimentarios.

Ya la reforma anterior, por ley 26.086, había solucionado en parte este inconveniente cuando agregó un nuevo inc. 11 al art. 14 LCQ, referido al contenido de la resolución de apertura del concurso. Básicamente, esa ley adoptó un criterio que veníamos recomendando desde hacía tiempo atrás<sup>(7)</sup> y fue el de colocar, en cabeza del síndico, el deber de realizar dentro de los diez días de aceptado el cargo un nuevo informe, de tipo previo, indicando: a) los pasivos laborales denunciados por el deudor; b) la realización de una auditoría en la documentación del deudor para informar la

(6) Cuando la ley 24.522 era un proyecto, en nuestro "Contrato de trabajo, crisis de empresa y proyecto de reforma concursal", publicado en *Revista ED*, t. 162, p. 1120 y luego de aprobada la ley, en nuestro "Aspectos laborales en la actual ley de concursos y quiebras", *Revista Doctrina Laboral*, Errepar, Suplemento n° 156, agosto de 1998, pp. 783/800.

(7) Así lo planteamos últimamente en nuestro "Efectos del concurso preventivo sobre las relaciones laborales", en Arese, César et. al. (coords.), *Derecho laboral*, Rosario, Nova Tesis, p. 395.

existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago; y c) la situación futura de los trabajadores en relación de dependencia, ante la suspensión del convenio colectivo ordenada por el art. 20. A su vez, este último contenido ha sido suprimido por la ley 26.684, en consonancia con la modificación al art. 20 de la ley 24.522, consistente en eliminar la perversa suspensión del convenio colectivo de trabajo con la apertura del concurso.

Por supuesto, el agregado que se ha hecho al art. 11 LCQ solo beneficiará la situación de los trabajadores formales. Aquéllos que cuenten con irregularidades de registro continuarán con los inconvenientes derivados de las incompatibilidades existentes entre la información del deudor y la realidad, que tornará sus créditos como **controvertidos**, quedando fuera de la posibilidad del pronto pago laboral y obligados a promover la verificación de su crédito.

## 2.2 | Se otorga mayor participación a los trabajadores del proceso universal, mejorando su derecho a la información

En esta esfera, se circunscribe la exigencia de notificar y convocar a los trabajadores a la audiencia informativa del art. 43 LCQ (reforma al art. 14, inc. 10 LCQ). Esta audiencia tiene por objeto el informe del deudor acerca de si logró las mayorías necesarias para el acuerdo preventivo, pudiendo aprovechar la oportunidad para mejorar las que había hecho con anterioridad.

Del mismo modo, la reformulación del **Comité Provisorio de Acreedores** en el inc. 13 que se agrega al art. 14 LCQ y pasa a denominarse **Comité de Control**, con la necesaria intervención de “un representante de los trabajadores de la concursada, elegido por los trabajadores”. Aun cuando la reforma no lo aclare, el acto eleccionario destinado a esta designación debiera llevarse a cabo en el breve intervalo de tiempo existente entre la resolución de apertura del concurso preventivo y la audiencia informativa. Este tiempo viene impuesto por la publicación de edictos (dentro del quinto día de la resolución de apertura y por cinco días —art. 27 LCQ—), ya que una vez finalizada debe concluir con la audiencia a celebrarse entre los 15 y 20 días posteriores (art. 14, inc. 3° LCQ). Todos estos días son hábiles judiciales (art. 273, inc. 2° LCQ).

Habrá que prever, de este modo, que si son cinco días hábiles para comenzar la publicación de los edictos por otros cinco días hábiles y que una vez finalizada la publicación la audiencia debe llevarse a cabo entre 15 y 20 días hábiles, los trabajadores contarán con un plazo de entre 25 y 35 días hábiles para elegir a su representante. Como la ley nada dice acerca del modo de llevarse a cabo la elección, mucho menos sobre reglas del proceso electoral o autoridad que controle al mismo, solo hay de seguro en esto que el juez comercial no irá a instar dicho proceso; tampoco el deudor y los demás acreedores tendrán el menor interés en hacerlo. Deberán ocuparse de ello la o las asociaciones sindicales interesadas, con información al juez comercial y síndico interviniente.

El Comité de Control del inc. 13, art. 14 LCQ no deja de ser provisorio, ya que una vez determinado el pasivo por el síndico en los informes individuales (art. 35 LCQ) y el general (art. 39 LCQ), dentro de los veinte días hábiles posteriores (10 del art. 40 LCQ y otros 10 del art. 42 LCQ), el juez debe designar a los nuevos integrantes del Comité de Control, que pasaría a ser el definitivo. La reforma aquí al art. 42 LCQ ordena incorporar a este comité otros dos trabajadores (serían tres, en total, con el representante que ya integraba el comité del art. 14), también elegidos por sus compañeros. El Comité Provisorio del art. 14 LCQ es ahora reemplazado por otro comité, de tipo permanente, integrado por tres representantes de los trabajadores, salvo que el número de empleados, a criterio del juez, justifique un número menor (decisión que deberá adoptar fundadamente). Al igual que en el caso anterior, como a nadie del concurso le va a interesar la participación de los trabajadores, deberán ocuparse de instar dicha designación la o las asociaciones sindicales o los mismos trabajadores, con información al juez y al síndico. Nada impide que en el mismo proceso electoral de designación del representante al Comité de Control del art. 14 se designe a los otros dos representantes para integrar el mismo órgano de la instancia prevista en el art. 42 LCQ.

También se incluye al Comité de Control entre la nómina de destinatarios de la **carta a los acreedores** que debe enviar el síndico en el trámite hasta el acuerdo preventivo (art. 29 LCQ). Como esta correspondencia debe ser remitida dentro de los cinco días de la primera publicación de los edictos y el Comité de Control del art. 14 se designa varios días después según se ha visto, es improbable que el síndico esté en condiciones de cursar a dicho comité esta carta, salvo que los trabajadores concluyan el proceso electoral de manera contemporánea a la primera publicación de edictos.

Por último, en esta categoría mejora el derecho de información y control del concurso por parte de los trabajadores, la incorporación del último párrafo del art. 34 LCQ, en cuanto los habilita para intervenir en el período de observación de créditos, revisando los legajos de los acreedores que se presenten, recibir información del síndico y, por supuesto, impugnar **monto, causa o privilegio** de los créditos que consideren de dudosa procedencia (tal es el caso que suele darse en la práctica de facturas de proveedores desconocidos, por lo general familiares o amigos del deudor). La reforma habilita al trabajador a intervenir en este proceso, sin necesidad de revestir el carácter de acreedor habilitado como tal en el proceso concursal.

### 2.3 | Mejoras en el “monto” del crédito laboral

En esta esfera se circunscribe la reforma al régimen del pronto pago laboral, incluido entre los “actos prohibidos” del art. 16 LCQ.

Dos son las reformas a este régimen. La primera, consiste en ampliar la nómina de los **créditos prontopagables** y la segunda, en ampliar el porcentaje del ingreso bruto de la concursada que debe ser afectado por el síndico para cumplir con el pronto pago, que antes era del 1% y ahora del 3%.

Al igual que lo ocurrido en el caso de la reforma a este artículo por parte de la ley 26.086, se trata de una enmienda meramente cosmética y para la gente desinformada. Carecerá de utilidad práctica hasta tanto se advierta que en el contexto perverso del diseño de la ley 24.522 todos los rubros identificados como *prontopagables* ven condicionada su cualidad al requisito de que **también** “gocen de privilegio general o especial”.

Por lo tanto, de nada sirve ampliar la nómina de rubros prontopagables si no se revisa, de manera consecuente, la nómina de créditos privilegiados que indican los arts. 241, inc. 2° (privilegio especial), y 246, inc. 1° (privilegio general) de la LCQ, incluyendo estos rubros en el segmento más protegido (privilegio especial) y mejorando su orden de prelación frente a los demás privilegios, hasta colocarlo en “relación de preferencia” o de “rango superior” sobre la mayoría de los demás privilegios que exigen los arts. 11.3 del Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario<sup>(8)</sup> y 8.1. del Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los

(8) OIT, 32° Conferencia, Ginebra, 01/07/1949. Ratificado por nuestro país.

créditos laborales en caso de insolvencia del empleador,<sup>(9)</sup> que revisa el anterior, habiendo sido ambos objeto de la Recomendación 180 de la OIT.

A su vez, también representa utilidad relativa la revisión del art. 16 LCQ mientras no se obligue al síndico a realizar un inventario del activo del deudor, integrado por los bienes que constituyen asiento del privilegio especial laboral (art. 241, inc. 2º LCQ), al momento de apertura del concurso. Estos bienes, lejos de ser luego afectados a satisfacer el pronto pago o la distribución de fondos por quiebra posterior, se diluyen durante la continuidad de la explotación toda vez que la totalidad de mercaderías e insumos son afectadas a dicho proceso y desaparecen, pulverizando de ese modo la posibilidad de “pronto cobro” que pudieran tener los créditos alimentarios.

La única utilidad relativa de esta enmienda a la nómina de créditos prontopagables estará dada por traer un *quietus* a la discusión que habitualmente se da en los tribunales comerciales, acerca de si tal o cual crédito reviste la condición de “cualquier otro derivado de la relación laboral” a los fines de que sea admitido con el privilegio general del art. 246, inc. 1º LCQ. Pero el privilegio general del crédito laboral es de escasa utilidad en el proceso laboral; es preterido por la mayoría de los privilegios, incluyendo los del Estado.<sup>(10)</sup>

Otro *quietus* se logra con el agregado a los arts. 19 y 129 LCQ, en cuanto prevén que no se suspende el curso de los intereses compensatorios de los créditos laborales. El *quietus* no deja de ser relativo. En primer lugar, porque es válido solo para el interior del país, ya que en el ámbito de la Capital Federal esta cuestión fue resuelta de ese modo por el Plenario “Excursionistas” de la Cámara Comercial.<sup>(11)</sup> En segundo lugar, porque tales intereses están protegidos con el tenue privilegio general laboral y por el término de dos años.

(9) OIT, 79ª Conferencia, Ginebra, 23/06/1992. Este Convenio tuvo hace años la aprobación del Congreso por ley 24.285 y ve inusitadamente demorada su ratificación en la OIT, precisamente por la falta de revisión al régimen perverso de privilegios que diseña la ley 24.522 y coloca al privilegio laboral en un sector relegado, por el privilegio asignado a los créditos hipotecarios, prendarios y asimilados, como el *warrant*. Hemos desarrollado con profundidad este análisis en nuestro trabajo “Los privilegios del crédito laboral”, en Andrea García Vior (coord.), *Los créditos laborales en los concursos y las quiebras*; Colección Temas de Derecho Laboral 7, Bs. As., Errepar, 2010, p. 155 y ss.

(10) Hemos desarrollado ese tema en el trabajo citado en la referencia anterior.

(11) CNAC. APEL. COM., en Pleno, “Vitale, Oscar S. s/ inc. de rev. prom. en: Club Atlético Excursionistas”, 28/06/2006, publicado en DT 2006 (julio), 1067 - LA LEY 2006-D.

También en este segmento la reforma logra corregir otra perversidad *no-ventista* de la ley 24.522 al eliminar el carácter renunciante del privilegio laboral en el art. 45 LCQ. La irrenunciabilidad de los créditos laborales y su justificación son de muy antigua data, habiendo sido propuestas incluso por la Doctrina Social de la Iglesia desde el primer momento, hace ya 120 años.<sup>(12)</sup>

## 2.4 | Mejora en las condiciones de continuidad del trabajo en el concurso

Una de las perversidades de la ley 24.522 que más críticas recibió fue la suspensión del convenio colectivo del trabajo regulada en el art. 20 LCQ como efecto ineludible de la apertura del concurso preventivo, seguida por la necesidad de negociar un “convenio de crisis” y el debate interminable acerca de si con ello se producía o no y, en su caso, de qué manera la “caída” de los mayores beneficios previstos por la norma convencional (como ser premios especiales de la remuneración, días de licencia especial, vacaciones diferenciales, etc.). En este aspecto, la realidad fue más cautelosa que la crueldad de los redactores de la ley 24.522 y la suspensión de los convenios tuvo una escasa o nula aplicación en la práctica.

Felizmente, la ley 26.684 corrige esta iniquidad, eliminando el perverso instituto en el reformulado art. 20 LCQ.

Fin de la discusión. Las condiciones de trabajo durante el concurso preventivo no debieran ya verse afectadas en su fuente de regulación, la cual seguirá siendo ordenada bajo el prisma del orden público laboral y, particularmente, el art. 12 LCT.

## 2.5 | No aclare que oscurece. Las reformas que complicarán la práctica

¿Cómo se entenderá y aplicará y, esta expresión incluida en el art. 190 LCQ, y que venía del Proyecto elevado por el PEN: **“El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales”**.

---

(12) Sobre el impacto de *Rerum Novarum*, hemos escrito en nuestro “El 120 Aniversario de la Doctrina Social de la Iglesia y reflexiones sobre cuatro significados actuales del trabajo humano”, en *Revista El Derecho*, suplemento diario del 02/06/2011, p. 1 y ss.

No sabemos cómo se aplicará esta regla, comenzando por los trabajadores que sean incorporados (desde cero) en la continuidad de la explotación. Alguien sostendrá que si luego son despedidos, no tienen derecho a indemnización. Se sigue la duda, con respecto a los trabajadores que continúen por un tiempo prolongado, que a veces será de años. Tampoco verán incrementadas las indemnizaciones originarias.

Pero lo más grave viene con el párrafo que se agrega al art. 196 LCQ. Esta norma, por su primer párrafo, prevé que la quiebra no extingue el contrato de trabajo. Sin embargo, el segundo párrafo permite a los trabajadores afectados a la continuidad de la explotación a verificar sus créditos como si hubieran sido despedidos. Del mismo modo, asegura su derecho a las remuneraciones.

El párrafo agregado por la reforma establece que sus disposiciones no serán de aplicación en los casos de continuidad de la explotación a cargo de una cooperativa de trabajadores.

De lo anterior nace la siguiente pregunta: ¿qué créditos por indemnizaciones podrán utilizar estos trabajadores para compensar con la adquisición del establecimiento o hacer valer otros derechos?, considerando, especialmente, que en el nuevo contexto su crédito por indemnizaciones anteriores será de pesos cero y las futuras, no existen.

A su vez, si el término de la continuidad de la empresa "no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales", hay que preguntarse cómo se logrará conjugar esa previsión del art. 190 con la que se agrega al art. 199, en el sentido de que el adquirente de la empresa "solo será considerado sucesor del concurso con respecto a los derechos laborales de los trabajadores cuya relación se mantuvo en este período". Yo entiendo que el adquirente va a plantear que su obligación como sucesor del fallido será también de hasta pesos cero. Ello así, porque las indemnizaciones devengadas con anterioridad a la quiebra quedan sujetas a verificación y distribución (como la ley no obliga expresamente al adquirente, él va a plantear que esos créditos corresponden al proceso universal). A su vez, con relación a las futuras, también va a plantear que no existen por todo el tiempo de la continuidad, debido a la clara previsión del art. 190 LCQ y la falta de previsión específica referida a los efectos que dicho **cese indemnizatorio** tendría en los casos de transferencia del establecimiento del fallido a un adquirente privado. En el mejor de los casos, el carácter de **sucesor** asignado al adquirente caerá en saco roto.

Parece que “el diablo metió la cola”, y si el cuadro es así como parece a primera vista, no encontramos otra justificación para ello que no sea por el hecho del Príncipe. Alguien deberá corregirlo.

### 3 | Conclusión: ley con atenuado impacto de mejora, errores peligrosos y un gran ausente

Sintetizando estas breves y preliminares reflexiones, entendemos que la reforma ha mejorado la condición de los trabajadores afectados por el concurso y la quiebra del empleador, pero mucho menos de lo que hubieran pretendido los impulsores del proyecto.

No hemos entrado en la regulación específica de la continuidad de la explotación por cooperativas de trabajo en los casos de quiebra del empleador. Pero si la redacción adolece de los errores que hemos advertido anteriormente, estos trabajadores no tendrán oportunidad alguna de ver reconocido su derecho a las indemnizaciones por la antigüedad anterior a la quiebra o a las posteriores. A su vez, los otros que continúen su contrato con el adquirente privado, si bien tendrán derecho a verificar su indemnización en la quiebra y gozan de la ventaja de que el adquirente es continuador del fallido, verán de difícil reconocimiento su derecho a las indemnizaciones anteriores a la quiebra (afectado a la distribución) y a las posteriores hasta la adquisición del establecimiento por la redacción asignada al art. 190 LCT. A alguien se le ocurrirá que el adquirente podrá despedir sin indemnización a estos trabajadores, alegando la antigüedad menor a tres meses o un **contrato a prueba**.

Por último, sigue siendo el gran ausente de las reformas a la LCQ el privilegio laboral. El sistema diseñado por la ley 24.522 mantiene intacta su perversidad en este aspecto, que es fundamental y determinante de todo proceso concursal.

En primer lugar, porque el régimen de privilegios en la LCQ solo es “cerrado” para el crédito laboral. En su regulación laberíntica (y muy efectiva para lo que se pretendió), se mantienen todos los regímenes especiales, desde el *warrant* hasta las obligaciones negociables, pasando por las preferencias en la venta de buques y aeronaves, todo ello con la sola exclusión

(claramente discriminatoria) del ordenamiento adoptado en protección del trabajador (arts. 268 a 274 LCT). Todos tienen regímenes especiales de preferencia, menos el trabajador.

En segundo lugar, que el privilegio general y especial asignado al crédito laboral en modo alguno se ajusta al compromiso asumido por nuestro país, en oportunidad de ratificar el Convenio 95 OIT. No solo no están contemplados con privilegio los “salarios” del año anterior a la insolvencia (previstos en la Recomendación 180 OIT, vinculante en nuestro caso), sino que ninguno de los privilegios asignados y tampoco el “pronto pago laboral” aseguran su íntegra, pronta y preferente percepción por parte del trabajador.

Corresponde acotar aquí que mucho menos se ajusta el régimen de la LCQ al Convenio 173 OIT. El privilegio asignado al crédito laboral no solo carece de un “rango superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados”, sino que en la realidad se encuentra en último término, toda vez que es desplazado por los acreedores hipotecarios y prendarios.

Finalmente, en tercer lugar, hay que señalar que no es exacta la manifestación que hace gran parte de la doctrina, cuando sostiene que el **pronto pago laboral** constituye un beneficio adicional o que mejora la posición del crédito laboral frente a los demás créditos privilegiados. El pronto pago es de escasa utilidad en el concurso preventivo (el deudor sigue administrando los bienes, en especial aquellos sobre los cuales rige el privilegio especial y que luego se diluyen). En la quiebra, se encuentra desarticulado por los arts. 240 y 247 LCQ para los casos de créditos con privilegio general. La LCQ ha deparado, sí, una mejor situación para los créditos con garantía hipotecaria o prendaria al conferirles la posibilidad (denegada al trabajador) de llevar adelante la ejecución individual de sus créditos (previa verificación) fuera del proceso concursal.

Es una lástima que el masivo apoyo legislativo al proyecto<sup>(13)</sup> no se hubiera hecho extensivo a una revisión del privilegio laboral y su ajuste a los citados Convenios y Recomendación de la OIT.

(13) En la Honorable Cámara de Diputados logró aprobación con 198 votos a favor y solo 1 en contra.

Por el momento, mientras que este esquema de privilegios no sea revisado y ajustado a lo que requiere la OIT, la vulnerabilidad del trabajador en los casos de concurso o quiebra del empleador seguirá viéndose agravada y, con relación a ellos, ilusorio el logro a una eficaz tutela de sus derechos.

En este terreno, resultan aplicables las conclusiones del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (referido precisamente a las reformas laborales de los años '90, entre los cuales está la ley 24.522): "si bien sus institutos emblemáticos han sido eliminados, el grave daño operado por esa experiencia todavía es verificable en la actualidad. El deterioro de las condiciones de trabajo, los elevados niveles de trabajo no registrado y **las dificultades de los trabajadores para procurarse una oportuna y eficaz tutela legal a sus derechos**, son realidades que costará mucho erradicar".<sup>(14)</sup>

---

---

(14) VALDOVINOS, OSCAR *et al.*, Informe: "Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina", Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (designado por resolución MT 502/2005), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 72.

# Ejecución forzada de sentencias: nulidad del despido y reinstalación del trabajador

por **JUAN IGNACIO ORSINI**<sup>(1)</sup>

## I | Posibilidad de declarar la nulidad del despido y ordenar la readmisión del trabajador

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas normativos —y a despecho de que esa posibilidad es admitida y promovida no solo por la Constitución Nacional<sup>(2)</sup> y por el derecho internacional del traba-

.....

(1) Abogado (UNLP). Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa (UCLM, España). Especialista en Derecho Laboral (UBA). Especialista en Constitucionalismo del Estado Social (UCLM, España). Especialista en Jurisdicción Social y Nuevo Derecho del Trabajo (Escuela Judicial del CGPJ, España). Profesor Titular Ordinario de Derecho Social (UNLP). Secretario y Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Social (UNLP). Director de la Clínica Jurídica de Derecho Social (UNLP). Secretario del Instituto de Derecho Social (UNLP). Subsecretario de la Secretaría Laboral de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

(2) El art. 14 bis CN, en cuanto, a partir de la Reforma de 1957, ordena asegurar a los trabajadores "protección contra el despido arbitrario", si bien no impone (a diferencia de lo que ocurre con los empleados públicos y con los representantes gremiales, a quienes les asegura directamente la "estabilidad") la nulidad del despido injustificado y la reinstalación, indudablemente la admite, toda vez que esa sería la forma más efectiva de asegurar la protección que el texto constitucional exige, y de desterrar los actos disvaliosos que pretende evitar (despidos arbitrarios). Esa alternativa se reforzó de manera categórica tras la reforma constitucional de 1994, toda vez que varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución consagran expresamente el derecho al trabajo, derecho humano

jo,<sup>(3)</sup> sino también por la doctrina<sup>(4)</sup> y la jurisprudencia<sup>(5)</sup> nacionales más calificadas— el régimen legal general vigente en nuestro país para buena parte de los trabajadores dependientes (aquellos que se desempeñan en el sector privado y no ejercen funciones electivas o representativas en asociaciones sindicales)<sup>(6)</sup> no establece un sistema efectivo de estabilidad en el empleo (es decir, lo que doctrinariamente suele denominarse **estabilidad absoluta o real**), de modo tal que, cuando son injustamente despedidos, esos trabajadores no tienen —en principio, y con arreglo a un análisis exegético del texto legal (art. 245 LCT)— la

.....  
cuya función principal es, precisamente, la de garantizar la estabilidad en el empleo. Sobre este tema, ver ORSINI, JUAN IGNACIO, “El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, La Ley, año 9, n° 42, 2012, pp. 364/380.

(3) El Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador —norma madre del derecho internacional del trabajo en materia de estabilidad— impone la readmisión como regla en caso de despido injustificado (art. 10). Si bien no ha sido aún ratificado por la Argentina, son muchas las voces en nuestro país que proponen su ratificación y hasta recurren a sus disposiciones para fundar sentencias judiciales.

(4) Entre muchos, se puede consultar CORNAGLIA, RICARDO J., *Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis*, Bs. As., La Ley, 2001, pp. 143/146; CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Nulidad del despido sin causa”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año II, n° 7, Bs. As., Ediciones Infojus, enero de 2014, pp. 3/9.

(5) CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA”, 07/12/2010, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, t. 2011-A, p. 177 (en adelante “Álvarez c/ Cencosud SA”). En ese precedente, la Corte Federal no solo convalidó la nulidad del despido en caso de trabajadores del sector privado no protegidos por la estabilidad sindical, sino que señaló expresamente —en un categórico argumento *obter dictum* claramente dirigido a respaldar esa postura— que constituye un “entendimiento superficial” del art. 14 bis CN interpretar que la garantía de protección contra el despido arbitrario allí prevista impide la reinstalación del trabajador en el ámbito de las relaciones de empleo privado (consid. 9° del voto mayoritario de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

(6) Como fue anticipado, tanto a los empleados públicos como a los representantes gremiales, el art. 14 bis CN les garantiza expresamente la estabilidad, garantía que solo puede ser identificada con lo que doctrinariamente se conoce como “estabilidad absoluta”. De allí que tanto las normas de derecho público nacional y provinciales que regulan el empleo público, como la legislación sindical (arts. 48/52, ley 23.551) establezcan expresamente no solo la estabilidad, sino también la necesidad de sustanciar un procedimiento con carácter previo a disponer el despido para verificar si se acreditó la justa causa de extinción, y la nulidad de la cesantía en caso de que no se respeten esas reglas. Por esa misma razón, la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que establecían la extinción indemnizada (es decir, la denominada “estabilidad relativa”), tanto en el caso de ciertos empleados públicos (CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”, 03/05/2007, Fallos: 330:1989), como en el de determinada clase de representantes gremiales (CSJN, “Rossi, Adriana M. c/ Estado Nacional-Armada Argentina”, 09/12/2009, La Ley, t. 2010-A, p. 208).

alternativa de reclamar la nulidad del despido y la reinstalación en el empleo, debiendo conformarse con el pago de una indemnización doblemente tarifada<sup>(7)</sup> como única y excluyente reparación por los graves daños que de ordinario les produce ese acto ilícito laboral.<sup>(8)</sup>

Con todo, y aunque no haya mediado de momento ninguna reforma legislativa sustancial sobre este tema, desde algo más de una década existe en el país un importante consenso doctrinario y jurisprudencial en sostener que —con prescindencia de lo que establece la normativa laboral de rango legal (que, de hecho, no contempla expresamente esa solución)— todos aquellos despidos que vulneren derechos fundamentales de los trabajadores (habitual y genéricamente denominados **despidos discriminatorios**, aunque podríamos identificarlos también como **despidos injustificados agravados**) pueden ser judicialmente anulados y privados de eficacia extintiva cuando el trabajador afectado así lo reclama, garantizándole la readmisión en el puesto de trabajo y la continuidad del vínculo contractual.<sup>(9)</sup> Solución que encuentra respaldo jurídico —amén

(7) El sistema legal vigente no solo le expropia al trabajador injustamente despedido la posibilidad de reclamar la reparación *in natura* (alternativa que las normas generales sobre responsabilidad civil le otorgan a la víctima de todo acto ilícito), imponiéndole que se conforme con un resarcimiento en dinero, sino que vuelve a apartarse del derecho común al dejar de lado el principio de la reparación integral, otorgándole una indemnización cualitativa y cuantitativamente limitada tanto por la tarifa (art. 245, párr. 1° LCT) como por el tope a la base salarial (art. 245, párr. 2° LCT) que, por imperativo legal, se utilizan para determinarla. Sobre el carácter desprotectorio y constitucionalmente cuestionable de este régimen legal, se puede consultar: ORSINI, JUAN IGNACIO y QUINTEROS, VERÓNICA, "Los sistemas indemnizatorios de los despidos injustificados y la desnaturalización de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario", en *Revista Doctrina Laboral*, Errepar, año XIX, t. XVII, n° 215, julio de 2003, pp. 632/645; ORSINI, JUAN IGNACIO, "El tope a la indemnización por despido injustificado", en *Revista Doctrina Laboral y Previsional*, Errepar, año XXII, t. XXI, n° 266, diciembre de 2007.

(8) En relación a la caracterización del despido injustificado como acto ilícito (aun en los sistemas de extinción monetizada o "estabilidad relativa", en los cuales, sin perder su carácter de acto ilícito, el despido es jurídicamente eficaz para extinguir el contrato de trabajo), refutando la inverosímil tesis que defiende un inexistente "derecho subjetivo a despedir sin causa". Ver ORSINI, JUAN IGNACIO, "La estabilidad en el régimen jurídico vigente", en *Revista Doctrina Laboral y Previsional*, Errepar, año XXII, t. XXI, n° 263, julio de 2007, pp. 646/664.

(9) La posición del autor sobre las diferentes aristas del tema se puede consultar en: ORSINI, JUAN IGNACIO, "Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios", en *Revista La Causa Laboral* (Asociación de Abogados Laboralistas), año VII, n° 31, diciembre de 2007, pp. 3/12; "Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador", en *Revista Anales* (de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata), La Ley, año 5, n° 38, 2008, pp. 580/596; "Hacia un nuevo paradigma en materia de

de evidentes razones de justicia social— en las normas constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos que protegen los derechos fundamentales, así como por ciertas leyes nacionales destinadas a impedir su vulneración, como la ley 23.592.

Aunque en su hora fue fuertemente resistida por una “minoría intensa” de la academia y la judicatura,<sup>(10)</sup> la postura que admite la nulidad de esa clase de despidos es, además de jurídicamente inobjetable, ampliamente mayoritaria en la doctrina<sup>(11)</sup> y la jurisprudencia nacionales, ya que,

.....  
 protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, en RAMÍREZ, LUIS E., (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Bs. As., B de f, 2008, pp. 113/154; “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales”, en *Revista Jurisprudencia Laboral*, Hammurabi, n° 2, 2012, pp. 217/271; “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° 2, septiembre de 2012, Ediciones Infojus, pp. 151/182.

(10) En la doctrina, la voz cantante de esa tesis restrictiva la llevó RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “La discriminación y el contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, año LXVII, n° 1, enero de 2007, pp. 1/6. En la jurisprudencia, ver el voto en disidencia del juez Pirolo en CNac. Apel Trab., Sala II, “Álvarez c/ Cencosud SA”, cit., p. 38. Aunque con variantes importantes —tanto en la fundamentación como en relación al alcance de la reparación dineraria que proponen como substitutiva de la reinstalación— la imposibilidad de declarar la nulidad del despido es sostenida también en el voto minoritario de los jueces Lorenzetti, Argibay y Highton de Nolasco en el ya citado caso “Álvarez c/ Cencosud SA”, en el cual la Corte Federal confirmó —por mayoría— dicho fallo de la Sala II, de la CNac. Apel. Trab., en cuanto decretó la ineficacia extintiva del despido discriminatorio.

(11) Entre muchos otros: CAUBET, AMANDA, “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, en *Revista Doctrina Laboral*, n° 135, 1996, p. 941; POMPA, ROBERTO, “Nulidad del despido por causa de discriminación”, en *Revista Doctrina Laboral*, n° 143, 1997, p. 683; ARIAS GIBERT, ENRIQUE, “Régimen de preaviso y despido”, en *Revista La Ley*, t. 1999-B, p. 1054; FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2001, p. 1738; ELFFMAN, MARIO, “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, t. 2000-I, p. 267; RUBIO, VALENTÍN, “Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, t. 2000-I, p. 234; CORNAGLIA, RICARDO J., “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación” en *Revista La Ley*, t. 2004-E, p. 326; MAZA, MIGUEL A., “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Lexis-Nexis, n° 9, 2004, p. 546; FERREIRÓS, ESTELA, “La discriminación con su sanción nulificante y la aplicación hecha, en tal sentido, en el caso Greppi”, en *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Lexis-Nexis, n° 24, 2005, p. 1991; ROA, LUIS, “A propósito del fallo Greppi: un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, en *Revista Doctrina Laboral*, Errepar, n° 244, 2005, p. 1127; MEIK, MOISÉS, “Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Bomarzo, n° 1, 2006, p. 139; DOBARRO, VIVIANA, “Reflexiones sobre la no discriminación y el trato igual, con especial referencia al ámbito laboral: Normativa

además de haber sido acogida por casi todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo<sup>(12)</sup> y por los Superiores Tribunales de Provincia que se pronunciaron sobre el tema,<sup>(13)</sup> ha sido finalmente respaldada en forma categórica y reiterada por la CSJN.<sup>(14)</sup>

Consolidada la tesis referida, se produjo una **ruptura paradigmática**<sup>(15)</sup> en el derecho del trabajo argentino, a partir de la cual se quebró definitivamente el dogma —reiterado acriticamente durante décadas por el discurs-

vigente y tendencias jurisprudenciales”, en *Revista El Dial* DC9B, octubre de 2006; SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador”, en *Revista Derecho del Trabajo online*, año 4, n° 876, 2009; ZAS, OSCAR, “El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador”, en *Revista La Ley*, t. 2010-A, p. 810; LOZANO, PAULA, “El derecho fundamental a la no discriminación versus la libertad de contratación”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año LXX, n° 2, 2010, p. 312; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y alcances de su efectiva protección”, en *Revista Jurídica La Ley*, 02/02/2011, p. 7; PUENTE, MARIANO, “Doctrina de la CSJN en materia de despido discriminatorio”, en *Revista Jurisprudencia Laboral*, Hammurabi, n° 1, 2011, p. 130.

(12) Ver otras sentencias de la CNac. Apel. Trab., Sala II, “Álvarez c/ Cencosud SA”, cit., p. 38; Sala III, “Camusso Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina”, 29/07/2009, publicado en *La Ley*, 2010-A, p. 3; Sala IV, “Lescano, Víctor César c/ Ingeplam SA”, 31/08/2009, publicado en *Derecho del Trabajo*, año LXIX, n° 11, 2009, p. 56; Sala V, “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA”, 14/06/2006, publicado en *La Ley*, 2006-E, p. 100; Sala V, “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA”, 21/12/2006, publicado en *La Ley*, 2007-B, p. 607; Sala V, “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA”, 20/12/2007; Sala V, “Belén, Rodrigo Hernán c/ Jumbo Retail Argentina SA”, 20/08/2008, publicado en *La Ley online* AR/JUR/6135/2008; Sala V, “Galimany, Gastón Andrés c/ Citytech SA”, 20/04/2011, publicado en *La Ley online* AR/JUR/12862/2011; Sala VI, “Balaguer, María Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL”, 10/03/2004, publicado en *La Ley*, 2004-C, p. 951; Sala VII, “Largel, Daniel Arturo y otros c/ El Rápido Argentino SA”, 13/09/2011; Sala VIII, “Cáceres, Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo”, 30/11/2007; Sala IX, “Greppi c/ Telefónica de Argentina”, 31/05/2005; publicado en *La Ley*, 2005-F, p. 175; Sala IX, “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires”, 11/04/2011; Sala X, “Stafforini, Marcelo Raúl c/ MTESS, ANSeS”, 29/06/2001. Ello demuestra que en el ámbito del tribunal con competencia exclusivamente laboral más importante del país existe una suerte de plenario virtual que convalida la nulidad de los despidos injustificados agravados.

(13) STJ RIO NEGRO, “Pellejero, María s/ amparo”, 02/06/2005; TSJ NEUQUÉN, 07/06/2007, “Cabrera, María Inés c/ Pastora Neuquén SA”; STJ CORRIENTES, 23/08/2008, “Martínez, María Isabel c/ Urbatec SA”; SCBA, “Villalba, Franco R. c/ The Value Brands Company de Argentina SCA”, 22/12/2010; SCBA, “Sffaeir, Carolina c/ Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada”, cit.

(14) CSJN, “Álvarez c/ Cencosud SA”, cit., p. 177; “Arecco c/ Praxair Argentina SA”, 23/06/2011; “Parra Vera c/ San Timoteo SA”, 23/08/2011; “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/2011, publicado en *La Ley*, t. 2011-F, p. 484; “Cejas c/ Fate SA”, 26/03/2013.

(15) ORSINI, JUAN I., “Hacia un nuevo paradigma...”, *op. cit.*, p. 150 y ss.

so jurídico dominante, incluyendo ciertas integraciones pretéritas de la Corte Suprema— que indicaba la imposibilidad de ordenar judicialmente la reinstalación de los trabajadores injustamente despedidos en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado. Ruptura que, por otra parte, ha puesto en jaque todo el régimen de extinción del contrato de trabajo establecido en la legislación vigente.

En efecto, si bien no puede soslayarse que la triunfante postura amplia reseñada hace referencia a cierto tipo especialmente grave de despidos (los despidos discriminatorios o injustificados agravados), buena parte de los argumentos que la sostienen han derruido los endeblés cimientos sobre los que se asienta el sistema del “despido libre indemnizado” o “estabilidad relativa”, lo que invita a analizar la posibilidad de extender la solución allí plasmada (nulidad del acto extintivo y reinstalación del trabajador despedido) a todos los despidos sin causa justificada.

Cabe recordar, en ese sentido, que en el *leading case* “Álvarez c/ Cencosud SA” la Corte Federal destacó enfáticamente que la reinstalación de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo guarda una **singular coherencia**<sup>(16)</sup> con la solución que establece el derecho internacional de los derechos humanos, relativa a que la única forma posible de reestablecer a la víctima en el goce del derecho fundamental vulnerado consiste en la plena reparación de los daños producidos (*restitutio in integrum*), lo que en materia de despidos solo se puede lograr restituyendo al trabajador en el puesto de trabajo del que fue injustamente privado. Agregó también el Alto Tribunal —desterrando a los anaquelados más ominosos de su historial jurisprudencial los oscuros precedentes “De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de La Plata”<sup>(17)</sup> y “Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA”,<sup>(18)</sup> insistentemente ci-

(16) CSJN, “Álvarez c/ Cencosud SA”, fallo *cit.*, consid. 8° del voto mayoritario de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(17) CSJN, “De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de La Plata”, 25/02/1969, publicado en Fallos: 273:87. En “Álvarez c/ Cencosud SA” (consid. 7° del voto de la mayoría), la Corte desactivó explícitamente la doctrina establecida en ese antiguo fallo, en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la reinstalación del trabajador despedido en el ámbito del sector privado establecida en un estatuto profesional.

(18) CSJN, “Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA”, 04/09/1984, publicado en Fallos: 306:1208. En “Álvarez c/ Cencosud SA” (consid. 10 del voto de la mayoría), la Corte refutó expresamente los principales fundamentos esgrimidos en dicho añejo precedente

tados en apoyo de su postura por los defensores de la monetización de los despidos injustos— que solo un **entendimiento superficial** del art. 14 *bis* podría llevar a sostener que nuestra Constitución prohíbe la reinstalación de los trabajadores del sector privado en sus puestos de trabajo,<sup>(19)</sup> y destacó, asimismo, que el “intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos”,<sup>(20)</sup> por lo que no es posible que, en ningún caso, el empresario pueda alcanzar éxito en su objetivo de despedir a un trabajador vulnerando sus derechos humanos a cambio de dinero.

Si a ello añadimos que —por un lado, como ya vimos— a partir de la reforma de 1994 nuestro país ha constitucionalizado con rango de derecho humano el derecho al trabajo y —por el otro—, ese derecho al trabajo es comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de éste,<sup>(21)</sup> no resulta descabellado pensar que todo despido injustificado, en tanto vulnera por definición ese derecho al trabajo, debería poder ser judicialmente privado de eficacia extintiva cuando el trabajador así lo reclame.<sup>(22)</sup>

## 2 | Coartadas para desactivar la tesis de la nulidad de los despidos injustos

Una vez zanjado en favor de la tesis correcta el debate relativo a la posibilidad de declarar la nulidad de los despidos, no finalizaron empero los obstáculos para su aplicación generalizada en la práctica.

Ello así porque —con el oculto y a la vez indisimulable objetivo de reducir lo máximo posible su ámbito de aplicación, evitando a la vez cualquier

.....  
para declarar la inconstitucionalidad de la estabilidad “absoluta” establecida en un convenio colectivo de trabajo.

(19) CSJN, “Álvarez c/ Cencosud SA”, cit., consid. 9° del voto mayoritario.

(20) CSJN, “Álvarez c/ Cencosud SA”, cit., consid. 8° del voto mayoritario.

(21) CSJN, “Vizzoti, Carlos c/ AMSA SA”, 14/09/2004, publicado en *La Ley*, Suplemento especial del 17/09/2004, consid. 10.

(22) Pues, en caso contrario, estaríamos validando el intercambio de la violación del derecho humano al trabajo con dinero, proceder que no puede ser tolerado con arreglo a la acertada

efecto expansivo de sus alcances que pudiera poner en riesgo el sistema de “estabilidad relativa”— un sector de la doctrina y la jurisprudencia fue delineando ciertas *coartadas* para desactivar, por una vía oblicua, la tesis que postula la nulidad de los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales.

Ese objetivo se ha pretendido alcanzar por varios caminos alternativos, a saber:

1. Definiendo en términos muy estrechos los conceptos de discriminación y de comportamiento antisindical, conducto por el cual se pretende dejar muchos despidos indudablemente discriminatorios y antisindicales fuera del ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria y de las normas garantistas de la libertad sindical;<sup>(23)</sup>
2. Estableciendo una carga probatoria excesivamente rigurosa en cabeza del trabajador que alega haber sido discriminado o violentado en sus derechos fundamentales, de modo tal que la nulidad del despido se vea impedida por falta de sustrato fáctico de la pretensión anulatoria;<sup>(24)</sup>
3. Desactivando la reinstalación en la etapa de ejecución de la sentencia que la ordena, de modo tal que, sea ante la mera negativa del empleador a hacer

.....  
jurisprudencia constitucional establecida a partir de “Álvarez c/ Cencosud SA”. Sobre este tema, ver ORSINI, JUAN IGNACIO, “El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto”, *op. cit.*, pp. 378/380.

(23) El ejemplo más acabado de esta coartada lo constituye la jurisprudencia que sostiene que, para poder decretar la nulidad de un despido discriminatorio antisindical, el actor debe demostrar que antes de ser despedido había llevado a cabo una “actividad sindical relevante”, de forma tal que un trabajador despedido por un comportamiento antisindical que no encuadrarse en esa categoría (que no tiene respaldo legal alguno) no tendría derecho a ser reinstalado. Ver, por ejemplo, CNAC. APEL. TRAB., Sala X, “Salvi, José Francisco c/ Spicer Ejes Pesados SA”, 30/12/2008.

(24) En ese sentido, CNAC. APEL. TRAB., Sala III, “Pellicori c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 28/03/2008, en donde —revocando la sentencia de primera instancia que, tras destacar que la demandada no había logrado probar una causal objetiva para despedir a trabajadora, había decretado la nulidad del despido— se señaló que una decisión de esas características “requiere de la producción de una prueba muy convictiva” (a cargo exclusivo de la parte actora) y “una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados”. Al acoger el recurso extraordinario federal deducido por la trabajadora, la Corte Suprema descalificó en términos categóricos la referida sentencia de la Sala II de la CNac. Apel. Trab., declarando que las reglas tradicionales sobre distribución de la carga de la prueba en los litigios civiles no son aplicables a los procesos en los cuales se debaten despidos que se denuncian como discriminatorios, de modo tal que basta con que el trabajador aporte indicios acerca del acto discriminatorio para que se traslade al empleador demandado el imperativo de demostrar la inexistencia de discriminación y la existencia de una causa objetiva para despedir absolutamente extraña al acto segregatorio denunciado (ver CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, *cit.*, p. 484).

efectiva la condena o bien ante la supuesta dificultad en hacerla cumplir, el mandato judicial firme de reinstalación se convierte (por el transcurso de un breve lapso, e incluso “de pleno derecho”) en una obligación indemnizatoria.<sup>(25)</sup>

En los apartados siguientes nos dedicaremos a analizar críticamente esta última posición jurisprudencial, con la finalidad de intentar demostrar que, en rigor, no hay obstáculo jurídico alguno para poder exigir al empleador—incluso coactivamente— el cumplimiento efectivo de las sentencias que ordenan la reinstalación de los trabajadores.

### 3 | La (pretendida) imposibilidad de ejecutar las sentencias de reinstalación

La minoritaria corriente doctrinaria y jurisprudencial que postula que no es viable ejecutar la sentencia que condena al empleador a reinstalar cuando éste se niega a cumplirla de manera espontánea suele apoyarse, básicamente, en los siguientes argumentos:<sup>(26)</sup>

1. Aun cuando se admita la nulidad de los despidos discriminatorios, ello no implica “consagrar una estabilidad absoluta a futuro”.
2. En estos casos existe un conflicto entre el derecho de libertad de contratar del empleador y el derecho del trabajador a no ser discriminado, y la Constitución Nacional se opone tanto a que una persona pueda ser obligada a celebrar un contrato sin la libre voluntad de hacerlo como a mantener un vínculo jurídico de ejecución continuada que quiera interrumpir, más allá de las consecuencias patrimoniales que tal conducta pueda acarrearle.
3. Las obligaciones de hacer cuando son incumplidas deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios.

(25) CNAC. APEL. TRAB., Sala X, “Cejas, Adrián c/ Fate SA”, 22/03/2010, publicado en *La Ley online* AR/JUR/7067/2010. Asimismo, ver voto en disidencia del juez Guibourg en CNAC. APEL. TRAB., Sala III, “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina”, cit., p. 3. Como veremos más adelante, esta postura también fue descalificada por la Corte Suprema al revocar la citada sentencia de la Sala X en el caso “Cejas c/ Fate SA”.

(26) Sintetizamos aquí los similares argumentos utilizados en el voto de los jueces Corach y Stortini en el precedente “Cejas c/ Fate SA” de la Sala X de la CNAC. Apel. Trab., y por el voto minoritario del juez Guibourg en “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina” del mismo Tribunal de Alzada, citados en la nota anterior.

Con apoyo en esos fundamentos, se concluye que, con el fin de compatibilizar los derechos constitucionales involucrados, corresponde en estos casos condenar a la demandada a reincorporar al actor a su puesto de trabajo y a pagarle los salarios caídos, dejando aclarado que, en caso de incumplimiento de la primera parte de la condena, ella se convertirá “de pleno derecho” en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido incausado, una indemnización adicional por el carácter discriminatorio del despido.

Dejando de lado los dos primeros argumentos (que se identifican con aquéllos que solía esgrimir la tesis restrictiva que negaba la posibilidad de declarar la nulidad de los despidos y que ya han sido descalificados de plano por la Corte Suprema en “Álvarez c/ Cencosud SA” y su saga, donde, con toda claridad, se señaló que los derechos constitucionales del empleador de contenido patrimonial en modo alguno pueden prevalecer sobre los derechos humanos del trabajador), me interesa detenerme especialmente en el tercero, que es el que históricamente han sostenido en la doctrina quienes se oponen categóricamente a instituir un sistema de estabilidad real en el empleo para todos los trabajadores.

En efecto, suele señalarse —y se lo hace como si se estuviera enunciando una verdad revelada por la palabra divina o bien una ley física o natural que, de tan evidente, no requiere explicación alguna (ni siquiera la identificación de las normas jurídicas que la avalarían)— que, como el mandato judicial que ordena la reincorporación es una “obligación de hacer”, y las obligaciones de ese tipo no pueden ser ejecutadas de manera forzosa (por lo que, en caso de negativa del deudor a cumplirlas de manera voluntaria, deben resolverse necesariamente en el pago de una suma de dinero), la condena de reinstalación debe convertirse automáticamente en condena de indemnización cuando el empleador se niega a efectivizarla dentro del lapso establecido en la sentencia.

Antes de someter a crítica las bases sobre las que se apoya esta interpretación (que justifica la mutación automática de la sentencia de reinstalación en una sentencia indemnizatoria), considero relevante destacar los perniciosos efectos que su generalización podría provocar sobre los derechos fundamentales de los trabajadores.

Así, de admitirse esta tesis, nos veríamos inmersos en una triste paradoja: una vez que —finalmente, tras un arduo debate— quedó allanada por la jurisprudencia constitucional la posibilidad de declarar la nulidad de los

despidos, concluyéndose que los derechos patrimoniales del empleador deben ceder ante los derechos humanos de los trabajadores y descartándose la solución indemnizatoria, esa alternativa podría ser fácilmente desactivada por el empleador mediante el sencillo recurso de negarse a cumplir espontáneamente la condena. Así, la nulidad del acto jurídico prohibido (que, por definición, trae aparejada su ineficacia jurídica, debiendo volver las cosas al estado anterior a la comisión del acto ilícito) podría ser transformada por el propio violador del derecho fundamental en un acto eficaz, alcanzado este así el objetivo que perseguía mediante el acto vedado. En otras palabras, estaríamos frente a un despido nulo, de cuya nulidad no se derivaría la ineficacia extintiva del contrato de trabajo, cayendo en letra muerta —amén de la teoría general del derecho— aquella categórica e inapelable afirmación formulada por la Corte en el precedente “Álvarez c/ Cencosud SA”: el intercambio de la violación de derechos humanos con dinero implica un conflicto con el carácter inalienable de aquellos.

Por lo tanto, con el objeto de explorar los caminos que nos permitan alcanzar la efectividad de las sentencias que decretan la nulidad de los despidos, creo que es necesario tanto desmitificar la señalada construcción teórica relativa a que es imposible forzar el cumplimiento de las condenas de reinstalación, cuanto indagar en cuáles pueden ser los mecanismos eficaces para que ese tipo de condenas sean efectivamente observadas por quienes han sido judicialmente obligados a readmitir a los trabajadores despedidos.

## 4 | Destruyendo mitos: endebles bases argumentales de la supuesta imposibilidad de ejecutar forzosamente las sentencias que declaran la nulidad de los despidos

Como venimos señalando, la postura que cuestionamos se apoya —de manera dogmática, sin mayores explicaciones teóricas— en dos axiomas que habremos de someter a crítica:

- I. La obligación que recae sobre el empleador que ha sido condenado a reinstalar es una obligación de hacer;

2. No es posible obtener la ejecución forzada de las obligaciones de hacer cuando el deudor se niega a cumplirlas de manera espontánea.

Por los fundamentos que seguidamente desarrollaré, considero que si la primera de esas afirmaciones es más que opinable, la segunda es marcadamente desacertada, por lo que, al conmovearse sus cimientos, la tesis bajo análisis se desmorona.

## 4.1 | La condena a reinstalar, ¿es una obligación de hacer?

Es, cuanto menos, dudoso que el deber que recae sobre el empleador condenado a readmitir pueda ser calificado —dentro del esquema de la clasificación de las obligaciones jurídicas— como una **obligación de hacer**.

En efecto, una vez declarada la nulidad del despido, el contrato de trabajo (que hasta entonces había permanecido en estado latente, en una especie de suspensión de hecho impuesta ilícita y unilateralmente por el empleador) debe continuar ejecutándose normalmente como si nada hubiese ocurrido (no otra cosa implica la “reposición de las cosas al estado anterior”, en los términos del art. 1083 CC). Para ello no es necesario, en principio, ningún “hacer” de parte del empleador, sino apenas (amén de no obstaculizar su ingreso al establecimiento, que en todo caso sería, como veremos más adelante, una obligación de “no hacer”, es decir, un “deber de tolerar” un acto del trabajador) que vuelva a cumplir con las obligaciones contractuales que emanan del vínculo.

Ahora bien, como es sabido, los principales **deberes de cumplimiento** que la ley de contrato de trabajo le impone al empleador como contraprestación por la fuerza de trabajo que le transfiere el trabajador —pagar el salario (art. 74 LCT) y dar ocupación efectiva (art. 78 LCT)— no son obligaciones de hacer, sino obligaciones de dar.<sup>(27)</sup>

---

(27) Sobre la obligación de pagar el salario no hay dudas: es una obligación de dar una suma de dinero. La obligación de ocupación efectiva también puede ser considerada como una obligación de dar. En ese sentido, amén de que ese deber tampoco implica necesariamente un “hacer” de parte del empleador (que en la mayoría de los casos ni siquiera es una persona física) es ilustrativo recordar que el art. 78 LCT obliga al patrón a garantizar al trabajador

Ello es —por otra parte, si nos detenemos a pensar un instante— bastante evidente: en tanto en el núcleo contractual del negocio jurídico laboral está el intercambio de trabajo por salario (es decir, la apropiación del trabajo ajeno a cambio de una suma de dinero), huelga señalar que, en el contrato de trabajo, el “hacer” corre siempre por cuenta del trabajador. Tanto es ello así, que cuando los civilistas intentan conceptualizar doctrinariamente a las obligaciones de hacer, suelen hacer referencia, precisamente, al trabajo,<sup>(28)</sup> que no es precisamente lo que da (sino lo que recibe) el empleador en el marco del contrato de trabajo.<sup>(29)</sup>

Si lo afirmado puede predicarse en términos generales, aparece poco menos que indudable cuando (como es la regla general en las relaciones laborales actuales) el empleador no es una persona física sino una empresa de cierta magnitud que asume la forma jurídica de una sociedad, esto es, una persona de existencia ideal. En tales casos, la pregunta surge (aun más) inevitable: ¿Qué “hacer” (es decir, ¿qué “despliegue de energías de trabajo”, según la definición de las obligaciones de hacer que dan los más destacados civilistas) deberá ejecutar el empleador para cumplir la condena a la reincorporación?, y se responde sola por la fuerza de lo evidente: ninguno.

.....

ocupación efectiva, siendo frecuente en la doctrina y la jurisprudencia denominar a ese deber patronal como obligación de dar ocupación efectiva.

(28) Así se ha señalado, siguiendo las definiciones enunciadas por autores como Savigny y Busso, que las obligaciones de hacer son “aquellas cuyo objeto consiste en el despliegue de energías de trabajo, sean físicas o morales, prestadas por el deudor, a favor del acreedor”, ejemplificándose esa clase de deberes precisamente con “la ejecución de servicios profesionales o laborales”. Ver CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, t. II, pp. 104/105. Más específicamente, al explicar las características de las obligaciones de hacer, se ha escrito que “El derecho del trabajo, por ejemplo, se ha gestado y desarrollado sobre la base de un determinado despliegue de energía laboral en relación de dependencia, regulando un amplio espectro de obligaciones de hacer”, ver PIZARRO, DANIEL RAMÓN y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, t. 1, Bs. As., 2004, p. 442.

(29) De allí que, aunque frecuente, es por completo inexacto (y nada casual, pues esa expresión, invirtiendo la realidad, hace aparecer al empleador como un benefactor que, al emplearlo, hace una especie de concesión graciosa en favor del operario, cuando —en rigor— se está beneficiando con el trabajo ajeno) denominar al empleador como “dador de trabajo”. Como su nombre lo indica, el **que da trabajo** en el negocio jurídico laboral es el trabajador; el empleador (como su nombre también lo indica) lo que asigna es un empleo o una ocupación, es decir, un puesto de trabajo.

En el sentido indicado, prestigiosos autores como De La Cueva,<sup>(30)</sup> Plá Rodríguez<sup>(31)</sup> y Ferreirós<sup>(32)</sup> han sostenido que la obligación de readmitir no es una obligación de hacer.

En el mejor de los casos, podría concederse que la condena a readmitir contiene una obligación **compleja o mixta**,<sup>(33)</sup> que incluye prestaciones de “dar” —salario y ocupación— y prestaciones de “no hacer” —tolerar o soportar<sup>(34)</sup> ciertos actos por parte del trabajador (v. gr., el ingreso al establecimiento)—, que en cualquier supuesto no generaría mayores dificultades para ser ejecutada aun contra la voluntad del deudor.

Luego, más allá de las situaciones conflictivas que pudiesen generarse en caso de que el empleador se negare a cumplir con esos deberes, lo cierto es que no puede sostenerse sin más (no al menos, sin detenerse a precisar los conceptos y a explicar concretamente cuáles serían esas presuntas obligaciones de hacer, como suelen hacerlo dogmáticamente las sentencias que avalan esta postura) que la ejecución de las sentencias que decre-

.....

(30) Explica el reconocido doctrinario mexicano: “Lo que ha venido a complicar el problema es el término ‘reinstalación’ que da la apariencia de una nueva obligación de hacer a cargo del patrono. Esta obligación no existe, lo que el obrero reclama es el cumplimiento del contrato: ofrece cumplir su obligación y se pone a la órdenes del empresario, reclamando de este el pago de la retribución pactada”, DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, México DF, 1943, p. 677.

(31) PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 178, quien avala la citada opinión de De La Cueva.

(32) GEREZ, OSCAR R., “Observaciones sobre la acción de nulidad y ciertos efectos del despido discriminatorio”, en *Revista Derecho del Trabajo*, 2013, p. 2199 y ss., quien cita a Estela Ferreirós, autora que sostiene sostiene que se trata de una obligación de dar —trabajo—.

(33) Con todo, la autonomía de esa clase de obligaciones no es unánime en la doctrina civilista, desde que no han sido expresamente receptadas en el Código Civil, y si bien hay autores que las reconocen (Belluscio, Ameal), otros les niegan autonomía conceptual, señalando que, para determinar el régimen jurídico aplicable debe estarse a la índole de la prestación (de dar o de hacer) que predomine (Busso); ver CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *op. cit.*, t. II, p. 105. De aceptarse esta última tesis, es obvio —una vez más— que entre los deberes que la condena a readmitir genera en cabeza del empleador prevalecen las obligaciones de dar por sobre las de no hacer, desde que el **tolerar el ingreso al establecimiento** es completamente accesorio y secundario respecto de las obligaciones principales (de dar) que debe cumplir el empleador: pagar el salario y brindar ocupación efectiva.

(34) Uno de los subtipos de las obligaciones de no hacer son (junto a las de *abstenerse de hacer*, y las de *no dar*) aquellas que consisten en *tolerar o soportar* que el acreedor realice ciertos actos que, de no mediar el vínculo obligacional, hubiera podido impedir. Ver, CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *op. cit.*, t. II, p. 120; PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.* t. 1, p. 469.

tan la nulidad del despido lleven principalmente aparejadas obligaciones de hacer en cabeza del empleador.

## 4.2 | Las obligaciones de hacer (y de no hacer) son pasibles de ejecución forzada

Aun cuando, dejando de lado lo señalado en el apartado anterior, concediésemos que la condena a readmitir al trabajador despedido contiene prioritariamente obligaciones de hacer o de no hacer, lo relevante para pulverizar la construcción jurídica que venimos criticando es que las obligaciones de esa clase son, por regla, susceptibles de ejecución forzada, solución que no solo es admitida por todos los grandes civilistas modernos, sino que incluso está expresamente receptada por nuestro Código Civil.

Recordemos que el criterio que estamos analizando (plasmado, por ejemplo, en el voto disidente del juez Guibourg en el caso “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina” de la Sala III de la CNac. Apel. Trab., y en la sentencia de la Sala X de la CNac. Apel. Trab., en el caso “Cejas c/ Fate SA”) se apoya sobre el dogma de que “las obligaciones de hacer cuando no son cumplidas deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios”, conducto por el cual se relativiza la condena a reinstalar, dejando en manos del empleador que viola el derecho fundamental la potestad de desactivar o no el acto prohibido.

Expresado en esos términos, ese razonamiento es —además de dogmático e infundado, desde que se lo enuncia como una verdad indiscutible, sin explicitar los argumentos que lo sustentan— marcadamente desacertado en términos jurídicos.

Como bien lo destacara el Profesor Emilio Betti —uno de los más prestigiosos civilistas del siglo XX— a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano clásico (en el que el contenido original de la obligación era siempre inexigible como tal, de modo que el acreedor no podía pretender en juicio que el deudor fuese condenado a la misma prestación que constituía el contenido específico de la obligación, sino que en la sentencia de condena esa prestación primitiva era sustituida de pleno derecho por una prestación en dinero a título de resarcimiento, siendo esta última la única pasible de eje-

cución forzada),<sup>(35)</sup> en el derecho civil moderno, por contraposición, se parte de la regla general exactamente opuesta, de modo tal que la obligación civil moderna supone para el deudor el **exacto cumplimiento de la prestación debida**, deber que solo de manera **excepcional y eventual** puede reducirse a la obligación de pagar el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento.<sup>(36)</sup> Esa excepción —que, como dice Betti, confirma la regla— se verifica solo cuando el cumplimiento la prestación debida en especie se haya tornado imposible, o cuando, por su naturaleza, fuese imposible la ejecución forzosa, o no pudiera cumplirse sobre el patrimonio del deudor.<sup>(37)</sup>

De modo tal que —resumiendo— podríamos decir que el derecho civil moderno se conduce en este punto de modo “perfectamente antitético” a como lo hacía el derecho romano clásico, de forma que es el cumplimiento exacto de la misma prestación debida desde un principio —y no el resarcimiento— el objeto de la sentencia de condena que puede ser pasible de ejecución forzada, razón por la cual el deudor “no puede liberarse nunca ofreciendo en cambio de la prestación primitiva el resarcimiento”.<sup>(38)</sup>

Ahora bien —a contrario de lo que apriorísticamente pretende negar de plano la tesis que cuestionamos— esa regla general que venimos enunciando es perfectamente aplicable a las obligaciones de hacer y de no hacer. En efecto, existe una tan extendida como errada creencia fincada en que la ejecución forzosa específica de las obligaciones de hacer no está admitida por el derecho civil moderno cuando —como lo expresa el maestro Betti, de manera categórica— “la verdad es precisamente todo lo contrario”.<sup>(39)</sup> Es que, saldando esa vieja antinomia, ya en el siglo XVII el jurista holandés Vinio sostuvo que las obligaciones de hacer son susceptibles de ejecución forzada directa, salvo en los casos en los cuales deba ejercerse coacción personal sobre el deudor.<sup>(40)</sup>

(35) BETTI, EMILIO, “Teoría general de las obligaciones”, en *Revista de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1969, pp. 321/323.

(36) BETTI, EMILIO, *ibid.*, p. 329.

(37) *Ibid.*, pp. 329/330.

(38) *Ibid.*, p. 328.

(39) *Ibid.*, p. 329, Nota 14.

(40) CAZEAUX y TRIGO REPESAS, *op. cit.*, t. II, p. 111.

En rigor, esta tesis negacionista de la ejecutoriedad forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer se ha forjado a influjo del art. 1142 del Código Civil francés que —haciendo propio el viejo apotegma romano *nemo praecisse cogi potest ad factum* (“nadie puede ser compelido a prestar su hecho”), que enunciaba el principio de que, ante el incumplimiento por el deudor de una obligación de hacer, no cabía ningún tipo de constreñimiento sobre su persona, por lo que únicamente podía demandarse la indemnización por daños y perjuicios— prescribe que “toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en el pago de daños e intereses en caso de incumplimiento”. Sin embargo, esa normativa que —en palabras del eximio catedrático de la Universidad de Roma— no es otra cosa que “una anacrónica reminiscencia del derecho romano justiniano”<sup>(41)</sup>— no solo no fue reproducida por los códigos civiles más avanzados en este punto (Italia, Alemania, Austria), sino que —y esto es dirimente para pulverizar la tesis negacionista— tampoco fue receptada en el Código Civil argentino, cuyo art. 629 admite expresamente la ejecución forzada de las obligaciones de hacer.

En efecto, apartándose del retrógrado criterio francés<sup>(42)</sup> —cuya rigidez, por otra parte, ha sido fuertemente mitigado por la doctrina y la jurisprudencia de ese país, que han terminado por aproximarse al criterio moderno—<sup>(43)</sup> y acercándose más a la solución prevista en el antiguo derecho español plasmado en las *Partidas*, que se mostraba menos apegada

.....

(41) BETTI, EMILIO, *op. cit.*, p. 329, nota 14.

(42) Tanto es así que en la nota al art. 629 CC, Vélez Sarsfield justifica expresamente el apartamiento del Código Civil argentino de la solución del art. 1142 del Código francés, aclarando —con cita de la opinión de Marcadé— que aquella norma debe interpretarse en consonancia con el art. 1144 del mismo ordenamiento, que declara que, en caso de inejecución, el acreedor puede ser autorizado para ejecutar la obligación a costa del deudor, por lo que el art. 1142 “no debe tomarse a la letra”, de modo tal que la obligaciones de hacer o de no hacer solo se resuelven, en caso de inejecución, en una indemnización en dinero, cuando (i) la ejecución forzada no podría resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor; (ii) el acreedor, aun pudiendo obtener la ejecución directa por la fuerza, se contentara con la satisfacción de daños e intereses.

(43) PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.*, t. 1, p. 457. En ese mismo sentido, recuerda Enrique Arias Gibert que la interpretación del art. 1142 del Código Civil francés es, desde principios del siglo XX, similar al texto del art. 629 de nuestro Código. Ver su muy interesante voto (al que, con fundamentos adicionales adhirió su colega Oscar Zas), en CNAC. APEL. TRAB., Sala V, “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/juicio sumarísimo”, *cit.*, una de las primeras sentencias nacionales que abordan con claridad y profundidad el tema que venimos analizando.

a la protección del deudor, admitiendo vías de constreñimiento sobre su persona,<sup>(44)</sup> el Código Civil argentino admite la ejecución forzada de las obligaciones de hacer con un solo límite: no es posible ejercer violencia sobre la persona del deudor.

De ello se colige que la sola lectura del art. 629 de nuestro digesto civil evidencia la falsedad del enunciado principal que esgrime la tesis restrictiva (“las obligaciones de hacer cuando no son cumplidas deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios”), en la cual —expresando sin mayores explicaciones un principio general exactamente opuesto al que surge de la norma, para más en contra del trabajador, sujeto de tutela preferente en esta disciplina— ni siquiera se aclara que la regla que emana de nuestra legislación civil establece que resulta perfectamente posible ejecutar de manera forzosa el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer.<sup>(45)</sup>

Descartada, pues, la inexacta afirmación relativa a que las obligaciones de hacer no pueden ser forzosamente ejecutadas, resta analizar cuáles son los supuestos excepcionales o eventuales en los cuales es posible convertir el débito de hacer o de no hacer en la obligación de pagar una indemnización de daños y perjuicios.

La clave para ello hay que buscarla —como bien recuerdan Pizarro y Vallespinos, citando a Llambías— en el objeto de la prestación, de modo tal que solo podrá alegarse la imposibilidad de cumplir *in natura* con la obligación de hacer cuando resulte imposible escindir ese objeto de la persona del deudor, o sea, cuando se trate de una prestación infungible, por consti-

(44) PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.*, t. 1, p. 457. Tal como recuerdan los autores, las Partidas (L. 12, Tít. 11, Partida 5° y L. 5° Tít. 27, Partida 3°) —expresamente citadas por Vélez Sarsfield en la nota al art. 629 CC, en apoyo de la solución allí plasmada— prescribían: “El juez débelo apremiar que lo faga así como fue puesto e lo prometió”.

(45) Es interesante advertir que en los fallos que venimos analizando (“Cejas c/ Fate SA” de la Sala X de la CNac. Apel. Trab., que replica el criterio anticipado en el voto en disidencia del juez Guibourg en el fallo “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina” de la Sala III) no se declara desactivada la regla general (que habilita la ejecución forzada de las obligaciones de hacer) por entender verificada la excepción (necesidad de ejercer violencia contra la persona del deudor), sino que lisa y llanamente se plantea que existe un dogma inexpugnable que impide la ejecución forzada de las obligaciones de hacer, a tal punto que ni siquiera se cita el art. 629 CC (sino los arts. 519 a 522, que regulan una situación distinta). Ello evidencia el contenido claramente violatorio de la ley de esa interpretación, dejándola huérfana de todo sustento jurídico.

tuir una “emanación de su personalidad”. En el caso contrario —es decir, cuando el objeto de la obligación puede ser escindido de la persona del deudor— **procede la ejecución forzosa y el empleo de la fuerza pública para compeler al deudor a que cumpla.**<sup>(46)</sup>

Partiendo de esa base, nos falta desentrañar si, en el tema que nos ocupa, la obligación de reinstalar al trabajador despedido debe considerarse alcanzada por la regla general (que habilita la ejecución forzosa directa de las obligaciones de hacer y de no hacer) o si, por el contrario, al no poder ser escindida de la persona del empleador o resultar de imposible cumplimiento, encuadra en alguna de las excepciones a dicho principio, debiendo en tal caso el trabajador conformarse con la ejecución forzosa indirecta, es decir, con el pago de una reparación dineraria por equivalente.

Adelantando nuestra respuesta afirmativa, analizaremos la cuestión en el apartado siguiente.

### 4.3 | La indiscutible posibilidad de ejecutar forzosamente las sentencias que declaran la nulidad del despido

El desarrollo teórico efectuado en el capítulo precedente torna evidente la respuesta al interrogante allí enunciado: en tanto las obligaciones que asume el empleador en el contrato de trabajo son, por definición, fungibles y pueden escindirse de su persona, siempre es posible forzar judicialmente el cumplimiento de las sentencias que, al declarar la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador, condenan al patrón a mantener vigente el contrato.

En efecto, como es sobradamente conocido, en el marco del contrato de trabajo son las obligaciones del trabajador (cuya ejecución implica poner en acto esa actividad creadora de los hombres denominada “trabajo”, que constituye el objeto del negocio jurídico laboral, art. 4° LCT) las que resultan **personales e infungibles** y no pueden escindirse de su persona (art. 37 LCT), lo que ha llevado a la doctrina a sostener de manera unáni-

(46) PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.*, t. 1, p. 457.

me que, para el operario, se trata de un contrato *intuitu personae*.<sup>(47)</sup> Ello es lo que explica que, por ejemplo, solo pueda ser considerado “sujeto-trabajador” del contrato de trabajo una persona física (arts. 21 y 25 LCT) y que, ante la imposibilidad transitoria o definitiva del trabajador de cumplir con su obligación de poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador, no pueda reemplazarse su persona por otro trabajador dentro del mismo vínculo laboral (que, en tales casos, se suspende o se extingue) sino que, si el empleador quiere cubrir ese puesto de trabajo, debe celebrar un nuevo contrato con otro trabajador (por tiempo determinado o indeterminado, según los casos). Por esa misma razón, la muerte del trabajador extingue de pleno derecho el contrato de trabajo (art. 248 LCT).

Muy distinto es lo que ocurre con el empleador, quien —en tanto, a diferencia del trabajador, no arriesga ni pone en juego su cuerpo y su persona (sino solo su patrimonio) en la ejecución del negocio jurídico laboral—<sup>(48)</sup> es, por regla, perfectamente fungible como sujeto del contrato de trabajo.<sup>(49)</sup> Es por ello que puede ser “sujeto-empleador” del contrato de trabajo una persona jurídica, o incluso, un conjunto de sujetos sin personalidad jurídica propia diferenciada de sus integrantes (arts. 21 y 26 LCT). Y, por la misma razón, ni la transferencia del establecimiento por actos entre vivos (en ningún caso arts. 225/228 LCT), ni la muerte del empleador (por regla, art. 249 LCT) extinguen el contrato de trabajo, que debe seguir vigente como si nada hubiera ocurrido, lo que evidencia que el empleador es perfectamente reemplazable como sujeto del vínculo, sin que este sufra alteración alguna.

(47) Por eso es que hasta los propios civilistas ejemplifican como paradigma de la obligación de hacer infungible a “la que asume el trabajador en virtud de un contrato de trabajo respecto de su empleador”, ver PIZARRO y VALLESPINOS, *ibid.*, t. 1, p. 446.

(48) Como bien lo destaca el reconocido jurista francés Alain Supiot, en la relación de trabajo el trabajador (a diferencia del empresario) no arriesga el patrimonio, sino la piel. SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 1996, p. 90.

(49) Para el empleador el contrato no es *intuitu personae* toda vez que, amén de que su persona no es relevante en la ejecución de vínculo, sus especiales condiciones personales no son tenidas en cuenta por el cocontratante para celebrar el contrato. La razón de esta caracterización jurídica debe buscarse, sin embargo, fuera del derecho: por la propia estructura económica social de las relaciones de producción capitalistas, el empleador siempre puede elegir (entre muchos candidatos, pues suele hacer exceso de oferta de trabajo) al trabajador a quien contrata (teniendo en cuenta sus condiciones personales), mientras que, a la inversa, el trabajador no está (por regla, en tanto suele haber falta de oferta suficiente de empleo) en condiciones de elegir a quien lo contrata, sino que debe aceptar (aun sin analizar sus condiciones personales) a cualquiera que le garantice empleo y salario para solventar sus necesidades materiales de existencia.

Es justamente ese diverso grado de involucramiento personal de las partes en el contrato y la diversa jerarquía de los bienes que ponen en juego en la ejecución de ese vínculo (la libertad individual, el trabajador; el derecho de propiedad y la libertad de contratar, el empleador) lo que justifica que esté radicalmente prohibido restringir o vedar la **libertad de salida** del contrato de trabajo al trabajador (razón por la cual la renuncia nunca es sancionable, pues de lo contrario se volvería a los vínculos forzosos abolidos por el capitalismo), mientras que con el empleador ocurre exactamente lo opuesto: en tanto nunca está en juego su persona ni su libertad individual en la ejecución del contrato de trabajo, **su libertad de salir de ese vínculo puede ser perfectamente restringida** (exigiéndole una justa causa para denunciar el negocio) hasta el punto de que —en los sistemas más intensos de tutela contra el despido injusto— puede ser judicialmente obligado a readmitir al trabajador que ha sido arbitrariamente despedido,<sup>(50)</sup> solución que —como categóricamente lo explicó la Corte Suprema en “Álvarez c/ Cencosud SA”— en modo alguno puede reputarse inconstitucional ni violatoria de los derechos de propiedad y libertad de contratar del empleador.

A partir de todo ello, podemos despejar sin mayores dificultades la cuestión que constituye el objeto central de este artículo: la condena a readmitir es, para el caso de incumplimiento, pasible de ser ejecutada de manera forzosa toda vez que —aun cuando se interpretase que el objeto de la prestación consiste principalmente en una obligación de hacer o de no hacer— no lleva aparejada ninguna violencia contra la persona del deudor desde que, como quedó dicho, este no involucra su persona (sino su patrimonio) en la ejecución del contrato de trabajo.

En otras palabras, como bien lo ha destacado calificada jurisprudencia, distinguiendo con precisión los bienes que ponen en juego las partes en

(50) En ese sentido, al explicar el fundamento y los orígenes del principio de estabilidad en el empleo (que, garantizando la protección contra el despido injustificado, restringe de manera notoria esa **libertad de salida** del contrato por parte del empresario), ha señalado con claridad el profesor español Pérez Rey: “indudablemente, en el caso del empresario no se tratará tanto de proteger la libertad individual como de mantener intacta su libre iniciativa económica; en otros términos, solo el desistimiento del trabajador constituía una garantía de libertad personal; en el caso del empleador tal circunstancia se ponía al servicio no de la libertad de la persona, sino de la libertad contractual (...) Ello explica por qué el ordenamiento ha ido progresivamente limitando las posibilidades extintivas del empresario, manteniendo en buena medida intactas las del trabajador”. Ver PÉREZ REY, JOAQUÍN, *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 26/27.

el desarrollo del contrato de trabajo, para justificar así la procedencia de la ejecución forzada de las sentencias de reinstalación, “la reincorporación de un trabajador no hace violencia sobre el cuerpo del empresario, pero exigir el débito por parte del trabajador sí”.<sup>(51)</sup>

Como se dijo de manera categórica en el fallo “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/juicio sumarísimo” (en el que la Sala V de la CNac. Apel. Trab., exteriorizó una visión absolutamente opuesta a la que plasmó la Sala X del mismo Tribunal en “Cejas c/ Fate SA”), en la generalidad de los casos el empleador, es una persona de existencia ideal que **ni siquiera tiene corporalidad para ejercer violencia**,<sup>(52)</sup> por lo que resulta absolutamente equivocado sostener acritica y dogmáticamente que la condena a readmitir debe ser automáticamente transmutada en la obligación de resarcir cuando el empleador se niega a efectivizarla. Tampoco puede aceptarse que exista una imposibilidad material de cumplir con este tipo de obligaciones; antes bien, es a todas luces evidente —y así lo ha precisado la jurisprudencia nacional— que en este tipo de casos el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en el que se hallaban antes del acto anulado, es fácticamente posible,<sup>(53)</sup> por lo que no existe impedimento alguno para hacer efectiva la reparación *in natura*.

Luego, cabe concluir que —en tanto no resulta materialmente imposible, ni trae aparejada la utilización de la violencia sobre el cuerpo del deudor— en los casos en los que se ha condenado al empleador a readmitir a un trabajador, no se configuran las excepciones a la regla que habilita la ejecución forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 629 CC),<sup>(54)</sup> por lo que —parafraseando a Pizarro y Vallespinos—

.....  
(51) CNAC. APEL. TRAB., Sala V, “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/juicio sumarísimo”, cit.

(52) Tanto es ello así que en los cientos de sentencias que han decretado la nulidad de los despidos discriminatorios en el país se ha condenado siempre a personas de existencia ideal y, al menos hasta donde conocemos, nunca a personas físicas.

(53) CNAC. APEL. TRAB., Sala IX, “Espinosa, Raúl Marcos c/ Fate SAICI”, 18/03/2010. Voto de los jueces Fera y Balestrini.

(54) Por lo demás, la mentada excepción es, por su origen y sus fundamentos, sustancialmente extraña a la situación aquí analizada. En efecto, la idea de que no es posible ejecutar forzosamente las obligaciones de hacer (regla en el derecho romano clásico y receptada nominalmente por el Código Civil francés; excepción en casi todos los códigos civiles modernos, incluyendo el nuestro) tenía como objeto evitar que se ejerciera una violencia

“procede la ejecución forzosa y el empleo de la fuerza pública para compeler al deudor a que cumpla”.<sup>(55)</sup>

En todo caso, no podrá menos que admitirse que si —resultando que la imposibilidad de ejecutar forzosamente las obligaciones de hacer y de no hacer es una excepción a la regla general que, en tanto tal, debe ser interpretada restrictivamente incluso en el ámbito del derecho civil— con mayor razón no es válido postular su aplicación indiscriminada al derecho del trabajo en perjuicio del sujeto especialmente protegido.<sup>(56)</sup> Ergo, solo

.....  
física sobre el deudor, algo que era completamente aceptado en el derecho romano antiguo, cuando el patrimonio no estaba claramente disociado de la persona, de modo tal que el *debitoris* podía ser obligado a responder con su propio cuerpo, sea literalmente (como ocurría en la antigua Roma con la *manus iniectio*, procedimiento de ejecución a través del cual el acreedor podía tomar prisionero al deudor por un período, al vencimiento del cual, si no cumplía con la obligación, quedaba autorizado a venderlo como esclavo —o, incluso, en la variante más extrema— el cuerpo del deudor podía ser literalmente desmembrado y repartido entre los acreedores) o sea mediatemente a través de la privación de la libertad (prisión por deudas). Fue con el objeto de humanizar la situación del deudor que en el derecho romano clásico se arribó al principio de que, en tanto no podía llegarse al extremo de ejercer violencia sobre él, ni privarlo de su libertad, las obligaciones de hacer incumplidas debían resolverse en una reparación dineraria por equivalente. De allí que sea impensable que ese fundamento (que en definitiva es una emanación del principio *favor debitoris* del derecho civil clásico, que tiende a proteger al deudor como sujeto débil de la relación obligacional) pueda ser considerado aplicable sin más al derecho del trabajo, en cuyo ámbito se verifica la situación inversa (el sujeto débil de la relación es el trabajador, que es el acreedor de la obligación de readmitir) por lo que rige el principio opuesto (*in dubio pro operario*).

(55) La clave está, como lo destacan esos prestigiosos civilistas, en determinar si la prestación involucrada en la obligación de hacer constituye o no una emanación de la personalidad del deudor. Así, ejemplificando supuestos de deberes que, por reunir esas características, no serían pasibles de ejecutarse forzosamente refieren el caso de un médico que se obligó a operar a un paciente, o un músico que se obligó a brindar un concierto (otra vez: servicios personales, es decir, trabajo en sentido amplio, autónomo o dependiente): si luego se niegan a hacerlo, no se los podría conminar sino con violencia sobre su persona, lo que es inadmisibles (y hasta, en algunos casos, materialmente imposible). En cambio, graficando la situación inversa, los autores citados hacen referencia al caso de una empresa de transportes que se obligó a transportar a un contingente de pasajeros en un ómnibus de su flota y luego se niega a cumplir, obligación que —explican— puede ser ejecutada de manera forzada, mediante la intervención judicial de la empresa y el auxilio de la fuerza pública (ver PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.*, t. 1, p. 457). El ejemplo es muy útil, pues puede ser fácilmente trasladado a la situación que aquí nos interesa sin forzamiento alguno: es perfectamente posible que el juez intervenga la empresa y recurra al auxilio de la fuerza pública para forzar la resistencia patronal al mandato judicial que ordena la readmisión del trabajador despedido, pues ello no involucra ninguna violencia sobre el cuerpo del deudor.

(56) Ello sin mencionar la flagrante **paradoja antioperario** que encierra la tesis restrictiva, que —por un lado, transformando lo que en el Código Civil es una excepción (art. 629 CC) en una regla absoluta— postula que la condena a readmitir cuando no es cumplida espontáneamente debe transformarse de manera automática en una indemnización, y —por el otro— le niega

con extrema liviandad teórica puede llegar a sostenerse sin más —como lo hace la tesis que venimos cuestionando— que “cuando la obligación de hacer es incumplida debe resolverse en una indemnización de daños y perjuicios”.

Por otra parte, más allá de que —como vimos— la solución que venimos postulando (ejecución forzada directa de las sentencias de reinstalación) resulta indudable con arreglo a nuestro derecho positivo, está claramente respaldada, asimismo, por buena parte de la doctrina científica en países que contienen en sus legislaciones laborales la nulidad de determinada clase de despidos, en los cuales —cuestionando razonamientos asimilables a los que hemos mencionado— también se ha desmitificado la pretendida imposibilidad de ejecutar los mandatos judiciales que ordenan la reinstalación de los trabajadores despedidos.

Así, en la doctrina española, ha señalado con acierto Sastre Ibarreche que el debate en torno a la posibilidad de hacer efectiva la obligación de readmitir “ha estado presidida, tradicionalmente, y de forma incorrecta, por el dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer”,<sup>(57)</sup> de modo tal que —agrega Pedrajas Moreno— “el recurso a la teoría de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, de aplicabilidad más que dudosa con carácter general a esas situaciones, viene utilizándose como coartada que justifica la ejecución por sustitución, siendo en este sentido especialmente grave su aplicación cuando se trata de un despido lesivo de derechos fundamentales”.<sup>(58)</sup>

Sobre esa base, se concluye que las sentencias que disponen la nulidad de los despidos que violan derechos fundamentales deben ser **ejecutadas en sus propios términos**, no resultando posible sustituir esa condena por

de plano a los trabajadores que han sido víctimas de un acto ilícito (despido injustificado) la aplicación de las restantes normas de la teoría general de la responsabilidad previstas en el mismo ordenamiento (arts. 18, 1069, 1083 CC), con arreglo a las cuales sería perfectamente posible decretar la nulidad e ineficacia extintiva de todos los despidos injustificados (o, en su defecto, la reparación integral de daños). O sea que, a contramano de lo que indica la teoría general del derecho del trabajo, pretende aplicarle sin modulaciones la legislación general al sujeto protegido solo cuando ella lo perjudica, descartando su aplicabilidad cuando lo protege mejor que la legislación especial. Aunque, mirando bien, no hay allí contradicción alguna: son dos caras de una misma posición bien clara en contra de la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

(57) SASTRE IBARRECHE, RAFAEL, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, p. 253.

(58) PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, p. 227.

el pago de una indemnización, y ni siquiera por la sola continuidad en el pago de los salarios, exigiéndose en cambio el restablecimiento pleno del derecho fundamental lesionado.<sup>(59)</sup>

En definitiva, como sostienen Baylos Grau y Pérez Rey, no es admisible en el entorno de la ejecución de las sentencias que declararon nulo el despido la aplicación de una regla que, en última instancia, convalida y asume el incumplimiento al generalizar la reparación por equivalente.<sup>(60)</sup>

## 5 | CSJN: descalificación de la tesis que convierte la obligación de readmitir en deber de indemnizar

Así como en un primer momento descalificó la posición que sostenía la imposibilidad de decretar la nulidad del despido y ordenar la readmisión compulsiva del trabajador en su puesto de trabajo (“Álvarez c/ Cencosud SA”, 2010), y en una segunda etapa desactivó la coartada que exigía una carga probatoria exorbitante al trabajador que reclamaba la reinstalación por haber sido discriminado mediante el despido (“Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 2011), más recientemente la Corte Suprema también ha refutado la interpretación que indica que, en tanto no es posible ejecutar forzosamente las sentencias que condenan a readmitir al trabajador, estas deben resolverse con el pago de una indemnización agravada (“Cejas c/ Fate SA”, 2013).

En este último precedente, como ya anticipamos, la Sala X de la CNac. Apel. Trab., modificó la sentencia de primera instancia, que había declarado la nulidad del despido discriminatorio antisindical y ordenado la reinstalación del trabajador.<sup>(61)</sup> Expresó el órgano de alzada que si bien correspondía nulificar el despido y readmitir al trabajador ello no implicaba “consagrar una estabilidad absoluta a futuro” toda vez que —sos-

(59) PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *ibid.*, p. 227.

(60) BAYLOS GRAU, ANTONIO y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, p. 195.

(61) CNAC. APEL. TRAB., Sala X, “Cejas, Adrián c/ Fate SA”, cit., voto del juez Corach con adhesión del juez Stornini.

tuvo— en tanto la nulidad se había decretado por el carácter discriminatorio del distracto, con apoyo en la ley 23.592, el trabajador no tenía derecho a una estabilidad similar a la que ostentan los representantes gremiales amparados por la ley 23.551. Señaló, asimismo, que existía un conflicto entre el derecho de libertad de contratar del empleador (art. 14 CN) y el derecho del trabajador a no sufrir un despido discriminatorio, que la Sala optó (implícita pero indudablemente) por resolver a favor de la empresa, con expresa cita del ya mencionado precedente “De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de La Plata”, a partir de cuyos lineamientos determinó que la Constitución Nacional se opone tanto a que una persona pueda ser obligada a celebrar un contrato sin la libre voluntad de hacerlo como a mantener un vínculo jurídico de ejecución continuada que quiera interrumpir, más allá de las consecuencias patrimoniales que tal conducta pueda acarrearle. Agregó —en lo que constituye el aspecto medular del caso, a tenor de lo que finalmente resolvió la Corte— que “las obligaciones de hacer cuando no son incumplidas deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios”. En consecuencia, con el fin de compatibilizar los derechos constitucionales involucrados, juzgó que correspondía condenar a la demandada a reincorporar al actor a su puesto de trabajo y a pagarle los salarios caídos, dejando aclarado que, en caso de incumplimiento de la primera parte de la condena, ella se convertiría “de pleno derecho” en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido incausado, una indemnización adicional por el carácter discriminatorio del despido (resarcimiento que tarifó en un año de remuneraciones, con más la reparación del daño moral).

En el recurso extraordinario federal, el trabajador cuestionó tal forma de resolver, reclamando que se garantizase la readmisión efectiva en su puesto de trabajo. Criterio que, como veremos seguidamente, fue enfáticamente respaldado tanto por la Procuración General de la Nación como por el voto mayoritario de los jueces de la Corte Suprema.<sup>(62)</sup>

(62) Un análisis más detallado del fallo de la Corte, que sintetizo aquí, se puede consultar en ORSINI, JUAN IGNACIO, “Imposibilidad radical de convalidar la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios. Una señal de la Corte Suprema a favor de la ejecución forzada de las sentencias de reinstalación”, publicado en el sitio *Laborjuris*, Ed. Microjuris.com Argentina, Bs. As., 30/09/2013, MJ-DOC-6442-AR|MJD6442, [en línea] <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/09/30/imposibilidad-radical-de-convalidar-la-eficacia-extintiva-de-los-despidos-discriminatorios-una-senal-de-la-corte-suprema-a-favor-de-la-ejecucion-forzada-de-las-sentencias-de-reinstalacion/>

En el dictamen de la Procuradora Fiscal (que integra el fallo del Alto Tribunal, desde que este se remitió —en el primer párrafo de los consids.— no solo al relato de las circunstancias del caso y al resumen de los agravios allí efectuado, sino también —en el tercer párrafo de los consids.— a lo “concordemente dictado” por la representante del Ministerio Público), tras señalarse que el tema involucraba el análisis de una cuestión federal (al estar en juego la tutela antidiscriminatoria y la interpretación de la ley 23.592, que la reglamenta), y recordarse que la nulidad del despido y la condena a reinstalar se compadecen con la doctrina que la Corte estableció en el caso “Álvarez c/ Cencosud SA”, se enuncia con exactitud cuál es el nudo de la cuestión debatida en el caso: “El debate que presenta la decisión es que sujeta la eficacia jurídica de la reinstalación del trabajador a la condición de que el empleador cumpla la manda judicial y en su defecto le reconoce a este la opción de pagar una indemnización adicional a la que correspondería por el despido sin causa”.<sup>(63)</sup>

Puesta a responder ese conflicto jurídico, la Procuración lo hizo con acierto y contundencia, señalando que la sentencia de la Sala X de la Cámara del Trabajo viola la doctrina de “Álvarez c/ Cencosud SA” por dos razones: (i) En primer lugar, porque la Corte estableció allí que solo un entendimiento superficial del art. 14 bis CN llevaría a sostener que la garantía de **protección contra el despido arbitrario** implicará una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación; (ii) En segundo orden, porque —como también se dijo en “Álvarez c/ Cencosud SA”— la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones en esta materia debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación (en tanto esta última solo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado).

Partiendo de ese dictamen, la Corte resolvió —por mayoría, integrada por los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni— revocar la sentencia, agregando que las cuestiones sometidas a su conocimiento “guardan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en la causa ‘Álvarez c/

(63) Ver Apartado III, párrafo 3º del dictamen de la Procuradora Fiscal Beiró de González.

Cencosud SA' (Fallos: 333:2306), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad".<sup>(64)</sup>

Aunque lacónica, la sentencia de la Corte dice, por lo que censura, mucho más de lo que se aprecia a simple vista.

En efecto, tal como nos tiene acostumbrados en su actual integración, el Alto Tribunal resuelve, una vez más, de manera impecable las cuestiones vinculadas a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Lo primero que hay que decir es que, en rigor, es acertado el razonamiento de la Corte relativo a que no había mucho más que agregar a los extensos y extraordinarios fundamentos desarrollados en el voto mayoritario de "Álvarez c/ Cencosud SA": de los considerandos de ese precedente surge indudable que es inconstitucional (e inconveniente) pretender convalidar la eficacia extintiva de un despido discriminatorio o violatorio de derechos fundamentales a instancias del empleador y a cambio de una suma de dinero. Sin embargo, como existe un sector de la doctrina y la jurisprudencia que, aun admitiendo la posibilidad de anular los despidos, desactiva indirectamente esa solución alegando una supuesta (y, en rigor, inexistente) imposibilidad de ejecutar las sentencias que así lo disponen, el fallo "Cejas c/ Fate SA" de la Corte es indispensable para poner las cosas en su lugar, de modo tal que, a partir de la doctrina allí delineada, ya no será posible alegar dificultad alguna para hacer efectiva la orden judicial de reinstalar al trabajador.

Lo que subyace al debate es —en última instancia y como bien lo planteó la sentencia de la Sala X (aunque solucionándolo de manera equivocada, tal como lo resolvió la Corte)— una cuestión de interpretación jurídico-axiológica que consiste en resolver un conflicto entre derechos constitucionales. Si del fallo de segunda instancia se desprende que el conflicto entre los derechos de propiedad y a ejercer industria lícita y la libertad de contratar del empresario —de un lado— y los derechos al trabajo, a la estabilidad, a la libertad sindical y a no ser discriminado del trabajador —del otro— debe ser zanjado a favor de aquellos, de la jurisprudencia de la Corte (desde "Álvarez c/ Cencosud SA" a "Cejas c/ Fate SA", pasando por "Arecco c/ Praxair Argentina SA", "Parra Vera c/ San Timoteo SA" y "Pelli-

---

(64) En minoría, las juezas Argibay y Highton de Nolasco se remitieron a sus votos en disidencia parcial en la citada causa "Álvarez c/ Cencosud SA", mientras que el juez Lorenzetti no participó de la votación.

cori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”) surge la solución netamente opuesta: son los derechos fundamentales del trabajador los que deben prevalecer en la contienda, aun cuando, obviamente, ello suponga restringir los citados derechos constitucionales del empresario, que —hay que decirlo— tienen, en este tipo específico de controversias, una jerarquía inferior a aquéllos.<sup>(65)</sup> Solución que, por otra parte, no por valiente y acertada debe considerarse novedosa, sino que está inserta en el código genético del derecho del trabajo, que solo pudo ver la luz una vez que la conciencia jurídica universal —positivizada en el constitucionalismo social, primero, y en los tratados internacionales de derechos humanos, después— aceptó que es posible reducir los derechos (patrimoniales) de la minoría de los propietarios de los medios de producción para garantizarles un mínimo de derechos (sociales) a la mayoría de no-propietarios que, de lo contrario, y en tanto solo cuentan con su fuerza de trabajo para satisfacer sus necesidades materiales de existencia, se verían colocados en una situación de opresión.<sup>(66)</sup>

Sin embargo, de ese debate, fincado en si es posible decretar la nulidad del despido y condenar al empleador a reinstalar al trabajador (explícitamente zanjado por la Corte en “Álvarez c/ Cencosud SA”) se desprende otro (implícita pero a la vez categóricamente resuelto en “Cejas c/ Fate SA”),

.....

(65) Así, al refutar el argumento de la empresa recurrente relativo a que el derecho de propiedad y la libertad de contratar, así como los poderes “discrecionales” del empleador que de ellos se derivarían obstaban a disponer la reinstalación del trabajador, recordó el Alto Tribunal en la causa “Álvarez c/ Cencosud SA” que “tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada” (consid. 10 del voto mayoritario). En ese mismo sentido, al confirmar las sentencias que declararon la nulidad de los despidos discriminatorios y ordenaron la reinstalación de los trabajadores, la SCBA ha señalado que los derechos de propiedad y ejercer industria lícita (arts. 14 y 17 CN) no revisten carácter absoluto, por lo que “no pueden ser invocados para amparar una conducta discriminatoria y palmariamente violatoria de otros derechos constitucionales”, añadiendo que “en materia de tutela contra los actos discriminatorios es válido justificar la vigencia de una pauta genérica en el plano de la teoría constitucional: los derechos a la igualdad y a no ser discriminado arbitrariamente ostentan rango superior en la escala axiológica de los bienes e intereses jurídicos a proteger”. Ver: SCBA, “Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina”, fallo cit.; SCBA, “Sffaeir, Carolina c/ Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada”, 08/08/2012.

(66) Cuadra en ese contexto volver a repasar las preciosas palabras que la Corte Suprema expresó en la añeja causa “Prattico c/ Basso y Cia.” (Sent. del 20/05/1960, Fallos: 246:345), y no por casualidad reiteró en “Álvarez c/ Cencosud SA” (consid. 7° del voto de la mayoría): “toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo”.

consistente en determinar si es posible forzar al empleador a cumplir o ejecutar la sentencia que ordena la nulidad y la readmisión cuando no lo hace de manera espontánea.

Indudablemente, del caso “Cejas c/ Fate SA” se colige sin dificultad que la Corte ha dado una respuesta afirmativa a este interrogante. Aunque lo ha hecho con unas pocas palabras (interpretando que las muchas oportunamente vertidas en “Álvarez c/ Cencosud SA” ya eran suficientes), ello se advierte fácilmente con solo reparar en el contenido de la sentencia de la Cámara que revocó. De esa forma, el precedente “Cejas c/ Fate SA” —insisto— vale mucho más por lo que censura que por lo que dice de manera expresa.

Vale recordar que (a diferencia del recurso federal de la empresa demandada que la Corte rechazó en “Álvarez c/ Cencosud SA”) el fallo de la Sala X de la CNac. Apel. Trab., en el caso “Cejas c/ Fate SA” no negó que el despido debía ser nulificado y el trabajador reinstalado, sino que —evidenciando una técnica más sutil, pero que culmina en el mismo resultado disvalioso: la eficacia extintiva del despido y el trabajador despedido fuera de la empresa— dispuso la nulidad y condenó a reinstalar, pero “aclaró” oficiosamente que (en tanto “las obligaciones de hacer cuando no son cumplidas deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios”) en caso de incumplimiento de la condena, ella se convertiría “de pleno derecho” en la obligación de pagar una indemnización agravada.

Luego, al revocar esa decisión, la Corte está señalando que la reinstalación que se desprende de la doctrina de “Álvarez c/ Cencosud SA” debe ser efectiva y no meramente retórica, es decir que, para desactivar la violación del derecho fundamental, el trabajador despedido debe ser readmitido en la empresa y seguir trabajando como si nada hubiera sucedido. De ese modo, al rescindir expresamente la sentencia de la Cámara en cuanto había establecido la **conversión automática a plazo** de la condena de reinstalación en condena de indemnización, la Corte no hizo sino descartar (tácita pero inequívocamente) el argumento principal en el cual el fallo revocado se fundaba: la (supuesta) imposibilidad de hacer cumplir en sus propios términos una (supuesta) obligación de hacer.

Allí reside, entonces, la centralidad del fallo “Cejas c/ Fate SA”: en haber pulverizado un argumento que históricamente se ha utilizado para combatir el sistema de estabilidad que, al consagrar la nulidad de los despidos

injustos, mejor protege a los trabajadores, el cual sostiene que —en tanto las obligaciones de hacer no pueden ejecutarse forzosamente— si el empleador se resiste a cumplir la condena a reinstalar, no queda otra alternativa que declarar la eficacia extintiva del despido y resolver el contrato mediante una indemnización.

Considero, en tanto, en línea con lo que resolvió la Corte en el caso analizado, que ese argumento (muy arraigado en una parte del imaginario de la doctrina y la jurisprudencia nacionales), es tan dogmático como artificioso, el precedente “Cejas c/ Fate SA” de la Corte Federal ha de alcanzar una importancia notoria, en tanto descarta de plano su virtualidad para impedir el cumplimiento efectivo de las sentencias que ordenan la nulidad de los despidos y la reinstalación de los trabajadores.

## 6 | Algunas medidas que puede adoptar el juez para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia que ordena la readmisión

Ha quedado claro, a partir de lo señalado, que la condena a readmitir al trabajador es susceptible de ejecución forzada.

Sin embargo, eso no soluciona del todo el complejo problema que venimos abordando, toda vez que resta analizar cuáles son las medidas que el juez puede ordenar en concreto para vencer la resistencia del empleador que, desobedeciendo el mandato judicial que así se lo ordena, se niega a reinstalar al trabajador.

En nuestro ordenamiento, en tanto la cuestión no ha sido específicamente legislada, los jueces pueden y deben aplicar todas las herramientas que el ordenamiento jurídico les brinda para hacer efectivos los mandatos judiciales de cualquier clase.

Con todo, es preciso destacar que, en el derecho comparado, se han desarrollado algunos mecanismos específicos que tienen por objeto doblegar —de manera directa o indirecta— la voluntad del empleador que se niega a cumplir con la orden judicial de reinstalar.

En ese trance, pensamos que es razonable que en primera instancia el juez adopte **medidas indirectas** de coerción, destinadas a presionar al empleador para que cumpla el mandato contenido en la sentencia sin que sea necesario recurrir a la utilización de la fuerza pública, medida extrema que debería operar como una *ultima ratio* para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Así, sin agotar todas las posibilidades ni alternativas —desde que, ante la ausencia de regulación expresa, este es un campo propicio para que, activismo judicial mediante, los magistrados puedan lucirse estableciendo soluciones creativas para garantizar la tutela judicial efectiva y los demás derechos fundamentales declarados en la sentencia de conocimiento— los tribunales podrían recurrir conjunta o alternativamente a algunas de las siguientes medidas indirectas.

## 6.1 | Imposición de astreintes

La condena a pagar las sanciones conminatorias de carácter pecuniario previstas en el art. 666 bis CC por cada día de retraso en el cumplimiento de la condena puede funcionar como uno de los mecanismos útiles para vencer la resistencia del empleador a readmitir al trabajador despedido.

Va de suyo que, para que sean efectivas, su importe debe ser elevado y ha de ser graduado y modificado por el juez de acuerdo al caudal económico del deudor y a la conducta que vaya asumiendo, de modo que, como establece la norma, pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si el deudor desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.<sup>(67)</sup>

.....

(67) Vale recordar que, aunque las astreintes no causen estado y pueden ser dejadas sin efecto por el juez que las dispuso, ello es así a condición de que el deudor haya (i) cesado en su renuencia a cumplir el mandato judicial; y (ii) justificado total o parcialmente su proceder. Luego, una vez impuestas las astreintes, mientras el empleador condenado a reinstalar al trabajador despedido no cumpla con la condena, el juez no puede dejarlas sin efecto ni morigerarlas en ningún caso. En ese sentido, ha resuelto la SCBA que “si bien, por su carácter provisorio, las astreintes no causan estado ni pasan en autoridad de cosa juzgada —razón por la cual pueden ser revisadas y dejadas sin efecto si el deudor justifica total o parcialmente su proceder— la viabilidad de esas alternativas solo puede ser examinada con motivo del cumplimiento de la obligación de que se trate, de modo que no pueden ser revisadas ni dejadas sin efecto si la contumacia no cesa, pues de lo contrario se las despojaría de su carácter conminatorio” (ver SCBA, “Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar”, 08/03/2006; SCBA, “Brandan, Héctor Eduardo c/ Club Atlet. San Isidro y otros”, 18/09/2013).

Este mecanismo ha sido aplicado en muchos casos por los jueces nacionales para efectivizar sus sentencias que dispusieron la nulidad de los despidos y la reinstalación de los trabajadores.

## 6.2 | Obligación de seguir pagando el salario hasta la readmisión efectiva

Otra de las típicas medidas que puede forzar indirectamente al empleador a cumplir la sentencia de readmisión es obligarlo a que continúe pagando el salario al trabajador que se niega a reincorporar hasta que la reinstalación se haga efectiva.

Esta solución estaba expresamente plasmada en nuestro país en el régimen del estatuto profesional de los trabajadores bancarios (ley 12.637, BO 19/09/1940, reglamentada en este punto por el art. 6º, ap. 3º, del decreto 20.268/1946), que establecía un sistema de estabilidad "absoluta" y disponía que, en caso de que el empleador se negara a hacer efectiva la reinstalación ordenada, debía seguir pagándole los salarios al trabajador hasta que la readmisión se hiciera efectiva, o hasta que el trabajador estuviera en condiciones de jubilarse, solución que también ha sido aplicada en nuestro país en un supuesto de despido discriminatorio.<sup>(68)</sup>

Asimismo, este criterio es receptado por el derecho español, ya que el art. 282 inc. a de la Ley de Procedimiento Laboral establece que, cuando el empresario no diere cumplimiento a la reposición ordenada por la sentencia que declaró la nulidad del despido, el trabajador debe permanecer cobrando el salario "con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan, hasta la fecha de readmisión en debida forma".

## 6.3 | Obligación de mantener el alta del trabajador. Pago de las contribuciones correspondientes

Esta medida es complementaria de la obligación de pagar el salario, y es otra de las consecuencias necesarias de la nulidad del despido.

.....

(68) CNAC. APEL. TRAB., Sala X, "Stafforini, Marcelo c/ Poder Ejecutivo Nacional", 29/06/2001, cit., p. 745.

A tales fines, si el empleador hubiere dado de baja al trabajador en cualquier subsistema de la seguridad social, el juez debe arbitrar las medidas correspondientes para hacer cesar esa situación, obligando al empleador a dar de alta al trabajador y a pagar las cotizaciones correspondientes. Asimismo, una vez recibida la comunicación judicial, la entidad gestora puede iniciar los procesos recaudatorios y ejecutivos previstos para las deudas de esa índole.<sup>(69)</sup>

Este recurso, que no suele ser expresamente utilizado por los jueces argentinos en las sentencias que decretan la nulidad de los despidos (acaso dando por sobreentendido que la obligación de pagar el salario hasta la readmisión efectiva lleva implícita la de abonar las contribuciones correspondientes), ha sido expresamente contemplado en el art. 282, inc. b, de la Ley de Procedimiento Laboral de España.

## 6.4 | La reinstalación por la fuerza pública *ultima ratio*. Criminalización de la conducta del empleador renuente a efectivizar la orden judicial

El cúmulo de medidas de coerción indirecta enunciadas (sumadas a otras que pudiera ordenar en cada caso el juez con arreglo a las normas vigentes) pueden resultar útiles para dobligar —especialmente, a medida que transcurre el tiempo y se potencian las deudas en cabeza del empleador renuente— la resistencia a cumplir la condena a readmitir.

Empero si, aun adoptadas esas medidas, el empleador continúa con su negativa a reinstalar, no queda otra alternativa que recurrir a **medidas de coerción directa**, estando plenamente habilitado el juez a disponer el auxilio de la fuerza pública para hacer efectivo el mandato contenido en la sentencia e, incluso, a denunciar penalmente al empleador por la desobediencia al mandato judicial.

Aunque tal solución pueda acaso parecer “excesiva” para algunos sectores de la doctrina, no se advierte de qué otro modo podría —una vez

---

(69) BAYLOS GRAU, ANTONIO; CRUZ VILLALÓN, JESÚS y FERNÁNDEZ, MARÍA FERNANDA, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, Trotta, 1995, p. 589.

agotados todos los intentos oblicuos— lograrse la efectividad de la sentencia que dispuso remover la violación de los derechos fundamentales del trabajador.

En rigor, la herramienta no tiene nada de novedosa: la utilización de la fuerza (que el Estado moderno acapara jurídicamente en régimen de estricto monopolio) es la *ultima ratio* para que los mandatos estatales (en este caso, la sentencia que decreta la nulidad del despido) no se conviertan en letra muerta, lo que pondría en jaque la convivencia y la paz social al anularse el rol que le cabe a aquel como mediador de los conflictos sociales. Luego, si es generalmente aceptado, por ejemplo, que cualquier ciudadano puede obtener el auxilio de la fuerza pública para ser restituido en el goce de su derecho de propiedad,<sup>(70)</sup> no veo por qué razón debería descartarse la misma solución para el que caso en que lo que se quisiera restituir fuese el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador que ha sido vulnerado, máxime cuando el empleador condenado a readmitir que resiste deliberadamente el cumplimiento de la orden judicial podría estar incurriendo —además de en la violación sostenida de los derechos humanos del operario— en una conducta penalmente delictiva.

En ese sentido, cabe destacar que la **criminalización de la resistencia empresarial a reinstalar al trabajador** (y el consecuente refuerzo de la ejecución forzada de la condena por la fuerza pública) ha sido, en general, aceptada en el ámbito del derecho comparado, en donde no son pocas las voces que la avalan categóricamente.

Así, se ha señalado que **la aplicación del ordenamiento penal tendría que ser la solución última para asegurar la propia restitución *in natura*** de las sentencias que ordenan la nulidad de los despidos violatorios de derechos fundamentales.<sup>(71)</sup> En el mismo sentido, se ha dicho que en materia de despidos discriminatorios la declaración de nulidad debe reforzarse “con

(70) Por ejemplo, cuando el propietario debe desalojar a un usurpador que ha invadido un inmueble de su dominio. Igualmente, cuando el empresario reclama el auxilio de la fuerza pública para desalojar a los trabajadores que han tomado el establecimiento en ejercicio de una medida de acción directa. Más allá de lo que pudiera opinarse en abstracto sobre la viabilidad de recurrir a la fuerza pública en cada uno de esos supuestos, lo cierto es que en la práctica ocurre regularmente, no advirtiéndose razones que justifiquen establecer un estándar diferenciado a favor de los empleadores por su mera condición de tales.

(71) PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *op. cit.*, p. 226.

la expresa prohibición de que la condena a la readmisión fuera sustituida por indemnización, llegando incluso a la configuración como ilícito penal la resistencia o contumacia a la ejecución in natura de la sentencia, postura legal de la que no faltan antecedentes en el derecho europeo”,<sup>(72)</sup> lo que lleva a concluir que el incumplimiento deliberado de la orden judicial que ordena reinstalar “forzará a la aplicación del único y extremo instrumento que la ley pone en manos del juez y del ejecutante, que no será otra que la vía penal”.<sup>(73)</sup> En suma —como lo expresa el catedrático de la Universidad de Salamanca, Palomeque López—, la obligación de readmitir “seguramente debería contar con la coerción propia de la sanción penal”,<sup>(74)</sup> opinión compartida por otros destacados iuslaboralistas españoles como Baylos Grau-Cruz Villalón-Fernández,<sup>(75)</sup> Rodríguez Fernández,<sup>(76)</sup> Cabrera Bazán<sup>(77)</sup> y Sastre Ibarreche.<sup>(78)</sup>

En el ámbito local, aunque de manera incipiente, la solución mencionada ha comenzado asimismo a ser respaldada por algunos autores, que han señalado que, frente al incumplimiento de la condena a reinstalar, en última instancia se podría recurrir a la justicia penal por el incumplimiento de la orden judicial,<sup>(79)</sup> criterio que por otra parte no es en modo alguno

.....

(72) GARCÍA FENOLLERA, JOSÉ y MARÍN CORREA, JOSÉ M., “El despido y sus aspectos procesales”, en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, IES, 1980, p. 231.

(73) MARÍN CORREA, JOSÉ M., “La ejecución de sentencias en la ley de bases de procedimiento laboral” en *Revista Actualidad Laboral*, nº 3, 1990, p. 41.

(74) PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL C., “Régimen del despido. La nulidad radical”, en *Revista Relaciones Laborales*, nº 6/7, 1990, p. 108.

(75) BAYLOS GRAU, ANTONIO; CRUZ VILLALÓN, JESÚS y FERNÁNDEZ, MARÍA FERNANDA, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., p. 592.

(76) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA L., “La ejecución de las sentencias firmes dictadas en los juicios por despido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, en *Revista Relaciones Laborales*, nº 13, pp. 16/17.

(77) CABRERA BAZÁN, JOSÉ, “La nulidad radical del despido”, en diario *El País*, Madrid, 12/01/1982, p. 56, citado por PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, op. cit., p. 226.

(78) SASTRE IBARRECHE, op. cit., p. 255.

(79) SAMUEL, OSVALDO MARIO, *La discriminación laboral*, Astrea, Bs. As., 2012, p. 183; ELÍAS, JORGE, “La Corte ratifica su doctrina en materia de despido discriminatorio y quedan interrogantes sin respuesta”, en *Revista de Derecho Laboral-Actualidad*, Rubinzal-Culzoni Editores, t. 2013-1, p. 188; FERREIRÓS, ESTELA, citada por GEREZ, op. cit., nota 28.

extraño a la jurisprudencia de la Corte Federal que, si bien en un caso de empleo público, lo ha adoptado expresamente en el precedente “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”.<sup>(80)</sup>

Aunque la Corte no puntualizó en ese caso cómo podía tipificarse penalmente la conducta del empleador renuente a cumplir la orden judicial de readmisión, no es descabellado pensar que podría encuadrar en el delito de **desobediencia a la autoridad** contemplado en el art. 239 CP.<sup>(81)</sup> En ese sentido, se ha señalado que los mandamientos que tienen como objeto la ejecución de resoluciones judiciales constituyen órdenes impartidas por funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus funciones, cuya falta de acatamiento podría configurar el delito mencionado,<sup>(82)</sup> imputación que debe recaer sobre el empleador (si es una persona física) o sobre los directivos de la sociedad<sup>(83)</sup> (si, como suele suceder, el empleador es una persona jurídica).

De todo ello se colige que, ante el incumplimiento deliberado de la orden judicial que impone la reinstalación, el juez laboral está legitimado a disponer

.....

(80) CSJN, “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, 20/10/2009, publicada en *Revista La Ley*, t. 2009-F, p. 453. En el caso, la Corte revocó el fallo del Tribunal Superior de la Provincia de Santa Cruz que, desoyendo una sentencia anterior del propio Alto Tribunal, en la cual se había ordenado la reinstalación del actor en el cargo del Procurador General de esa Provincia, pretendió sustituirla por el pago de una indemnización en dinero. Tras ordenar nuevamente que el actor debía ser restituido, la Corte intimó enfáticamente a las autoridades provinciales a “hacer efectiva la reposición” en el plazo de treinta días de notificada la sentencia “bajo apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública” (consid. 9º del voto unánime de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Argibay y Zaffaroni). Frente a la persistencia del incumplimiento, la Corte dictó un nuevo fallo en el cual, haciendo efectivo aquel apercibimiento, ordenó a la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia investigar la posible comisión de un delito de acción pública (CSJN, “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, 14/9/2010, en *Revista La Ley*, t. 2010-F, p. 185). De ello se colige que la Corte no solo desactivó en ese fallo la supuesta imposibilidad de ejecutar forzosamente las sentencias de reinstalación sino que, además, avaló de manera expresa la criminalización de la conducta del empleador que se niega a cumplir el mandato judicial que lo ordena a reinstalar.

(81) “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le preste asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal”.

(82) D’ ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ (dir.), *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 771.

(83) ELÍAS, *op. cit.*, p. 188.

que se garantice el cumplimiento de la condena a readmitir con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de la denuncia penal que podría interponer contra al empleador que se mantiene renuente a reinstalar al trabajador. Bien entendido que a dichas medidas deberá arribarse —como debe ocurrir siempre con el derecho penal— como *ultima ratio*, es decir, una vez que se hayan agotado todos los mecanismos de coerción indirecta dirigidos a doblegar la injustificada resistencia del empleador a cumplir con la orden judicial.

## 7 | Reflexiones finales

Con arreglo a lo expuesto, las sentencias que declaran la nulidad de los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales deben ser efectivamente cumplidas por el empleador, garantizando la readmisión del trabajador, sin que sea admisible la conversión de esa obligación, a instancias de la patronal, en la de pagar una suma de dinero.

Ello así, porque el cumplimiento *in natura* de la obligación —que implica el mantenimiento de la relación laboral en los mismos términos que existían con anterioridad al despido— es la única forma de garantizar el goce efectivo del derecho humano del trabajador que fue conculcado por el acto ilícito del empleador.

Si bien en mi opinión la readmisión no trae aparejada una obligación de hacer en cabeza del empleador, incluso con prescindencia de lo que pudiera opinarse acerca del encuadramiento jurídico de los deberes que impone la condena a reinstalar (obligaciones de dar, de hacer, de no hacer o mixtas), lo relevante es que, en cualquiera de esas hipótesis, el mandato judicial es susceptible de ejecución forzada con arreglo a las normas civiles vigentes en nuestro país.

La ejecución forzada de la sentencia de reinstalación es materialmente viable y en modo alguno implica ejercer violencia sobre la persona del deudor (única excepción a la regla expresamente receptada en nuestra legislación civil que habilita ese tipo de ejecución, incluso para las obligaciones de hacer y de no hacer).

En consecuencia, sin perjuicio de las medidas indirectas de coerción que puede ordenar el juez para vencer la resistencia injustificada del emplea-

dor a cumplir con el mandato judicial, es perfectamente posible que —como última alternativa— el órgano judicial recurra al uso de la fuerza pública para garantizar la efectivización de la readmisión y criminalice la conducta renuente del empleador y/o de sus directivos.

De lo contrario, so pretexto de la imposibilidad de recurrir al uso de la fuerza pública (**violencia legítima del poder público** para asegurar la efectividad de sus mandatos) se estaría avalando por vía indirecta el autoritarismo y la **violencia ilegítima del poder privado**<sup>(84)</sup> en perjuicio de un sujeto que —además de encontrarse en una situación de desigualdad sustancial en el marco de la relación jurídica que lo vincula al cocontratante— ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales, proceder que resulta incompatible con una democracia sustancial fundada en el respeto incondicional de los derechos humanos.<sup>(85)</sup>

Luego, no es aceptable que el responsable de la violación de esos derechos alcance su cometido y pueda liberarse con dinero de la condena que lo obliga a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, reduciendo a un rol meramente decorativo la esencial función jurisdiccional del Estado.

No debemos olvidar que —como lo ha destacado la Corte Suprema— el intercambio de la violación de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de ellos y convalida, en lugar de desactivar, su vulneración.

(84) BAYLOS GRAU, ANTONIO y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., pp. 44/50.

(85) Cuadra traer a colación la atinada expresión del notable jurista italiano Norberto Bobbio, cuando señalaba que la mayor de las promesas incumplidas de la democracia consiste en que toda democracia se extingue en la puerta exterior de las empresas (BOBBIO, NORBERTO, citado por ELFFMAN, MARIO, "La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio", op. cit., p. 267).

Excelentes decisiones judiciales como las adoptadas por la Corte Suprema en los casos "Álvarez c/ Cencosud SA" "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" y "Cejas c/ Fate SA" contribuyen a un proceso de democratización de las relaciones de trabajo que tiende progresivamente a saldar esa deuda pendiente.



# La discriminación en el empleo y su incidencia en la extinción del contrato de trabajo

## Análisis comparativo de la protección brindada en la Argentina y en la Unión Europea

por **JUAN MANUEL PEDREIRA SAMMARTINO**<sup>(1)</sup>

### I | Sumario

En el presente trabajo se aborda la problemática de la discriminación en el empleo y su fuerte vínculo con la hiposuficiencia y la vulnerabilidad del trabajador. En ese marco, se presentan casos de trato discriminatorio que responden a diferentes categorías vulnerables, que terminan constituyendo causa determinante para la extinción del vínculo laboral. Asimismo, se analiza la respuesta que brinda la legislación y el sistema judicial ante tales conductas.

.....

(1) Abogado especializado en derecho laboral y relaciones laborales internacionales. Prosecretario de la Procuración General de la Nación en el área de dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Docente de Derecho Laboral (UBA) y Profesor Adjunto en Derecho Laboral (UCES) y en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina y en la Universidad del Centro de Altos Estudios en Ciencias Exactas (CAESE). Investigador. Publicista y disertante en diferentes ámbitos de debate relativos al derecho del trabajo y la seguridad social.

En particular, se profundiza el estudio de la problemática que se presenta con los tratamientos de reproducción asistida desde el plano nacional e internacional a partir del análisis comparativo de sentencias dictadas en Argentina y en la Unión Europea, poniendo énfasis en la discriminación que sufren las trabajadoras que recurren a estos métodos a los fines de lograr concebir, y como consecuencia de ello, se ven perjudicadas al punto de perder su fuente de trabajo.

## 2 | Abordaje normativo

La cuestión relativa a la discriminación en el empleo debe ser estudiada desde un plexo normativo en el que se destacan los tratados internacionales ratificados por la República Argentina, nuestra Constitución Nacional y las leyes internas que regulan directa e indirectamente la materia en estudio.

A modo preliminar, cabe citar a Juan Carlos Fernández Madrid,<sup>(2)</sup> quien ha sostenido que la prohibición de toda forma de discriminación se funda en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana. Ello adquiere suma relevancia en el marco del contrato de trabajo, donde su propia naturaleza se define a partir de una vinculación entre partes, marcada por la hiposuficiencia y un desequilibrio entre el interés individual del trabajador que procura su subsistencia y la de su familia a través de lo obtenido de su trabajo, y los poderes de dirección y organización con que cuenta el empleador.

Agrega este reconocido doctrinario y juez<sup>(3)</sup> que en la ley 20.744 se destaca la defensa de la dignidad del trabajador y la consideración del trabajo como actividad productiva y creadora del hombre. Esta visión, a su vez, se proyecta en un conjunto de disposiciones que dan forma y se fundamentan en el principio de indemnidad y ajenidad del riesgo —especialmente en el art. 4 de esa ley, que prescribe que el objeto principal del contrato de trabajo es la actividad productiva y creadora del hombre—, en la fijación de límites a los poderes de dirección y organización del empleador y en la normativa específica que versa sobre la discriminación en el empleo. En

---

(2) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, "Relaciones Individuales del Trabajo", en *Revista Jurídica La Ley*, t. I, p. 468.

(3) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2011.

ese sentido, se pueden citar las disposiciones previstas en los arts. 17, 81 y 172 de la ley 20.744, y el nuevo alcance y jerarquización que cabe darle a esas disposiciones a partir de los derechos y garantías previstos en los instrumentos internacionales que se han incorporado a través del art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Esas normas constituyen un entramado nacional e internacional heterogéneo, en el que se destaca la cláusula de igualdad del art. 16 CN —“igual remuneración por igual tarea”—, del art. 14 *bis* CN, de un gran número de instrumentos internacionales citados en el art. 75, inc. 22 CN, que poseen jerarquía constitucional, así como de restantes pactos, convenios y tratados ratificados por nuestro país, con jerarquía superior a las leyes.

En materia de normativa internacional, cabe citar la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación que, en su art. 1 establece:

“la expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Asimismo, la Declaración de Filadelfia (1944) —al consignar los fines de la Organización Internacional del Trabajo— señala que “El trabajo no es una mercancía”, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948) consigna que el trabajo es un derecho y un deber social, noción ampliada por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948) que, expresamente, indica: “...el trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio...” y, en tal sentido, declara el carácter de orden público de las normas laborales.

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de toda persona al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU, 1948) declara que toda persona tiene

derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo, y la Carta Social Europea (1961) asegura el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, en condiciones equitativas.

El Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, tutelan acabadamente la no discriminación en materia laboral.

Por último, en el ordenamiento argentino, la ley 25212 fija un régimen de sanciones, calificando como infracción grave a los actos del empleador violatorios de la intimidad y dignidad de los trabajadores. Por su parte, la ley 23.592 consagra la obligación general de no discriminación y ordena el cese inmediato del acto discriminatorio.

Como se evidencia en las referencias normativas relevadas, la prohibición de toda forma de discriminación constituye un principio fundamental de la normativa nacional e internacional, y tiene gran incidencia en el marco de las relaciones laborales, dado que la persona que comienza a prestar tareas expone una serie de bienes jurídicos como su vida, su salud, su capacidad de trabajo y otros de índole material, a cambio de la remuneración, necesaria para su subsistencia y la de su grupo familiar, lo que perfila una situación de hiposuficiencia del trabajador que lo ubica en una situación de creciente vulnerabilidad. Ello exige, asimismo, que dichos bienes deban ser protegidos por el empleador ya que se trata de un vínculo que trasciende la mera relación de intercambio, y se proyecta al trabajo en su visión humanista, consagrando al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, a partir del respecto del deber de no dañar y el de buena fe.

### 3 | Casos de discriminación en el empleo

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha sido y continúa siendo un tribunal de vanguardia en materia de casos de discriminación en el empleo, al tiempo que su jurisprudencia ha generado una ampliación progresiva de la protección del trabajador frente al despido discriminatorio, sobre la base de la aplicación de la ley 23.592, normas supralegales e instrumentos internacionales.

En esa inteligencia, cabe citar, en primer lugar, la causa "Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ juicio sumarísimo",<sup>(4)</sup> donde los magistrados de la Sala VI sostuvieron que

"corresponde ordenar la reincorporación en su puesto de trabajo de una trabajadora afectada por un despido discriminatorio —en el caso, por ser la mujer de un delegado gremial—, y en consecuencia condenar al empleador a pagar los salarios caídos hasta su efectiva reinstalación, toda vez que la ley 23.592 establece que el acto discriminatorio debe cesar y la única forma de reparar un despido discriminatorio, consiste en volver las cosas al estado anterior al acto lesivo, reinstalando al trabajador despedido en su puesto de trabajo".

Asimismo, en la causa "Juárez, Juan Pablo c/ Farmacity SA s/ juicio sumarísimo"<sup>(5)</sup> de la misma Sala, se dijo:

"Por las mismas razones, la acción también puede ser encuadrada en el art. 1 de la ley 23.592, en tanto la decisión de producir el despido como represalia por la actividad gremial desarrollada por el actor configura en mi opinión un impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo del pleno ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en tanto los derechos derivados de la libertad sindical constituyen derechos fundamentales garantizados por la Carta Magna".

Por su parte, la Sala IX, en la causa "Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido",<sup>(6)</sup> explicó que

"la actora fue despedida, en el caso, por enviar un e mail a sus compañeros de trabajo instándolos a solidarizarse, con medidas pacíficas, con el personal de Aerolíneas Argentinas. Dicho despido, resulta comprendido en el art. 1 de la ley 23.592 pues constituye

(4) CNAC. APEL. TRAB., Sala VI, "Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ juicio sumarísimo", 10/03/2004.

(5) CNAC. APEL. TRAB., Sala VI, "Juárez, Juan Pablo c/ Farmacity SA s/ juicio sumarísimo", 13/11/2008.

(6) CNAC. APEL. TRAB., Sala IX, "Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido", 31/05/2005.

una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar las ideas (art. 14, CN). Asimilado por el influjo del citado art. 1 de la ley citada el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050, CC), y en consecuencia el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema”.

Un caso de aristas diferentes a los analizados fue resuelto por la Sala VI en los autos “VOA c/ Societe Air France SA s/ despido”,<sup>(7)</sup> donde los jueces calificaron como discriminatoria la decisión rupturista adoptada por la línea aérea, que puso fin al contrato laboral por una adicción ya superada que había sufrido el trabajador. En la causa, los doctores Fernández Madrid y Raffaghelli definieron un estándar de protección contra todo acto de discriminación, enfatizando la necesidad de proteger al empleado en situación de vulnerabilidad frente al despido arbitrario y ratificando que dicha protección está destinada a todos los trabajadores por su propia condición de tales. Asimismo, sostuvieron que debe intensificarse esa tutela frente a actos discriminatorios dirigidos contra trabajadores activistas sindicales, dirigentes gremiales o contra aquéllos discriminados por cuestiones de maternidad, matrimonio o cuestiones de salud.

La Sala VI ratificó su histórica posición en materia de discriminación, en oportunidad de fallar en los autos “V., C. A c/ COTO CICSA s/ despido”,<sup>(8)</sup> donde sostuvo que el despido de un trabajador portador de HIV constituía un acto discriminatorio, por cuanto no se había acreditado que el referido despido respondiera a circunstancias objetivas relacionadas con su desempeño laboral, y “...consideró indiscutible que el art. 1 de la ley 23.592 al incluir en su temática todo acto u omisión discriminatoria determinados por motivos tales como raza, religión nacionalidad, ideología, opinión

(7) PEDREIRA SAMMARTINO, JUAN M., “El Principio de indemnidad y la prohibición de toda discriminación en el empleo. El despido por causa de enfermedad”, t. XXVI, n° 320, Errepar/DLE, abril de 2012.

(8) CNAC. APEL. TRAB., Sala VI, “V., C. A. c/ COTO CICSA s/ despido”, 27/03/2012.

política o sexo, posición social o caracteres físicos, también incluye toda posibilidad de discriminación en todo el sistema jurídico del despido”.

Esta corriente jurisprudencial ha sido acompañada e impulsada por la mayoría de los magistrados que integran esa Cámara produciendo un gran número de fallos que constituyen un importante aporte a favor del respeto de la dignidad del trabajador y contra todas las formas de discriminación que se observa en el marco del contrato de trabajo.

A ello cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Álvarez c/ Cencosud”<sup>(9)</sup> entendió que la ley 23.592 resulta aplicable a las relaciones laborales y reiteró que los instrumentos internacionales de derechos humanos son operativos “en las condiciones de su vigencia”. Sobre la base de esos argumentos, confirmó la sentencia que declaraba la nulidad del despido discriminatorio y ordenaba tanto la reincorporación del trabajador discriminado —a opción del mismo— como la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. En materia procesal, en la causa “Pellicori c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”,<sup>(10)</sup> se fijó una pauta trascendente en materia de carga de la prueba. En ese sentido, ha dicho la Corte que, en situaciones en las que se invoca una conducta discriminatoria, se requiere acreditar que la empleadora tenía conocimiento de aquellos hechos que, a entender del reclamante, constituyen el fundamento de la conducta que pretende sea calificada como discriminatoria y no, en cambio, de su antijuridicidad. Ello, ya que corresponderá a quien se reprocha la comisión del acto impugnado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, invirtiendo la carga de la prueba.

## 4 | Despido discriminatorio producto de la realización de tratamientos de fertilización asistida

Las cuestiones relativas a los tratamientos de fertilización asistida y su influencia en el marco de las relaciones laborales han tomado mayor vigor a partir de la sanción de las leyes que reconocen el acceso gratuito a este

(9) CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo”, 07/12/2010.

(10) CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/2011.

tipo de prestaciones médico-asistenciales. En ese sentido, cabe decir que en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se promulgó la ley provincial 14.208 que reconoce la infertilidad humana como una enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), y establece la cobertura médico asistencial integral de las prácticas a través de las técnicas de fertilización así como su implementación en el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA). Por su parte, en la Ciudad de Buenos Aires, la Ley Básica de Salud reconoce los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen, lo que debe ser cumplido por el subsector estatal de salud de dicha jurisdicción. Ello se complementa con la ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

Este panorama se ha visto complementado y ampliado mediante la promulgación de la ley nacional 26.862, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistidas, que son aquéllas destinadas a la consecución de un embarazo y comprenden los procesos de baja y alta complejidad, autorizados por la autoridad de aplicación, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.<sup>(11)</sup> Posteriormente, esa norma ha sido reglamentada a través de la sanción del decreto 956/2013.

Esta normativa se inscribe en el marco de la ampliación de derechos que ha caracterizado a este periodo histórico y contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, tal como reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de rango constitucional. La ley y su decreto reglamentario reconocen el derecho a las prestaciones de reproducción médicamente asistida a todas las personas mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil. Asimismo, ponen en cabeza del sector público de la salud, las obras sociales reguladas y de otras entidades de la seguridad social las prestaciones obligatorias y la cobertura integral de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

---

(11) OBSERVATORIO DE SALUD FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Informe sobre la Ley Nacional de Fertilización Asistida 26.862 de Reproducción Humana Asistida, 2013, [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/institucional/informe-preliminar-sobre-la-ley-nacional-de-fertilizacion-asistida.pdf>

Con el fin de circunscribir con precisión el mayor foco de conflicto que se presenta con este tipo de tratamientos en el marco del contrato de trabajo, cabe decir que los casos que plantean mayor controversia son los que se presentan durante el tratamiento y previamente a la notificación del estado de embarazo, ya que una vez que la mujer se encuentra en estado de gravidez y dicha circunstancia es puesta en conocimiento del empleador, toda conducta discriminatoria se encuentra desalentada por la protección que prevé el art. 178 de la ley 20.744. La misma presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar el hecho del embarazo y, en su caso, el del nacimiento.

Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que la conflictividad puede extenderse a otros casos colaterales, aún en el periodo de protección previsto por la ley 20.744, ya que la consecuencia jurídica que se desprende de la aplicación del art. 178 LCT es meramente pecuniaria: implica el pago de una indemnización agravada y difiere de la prevista en la ley 23.592 ya que ésta, además de la reparación económica, habilita la declaración de nulidad del acto discriminatorio —en el caso, el despido— y posibilita la reinstalación de la trabajadora en su puesto de trabajo.

## 5 | Protección de la mujer en proceso de gestación en el ámbito laboral en la Unión Europea y en la República Argentina

A modo preliminar, cabe consignar que la pirámide de derecho positivo que presenta la Unión Europea está presidida por los tratados —entre los que se destaca el de Lisboa, por su importancia constitutiva—, entendidos éstos como acuerdos vinculantes entre los países miembros de la Unión, que han sido aprobados voluntaria y democráticamente por ellos. Los objetivos de los tratados se efectivizan mediante varios tipos de actos legislativos, que difieren en su grado y ámbito de aplicación.

Los reglamentos son actos legislativos vinculantes que se aplican completamente en toda la Unión. En cambio, las directivas son actos legislativos en los cuales se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir, delegándose luego en cada país la elaboración de sus propias normas para aplicarlas. Las decisiones son vinculantes, pero solo para aquellos Estados miembros o empresas a los que están dirigidas, y son directamente aplicables. Las recomendaciones no son vinculantes: si bien permiten a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación, no imponen obligaciones legales a aquellos quienes se dirige.

Por último, los dictámenes constituyen una declaración de las instituciones que no resulta vinculante, es decir, no imponen obligaciones legales a quienes se dirige. Pueden emitirlos las principales instituciones de la UE (Comisión, Consejo y Parlamento), el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo.

En cuanto a sus órganos comunitarios, en lo pertinente, cabe decir que el Tribunal de Justicia está compuesto por veintisiete jueces y ocho abogados generales, quienes son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos. Los abogados generales asisten al Tribunal de Justicia, y están encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico sobre los asuntos que se les asignen.

Entre las competencias del órgano jurisdiccional, se encuentra el tratamiento de cuestiones prejudiciales, que se activa cuando los jueces nacionales elevan el caso que se les somete a decisión, con el fin de que el Tribunal de Justicia precise una cuestión de interpretación del derecho de la Unión, compruebe la compatibilidad de la normativa nacional con este derecho y dirima en casos en los que se discuta la validez de un acto del derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino a través de una sentencia o un auto motivado que, a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado, resulta vinculante para el órgano jurisdiccional nacional destinatario. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula, asimismo, al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan en un problema idéntico.

## 5.1 | El caso europeo<sup>(12)</sup>

Sabine Mayr trabajaba como camarera para la Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG desde el 3 de enero de 2005. Luego de realizarse un tratamiento hormonal de aproximadamente un mes y medio, el 8 de marzo de 2005 se le practicó una punción folicular, recetándole su médico de cabecera una licencia desde el 8 hasta el 13 de marzo, fecha prevista para la transferencia de los embriones en el útero.

El 10 de marzo de dicho año, su empleadora le comunicó en forma telefónica que su relación laboral finalizaría el 26 de marzo de 2005. En el juicio se ha probado que ese mismo día —10 de marzo— la trabajadora había dado aviso a su empleadora de la intervención que iba a realizarse tres días después. A partir de ello, la Sra. Mayr reclamó por vía judicial los salarios caídos, alegando que el despido notificado el día 10 era nulo porque desde el 8 de marzo, cuando se llevó a cabo la fertilización *in vitro* de sus óvulos, se encontraba protegida por el art. 10, apart. 1, de la ley austríaca para la protección de la maternidad. La empleadora solicitó la desestimación de la acción, pues cuando notificó el despido todavía no había embarazo.

### 5.1.1. La normativa europea comunitaria e interna aplicable al caso

#### 5.1.1.1. La directiva 92/85

En su art. 10, la directiva 92/85 establece la prohibición del despido, en los siguientes términos:

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad de catorce semanas, salvo en los casos excepcionales —no inherentes a su estado— admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales y siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Aun así, el empresario deberá dar motivos justificados del despido por escrito, sino será considerado nulo”.

(12) STJCE, “Sabine Mayr c/ Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG”, C-506-06, 26/02/2008.

Remite al art. 2, que define “trabajadora embarazada” como cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales.

#### **5.1.1.2. La directiva 76/207/CEE**

En su art. 2, apart. 1, la directiva 76/207 aconseja el principio de igualdad de trato, en tanto rechaza “toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que atañe, en particular, al estado matrimonial o familiar”, y ratifica “la protección de la mujer, especialmente en cuanto afecta al embarazo y a la maternidad”.

En el presente caso no resultan de aplicación las directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE, relativas a esta materia, ya que los límites para la trasposición de la directiva 2002/73, y para la aprobación de la directiva 2006/54, son posteriores a la fecha de los hechos que se analizan.

#### **5.1.2. Ley austríaca para la protección de la maternidad**

Establece, en su art. 10, que las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, siempre que se hubiese informado al empresario de estas circunstancias antes del cese o en el plazo de cinco días desde su anuncio o notificación.

#### **5.1.3. Ley austríaca de reproducción asistida**

La ley austríaca de reproducción asistida define como “preembriones viables” los óvulos fecundados y las células obtenidas (art. 1, apart. 3), autorizando su conservación durante un periodo de hasta diez años (art. 17, apart. 1).

##### **5.1.3.1. La decisión**

El Oberlandesgericht Linz (Tribunal de Apelación) revocó la sentencia de primera instancia —que había hecho lugar a la acción—, sobre la base de que, más allá del momento en que comienza el embarazo, la gestación no puede considerarse separada del cuerpo en el que se desarrolla. Por lo tanto, en el caso, la protección contra el despido se iniciaría con la transferencia del óvulo fecundado al útero y no antes.

Ante ello, la Sra. Mayr interpuso un recurso contra dicha sentencia y el órgano judicial austríaco entendió que la solución del litigio dependía de la interpretación de normas de derecho comunitario, por lo que planteó ante el Tribunal de Justicia, en virtud del art. 234 CE, la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización in vitro es una ‘trabajadora embarazada’ a efectos del art. 2, letra a), primera mitad de frase, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apart. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE), si en el momento en el que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que había embriones in vitro, aunque aún no habían sido transferidos a su cuerpo?”

Como se aprecia de los términos del planteo efectuado, el conflicto se presenta en la determinación del alcance del concepto “trabajadora embarazada”, en el marco de la legislación comunitaria y a la luz de las nuevas técnicas de fertilización asistida que se están desarrollando y han alcanzado un mayor grado de generalización en su uso y aplicación.

En ese sentido, cabe concluir que, una vez fecundados los óvulos y transferidos al útero, y cumplida la notificación de dicha circunstancia al empleador, todas las mujeres embarazadas, incluyendo aquéllas que recurren a estos métodos de fertilización asistida, gozan de la protección de la ley que prohíbe expresamente su cesantía sin causa.

Sin embargo, la mayor conflictividad se presenta en el periodo que tiene lugar hasta la notificación del embarazo ya que, si bien el empleador no tiene conocimiento certero de la gestación propiamente dicha, lo cierto es que sí sabe que se está aplicando un método científico médico con dicho fin y que, por lo tanto, existe una probabilidad de que así sea, por lo que resta analizar el nivel de protección que le reconoce el Tribunal de Justicia a la mujer que está viviendo dicho proceso previo al embarazo.

El Tribunal de Justicia, a través de la labor de un abogado general que lo asiste, determinó que el hecho de que los óvulos fecundados no estuvieran en el útero materno al momento que la Sra. Mayr fue notificada de la

rescisión contractual, constituye un impedimento para hacer extensiva la protección establecida por la directiva 92/85, en tanto no cabe entender que se trate de una “trabajadora embarazada”.

Sin perjuicio de contestar en forma negativa a la cuestión prejudicial propuesta en el marco de la directiva 92/85, el Tribunal de Justicia efectuó un análisis más amplio de la problemática con el fin de verificar si el despido de una empleada en la situación descripta implicaba una discriminación violatoria del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

A ese efecto, realizó una diferenciación entre la directiva 92/85 —orientada a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz a su hijo o lo esté amantando— y la directiva 76/207 —que, con vistas a lograr la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral hace hincapié en la igualdad de trato (art. 5, apart. 1), lo que “supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar” (art. 2, apart. 1).

A partir de dicho precepto, el Tribunal de Justicia concluyó que, si bien el embarazo no origina una desigualdad basada en el sexo, lo cierto es que sólo afecta a la mujer, por lo que las decisiones del ámbito laboral motivadas en la citada eventualidad, que potencialmente perjudiquen a la mujer, constituyen una discriminación prohibida por la directiva 76/207. En consecuencia, si bien desestimó extender la protección de la directiva 92/85 a los casos en los que la mujer se está realizando este tipo de tratamientos, resulta destacable que, por aplicación del principio de no discriminación y la directiva 76/207, haya ratificado que ésta debe ser protegida ante cualquier incidencia en el ámbito laboral que se genere por su condición de mujer y su decisión de buscar la maternidad.

## 5.2 | El caso argentino<sup>(13)</sup>

Se trató de una trabajadora, V. G. M. I., que fue despedida por su empleadora en oportunidad de encontrarse realizando un tratamiento de fertilización asistida, más específicamente, durante la licencia solicitada a los fines de llevar adelante dicho tratamiento.

---

(13) CNAC. APEL. TRAB., Sala VI, “V. G. M. I. c/ Grupo Concesionario del Oeste SA s/ despido”, 31/05/2012.

En el marco del juicio, la actora probó haber entregado los certificados médicos, cuyos contenidos indicaban que se encontraba de licencia con el fin de llevar adelante un tratamiento de fertilización asistida, y consignaban la fecha aproximada en que iba a tener lugar la transferencia de los embriones fecundados al útero.

Reclamó que se haga lugar a las indemnizaciones correspondientes al despido, a lo que añadió la indemnización prevista en el art. 182 LCT y aquella derivada del daño moral ocasionado.

### 5.2.1. La normativa internacional e interna aplicable al caso argentino

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), que consagra el derecho de toda persona al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU, 1948), que declara que toda persona tiene derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo.
- Convenio 11 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, que tutelan acabadamente el principio de no discriminación en materia laboral.
- Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que expresamente establece: a) La obligación de los Estados de instrumentar políticas con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer (art. 2); b) La necesidad de adoptar medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (art. 3); c) Que la maternidad tiene una función social y, como tal, debe ser protegida (art.5); d) La obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, y en lo que concierne a la problemática analizada, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción y la prohibición de toda discriminación por razones de matrimonio o maternidad, especialmente el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad (art. 11).
- La cláusula de igualdad del art. 16 y la de "igual remuneración por igual tarea" del art. 14 bis CN.

- Ley 25.212, que fija un régimen de sanciones, calificando como infracción grave a los actos del empleador violatorios de la intimidad y dignidad de los trabajadores.
- Ley 23.592, en cuanto establece la obligación general de no discriminación.
- Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (26.485), que califica como violencia contra la mujer a aquellas conductas que las discriminen en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculizan su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, la noción de violencia contra las mujeres en el ámbito laboral incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

#### 5.2.1.1. La decisión en el caso argentino

El juzgado de primera instancia, si bien entendió procedentes las indemnizaciones por el despido, desestimó la aplicación de la protección prevista en el art. 178 LCT, correspondiente a la trabajadora embarazada, así como la reparación por daño moral.

La trabajadora interpuso recurso de apelación ante la Alzada con el fin de que se modifique parcialmente la sentencia y se declare la existencia de un despido discriminatorio producto de su decisión de ser madre mediante la utilización de un procedimiento de fertilización asistida.

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en su calidad de Tribunal de Alzada, guardó silencio sobre el planteo relativo a la aplicación extensiva de la protección prevista en los arts. 178 y 182 de la ley 20.744 a este caso, y decidió tratarlo en el marco de un despido discriminatorio.

En ese sentido, el Tribunal sostuvo que la demandada conocía en forma fehaciente la fecha de iniciación del tratamiento de fertilización asistida y, en definitiva, de la fecha en que se produciría la gestación, y que el despido tuvo lugar luego de llevado a cabo la fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, mientras la trabajadora se encontraba de licencia por tal motivo.

Sobre la base de la totalidad de la normativa internacional e interna antes citada, el tribunal dictaminó que se produjo un despido discriminatorio por cuestiones de género, ya que si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los tratamientos de reproducción asistida sólo afectan directamente a las mujeres. En tal sentido, compartió el criterio sostenido por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia arriba analizada.

Asimismo, los magistrados de la Sala VI han reiterado la necesidad de proteger al empleado en situación de vulnerabilidad, y sostuvieron que la trabajadora no debía estar sujeta a ninguna consecuencia perjudicial derivada de la gestación, cualquier fuera el medio elegido a tal fin, en el caso, un procedimiento de fertilización asistida. De ello se desprende, si bien hicieron hincapié en la fecha de fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, la doctrina instaurada por la Sala resulta extensiva, a mi juicio, a cualquier etapa del tratamiento de fertilización asistida.

Sobre dicha base, y en el límite de lo reclamado, se hizo lugar al daño moral ocasionado, de naturaleza adicional y/o autónoma de la prevista en el art. 245 de la ley 20.744.<sup>(14)</sup>

## 6 | Algunas reflexiones sobre los desafíos futuros

En primer lugar, y desde el aspecto relativo al derecho comunitario, cabe remarcar la importancia de establecer un Tribunal de Justicia con jerarquía supraestatal en los procesos de integración, con el fin de controlar la legalidad de los actos de los Estados que integran el bloque y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del derecho supraestatal.

Si trazáramos un paralelismo con el caso argentino y su proceso de integración en el marco del Mercosur o de la Unasur, vemos que cada uno de los países miembros resolvería el caso conforme su derecho interno y la interpretación constitucional que se haga del derecho internacional apli-

(14) PEDREIRA SAMMARTINO, JUAN M., "La protección contra la discriminación y los tratamientos de reproducción asistida. Alcance nacional e internacional", t. XXVI, Errepar/DLE, mayo 2012.

cable, sin una instancia que efectivamente realice un control de legalidad de los actos y unifique la aplicación del derecho regional del bloque.

En cuanto al fondo de la cuestión analizada, cabe destacar la importancia del principio de no discriminación, que si bien tiene origen en distintas fuentes normativas dependiendo el ordenamiento aplicable, tanto en la UE como en la Argentina resulta totalmente operativo y trascendental en la solución de casos de discriminación.

Un párrafo aparte merece el hecho de que en ambas situaciones se ha resuelto el caso sin recurrir a la norma que protege en particular a la maternidad, sino a las normas generales en materia de discriminación y, en concreto, a las categorías vulnerables por cuestiones de género. Ello nos permite preguntarnos sobre la necesidad de debatir el alcance de la presunción prevista en el art. 178 de la ley 20.744, en términos de que resulte comprensiva de las nuevas técnicas de fertilización asistida.

En ese sentido, entiendo que la evolución del derecho hace necesaria una continua relectura de las disposiciones legales a la luz de los principios generales, pero atendiendo especialmente a las nuevas condiciones sociales que se presentan, y a los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos que se producen constantemente —y que, en definitiva, generan una permanente redefinición de conceptos tanto coloquiales como jurídicos—.

El caso de los tratamientos de fertilización asistida se enmarca en un universo mayor de conductas discriminatorias que responden a diferentes categorías vulnerables y que, a su vez, están cruzadas verticalmente por un vector común que está configurado por la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el trabajador como consecuencia de la propia naturaleza del vínculo laboral dependiente. Por ello quiero resaltar la cosmovisión que se expone en los fallos analizados, que refieren expresamente a la necesidad de intensificar la protección del trabajador frente a una situación de doble vulnerabilidad: la propia situación de hiposuficiencia en la que se encuentra el trabajador dependiente que, a su vez, se ve agravada por los actos discriminatorios dirigidos contra trabajadores activistas sindicales, dirigentes gremiales o contra aquéllos que son discriminados por cuestiones de maternidad, matrimonio, salud y edad avanzada.

---

# El despido del trabajador discapacitado

por ANA MARÍA SALAS<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

El despido del trabajador discapacitado se encuentra regulado en el art. 212 LCT, obligación del empleador de reincorporar al trabajador luego de su ausencia por razones de salud. Pero la solución se diversifica, dependiendo de si la discapacidad que éste presente sea absoluta, en cuyo caso la extinción del contrato de trabajo es automática y se activa la obligación indemnizatoria en los términos establecidos en el art. 245 LCT o presente una disminución de su capacidad laboral parcial.

Este último supuesto es tratado en forma especial en el segundo párrafo del citado artículo.

El presente trabajo se centra en el análisis de la regulación específica contenida en el art. 212, 2º párr. LCT frente a la proyección constitucional del derecho laboral ante los convenios internacionales que, con rango constitucional, han sido incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, las leyes y demás convenios internacionales suscriptos por nuestro país y que

.....

(1) Jueza de la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza. Asesora Legal de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza (1990-1998). Relatora de la Suprema Corte de Justicia, de la Sala II, con competencia laboral (2005-2009). Profesora de grado y posgrado de Práctica Profesional y del Derecho del Trabajo (Universidad de Mendoza y UNC). Integrante de la Comisión Asesora en materia laboral del Consejo de la Magistratura de Mendoza (1998-2000 y 2003-2005). Representante titular en el Jurado de la Comisión de Selección de Magistrado del Consejo de la Magistratura de la Nación. Autora de publicaciones de la especialidad en obras colectivas e individuales.

por tal razón se produce la necesidad de revisar la interpretación y aplicación práctica que se da a la norma.

Sin ánimo de agotar el tema, que por su entidad amerita un estudio más profundo, se intentará aportar algunas ideas que motiven el necesario debate que conduzca a una solución superadora a la problemática regulada en el artículo indicado.

## 2 | El art. 212, 2° párr. LCT en el contexto del derecho laboral constitucional

El empleador ante el trabajador que presenta una incapacidad parcial definitiva —por irreversible— debe adoptar alguna de las alternativas previstas en el art. 212:

1. Otorgar tareas acordes si está en condiciones de hacerlo o;
2. Comunicar al trabajador la imposibilidad de ocuparlo en esas condiciones y poner fin a la relación laboral con el pago de la indemnización respectiva prevista en el párrafo segundo de la citada norma.

Es decir que el art. 212, 2° párr. LCT establece una causa autónoma de extinción del contrato de trabajo que puede ser invocada por el empleador en aquellos casos en los que, luego de recibir el alta médica, el trabajador afectado por una disminución parcial definitiva de su capacidad laboral para realizar las tareas que anteriormente cumplía y, por causas que no le fueran imputables su empleador, no le puede otorgar otras tareas acordes que le permitan ejecutar su débito laboral sin disminución de la remuneración.

Producido el despido en estas condiciones, el ordenamiento determina que al trabajador le asiste el derecho a una indemnización igual a la prevista en el art. 247 LCT o la llamada **media indemnización**.<sup>(2)</sup>

---

(2) Sobre el tema puede consultarse a Gabriel Tosto y a Juan Carlos Fernández Madrid en MANCINI, JORGE RODRÍGUEZ (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2007, p. 43 y ss., y p. 1745 y ss., respectivamente; ACKERMAN, MARIO E., "¿Qué reparan las indemnizaciones del art. 212 de la LCT?," en *Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo II*, 2000-2 Rubinzal-Culzoni p. 37 y ss.; ACKERMAN, MARIO E., "Incapacidad permanente y contrato de trabajo. El art. 212 de la LCT", t. III, Bs. As., Hammurabi, 1987; en Ackerman, Mario E. (dir.), Tosca, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho*

El ordenamiento laboral, entonces, autoriza o legitima al empleador a extinguir el contrato de trabajo cuando se configuren los extremos reseñados.

La redacción de la norma amerita un análisis a la luz de los principios y argumentos que nos suministra el derecho laboral constitucional.

A tal fin se impone recordar que la reforma de la Constitución Nacional producida en 1957, mediante la introducción del art. 14 *bis*, tuvo como inequívoco propósito dar recepción en el texto de 1853-1860, a los aportes y experiencias que habían tenido lugar durante la primera mitad del siglo XX, en el ámbito de lo que dio en llamarse el constitucionalismo social.

El texto de esa norma constitucional evidencia que el objeto y el sujeto principal sobre los que operó la reforma estuvo referido, objetivamente, al universo del trabajo y, subjetivamente, teniendo como destinatario específico al trabajador. De esa manera y bajo el principio protectorio consagrado en términos inequívocos al decir: "... el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...", se establecieron derechos indisponibles e inviolables como el de "... la protección contra el despido arbitrario...".

El art. 14 *bis* responde a la que en similar sentido contiene el art. 6° del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 5.e.i de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, donde se establece el derecho a trabajar como derecho inalienable de todo ser humano, lo que necesariamente lleva a hacer operativo el derecho a no verse privado arbitrariamente del empleo.

Por ello, se ha afirmado que el **derecho al trabajo** también se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo", es decir, a no ser despedido "si no existe una justa causa".<sup>(3)</sup>

.....  
*del Trabajo*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, p. 333; ARIAS, JUAN MANUEL, en Antonio Vázquez Vialard (dir.) y Raúl Horacio Ojeda (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, p. 117 y ss.; y LIVELLARA, CARLOS A. (dir.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bs. As., La Ley, 2013, p. 455 y ss., entre otros.

(3) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia N° 22/1981, 02/07/1981, Jurisprudencia Constitucional, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1981, t. 2, p. 76 y ss.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva a replantear la interpretación y aplicación que se viene haciendo del art. 212, 2° párr. LCT frente al compromiso de progresividad en el logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26 CADH) y el respeto del principio *pro homine* que surge de los convenios internacionales con jerarquía constitucional y que determina que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana.<sup>(4)</sup>

En esa labor se deberá tener como pauta orientadora que la Constitución Nacional es una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando en casos como el previsto en el artículo en análisis está en discusión el derecho a no ser despedido arbitrariamente, expresado por el art. 14 *bis* como cláusula operativa. De no interpretarse en esta inteligencia debería admitirse otra solución que echaría por tierra el control de constitucionalidad confiado a la magistratura judicial, por entender que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos a ser llenados por el legislador o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad del legislador de turno. Por ello, al interpretar y aplicar una norma constitucional, no se podrá obrar con otra finalidad que no sea la de darle toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional.

Consecuentemente, tanto en la reglamentación de los derechos constitucionales como en la interpretación y aplicación de las normas que los regulan, se les deberá conferir la extensión y comprensión previstas en el texto constitucional que los enunció y que manda asegurarlos. Es decir que al legislar y al aplicar el instituto en cuestión por el juez se deberá garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75.23 CN).<sup>(5)</sup>

---

(4) La CSJN en el "caso Berçaitz" (1974) descartó la posibilidad de realizar una exégesis restrictiva de los derechos sociales y, por el contrario, instó a realizar una interpretación de las normas donde se regulan estos derechos conforme a "la doctrina universal" y el "principio de favorabilidad" (Fallos: 293:26).

(5) CSJN, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa SA s/ despido", 14/09/2004.

En este contexto constitucional se genera el interrogante mediante el cual se cuestiona si el despido dispuesto con fundamento en el art. 212, 2º párr. LCT, efectivamente da respuesta satisfactoria a la protección del trabajador frente al despido arbitrario.

### 3 | La protección contra el despido arbitrario en la OIT

Previo al análisis propuesto resulta necesario destacar que la terminación del contrato de trabajo ha sido regulado por la OIT en el Convenio 158. Este convenio no ha sido ratificado por nuestro país, no obstante ello y en lo que hace a los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, expresan la conciencia ética media de la humanidad con respecto a tal fenómeno, por lo que pueden servir de fundamento al momento de interpretar las normas locales sobre la temática y penetrar en nuestro ordenamiento jurídico como principios generales del derecho. El Convenio se complementa con la Recomendación 166.

Como afirmara con anterioridad, el Convenio 158 sólo regula la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, excluyendo las otras causales. Al respecto establece que "... No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio..." (art. 4º).

En sus comentarios, la Comisión de Expertos recordó más de una vez que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio, pero en realidad el art. 4º del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que, en virtud del "principio fundamental de la justificación" la causa invocada tenga relación con, al menos, uno de los motivos siguientes:

1. La capacidad del trabajador;
2. La conducta del trabajador; o
3. Las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Las causas relacionadas con la capacidad del trabajador se refieren a la falta de capacidad o de aptitud del trabajador que puede obedecer a dos motivos:

1. Carencia de las competencias o cualidades necesarias para desempeñar ciertas tareas, lo que redundará en un desempeño insatisfactorio, y
2. Desempeño laboral insuficiente no por causa de una falta cometida deliberadamente, así como diversos grados de incapacidad para hacer el trabajo a raíz de una enfermedad o lesión.

De ello surge que en el ámbito de este convenio de la OIT se encuentra autorizada, como causa de justificación de la extinción del contrato de trabajo la minusvalía del trabajador y que, en definitiva, es el supuesto receptado en nuestro art. 212, 2º párr. LCT.

Ahora bien, aun cuando la minusvalía del trabajador pueda constituir una razón válida para el despido, el organismo internacional determina que deben establecerse garantías para que el mismo no constituya un abuso de derecho ni obedezca a motivos que tengan subyacentes razones de discriminación.

Por ello se exige que la legislación que regule el despido por esta razón adopte en forma efectiva propuestas o pautas que, a nivel preventivo, impidan utilizar la sola incapacidad del trabajador como excusa para excluirlo del contrato de trabajo. Se exige así que el empleador tome todas las medidas necesarias para velar que la exclusión de la protección prevista en el Convenio 158 responda efectivamente a una causa justificada, como por ejemplo, permitir en forma previa que el trabajador minusválido adquiera competencias laborales que le posibiliten su continuidad. Se pretende asegurar por este medio que, aun cuando exista una razón para el despido, se evite que esa causa sea utilizada en forma abusiva.

Si, adoptadas las medidas necesarias para evitar la extinción del contrato de trabajo fundado en esa causa, la misma termina imponiéndose y, no obstante que se considere justificado el despido, se exige, a modo de reparación, que el trabajador acceda a:

1. A una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones similares;
2. A prestaciones del seguro de desempleo o a una asistencia a los desempleados o a otras prestaciones de seguridad social; o

3. A una combinación de estas indemnizaciones y prestaciones (art. 12). El propósito de esta obligación es evitar que la decisión de despido inmediato tome por sorpresa al trabajador y atenuar las consecuencias perjudiciales del despido a través de programas o regímenes reparatorios destinados a garantizar una cierta protección de los ingresos del trabajador despedido.

La protección en estos términos ayuda a mitigar la discriminación contra las categorías vulnerables de trabajadores —como es el caso de las personas con discapacidad que nos ocupa—, y contribuye a preservar los fondos de bienestar social que son indispensables para apoyar el ingreso de estos grupos desfavorecidos.

En este orden de ideas, la comisión de expertos ha verificado que en la mayoría de los países, sean o no Estados ratificantes, las disposiciones vigentes a escala nacional son congruentes con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio. Se comprobó que todos los países comprendidos en el examen preveían garantías contra los despidos improcedentes o injustificados y la gran mayoría exige que los despidos se fundamenten en causas justificadas.

Vale aclarar que el Convenio permite que cada Estado miembro determine los requisitos específicos y necesarios para dar efecto a sus disposiciones, ajustándose a las características del respectivo mercado de trabajo.

Lo hasta aquí expuesto permitiría concluir que el despido previsto en el art. 212, 2º párr. LCT, en principio, cumpliría con el estándar de legalidad requerido por el Convenio 158 OIT.

## 4 | La interpretación y aplicación del art. 212, 2º párr. LCT

La LCT establece la obligación del empleador de ocupación y conservar el empleo (arts. 10 y 78 LCT), de pagar la remuneración (art. 103 LCT) y, en general, de cumplir el contrato dentro del marco de la buena fe, la colaboración y la solidaridad (arts. 62 y 63 LCT). Estas últimas disposiciones establecen el marco axiológico en el que debe desenvolverse la relación laboral.

Sintéticamente, esto es lo que esencialmente constituyen los deberes genéricos de conducta; por ello, la violación de esos deberes debe estar fundada en una causa que lo justifique, ya que tal situación no puede tener como origen el solo arbitrio patronal.

Por ello, y respecto del trabajador, la obligación de prestar los servicios que la ley le impone tiene el correlativo deber del empleador de posibilitar ese cumplimiento. Esta obligación del empleador se centra en brindarle el trabajo (oportunidad de prestarlo) para el cual fue contratado, de acuerdo a la calificación o categoría profesional que se le asignó convencionalmente al ingresar o por promoción posterior. Conforme a ello, el empresario deberá ir adecuando las posibilidades de la empresa a las exigencias del mercado consumidor, las modificaciones impuestas por los adelantos técnicos y otras circunstancias que, de algún modo, puedan afectar su marcha e impidan la normal ejecución de su labor por parte de los dependientes como en supuestos como el objeto de análisis en el presente.

Por tanto, y a efecto de no incurrir en un incumplimiento contractual, el empresario no podrá tener una actitud pasiva, sino que, por el contrario, deberá actuar de modo diligente para otorgar a su personal la oportunidad de prestar el trabajo comprometido.<sup>(6)</sup>

En este marco referencial, la interpretación y aplicación del art. 212, 2º párr. LCT, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, han tratado los extremos referidos a la carga probatoria y los que deben ser objeto de demostración para que el instituto resulte operativo. Ello es, para concluir, que al trabajador parcial y definitivamente incapacitado le asiste el derecho a obtener un cambio de funciones sin merma de su remuneración o a que al despido dispuesto por el empleador se lo considere justificado.

Respecto del trabajador, se ha establecido que para que el art. 212, 2º párr. LCT sea operativo es requisito que cuente con el alta médica, ya que la disminución definitiva de la capacidad laborativa supone el agotamiento de los actos médicos posibles tendientes a su recuperación.

Por tanto, será prueba a cargo del trabajador que requiere la ocupación "adecuada", la acreditación de la minusvalía que le afecta y que se le ha concedido el alta.<sup>(7)</sup>

---

(6) LIVELLARA, CARLOS A., "El deber de ocupación del empleador", en DT 1981-A-599; DT 1988-A-394; ACKERMAN, MARIO E., "Poderes, derechos y deberes del empleador", en LL, t. LXIV, p. 357; POSE, CARLOS, "Con relación al deber de ocupación", en DT 1996-A-953, entre otros.

(7) ÉTALA, CARLOS A., *Contrato de Trabajo*, Bs. As., Ed. Astrea, p. 485 y sus citas. También CNac. Apel. Trab., Sala VIII, Expte. N° 33733/94, Sentencia N° 28097, 05/08/1999.

El alta constituye un acto médico de trascendencia jurídica y por eso no puede presumirse su existencia. Para que cese la suspensión de los principales efectos del contrato de trabajo se requiere certeza de que el trabajador ya no sufre incapacidad temporal, pues si el empleador lo reincorpora sin esa seguridad, hay grave riesgo de que aquel se agrave. Por ello, si se determinó la incapacidad parcial y permanente del trabajador, el mismo también deberá demostrar que se encuentra en condiciones de reincorporarse para realizar nuevas tareas consideradas livianas o acordes, y esa prueba debe cumplirse con el adecuado respaldo de certificaciones fundadas y emitidas por un profesional de la medicina. En tal caso, el empleador no tiene obligación de efectuar el control que establece el art. 210 LCT, dado que esta resulta una "facultad" del mismo.<sup>(8)</sup>

Por ello, se ha afirmado que no constituye injuria que justifica el despido indirecto resuelto por el trabajador el pedido de realización de tareas livianas, si no está fundamentado en pruebas que acrediten que se encontraba incapacitado para la realización de sus tareas habituales. Aun ante el silencio de la empleadora frente a tal requerimiento del dependiente, hubiera sido necesario que en la comunicación telegráfica se explicara qué tareas podía cumplir y se fundamentara en alguna opinión científica referida a su estado de salud en ese momento, requisito indispensable a los fines de evaluar adecuadamente el emplazamiento que se formulaba.<sup>(9)</sup>

No obstante ello, y respecto de este extremo de hecho, se debe exacerbar el rigor de la interpretación de la conducta del trabajador por cuanto es usual que el empleador en el ejercicio del poder de dirección se muestre refractario a justificar o considerar justificada el alta.<sup>(10)</sup>

(8) CNAC. APEL. TRAB., Sala II, "Cejas, Juan c/ Cortestamp SA s/ despido", 27/05/2009.

(9) CNAC. APEL. TRAB., Sala X, "Curima, Juan c/ Coca Cola FEMSA de Bs. As. SA s/ ind. art. 212", 16/02/2005, También se ha afirmado que a los efectos de la reincorporación de la trabajadora al desempeño de tareas dentro de la empresa (ya sean las habituales o las acordes a su capacidad física disminuida) no es necesario el alta médica definitiva, sino simplemente el certificado médico que acredite que la dependiente, si bien padece una disminución de su capacidad laborativa definitiva (es decir, no reversible), está en condiciones de realizar tareas de acuerdo a la misma, aunque no sean las habituales. Ver CNAC. APEL. TRAB., Sala X, "Sergio, Natalina c/ Arcos Dorados SA s/ despido", 25/02/2008.

(10) CNAC. APEL. TRAB., Sala I, "Rolón, Marco S. c/ ETAPSA s/ despido", 10/06/2002, en el caso, a lo largo del profuso intercambio teleográfico entre las partes, la demandada jamás

Respecto del empleador, como se trata de una hipótesis de disminución de la responsabilidad equivalente al caso de falta de trabajo, la regulación legal le impone la carga de probar la excepción. Esa prueba no solo debe referirse a la inexistencia de puestos en los cuales pudiera asignar al actor tareas acordes a su capacidad psicofísica, sino también que, por ejercicio del *ius variandi*, quienes se encuentran realizándolas no pueden desempeñarse en otras, o la imposibilidad de efectuar una rotación de tareas que permita al trabajador una ocupación compatible con su estado. La mera falta de justificación económica o inconveniencia organizativa de darle ocupación al trabajador laboralmente disminuido por no resultar productiva o económicamente rentable no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas.

Es decir que será necesario demostrar “la imposibilidad” de otorgar tareas acordes por causas que no le son imputables. Y dicha causa no imputable ha de consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa sin perjuicio para su salud. Para este efecto, la calificación profesional del trabajador ha de interpretarse con sentido amplio, pudiendo llevar en ciertas situaciones límites a ofrecerle una razonable disminución en la categoría de la tarea a cumplir, sin mengua de la remuneración.<sup>(11)</sup>

En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que en el espíritu que inspira la norma del art. 212 no interesa para qué tipo de tareas haya

.....  
reclamó la presentación de los certificados médicos que acreditarían el alta del trabajador, lo que constituye una presunción a favor de la postura del actor quien expresó en las cartas documento acompañadas, que dichos certificados se hallaban en poder del empleador.

(11) CNAC. APEL. TRAB., Sala III, “Rodríguez, Esteban c/ Curtiembre Fonseca SA s/ despido”, 05/02/2008, Expte. N° 20.765/06, Sent. N° 89.430. Ver de la misma Cámara: Sala X, “Almada, Mari O. c/ Dota SA de Transporte Automotor y otros s/ despido”, 17/05/2002, Expte. N° 23.310/99, Sent. N° 10.642; Sala III, “Giordano, Isabel c/ Proanálisis SA s/ despido”, 25/06/2003, Expte. N° 728/99, Sent. N° 84.964; Sala I, “Rosales, Angélica c/ Alpagatas SA”, 27/07/1993, en DT 1994-A-359; Sala III, “Juárez, Alejandro c/Happening SA”, 21/09/1990, en DT 1991-B-1647; Sala VI, “Badin, Nebel c/ EFA”, 03/07/1991, en DT 1991-1662; Sala VII, “Ochoa, Roberto c/ Microómnibus Norte SA s/ despido”, 22/04/1999; Sala VII, “Barbé, José c/ Metrovías SA s/ despido”, 17/09/2003, Expte. N° 13.563/01, Sent. N° 36.961; Sala IV, “Bufo, Hugo c/ Sierras de Córdoba SA s/ despido”, Expte. N° 29.443/05, Sent. N° 93.343, 20/05/2008; Sala I, “Paz, Oscar c/ Finexcor SRL s/ despido”, Expte. N° 33.995/07, Sent. N° 85.486, 30/04/2009; Sala VI, “Villalba, Leonardo c/ Organización Fiel SA s/ despido”, 23/04/2009, Expte. N° 22.360/04, Sent. N° 61.318. Ver también SCJMA., “Juárez Rosales, Oscar c/ Transportes El Plumerillo SA p/ despido s/ inc. cas”, 19/10/2009, J° 15.793, Expte. N° 94.409, - LS406-107, entre otros.

sido contratado el trabajador, sino cuáles hayan de ser aquellas que pueda realizar después de una enfermedad o accidente a efectos de hacer primar la continuidad del vínculo sobre su disolución. Y, sin desmedro sustancial de las facultades de organización que le reconoce la ley al empleador (art. 65 LCT), la norma de cuya aplicación específica aquí se trata lo condiciona en una medida razonable. No le impone la obligación de crear un puesto de trabajo innecesario, sino que adopte un criterio de cierta elasticidad cuando por la estructura de la propia actividad se vislumbra la necesidad de ciertos sectores de trabajo.<sup>(12)</sup>

En definitiva, no se le puede exigir al empleador que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo. La norma prevé una empresa en marcha, con capacidad razonable para absorber a un trabajador con menor capacidad en un puesto diferente, pero no lo obliga a crear plazas innecesarias al efecto.<sup>(13)</sup>

De lo expuesto, surge claro que la causa no imputable a que alude el art. 212, 2º párr. LCT no puede estar sujeta a reglas fijas de valoración. Esta dependerá de las circunstancias más o menos imprevisibles que juegan en cada caso, por ello será necesario que el empleador agote los medios conducentes a acreditar los extremos a su cargo como el organigrama de funcionamiento de la empresa con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas que justifique su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar

(12) CNAC. APEL. TRAB., Sala VII, "Taboada, Lucas c/ Nueva Chevallier SA s/ despido", Expte. N° 17.524/08, Sent. N° 41.805, 13/05/2009.

(13) CNAC. APEL. TRAB., Sala VI, "Rodríguez c/ Coop. Transporte Ciudad de Bs. As.", 31/07/1986, SD 24.592; también en "Flores, Carlos c/ Francisco Siffredi SA s/ accidente", 30/04/2004, Expte. N° 37.798/95, Sent. N° 57134.

Sobre el tema, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° T-1040 de 2001 dijo que: "... En efecto, el alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes, dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, este tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación..."

razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador.<sup>(14)</sup>

Lo que también resulta claro es que la mera falta de justificación o conveniencia económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable debe ser más grave que la simple inconveniencia: ha de consistir típicamente en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa, sin perjuicio para su salud o de la fuente de trabajo.

Por ello, el empleador, pese a tener la posibilidad fáctica de reasignar tareas, prefiere no hacerlo por razones de conveniencia organizativa o económica. La decisión rupturista en tal sentido es considerada por la ley como un despido sin causa encuadrable dentro de la situación normada en el art. 245 LCT.

Por último, se impone destacar que la norma en su actual redacción presenta una zona errónea, dado que no prevé la solución que corresponde imprimir al supuesto en que medie disidencia entre el trabajador y el empleador respecto de la existencia de la incapacidad invocada o alta médica denunciada. No existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el del control empresario pues la ley 21.297 eliminó el sistema establecido en el texto original de la LCT.

Por ello, se ha afirmado que es razonable privilegiar la opinión del médico del trabajador porque es el profesional a cargo del tratamiento y, en su virtud, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador.<sup>(15)</sup>

---

(14) SCJ Bs. As., "Villoud, Héctor c/ Embotelladora Perla del Norte SA", 14/10/1975, A y S 1975-901.

(15) CNAC. APEL. TRAB., Sala VIII, "Farías, Héctor Fabián c/ COTO CICSA s/ despido", 22/08/2008, SD 35.336. Ver también ACKERMAN, MARIO E., *Incapacidad temporaria y contrato de trabajo*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 1987, p. 356. El art. 35 de la ley 4974 por la que se crea la Subsecretaría de Trabajo en la Provincia de Mendoza establece, entre las funciones a cargo de la Asesoría Médica del Organismo, el "... estudiar y proponer los sistemas normativos destinados a uniformar los procedimientos y métodos de valoración de las incapacidades para el trabajo y los informes periciales respectivos, pudiendo a este fin conformar juntas técnicas integradas por profesionales de las diferentes áreas especializadas (inc. 8º) y "... organizar la recepción de información por ausentismo obrero por causas de: enfermedad,

## 5 | El análisis constitucional actual que la norma propone

En la actualidad, para efectuar la interpretación y aplicación del art. 212, 2° párr. LCT será importante distinguir el supuesto de la minusvalía del trabajador como secuela de alguna de las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificaciones, o es el resultado de una dolencia inculpable.

En el caso de encontrarse la situación fáctica encuadrada en el acaecimiento de alguna de las contingencias laborales establecidas en la ley de riesgos del trabajo —LRT—, las consecuencias derivadas de las mismas han sido previstas por la regulación específica. Por lo tanto, se ha precavido en ella la posibilidad de que el trabajador quede afectado de una incapacidad parcial permanente que, además de generar a favor del trabajador el otorgamiento de las prestaciones en especie (*v. gr.*, asistencia médica, farmacéutica, etc.) y dinerarias (*v. gr.* pago de días de enfermedad, indemnizaciones, etc.), también reconoce entre sus objetivos la promoción de la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados (art. 1.2.c) y ente las obligaciones impuestas en cabeza de las aseguradoras del trabajo se encuentra la rehabilitación y recalificación profesional (art. 20.1.c y d), que tiene por objeto mantener al trabajador discapacitado en el empleo.

El incumplimiento de esta normativa que integra el contrato de seguro obligatorio concertado por la empleadora no puede afectar al trabajador ni le puede ser trasladada. En igual sentido y en los supuestos en que encontramos ante una dolencia inculpable (art. 208 y ss. LCT) también pesa sobre la empresa el deber de calificación del trabajador impuesto por la ley 24.576.<sup>(16)</sup>

Esta ley, que se incorpora a la LCT, determina que la promoción profesional y formación en el trabajo constituye un derecho fundamental del

.....  
accidente y demás riesgos del trabajo, adoptando las medidas pertinentes para fiscalizar su existencia y sugerir soluciones en los casos, el modo y la forma que estatuye la legislación vigente y la reglamentación de la presente ley...”.

(16) Si bien la ley 24.576 establece que la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato será un derecho fundamental para todos los trabajadores, no define cuáles son los instrumentos y procesos que deben ponerse en práctica para promover y proporcionar dicha formación. Diversos CCT han tomado a su cargo esta labor y han establecido acuerdos que hacen operativa esta norma como, por ej., CCT 227/1996 (arts. 21 y 43); CCT 253/1995 (art. 55), CCT 125/1990 (art. 73); CCT 77/1989 (art. 29), entre otros; pero no se observa una especial regulación en la temática que nos ocupa.

trabajador que obliga al empleador a implementar acciones de formación profesional y/o capacitación con participación de los trabajadores y asistencia de organismos competentes del Estado.

Se ha afirmado al respecto que el deber de calificación o de formación profesional puede concebirse como el derecho subjetivo de todo trabajador a obtener de su empleador y del Estado una continua mejora en su capacidad para el trabajo, que le permita realizarse como persona, mantenerse actualizado frente a los cambios científicos y tecnológicos, ampliar su horizonte de actuación y perfeccionarse en todas sus dimensiones.<sup>(17)</sup>

Es decir, en el actual ordenamiento laboral, la “inimputabilidad” que exige el art. 212, 2º párr. LCT no quedará acreditada con la simple demostración por parte del empleador de la inexistencia de un puesto de trabajo donde el trabajador pueda prestar su débito contractual en forma acorde a su capacidad laboral o que adoptó a tal fin las medidas necesarias tendientes a agotar las posibilidades de reubicación funcional del trabajador, sino que será necesario que también demuestre haber cumplido con su obligación de haber ejecutado las acciones de formación o capacitación profesional y, en su caso, haber exigido a la aseguradora de trabajo la recapitación profesional del trabajador que le permita la continuidad del contrato de trabajo o su mantenimiento en la comunidad laboral sobre la disolución.<sup>(18)</sup>

En conclusión, el cumplimiento de la obligación de capacitar o recalificar no podrá estar ausente al momento de valorar la legalidad del despido producido con fundamento en el art. 212, 2º párr. LCT.

Completa el cuadro de situación descrito el Convenio Sobre la Readaptación Profesional y Empleo de Personas Inválidas 159, adoptado por la OIT y ratificado en nuestro país por la ley 23.462. El art. 2º del Convenio obliga a los países miembros ratificantes a formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, y en su art. 4º establece que dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general, así como también que las medidas

---

(17) “Formación Profesional”, en EQUIPO DE TRABAJO (coord.), *Régimen de Contrato de Trabajo. Ley 20.744 comentada, concordada internacionalmente*, [en línea] [www.eft.org.ar](http://www.eft.org.ar)

(18) Esta situación puede producir efectos procesales colaterales por cuanto podría ser citada a integrar la *litis* la aseguradora de riesgos del trabajo a fin de coadyuvar en la defensa y asumir las responsabilidades que le compete.

positivas especiales encaminadas a lograr dicha igualdad no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.

Sobre el particular, la Recomendación 168 OIT bajo el título de “Readaptación profesional y empleo de personas discapacitadas”, establece que las personas inválidas deberán disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, **la conservación** y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales, debiendo aplicarse a los inválidos las normas de empleo y salario aplicables a los trabajadores en general.

En el mismo sentido, se deben considerar las directivas dadas por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que fue incorporada al derecho interno por la ley 25.280 y cuyo objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, propiciando su plena integración en la sociedad. Y lo establecido por la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que se incorporó al derecho interno a través de la ley 26.378, donde se establece que los países deben garantizar que las personas con discapacidad disfruten del derecho inherente a la vida en un pie de igualdad con otras personas y el acceso al mismo nivel de vida (arts. 10 y 28) y que deben asegurar la igualdad de derechos (art. 6°).

Los países que ratifican este convenio internacional asumen la obligación de reconocer que todas las personas son iguales ante la ley, de prohibir la discriminación basada en las discapacidades y garantizar igual protección de la ley (art. 5°).

Este conjunto de normas (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280 y 26.378) vienen a integrar la disposición contenida en el art. 212, 2° párr. LCT, y por su conducto se torna necesaria una revisión de su interpretación y aplicación en los términos en los que se viene concretando.

A modo de aporte orientador resulta de interés tener en cuenta la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —Tribunal Europeo de Derechos Humanos— donde, en términos que resultan aplicables al caso, ha considerado que en el supuesto donde el despido se produce por jubilación forzosa —como sería el caso del art. 252 LCT— supone, en principio, un trato discriminatorio por razón de la edad y, por ello, solo

resulta admisible cuando esté amparado por un objetivo legítimo. En ese contexto, el Tribunal de Luxemburgo afirma que los objetivos que pueden considerarse “legítimos” y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Por su interés general, estos objetivos legítimos se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de los costos o la mejora de la competitividad sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad.<sup>(19)</sup>

Con fundamento en ello se puede concluir que si bien el Convenio 158 OIT considera lícito el despido del trabajador parcialmente incapacitado, a la luz del conjunto de normas que tienen incidencia en la situación en examen (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280 y 26.378) y para no considerar que la disposición contenida en el art. 212, 2º párr. LCT resulte discriminatoria, será necesario que el operador jurídico verifique que en el caso concreto el despido responde a objetivos de política social vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. En ese orden de ideas, deberá demostrar el agotamiento de los programas de asistencia que permitan contener al trabajador discapacitado en el establecimiento, o bien la inexistencia de esos programas y el cumplimiento de su obligación de formación o capacitación profesional a fin de lograr la reubicación funcional del trabajador en la empresa o que la reubicación del trabajador desborda la capacidad del empleador o impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, poniendo en riesgo la fuente de trabajo. En estos casos el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador y de la fuente de trabajo.

## 6 | Conclusión

El art. 212, 2º párr. LCT no puede ser analizado en forma aislada, como ha ocurrido hasta el momento, sino dentro del contexto de la legislación nacional, conforme a los convenios internacionales que con nivel constitucional (art. 75, inc. 22 CN) o supra legal y el conjunto de leyes que integran

(19) Se puede consultar, [en línea] <http://curia.europa.eu>, palabra clave jubilación forzosa.

nuestro ordenamiento jurídico (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280, 26.378) a los fines de lograr una solución que dé respuesta favorable al test de constitucionalidad de la norma.

En ese marco legal se verifica la inexistencia de programas (necesariamente oficiales porque la temática se vincula con la política de empleo nacional, pero ello no impide la intervención o asistencia de organizaciones sindicales o de ONG de discapacitados) que posibiliten la contención del trabajador minusválido en el establecimiento donde se desempeña o en el mercado laboral, todo lo que permita la aplicación del art. 212, 2° párr. LCT “conforme” al contexto constitucional vigente.<sup>(20)</sup>

También se observa que la dispersión normativa que resulta aplicable al trabajador discapacitado en forma genérica y que ha sido ya referida (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280 y 26.378), termina produciendo un efecto práctico no deseado de desprotección frente a la falta de medidas o programas o protocolos concretos de actuación que permitan una solución sencilla, ágil y lineal, todo lo que termina logrando que los derechos del trabajador discapacitado resuelven ilusorios y no concretos y efectivos.

Al solo efecto ejemplificativo de lo que se intenta indicar es interesante destacar la solución que en el tema da el derecho comparado. Se recurre para ello a la regulación dada en el derecho laboral de Colombia, sin descartar la que en igual o mejor sentido es dispuesta en otros países.

En ese país las personas discapacitadas cuentan con una “estabilidad laboral reforzada” por el alto grado de vulnerabilidad en la que se encuentran.

La estabilidad laboral reforzada ha sido definida como “la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. Al mismo tiempo esta garantía implica que el empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador discapacitado “en un puesto de trabajo que le permita maximizar su productividad y alcanzar su realización profesional”.

.....

(20) El Instituto Federal del Trabajo ha tomado a su cargo la capacitación profesional y a tal efecto ha adoptado promociones, presentando resultados sobre el mantenimiento y creación de puestos de trabajo. Como promoción institucional se otorgan préstamos y aportes para constituir talleres de discapacitados.

Pero esta institución actúa según sus posibilidades financieras y no se acuerda acción legal para conseguir fondos de promoción.

Es decir que con fundamento en los principios del estado social de derecho, la igualdad material y la solidaridad social, la estabilidad laboral reconocida en la constitución a todos los trabajadores, adquiere el carácter de fundamental y de reforzado en las personas discapacitadas.

Este mandato de optimización lleva a que el Estado tenga la obligación constitucional de adoptar medidas a favor de este grupo considerado vulnerable y en condición de debilidad manifiesta.

La estabilidad laboral reforzada que se le reconoce al trabajador discapacitado implica que no puede ser desvinculado de su empleo sin la autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente y sin que exista una justa causa. Es decir, se establece una especie de desfuerzo o exclusión de la estabilidad laboral reforzada, como recaudo previo a adoptar la decisión extintiva del contrato de trabajo.<sup>(21)</sup>

El análisis comparativo efectuado permite concluir que resulta necesaria la consideración de todas las regulaciones que protegen al trabajador como sujeto discapacitado con el objeto de hacer operativa la protección que la Constitución Nacional pregona.<sup>(22)</sup>

.....

(21) Inicialmente, la jurisprudencia consideró que las condiciones necesarias para conceder el amparo consisten en que: i) En principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente”, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia N° T-1040, 2001, MP.

(22) En ese orden de ideas y aun en el supuesto donde el empleador acredite el cumplimiento de los recaudos establecidos por la normativa (agotamiento de los procesos de asistencia para la contención del trabajador en la empresa, capacitación del trabajador e imposibilidad de reubicación funcional) la indemnización igual a la prevista en el art. 247 LCT establecida a favor del trabajador parcialmente incapacitado que ha sido despedido, luce injusta cuando la minusvalía de trabajador es consecuencia o secuela de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En estos supuestos y haciendo la salvedad del accidente *in itinere*, se ajustaría más al principio protectorio establecido en el art. 14 bis CN, la indemnización establecida en el art. 245 LCT. La dispensa de culpa en situaciones como esta que autoriza la LRT respecto del empleador no puede ser trasladada al supuesto de extinción del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que al trabajador discapacitado le resultará más difícil su inserción en el mercado laboral.



# Jurisprudencia anotada

---



# Efectos singulares de una medida de no innovar

CNAC. APEL. TRAB., SALA V, "MOSSO MATILDE MAGDALENA c/ ENTE NACIONAL de OBRAS HÍDRICAS de SANEAMIENTO s/ ACCIÓN de AMPARO", SENTENCIA de FEBRERO de 2014

por **ISABEL LEAL**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

La demandada apeló la sentencia de primera instancia que había admitido la medida cautelar de no innovar —a la cual se le imprimió el trámite de amparo en los términos de la ley 16.986— peticionada por la trabajadora, mediante la cual se ordenó la suspensión de los efectos de la intimación cursada por su empleadora el 3 de octubre del 2013 con el fin de que iniciara los trámites de su jubilación, hasta tanto se resolviera en forma definitiva la cuestión de fondo referida a los requisitos necesarios para acceder al beneficio jubilatorio (art. 230 CPCyC; art. 4° ap. 3°, ley 26.854). La apelante sostuvo que la trabajadora no acreditó la falta de aportes invocada e insistió en que su real intención fue dejar sin efecto su opción —que hizo expresa mediante nota— de continuar en actividad laboral hasta los 65 años. El voto de la mayoría integrante de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el decisorio de grado por considerar que el agravio no era suficiente para enervar lo dispuesto en relación al recaudo relativo a la verosimilitud en el derecho.

.....

(1) Secretaria del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 29. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de diversos artículos en materia de derecho laboral.

## 2 | Sumarios

1.- La actora acompañó copia simple del informe de aportes, circunstancia que permitiría, en el marco de la acción intentada, y el *fumus bonis iuris*, considerar acreditado "*prima facie*" que no contaba al momento de ser intimada con los 30 años de servicios requeridos por el art. 252 LCT, por lo que en ese contexto se propuso la confirmación de la decisión de grado (voto de la mayoría de la Sala).

2.- Sobre el punto, confirmar dicha decisión afectaría seriamente el principio de igualdad procesal y concedería mediante la cautelar un efecto aún mayor que el que resultaría de la petición de condena (del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert).

3.- No sólo afectaría lo que es materia de la *litis* (la legitimidad de la intimación) sino también la posibilidad de despedir por cualquier causa o, incluso, de aplicar cualquier forma de ejercicio del poder disciplinario. Lo que se discutiría en la causa de fondo conforme lo que se señala en la cautelar es la obligación de indemnizar que resultaría de considerar ilegítima la intimación (del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert).

4.- No existe peligro en la demora, si la actora es despedida y la intimación era incorrecta, la empleadora debería abonar la indemnización por despido, del mismo modo que si no se hubiera cursado ninguna intimación (del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert).

5.- Por el contrario, si la empleadora intimó correctamente a acogerse a los beneficios de la jubilación, en la medida que la cautelar suspendió el efecto de la intimación, el plazo se reanuda luego de un proceso de conocimiento respecto del cual la actora no tendría ningún interés en impulsarlo (del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert).

## 3 | Comentario

La cuestión central de discusión en este fallo, que ha sido materia de disidencia, es el alcance de la condena que se ha dispuesto en la parte resolutive de la sentencia interlocutoria de primera instancia, confirmada por el voto de la mayoría en Cámara, que dice:

“... Hacer lugar a la medida de no innovar y disponer la suspensión de los efectos de la intimación cursada por su empleadora el 03.10.13 con el fin de que iniciara los trámites de su jubilación, hasta tanto se resolviera en forma definitiva la cuestión de fondo referida a los requisitos necesarios para acceder al beneficio jubilatorio (art. 230 CPCyC; art. 4 ap. 3, ley 26.854)”.

El primer problema que aquí se observa es que la resolución excedió los límites de la pretensión de la actora. Aclaremos que el resultado del proceso de conocimiento principal estaría dirigido a obtener una declaración de ilegitimidad o no de la intimación a que inicie los trámites jubilatorios. Si la demandada cumplió con los recaudos del art. 252 LCT, la demanda debería ser rechazada. Si no los cumplió, la sentencia podría declarar nulo el acto, lo que implica retrotraer las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado, pudiendo el empleador intimar nuevamente.

La resolución en estudio suspendió los efectos de la intimación, es decir, que la demandada no podrá despedir al actor, al menos, con fundamento en el art. 252 LCT, “hasta tanto se resolviera en forma definitiva la cuestión de fondo”. Este efecto suspensivo de la medida, cuasi ilimitado en el tiempo, fue objeto de crítica en el voto del Dr. Arias Gibert, ya que aquél no integró la petición de la demanda. Esto claramente transgrede la garantía que limita el poder normativo del Estado impuesta por “el principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. Es decir, lo que se estaría afectando es la limitación de los poderes que la Constitución impone, esto es, la división de poderes, que impide que el juez falle *extra petita*, lo que significa que, quien debe velar por el equilibrio entre los poderes, no puede conocer sobre lo que no ha sido traído al proceso o que no ha sido objeto de petición.

Otra de las objeciones al fallo consiste en haber creado, deliberada o inconscientemente, un supuesto de estabilidad en el empleo que no está previsto en el orden público laboral de protección ni en ninguna fuente convencional o contractual. El juez no puede arrogarse funciones que corresponden al ámbito del Poder Legislativo. Dictar normas jurídicas generales es función del Congreso de la Nación. Es sumamente peligroso que un magistrado se arrogue atribuciones legislativas que la Constitución no le confiere y conspira visiblemente contra la seguridad jurídica.

En efecto, bastaría que la actora, como dice el voto de la minoría, con la intención de mantener esta estabilidad de origen pretoriano (por lo menos, hasta cumplir los 65 años), no inicie demanda para que ella no sea despedida o bien no tenga ningún interés práctico en impulsar el proceso de conocimiento iniciado. Este absurdo, que vulnera asimismo la garantía de defensa en juicio, también viola la previsión dispuesta en el art. 5° de la ley 26.854 al establecer que el juez, al otorgar una medida cautelar contra el Estado —que incluye a entes descentralizados como es el caso de autos— deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podría ser mayor a los seis meses, o tres, en los procesos de conocimiento que tramite por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo. La ley prevé como excepción al deber de limitar la medida cautelar, los supuestos de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental (art. 2°, ap. 2°, de la ley citada).

Correspondería entonces analizar si la hipótesis planteada se halla dentro de dichas excepciones. Si bien la protección contra el despido arbitrario es una garantía constitucional, esta no se encontraría vulnerada en el caso. Por ello, en el voto en disidencia, se dijo que no existía peligro en la demora. Al respecto, conviene recordar que las medidas precautorias tienen como finalidad proteger un derecho verosímil hasta tanto se adopte un pronunciamiento definitivo. Para apreciar si concurre aquel requisito, debe verificarse si el mantenimiento o alteración de la situación de hecho o de derecho existente puede influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible (art. 230 CPCyC). En el caso, resulta evidente que aquélla no apuntó a garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, porque si en el ínterin de un eventual proceso, o sin haberse iniciado aún éste, a la actora se la despide por esa causa y luego se comprueba que estuvo mal intimada, tendrá derecho al cobro de las indemnizaciones por el despido arbitrario, incluso, hasta un resarcimiento por daño moral si además se prueba que hubo una inejecución maliciosa de la obligación de mantener el empleo (art. 506 CC).

Ahora bien, suspendido el efecto de la intimación, si se prueba que estuvo mal intimado, el demandado estará facultado a intimar nuevamente en cualquier momento hasta extinguir el vínculo y eximirse del pago de

la indemnización de ley. Esto hasta podría considerarse una segunda chance para la empleadora de rehacer la intimación en condiciones de ley y redundar ello en un beneficio económico para la institución. Por lo tanto, la actora nunca estuvo amenazada por un supuesto peligro en la demora. El único peligro era que se la despidiera sin causa, acto que no es susceptible de anulación. Si bien no existe el derecho a despedir, éste en tanto constituye un hecho antijurídico, goza de plena eficacia (arts. 18 CC y 242 LCT). Si no subyacen otros derechos en juego (por ejemplo, derechos a la vida, a la salud física o psíquica, o ambiental como establece la ley 26.854) o la libertad sindical (arts. 47 y 52 Ley de Organización de las Asociaciones Sindicales), la actora no tenía derecho a plantear la nulidad del despido.

Por último, la tercera observación que considero pertinente resaltar es la admisión de la medida de no innovar como remedio procesal para tutelar el derecho invocado, que forzó al juzgador de primera instancia a distinguir, erróneamente, entre el objeto de la medida y la pretensión principal —ya que en realidad la virtualidad de la primera se proyecta parcialmente sobre la segunda—, y terminó creando mayores derechos que los que pudiera obtener de un eventual proceso de conocimiento.

Hubiera sido conveniente tramitar la cuestión desde otro enfoque jurídico. Una postura común es utilizar la vía del adelanto cautelar a través de la medida **autosatisfactiva**, que goza de autonomía procesal a pesar de la ausencia de una normativa que las regule y cuya característica primordial es el factor tiempo por cuanto de su rapidez y agilidad depende su eficacia, que requiere de un proceso similar al del régimen del amparo, y que produce efectos definitivos.<sup>(2)</sup> Sin embargo, si bien en la especie existió una fuerte probabilidad de la existencia del derecho sustancial —no se acreditaron los 30 años de aportes para poder iniciar el trámite de la jubilación—, se repite la cuestión de que no se probó el peligro o **perjuicio irreparable e inminente** que exige este tipo de tutelas anticipatorias, referido no ya al peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no poder ejecutarse sino al “riesgo” de perecimiento de la pretensión si no es anticipada la tutela. Recordemos que hay irreparabilidad solo cuando

(2) PEYRANO, MARCOS L., “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en Jorge W. Peyrano (dir.), *Medidas Autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 225 y ss.

los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles.<sup>(3)</sup> Como ya se dijo, si al trabajador se lo despide arbitrariamente, aquél deberá ser resarcido por el daño derivado del comportamiento antijurídico mediante el sistema tarifado previsto en el régimen laboral.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sentado al respecto una tesis de suma excepcionalidad en lo que hace al adelanto cautelar de lo que debería decidirse en un proceso contencioso pleno (entre otros, Fallos 316:1833; 319:1068; 320:1633). Es por ello, que se requiere para la procedencia de este tipo de tutela un alto grado de certeza del interés jurídico vulnerado, que por su propia naturaleza se encuentra necesitado de protección urgente e impostergable, extremos que, como vimos, no se encontraron acreditados en el juicio.

Por lo tanto, como no existió un peligro en la frustración actual o inminente de un derecho subjetivo “medular” —cuyo valor jurídico como tal estaría discutido en el caso— no solo resultaba inviable la medida auto-satisfactiva, sino que tampoco era apropiada la vía del amparo que se le imprimió al trámite en primera instancia según la ley 16.986, máxime cuando el conflicto solo estaba planteado entre la legitimidad o no de la intimación, cuyo trámite adecuado es el proceso de conocimiento ordinario.

---

---

(3) ARIETA, GIOVANNI, *I provvedimenti d'ugenza*, Padova, Cedam, 1982, p. 130.

# Novedades legislativas

---



# Decreto 467/2014

## Reglamentación del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares (ley 26.844)

Sanción: 1 de abril de 2014

Publicación: 16 de abril de 2014

### SUMARIO

Personal de Casas Particulares. Ley N° 26.844. Creación del Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP). Autoridad de aplicación. Reglamentación del Régimen.

### TEXTO COMPLETO

VISTO el Expediente N° 1.583.705/13 del Registro del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, y las Leyes Nros. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, y 26.844, y

#### CONSIDERANDO:

Que por la Ley N° 26.844 se instituyó el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, que rige en todo el territorio de la Nación las relaciones laborales que se entablan entre las personas que presten tareas en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupadas para tales labores.

Que la misma tiene por objeto garantizar a las/los trabajadoras/es de Casas Particulares el pleno ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, y promover pisos mínimos protectorios ajustados a los principios generales del derecho laboral argentino.

Que para asegurar el cumplimiento de los fines que persigue la referida Ley, corresponde reglamentar sus disposiciones.

Que se han efectuado las consultas pertinentes y tomado la consiguiente intervención las áreas competentes del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP), de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT), de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD (SSS) y del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA).

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL ha tomado la intervención que le compete.

Que el presente se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1° y 2°, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

LA PRESIDENTA

DE LA NACIÓN ARGENTINA

**DECRETA:**

**ARTÍCULO 1°.-** Apruébase la reglamentación del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, Ley N° 26.844, que, como Anexo, forma parte integrante del presente decreto.

**ARTÍCULO 2°.-** Créase el Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP) en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, cuya organización y funcionamiento estará sujeto a las disposiciones que dicte la autoridad de aplicación de la Ley N° 26.844.

**ARTÍCULO 3°.-** Facúltase al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL a dictar las normas aclaratorias y complementarias para la aplicación de la Ley N° 26.844 y del presente decreto.

**ARTÍCULO 4°.-** Facúltase a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) a implementar los mecanismos necesarios que permitan proceder a la retención del importe correspondiente a la cuota sindical que establezcan las asociaciones sindicales que representan a las/los trabajadoras/es de Casas Particulares, de acuerdo a la normativa vigente, y proceder a su oportuna transferencia hacia las mismas.

**ARTÍCULO 5°.-** Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNÁNDEZ DE KIRCHNER. — Jorge M. Capitanich. — Carlos A. Tomada.

## ANEXO

### REGLAMENTACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATO DE TRABAJO PARA EL PERSONAL DE CASAS PARTICULARES - LEY N° 26.844

**ARTÍCULO 1°.-** Ámbito de aplicación. (Reglamentación del artículo 1° segundo párrafo). Es requisito para la celebración de contratos de trabajo, eventuales o de temporada, su instrumentación por escrito y la existencia de razones objetivas que justifiquen la modalidad elegida por el empleador.

En los casos en que la contratación tenga por objeto sustituir transitoriamente a trabajadores que gozaran de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a la reserva del puesto, deberá indicarse en el contrato el nombre del personal reemplazado.

La celebración continuada de contratos de trabajo eventual o por plazo determinado, que exceda los presupuestos de los artículos 90, 93 y 99 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, convertirá al vínculo en uno por tiempo indeterminado a partir de la primera contratación.

**ARTÍCULO 2°.-** Aplicabilidad. (Reglamentación del artículo 2°). Las tareas de mantenimiento a las que se refiere el artículo que se reglamenta son aquellas típicas del hogar que se realizaren en forma normal y habitual.

**ARTÍCULO 3°.-** Exclusiones. Prohibiciones. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 4°.-** Principios de interpretación y aplicación de la ley. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 5°.-** Grupo familiar. Retribución. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 6°.-** Contrato de trabajo. Libertad de formas. Presunción. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 7°.-** Período de prueba. (Reglamentación del artículo 7°). El empleador perderá la facultad de valerse del período de prueba cuando no registre la relación laboral.

Durante dicho período regirán las disposiciones relativas a la cobertura de las enfermedades y los accidentes no vinculados al trabajo, con excepción de lo previsto en el artículo 46, inciso j), de la ley que se reglamenta por el presente.

**ARTÍCULO 8°.-** Categorías profesionales. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 9°.-** Personas menores de DIECISEIS (16) años. Prohibición de su empleo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 10.-** Trabajo de adolescentes. Certificado de aptitud física. (Reglamentación del artículo 10). La contratación de personas menores de DIECIOCHO (18)

años deberá celebrarse por escrito y registrarse ante la autoridad administrativa del trabajo competente, acompañando copia del respectivo contrato.

Los padres, responsables o tutores del adolescente deberán presentar ante la autoridad administrativa del trabajo competente, la autorización de trabajo para su visado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. En el caso que el adolescente viva independientemente de los padres, responsables o tutores, deberá presentar una declaración jurada ante la autoridad administrativa del trabajo competente, indicando como mínimo: nombre y apellido, CUIT o CUIL del empleador, los días, horario y lugar de trabajo y el tipo de tarea a desarrollar.

La autoridad administrativa del trabajo competente, deberá durante toda la sustanciación del trámite señalado en el párrafo anterior, ajustar su actuación a los principios de la Ley N° 26.061.

El empleador, previo al inicio de la relación laboral y, posteriormente, cada DOCE (12) meses deberá requerir la presentación por parte del adolescente del certificado que acredite su aptitud física para las tareas a desempeñar.

Dicho certificado deberá ser presentado por el empleador ante la autoridad administrativa del trabajo competente dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles posteriores a su recepción.

La Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares establecerá los requisitos que deberá contener el certificado médico.

En caso de no cumplirse con este requerimiento y con su presentación ante la autoridad administrativa del trabajo competente, la relación laboral se considerará deficientemente registrada, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieran corresponder de conformidad con la normativa vigente.

**ARTÍCULO 11.-** Jornada de trabajo. (Reglamentación del artículo 11). La jornada de trabajo de SEIS (6) horas diarias no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizarse en horario nocturno, entendiéndose por tal, el que se cumpla entre la hora VEINTE (20) de un día y la hora SEIS (6) del siguiente.

**ARTÍCULO 12.-** Terminalidad educativa. (Reglamentación del artículo 12). El empleador, previo al inicio de la relación laboral, deberá requerir del adolescente la constancia de finalización de los estudios que por ley se consideran obligatorios.

Dicho certificado de terminalidad educativa deberá ser presentado ante la autoridad administrativa del trabajo competente, dentro de los DIEZ (10) días hábiles de recepcionado.

En caso que el adolescente no hubiera finalizado el período de educación que la ley considera obligatorio, el contrato de trabajo deberá contener una cláusula que fije las obligaciones asumidas por el empleador a tal fin.

Asimismo, en dicho caso, el empleador deberá requerir, al inicio y finalización del ciclo lectivo (marzo y diciembre de cada año), la presentación por parte del adolescente del certificado de escolaridad pertinente con indicación del resultado obtenido en el ciclo respectivo.

Dicho certificado deberá ser presentado por el empleador ante la autoridad administrativa del trabajo competente dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles posteriores a su recepción.

El mencionado certificado deberá acreditar la inscripción de alumno regular o los estudios cursados o de finalización de estudios, según corresponda, y ser expedido por la Autoridad Escolar del establecimiento correspondiente a la jurisdicción de que se trate, conteniendo como mínimo fecha, firma, sello y nombre, número, Distrito/Comuna, dirección y teléfono de la escuela, todo de acuerdo con la normativa vigente que rige en la materia.

En caso de no cumplirse con este requerimiento y con su presentación ante la autoridad administrativa del trabajo competente, la relación laboral se considerará deficientemente registrada, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieran corresponder de conformidad con la normativa vigente.

**ARTÍCULO 13.-** Prohibición de empleo de trabajadores de DIECISEIS (16) y DIECI-SIETE (17) años. Modalidad sin retiro. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 14.-** Derechos y deberes comunes para el personal con y sin retiro.

**ARTÍCULO 14.1.-** Derechos del personal. (Reglamentación del artículo 14.1 incisos a, c y d). La Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares adecuará el régimen de jornada de trabajo determinando sistemas de distribución horaria específicos, de acuerdo a la índole, extensión, modalidades y jornada nocturna o diurna en que se presten las tareas.

Asimismo, conforme las facultades y competencias acordadas en la Ley que se reglamenta en el presente, la Comisión adecuará el tipo y características de las distintas prestaciones a cargo del empleador en lo atinente a la provisión de ropa, elementos de trabajo y alimentación, de acuerdo a las particularidades climáticas, geográficas, económicas y culturales que se registren en las diferentes regiones del país.

**ARTÍCULO 14.2.-** Deberes del personal. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 15.-** Personal sin retiro. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 16.-** Libreta de Trabajo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 17.-** Sistema de Registro Simplificado. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 18.-** Salario Mínimo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 19.-** Lugar, plazo y oportunidad de pago de las remuneraciones. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 20.-** Recibos. Formalidad. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 21.-** Recibos. Contenido. (Reglamentación del artículo 21). Las remuneraciones del personal comprendido en el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares que presten servicios durante TREINTA Y DOS (32) o más horas semanales para el mismo empleador, deberán abonarse mediante la acreditación en una cuenta sueldo abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial.

Para el personal que preste servicios por una cantidad de horas semanales inferior a la indicada en el párrafo precedente será facultativo para el empleador el pago de las remuneraciones por acreditación en cuenta de entidad bancaria o en institución de ahorro oficial.

En ambos casos el personal podrá exigir a su empleador el pago en efectivo de sus remuneraciones.

El funcionamiento de la cuenta sueldo se ajustará a las características y condiciones establecidas en el artículo 1° de la Ley N° 26.704.

La incorporación a la cuenta sueldo de servicios bancarios adicionales, no derivados de su naturaleza laboral ni comprendidos en la presente reglamentación, sólo se producirá en caso de previo requerimiento fehaciente del trabajador a la entidad bancaria o financiera, quedando dichos servicios sujetos a las condiciones que se acuerden al efecto.

Las cuentas sueldo a utilizar a los fines del presente régimen serán las previstas en la normativa vigente emanada del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA).

**ARTÍCULO 22.-** Recibo. Prohibición de renunciaciones. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 23.-** Recibo. Validez. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 24.-** Firma en blanco. Prohibición. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 25.-** Horas extras. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 26.-** Concepto. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 27.-** Épocas de pago. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 28.-** Extinción del contrato. Pago proporcional. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 29.-** Licencia ordinaria. (Reglamentación del artículo 29). Cuando la prestación del trabajo se realice en determinados días de la semana, el valor de la retribución por vacaciones resultará de multiplicar el número de días en que la trabajadora o el trabajador hubiera debido prestar servicios durante el período que le corresponda según la antigüedad, por el salario diario que percibiere en el momento de su otorgamiento.

**ARTÍCULO 30.-** Requisitos para su goce. Comienzo de la licencia. (Reglamentación del artículo 30). Si el personal con retiro no llegare a totalizar el tiempo de trabajo previsto en el artículo que se reglamenta, gozará de un descanso anual remunerado conforme las pautas del artículo anterior nunca inferior a la siguiente proporción:

- a. Entre CUATRO (4) y SIETE (7) semanas de trabajo, UN (1) día;
- b. Entre OCHO (8) y ONCE (11) semanas de trabajo, DOS (2) días corridos;
- c. Entre DOCE (12) y QUINCE (15) semanas de trabajo, TRES (3) días corridos;
- d. Entre DIECISEIS (16) y DIECINUEVE (19) semanas de trabajo, CUATRO (4) días corridos;
- e. Más de VEINTE (20) semanas de trabajo, CINCO (5) días corridos.

En estos supuestos la licencia anual se otorgará a partir del primer día semanal de trabajo habitual o el siguiente si aquél fuera feriado.

**ARTÍCULO 31.-** Época de otorgamiento. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 32.-** Retribución. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 33.-** Omisión del otorgamiento. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 34.-** Plazo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 35.-** Enfermedad infectocontagiosa. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 36.-** Aviso al empleador. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 37.-** Remuneración. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 38.-** Clases. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 39.-** Prohibición de trabajar. Conservación del empleo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 40.-** Despido por causa de embarazo. Presunción. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 41.-** Indemnización especial. Maternidad. Matrimonio. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 42.-** Deber de preavisar. Plazos. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 43.-** Indemnización sustitutiva. Monto. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 44.-** Plazo. Integración del mes de despido. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 45.-** Licencia. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 46.-** Extinción. Supuestos. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 47.-** Obligación de desocupar el inmueble. Plazo. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 48.-** Indemnización por antigüedad o despido. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 49.-** Despido indirecto. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 50.-** Agravamiento por ausencia y/o deficiencia en la registración. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 51.-** Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Sustitución. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 52.-** Composición. (Reglamentación del artículo 52). El Tribunal contará con TRES (3) Secretarías que asistirán a la Presidencia.

La Presidencia del Tribunal tendrá a su cargo la administración y dirección del personal.

Las Secretarías tendrán facultades de instrucción e impulso del procedimiento como también para elaborar proyectos de resolución, sin perjuicio de las demás funciones que le encomiende la Presidencia.

Serán funciones del Tribunal:

- a. Recibir y tramitar todos los reclamos en el ámbito del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares hasta llegar a la resolución final, canalizando los mismos a través de las Secretarías, conforme al reglamento de funcionamiento que oportunamente se dicte.
- b. Proceder a la homologación de los acuerdos que celebren empleadores y trabajadores del sector.
- c. Elaborar indicadores de calidad sobre los servicios brindados.
- d. Colaborar con los organismos provinciales con similares competencias en los casos de adhesión al régimen procesal previsto por el artículo 68 de la Ley N° 26.844.
- e. Toda otra actuación inherente al desenvolvimiento y a las competencias del Tribunal.

**ARTÍCULO 53.-** Instancia conciliatoria previa. (Reglamentación del artículo 53). Las partes deberán necesariamente contar con patrocinio letrado para la sustanciación del trámite ante el Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP).

El reclamante o su apoderado deberá presentar ante el Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP) el formulario de iniciación de reclamo junto con el escrito de demanda con tantas copias como requeridos.

Presentado el formulario, en ese mismo acto, el Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP) designará audiencia para celebrarse dentro de los DIEZ (10) días de iniciado el reclamo, la que estará a cargo del personal conciliador afectado a dicha tarea designado por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

La primera audiencia se notificará al reclamante personalmente o a través de su apoderado en el mismo acto de inicio del trámite, y al requerido se le notificará mediante cédula o telegrama, adjuntando o poniéndole a su disposición en su caso copia del escrito de demanda. Las siguientes citaciones a las partes podrán realizarse personalmente, por telegrama, cédula o al correo electrónico individualizado por cada una de ellas en su primera presentación.

En caso de fracasar la notificación de la primera audiencia por defectos del domicilio, el reclamante deberá denunciar uno nuevo dentro del tercer día de notificado, quedando suspendida la audiencia y el proceso hasta tanto se cumpla con dicho requisito.

Las audiencias deberán celebrarse con la presencia personal del conciliador, el que tendrá las facultades necesarias para instruir el trámite y designar las audiencias que fueren necesarias de entenderlo pertinente a los fines conciliatorios. Las partes serán invitadas a solucionar la controversia y auxiliadas por el conciliador para explorar alternativas que permitan alcanzar una justa composición de los derechos e intereses en conflicto.

Concluida la etapa conciliatoria, si las partes no arribaran a un acuerdo se extenderá una constancia de cierre, quedando expedita la acción ante el Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, al que le será girado el escrito de demanda para que notifique a la parte requerida el inicio del término legal para contestarla y ofrecer prueba, fijando audiencia a esos fines en el plazo de DIEZ (10) días.

De arribarse a un acuerdo, el mismo será remitido al Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares para su homologación en los términos establecidos en el artículo 15 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.

**ARTÍCULO 54.-** Procedimiento. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 55.-** Resolución. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 56.-** Apelación. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 57.-** Sustanciación y resolución del recurso. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 58.-** Determinación y ejecución de deudas con la Seguridad Social. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 59.-** Trámite de ejecución. Órgano competente. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 60.-** Aplicación supletoria. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 61.-** Gratuidad. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 62.-** Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares. Integración. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 63.-** Sede. Asistencia. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 64.-** Designaciones. (Reglamentación del artículo 64). En caso de no existir entidades representativas de los empleadores o de los trabajadores de las actividades contempladas en la Ley N° 26.844, o que las existentes no propusieran representantes, o cuando las entidades no reunieran los requisitos establecidos, el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL podrá designar de oficio a los representantes que fueren necesarios, con la única condición que los designados resulten suficientemente representativos del sector y reúnan las condiciones personales fijadas en esta reglamentación.

Los representantes sectoriales titulares y suplentes de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y las Comisiones Asesoras Regionales que pudieran constituirse conforme a lo previsto en el artículo 67 inciso b) de la ley que se reglamenta, no podrán ejercer simultáneamente cargos públicos. En caso que el nombramiento se produjere durante el curso de sus mandatos deberán optar dentro del término de DIEZ (10) días y, en su caso, la entidad cuya representación ejerza deberá proponer un reemplazante en el curso de los DIEZ (10) días subsiguientes. Asimismo podrán ser removidos de sus cargos en los siguientes casos:

- a. Si así lo dispusiera, sin necesidad de expresar causa, la entidad cuya representación ostenten.
- b. Si faltaren sin causa justificada a más del VEINTE POR CIENTO (20%) de las reuniones convocadas por el organismo que integren, en cada semestre calendario.
- c. Si desapareciera la representatividad de la entidad o asociación que los hubiere propuesto.

Los representantes de los organismos estatales ante la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y las Comisiones Asesoras Regionales que pudieran constituirse conforme a lo previsto en el artículo 67 inciso b) de la Ley que se reglamenta, deberán revistar en dichos organismos. El cese en sus funciones les hará perder la representación, debiéndose proceder a su reemplazo a propuesta del organismo respectivo.

Los representantes sectoriales titulares y suplentes de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y las Comisiones Asesoras, no percibirán suma alguna en carácter de retribución, remuneración o viáticos por parte del ESTADO NACIONAL.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL podrá, mediando solicitud fundada de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, habilitar el pago de viáticos, en virtud de razones de estricta necesidad para el desempeño de sus funciones.

Para ser designado representante sectorial titular o suplente de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y las Comisiones Asesoras Regionales, se requerirá ser mayor de edad, pertenecer a la entidad sectorial y ser propuesto por ésta.

**ARTÍCULO 65.-** Duración en las funciones. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 66.-** Asistencia legal y técnico administrativa (Reglamentación del artículo 66). El presupuesto que se le asigne al área de coordinación que cumpla las tareas de asistencia legal y técnico administrativa de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, deberá destinarse al cumplimiento de las atribuciones conferidas y a encarar las acciones a su cargo.

**ARTÍCULO 67.-** Atribuciones y deberes. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 68.-** Alcance. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 69.-** Prescripción. Plazo. (Reglamentación del artículo 69). Se consideran reclamos promovidos ante la autoridad administrativa del trabajo a cualquier reclamación, actuación o procedimiento administrativo promovido para percibir deudas derivadas de la relación laboral.

**ARTÍCULO 70.-** Actualización. Tasa aplicable. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 71.-** Autoridad de aplicación. Competencia. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 72.-** Sustituciones. Exclusión. Aplicación. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 73.-** Agravamiento indemnizatorio. Adecuación. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 74.-** Reparación y prevención de riesgos del trabajo (Reglamentación del artículo 74).

- a. El empleador de personal de casas particulares deberá tomar cobertura con la ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART) que libremente elija, en tanto ésta se halle autorizada a brindar cobertura en la jurisdicción que corresponda al domicilio de aquél. La ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART) no podrá rechazar la afiliación de ningún empleador incluido en su ámbito de actuación.

A tales fines, el empleador deberá suscribir un contrato de afiliación con la ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART) de su elección. Dicho contrato tendrá vigencia a partir de la fecha que se determine expresamente en el mismo.

La obligación de asegurarse no entrará en vigencia hasta tanto la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT), la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN (SSN) y la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) dicten la normativa necesaria para adecuar el sistema establecido a las características de la actividad que se incorpora.

La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT) instrumentará el procedimiento de afiliación y traspaso del empleador, pudiendo simplificar los mecanismos aplicables en forma razonable.

- b. El empleador que registre pagos de cuotas al Sistema de Riesgos del Trabajo pero que no haya tomado cobertura con una ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART) determinada, será asignado a una ASEGURADORA DE

RIESGOS DEL TRABAJO (ART) autorizada por la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT) en forma sistemática y conforme la normativa que oportunamente dicte la misma, siempre y cuando no se encuentre ingresado en el registro de contratos extinguidos por falta de pago.

En estos casos, el empleador tendrá cobertura de riesgos del trabajo, a partir de la fecha en que se notifique a la Aseguradora la asignación de oficio realizada.

- c. Para la fijación del sistema de alícuotas para el presente régimen, será aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 13 de la Ley N° 26.773.

La cuota que se destina al pago de la cobertura del Sistema de Riesgos del Trabajo integra y se adiciona a los aportes y contribuciones obligatorios establecidos por el artículo 21 de la Ley N° 25.239. La cuota tiene carácter de pago anticipado y deberá ser declarada e ingresada por el empleador durante el mes en que se brinden las prestaciones, con las mismas modalidades, plazos y condiciones fijados para los citados aportes y contribuciones obligatorios.

La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) instrumentará el procedimiento de pago de las cuotas que se destinan a las ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART), así como el mecanismo de distribución de los fondos a éstas, en función de la relación "Código Único de Identificación Laboral (CUIL), Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT), empleador y ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART)". Dicha relación será remitida periódicamente por la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT) a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP), conforme las novedades que se produzcan en el Registro de Contratos de las ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART).

- d. Para establecer la prestación dineraria mensual en concepto de Incapacidad Laboral Temporaria, como así también para establecer el Valor Mensual del Ingreso Base conforme lo previsto en el artículo 12 de la Ley N° 24.557, se deberá considerar la remuneración mensual mínima fijada por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL o por los mecanismos implementados por la Ley N° 26.844 para el Personal de Casas Particulares y para la categoría correspondiente.
- e. La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT), junto con las ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO (ART), impulsarán acciones tendientes a promover la prevención de los riesgos derivados del trabajo del Personal de Casas Particulares, a la vez que tendrán a disposición en sus páginas WEB material informativo relativo a la prevención de accidentes en el ámbito doméstico

Se considerarán válidas y fehacientes todas las comunicaciones y notificaciones que se efectúen a través de la ventanilla electrónica para empleadores.

**ARTÍCULO 75.-** Derogación. (Sin reglamentar).

**ARTÍCULO 76.-** Vigencia. (Sin reglamentar).

# Decreto 472/2014

## Reglamentación del Régimen de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo (ley 26.773)

Sanción: 1 de abril de 2014

Publicación: 11 de abril de 2014

### SUMARIO

Reglamentación de la Ley N° 26.773. Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Incapacidad laboral. Pago.

### TEXTO COMPLETO

VISTO el Expediente N° 112.446/12 del Registro de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO, las Leyes Nros. 24.557 y sus modificaciones y 26.773, el Decreto N° 1.694 de fecha 5 de noviembre de 2009, y

#### CONSIDERANDO:

Que mediante la Ley N° 26.773 se estableció un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Que el citado régimen incluye las disposiciones de la referida Ley N° 26.773, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, así como las del Decreto N° 1.694 de fecha 5 de noviembre de 2009 y normas complementarias.

Que en tal sentido, cabe recordar que, con el fin de mejorar las compensaciones previstas en el régimen de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el Decreto N° 1.694/09 determinó un nuevo mecanismo de cálculo para las prestaciones dinerarias en concepto de Incapacidad Laboral Temporaria y por Incapacidad Laboral Permanente, en su etapa de provisionalidad.

Que de igual forma, dicha regulación mejoró el monto de la prestación en concepto de Gran Invalidez, de las compensaciones adicionales de pago único y reemplazó los topes máximos de la incapacidad laboral permanente por pisos mínimos, reformas que se mantienen en la actualidad, omitiendo prever para estos últimos conceptos un mecanismo de incremento periódico, por lo que resulta necesario ajustarlos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, conforme lo establece el apartado 6 del artículo 17 de esta última.

Que posteriormente la Ley N° 26.773 avanzó en la progresión tuitiva antes descripta, al establecer que un accidente de trabajo o enfermedad profesional debe ser reparado en forma suficiente, accesible y automática, instituyendo el pago único como principio general indemnizatorio.

Que, ante la supresión del período de Incapacidad Laboral Permanente Provisoria, la ampliación de la etapa de Incapacidad Laboral Temporaria hasta que haya certeza de la disminución de la capacidad laborativa, implica una mejora de las prestaciones dinerarias, en sus aspectos temporales y cualitativos, en los términos del artículo 11, apartado 3) de la Ley N° 24.557.

Que en ese contexto, también resulta necesario regular aspectos vinculados a la referida prolongación del período de Incapacidad Laboral Temporaria, a la base de cálculo a tomar en cuenta respecto de los montos indemnizatorios y a las cuestiones operativas relacionadas con la obligación de pago de la prestación dineraria.

Que la Ley N° 26.773 dispuso en su artículo 2° que el principio general indemnizatorio es el de pago único, y mediante su artículo 17 apartado 1 derogó el artículo 19 de la Ley N° 24.557.

Que a fin de implementar el criterio antes expuesto, resulta razonable “utilizar la metodología de cálculo prevista en el artículo 14, apartado 2, inciso a) de la misma ley, sistema también previsto en el artículo 15, apartado 2, párrafo 2 (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 15/7/2011, “Montecucco, Jorge Alberto c/Mapfre Argentina ART SA s/Acción de Amparo”; ídem, Sala X, 26/06/2012, “Sahonero, Simón Pedro c/Mapfre Argentina ART SA s/Accidente - Ley Especial”; ídem, Sala X, 22/11/2012, “Soleres, Beatriz del Carmen c/Provincia ART S.A. s/Accidente - Ley Especial”).

Que de igual modo, se estima pertinente facultar a las dependencias competentes a establecer los parámetros técnicos de ajuste de las prestaciones e indemnizaciones que integran el régimen de reparación.

Que también resulta imperioso determinar dentro de la limitación de los gastos de administración y otros no prestacionales de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, los atinentes a la comercialización o intermediación en la venta del seguro.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL ha tomado la intervención que le compete.

Que el presente se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 2, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, y el artículo 11, apartado 3) de la Ley N° 24.557.

Por ello,

LA PRESIDENTA

DE LA NACIÓN ARGENTINA

DECRETA:

**ARTÍCULO 1°.-** Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.773; la que como ANEXO forma parte integrante del presente decreto.

**ARTÍCULO 2°.-** Facúltase a la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO a dictar las normas complementarias necesarias para la aplicación del presente decreto, y a regular la adecuación de las situaciones especiales establecidas en el artículo 45 de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, al régimen creado por la Ley N° 26.773.

**ARTÍCULO 3°.-** Las disposiciones del presente decreto, en lo que corresponda, serán de aplicación a las contingencias referidas en el artículo 17, apartado 5, de la Ley N° 26.773.

**ARTÍCULO 4°.-** La presente medida entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

**ARTÍCULO 5°.-** Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNÁNDEZ DE KIRCHNER. — Jorge M. Capitanich. — Carlos A. Tomada.

## ANEXO

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 26.773 DE ORDENAMIENTO DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

**ARTÍCULO 1°.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 2°.-** PRESTACIONES DINERARIAS:

Considérase que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, para las contingencias posteriores a la misma, la Incapacidad Laboral Permanente no tendrá situación de provisionalidad.

Los damnificados con Incapacidad Laboral Permanente superior al CINCUENTA POR CIENTO (50%) e inferior al SESENTA Y SEIS POR CIENTO (66%) percibirán una prestación de pago único calculada según la fórmula del artículo 14, apartado 2, inciso a) de la Ley N° 24.557 que no podrá ser inferior al piso indemnizatorio instituido por el Decreto N° 1.694 de fecha 5 de noviembre de 2009, este último con el ajuste previsto en el artículo 8° de la ley que se reglamenta.

A esa reparación se agregarán las prestaciones previstas en los artículos 3° de la Ley N° 26.773, y 11, inciso 4, apartado a) de la Ley N° 24.557 y su actualización.

Los demás montos indemnizatorios en concepto de Incapacidad Laboral Permanente y muerte del damnificado, se deberán calcular considerando las fórmulas establecidas para cada uno de ellos en la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto N° 1.694 de fecha 5 de noviembre de 2009 y su actualización.

La prestación adicional por Gran Invalidez deberá continuar abonándose en forma mensual.

En los casos en que el daño sufrido por el trabajador le impida la realización de sus tareas habituales más allá del plazo máximo previsto en el artículo 7°, apartado 2, inciso c) de la Ley N° 24.557, y no haya certeza del grado de disminución de la capacidad laborativa del mismo, la Aseguradora solicitará a los organismos competentes el otorgamiento de un nuevo período transitorio de hasta un máximo de DOCE (12) meses. El obligado al pago deberá abonar una prestación dineraria de cuantía y condiciones iguales a la que efectivizaba en concepto de Incapacidad Laboral Temporal. Durante esta última etapa, el trabajador no devengará remuneraciones de su empleador. Dicho período podrá ser reducido si con anterioridad se hubiese sustanciado el trámite pertinente para establecer la Incapacidad Laboral Permanente ante los organismos competentes.

Si al vencimiento del plazo de UN (1) año antes descripto, la Aseguradora no sustanció la solicitud de extensión ante los organismos competentes, se entenderá que poseía suficiente certeza sobre el grado de disminución de la capacidad laborativa del trabajador damnificado. En este caso, además de continuar con los pagos conforme lo establecido en el párrafo anterior, la aseguradora deberá abonar los intereses previstos en el artículo 1° de la Resolución de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO N° 2.524 de fecha 26 de diciembre de 2005 o la que en el futuro la modifique o complemente, desde el cese de la Incapacidad Laboral Temporal, por el transcurso del año, hasta la fecha de emisión del dictamen o conclusión médica; respecto de la prestación dineraria de pago único, según el grado de Incapacidad Laboral Permanente que determinen los organismos competentes.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, la Aseguradora que no sustancie la solicitud de extensión en tiempo y forma será pasible de las sanciones previstas en el artículo 32, apartado 1 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones.

### **ARTÍCULO 3°.- INDEMNIZACIÓN ADICIONAL DE PAGO ÚNICO:**

En los casos de Incapacidad Laboral Permanente o Muerte del damnificado, la indemnización adicional de pago único prevista en el artículo 3° de la Ley N° 26.773 consistirá en una suma equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%), calculada sobre la base de las indemnizaciones determinadas conforme al procedimiento establecido en los párrafos primero y tercero del punto 2 del artículo anterior, más las

compensaciones adicionales de pago único incorporadas al artículo 11 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, cuando así corresponda.

**ARTÍCULO 4°.- PLAZO DE PAGO:**

El plazo de QUINCE (15) días previsto legalmente para los obligados al pago de la reparación dineraria se deberá considerar en días corridos. En caso de fallecimiento del trabajador, dicho plazo se contará desde la acreditación del carácter de derecho habiente.

Notificado el acto que establece la Incapacidad Laboral Permanente, el obligado al pago realizará la correspondiente transferencia monetaria a una institución bancaria del domicilio constituido por el damnificado a los fines de percibir el pago único o, en su defecto, a una institución bancaria de la localidad del domicilio real del damnificado.

Asimismo, se deberá notificar en forma fehaciente al trabajador damnificado o a sus derechohabientes sobre la puesta a disposición de las indemnizaciones, con una antelación de TRES (3) días al vencimiento del pago. También se deberá precisar cada concepto indemnizatorio en forma separada y hacer saber que el cobro total o parcial en dicha instancia implica optar por las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación, respecto de las que le pudieren corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad.

La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO dictará las normas complementarias tendientes a establecer las condiciones necesarias para que el damnificado o sus derechohabientes tengan pleno conocimiento de sus derechos con anterioridad al momento de percepción de las indemnizaciones previstas en este régimen.

**ARTÍCULO 5°.- PRESTACIONES DINERARIAS EN CURSO:**

El cobro de las prestaciones en dinero por Incapacidad Laboral Permanente en situación de provisionalidad que se encuentren en ejecución y cuya Primera Manifestación Invalidante se haya producido con antelación a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, no implica el ejercicio de la opción excluyente prevista en su artículo 4°.

**ARTÍCULO 6°.- CONTROL DE PAGOS:**

Cuando el obligado al pago deba efectuar el depósito previsto en el párrafo primero del artículo 6° de la Ley N° 26.773, deberá informar dicha situación a la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO para que ésta pueda ejercer las acciones de supervisión y control propias de su competencia.

**ARTÍCULO 7°.- Sin reglamentar.**

**ARTÍCULO 8°.- AJUSTE DE LAS COMPENSACIONES ADICIONALES DE PAGO ÚNICO Y DE LOS PISOS MÍNIMOS:**

Facúltase a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD SOCIAL del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para que establezca los parámetros técnicos

y metodologías de ajuste de las compensaciones dinerarias adicionales de pago único y de los pisos mínimos que integran el régimen de reparación.

**ARTÍCULO 9°.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 10.- RÉGIMEN DE ALÍCUOTAS:**

Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo deberán utilizar el régimen autorizado actualmente por la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, hasta tanto se regule el nuevo régimen de alícuotas, sin perjuicio del ajuste que deban efectuar sobre el tope de gastos establecido en el artículo 16 de la Ley N° 26.773.

**ARTÍCULO 11.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 12.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 13.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 14.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 15.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 16.- GASTOS DE LAS ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO:**

El gasto de comercialización o intermediación de cualquier naturaleza en la venta del seguro por parte de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, por contrato, no podrá superar el CINCO POR CIENTO (5%) del monto de la cuota de afiliación. El porcentaje aludido no incluye el Impuesto al Valor Agregado.

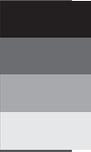
El gasto de administración y otros gastos no prestacionales, limitados al VEINTE POR CIENTO (20%), no incluyen los gastos de prevención, los cuales se consideran prestacionales.

El incumplimiento por parte de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo de lo establecido en el artículo que se reglamenta, como así también en el presente artículo, será pasible de las sanciones previstas en el artículo 32, apartado 1 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones.

Asimismo, el incumplimiento por parte de los productores asesores de las disposiciones del presente artículo, será pasible de las sanciones establecidas en el Capítulo VII de la Ley N° 22.400.

**ARTÍCULO 17.- DISPOSICIÓN GENERAL:**

Determinase que sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al artículo 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto N° 1.694/09, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, considerando la última variación semestral del RIPTÉ, de conformidad a la metodología prevista en la Ley N° 26.417.



# Fuentes citadas

---



## Índice de fuentes citadas

- ACKERMAN, MARIO E. (dir), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. IV, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- ACKERMAN, MARIO E., “¿Qué reparan las indemnizaciones del art. 212 de la LCT?”, en *Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo II*, Rubinzal-Culzoni, 2000-2
- ACKERMAN, MARIO E., “Poderes, derechos y deberes del empleador”, *LL*, t. LXIV.
- ACKERMAN, MARIO E., *Incapacidad temporaria y contrato de trabajo*, Bs. As., Hammurabi, 1987.
- ÁLVAREZ, EDUARDO, “Reflexiones acerca del despido por discriminación”, en *Revista de Derecho Laboral, Discriminación y Violencia Laboral*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008-2.
- AMENTA, MARÍA ADELA, “Comentario al Fallo ‘Parra Vera’”, en *Revista La Causa Laboral*, n° 22, 2006.
- ARIAS GIBERT, ENRIQUE, “La protección contra el despido arbitrario en el modelo constitucional argentino”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- ARIAS GIBERT, ENRIQUE, “Régimen de preaviso y despido”, en *Revista La Ley*, t. 1999-B.
- ARIETA, GIOVANNI, *I provvedimenti d’ugenza*, Padova, Cedam, 1982.
- BARBAGELATA, HÉCTOR, H., “Sobre la estabilidad en el empleo”, en *Revista de Derecho Laboral*, t. XXI, n° 111, Montevideo, 1978.
- BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J., “Tres casos de despidos nulos: En fraude a la ley, discriminatorio e incausado”, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com), ref: elDial - DC9B4.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *La globalización. Consecuencias humanas*, Bs. As., FCE, 1999.
- BAYLOS GRAU, ANTONIO Y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009.
- BAYLOS GRAU, ANTONIO; CRUZ VILLALON, JESÚS Y FERNÁNDEZ, MARÍA FERNANDA, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995.
- BENENTE, MAURO, “Fuera la Corte Suprema. Breves notas sobre las protestas”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, 2010.
- BENENTE, MAURO, *Fuera la Corte Suprema. Protestas frente a la Corte Argentina (2001-2002)*, Editorial académica española, 2011.
- BETTI, EMILIO, “Teoría general de las obligaciones”, en *Revista de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1969.
- BONOMO TARTABINI, FLORENCIA, “Aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo. Obligaciones Implícitas del Contrato. Principio de Buena Fe. Igualdad de Trato”, [en línea] [http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl40069-bonomo\\_tartabini-aplicacion\\_convenio\\_colectivo\\_trabajo.htm?2](http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl40069-bonomo_tartabini-aplicacion_convenio_colectivo_trabajo.htm?2)
- BRITOS, ALFREDO J., “Análisis de las reformas por las Leyes 26.590 y 26.593 a la Ley de Contrato de Trabajo, en el artículo 124 y la incorporación del nuevo artículo 255 bis”, en *El Derecho*, Bs. As., Universitas, vol. 2010-B.

- CALVO, TOMÁS y MONSALVO, MANUEL, “Los contratos de trabajo en el tiempo: modalidades contractuales en la experiencia argentina. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo”, [en línea] C:/Users/csijn/Downloads/104-263-1-PB.pdf
- CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Nulidad del despido sin causa”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año II, n° 7, enero, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014.
- CARNOTA, WALTER F., “Aspectos procesales en el despido discriminatorio: la vía elegida y los medios de prueba”, en *ELDial*, [en línea] www.eldial.com; ref: eDial - DC9B3.
- CASALDERREY, LILIANA, “Extinción del contrato de trabajo: aplicación del Convenio OIT: 158 en la legislación argentina”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n° 21, Bs. As., Abelado-Perrot, noviembre 2012.
- CAUBET, AMANDA, “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, en *Revista Doctrina Laboral*, n° 135, 1996.
- CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 5 tomos, 4ª ed., Bs.As., Librería Editorial Platense, 2010.
- COPPOLETTA, SEBASTIÁN C. “La reinstalación del trabajador como sanción del despido discriminatorio”, en *Doctrina Judicial*, Bs. As., La Ley, vol. 2011-9.
- CORNAGLIA, RICARDO J., “La discriminación laboral y los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos”, en *DJ* 2005-3-998.
- CORNAGLIA, RICARDO J., “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación”, en *Revista La Ley*, t. 2004-E.
- CORNAGLIA, RICARDO “La tercerización en la relación laboral”, en *Revista Jurídica La Ley*. Sec. Doctrina, t. 2010-F.
- CORNAGLIA, RICARDO J., “Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis”, Bs. As., La Ley, 2001.
- D’ ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ (dir.), *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial*, Bs. As., La Ley, 2004.
- DE BUEN, NÉSTOR, *Derecho del trabajo*, t. 1, 2º ed., México 1977.
- DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, México DF, 1943.
- DOBARRO, VIVIANA, “Reflexiones sobre la no discriminación y el trato igual, con especial referencia al ámbito laboral: Normativa vigente y tendencias jurisprudenciales”, en *Revista El Dial* DC9B, octubre de 2006.
- DUARTE DAVID, “Enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de ‘Ekmekdjian’ a ‘Simón’), en *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2010-2.
- DUARTE, DAVID, “El artículo 30 de la LCT a la luz del caso ‘Benítez’ de la Corte. Final para la doctrina de ‘quietus’”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, I, 2010.
- DUCROS NOVELLI, DANIELA y ROBOT, “Aplicación del Convenio 158, OIT, frente a determinadas situaciones de ilegitimidad del despido”, en *Compendio Errepar*, n° 50, abril, 2001.
- ELFFMAN, MARIO, “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo*, Rubinal-Culzoni, t. 2000-I.

- ELÍAS, JORGE, “La Corte ratifica su doctrina en materia de despido discriminatorio y quedan interrogantes sin respuesta”, en *Revista de Derecho Laboral-Actualidad*, Rubinzal-Culzoni Editores, t. 2013-1.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo”, en BARRETTO GHIONE, HUGO, *Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay*. Proyecto, Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en el contexto de la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos (documento de trabajo n° 205), Lima, OIT, 2006.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “El profundo ritmo universal de los derechos humanos en clave laboral”, en *Revista La Causa Laboral*, n° 40, 2007.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?”, Montevideo, Editorial Acadi, 1983.
- ETALA, CARLOS A., *Contrato de Trabajo*, Bs. As., Astrea, 2014.
- FERA, MARIO S., “Acuerdos resolutorios de los contratos individuales de trabajo y retiros voluntarios con pagos al trabajador. Estado actual de la jurisprudencia”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 1998.
- FERA, MARIO S., “Consideraciones acerca del objeto del derecho del trabajo. ¿La dependencia, la actividad o el trabajo humano?”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, Vol. 1999-B.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2011.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2001.
- FERREIRÓS, ESTELA M., “La discriminación con su sanción nulificante y la aplicación hecha, en tal sentido, en el caso ‘Greppi’”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n° 24, diciembre, 2005.
- FERRO, HORACIO D., *Efectos de la estabilidad propia*, en *DT*, Bs. As., 1960.
- GARCÍA FENOLLERA, JOSÉ y MARÍN CORREA, JOSÉ M., “El despido y sus aspectos procesales”, en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, IES, 1980.
- GARCÍA VIOR, ANDREA E., “Arbitrariedad y Discriminación en el Despido”, [en línea] [www.el-dial.com](http://www.el-dial.com), ref: elDial - DC9B6.
- GEREZ, OSCAR R., “Observaciones sobre la acción de nulidad y ciertos efectos del despido discriminatorio”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 9, 2013.
- GIALDINO, ROLANDO E., *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos*, LL, 2008-C, 1295.
- GIALDINO, ROLANDO E., “El trabajador y los derechos humanos”, en *Investigaciones*, n° 2, 2000.
- GIANBELLI, GUILLERMO y ZAS, OSCAR, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, n° 1, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y alcances de su efectiva protección”, en *Revista Jurídica La Ley*, 02/02/2011.
- GUADAGNOLI, ROMINA S., “Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente”, [en línea] [http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl30390-guadagnoli-las\\_desigualdades\\_genero\\_como.htm?4](http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl30390-guadagnoli-las_desigualdades_genero_como.htm?4)

- GUEVARA, CARINA N., “*Ius Variandi: evolución, implicancias y perspectivas en la doctrina y la jurisprudencia a partir de la reforma del art. 66, LCT*”, en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina Laboral y Previsional*, Córdoba, Comercio y Justicia, 2012.
- GUISADO, HÉCTOR C., “La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la ley de contrato de trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 2006.
- JAVILLIER, JEAN-CLAUDE, “*Une nouvelle illustration du conflit des logiques, (droit a l’emploi et doit des obligations): normtilisation du licenciement et sauvegarde des pou du chef d’entreprise*”, en *Etudes offertes à G. H. G. H. Camerlynck*, París 1978.
- JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, 13.
- KAUFMAN, GUSTAVO ARIEL, *Dignus Inter Pares*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010.
- LAS HERAS, HORACIO; TOSCA, DIEGO; DRAGAN GIGENA, JOSÉ I., “Estabilidad en el empleo”, en Mario Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- LIVELLARA, CARLOS A. (dir.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, 2013.
- LIVELLARA, CARLOS A., “El deber de ocupación del empleador”, en *DT 1981-A-599; DT 1988-A-394*.
- LÓPEZ, JUSTO, “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, en *Legislación de Trabajo*, tº XV, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna.
- LÓPEZ, JUSTO, “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, en *Revista Legislación del Trabajo*, t. XVII, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna.
- LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Revista Legislación de Trabajo*, t. XXI, Bs. As., Ediciones de Contabilidad Moderna.
- LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. II.
- LOUSTAUNAU, EDUARDO A., “Diez temas sobre la extinción del contrato de trabajo en la doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho Laboral*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2011-1.
- LOZANO, PAULA, “El derecho fundamental a la no discriminación versus la libertad de contratación”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año LXX, nº 2, 2010.
- LLAMBÍAS, JORGE J.; RAFFO BENEGAS, PATRICIO y SASSOT, RAFAEL A., en *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 14ª edición, Bs. As., Lexis Nexis/ Abelardo Perrot, 2005.
- MANCINI, JORGE RODRÍGUEZ (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2007.
- MANSUETI, HUGO R., “Aspectos laborales en la actual ley de concursos y quiebras”, en *Revista Doctrina Laboral*, Errepar, Suplemento nº 156, agosto de 1998.
- MANSUETI, HUGO R., “Contrato de trabajo, crisis de empresa y proyecto de reforma concursal”, en *Revista ED*, t. 162.
- MANSUETI, HUGO R., “Despido discriminatorio por maternidad y reincorporación de la trabajadora” en *El Derecho*, Bs. As., Universitas, vol. 248.
- MANSUETI, HUGO R., “Efectos del concurso preventivo sobre las relaciones laborales”, en Arese, César *et. al.* (coords.), *Derecho laboral*, Rosario, Nova Tesis.

- MANSUETI, HUGO R., “El 120 Aniversario de la Doctrina Social de la Iglesia y reflexiones sobre cuatro significados actuales del trabajo humano”, en *Revista El Derecho*, suplemento diario del 02/06/2011.
- MANSUETI, HUGO R., “Los privilegios del crédito laboral”, en Andrea García Vior (coord.) *Los créditos laborales en los concursos y las quiebras. Colección Temas de Derecho Laboral* 7, Bs. As., Errepar.
- MARÍN CORREA, JOSÉ M., “La ejecución de sentencias en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral”, en *Revista Actualidad Laboral*, n° 3, 1990.
- MAZA, MIGUEL A., “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Lexis-Nexis, n° 9, 2004.
- MEIK, MOISÉS “La estabilidad en el empleo. Un derecho humano que posibilita la nulidad del despido ilícito y la readmisión del trabajador. Dos propuestas: nulidad del despido discriminatorio y ratificación del convenio 158 de OIT”, en *Derecho Laboral*, Santa Fe, Nova Tesis, 2004, vol. 2.
- MEIK, MOISÉS, “Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n° 1, Bomarzo, 2006.
- MEIK, MOISÉS, “La estabilidad en el empleo. Un derecho humano que posibilita la nulidad del despido ilícito y la readmisión del trabajador”, en *Derecho laboral*, Bs. As., Ed. Nova Tesis, 2004.
- ORSINI, JUAN IGNACIO y QUINTEROS, VERÓNICA, “Los sistemas indemnizatorios de los despidos injustificados y la desnaturalización de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario”, en *Revista Doctrina Laboral*, Errepar, año XIX, t. XVII, n° 215, julio de 2003.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador”, en *Revista Anales*, La Ley, año 5, n° 38, 2003.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, La Ley, año 9, n° 42, 2012.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° 2, septiembre, Ediciones Infojus, 2012.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “El tope a la indemnización por despido injustificado”, en *Revista Doctrina Laboral y Previsional*, Errepar, año XXII, t. XXI, n° 266, diciembre de 2007.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, en Ramírez, Luis E., (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Bs. As., B de F, 2008.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “Imposibilidad radical de convalidar la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios. Una señal de la Corte Suprema a favor de la ejecución forzada de las sentencias de reinstalación”, en *Laborjuris*, Bs. As., Ed. Microjuris.com Argentina, 30/09/2013, [en línea] MJ-DOC-6442-AR | MJD6442.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “La estabilidad en el régimen jurídico vigente”, en *Revista Doctrina Laboral y Previsional*, año XXII, t. XXI, n° 263, Errepar, julio de 2007.

- ORSINI, JUAN IGNACIO, “Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios”, en *Revista La Causa Laboral*, (Asociación de Abogados Laboralistas), año VII, n° 31, diciembre de 2007.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios anti-sindicales”, en *Revista Jurisprudencia Laboral*, n° 2, Hammurabi, 2012.
- OSSORIO y FLORIT, MANUEL, *Código Civil, Anotado y Comentado*, t° I, 1972.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL C., “Régimen del despido. La nulidad radical”, en *Revista Relaciones Laborales*, n° 6/7, 1990.
- PATRÓN, JAVIER, “Nulidad de los despidos por causas discriminatorias ¿Se altera el sistema de estabilidad laboral?”, [en línea] [www.eldial.com](http://www.eldial.com), eDial - DC9BC.
- PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992.
- PEDREIRA SAMMARTINO, JUAN M., “El Principio de indemnidad y la prohibición de toda discriminación en el empleo. El despido por causa de enfermedad”, t. XXVI, n° 320, Errepar/DLE, abril de 2012.
- PEDREIRA SAMMARTINO, JUAN M., “La protección contra la discriminación y los tratamientos de reproducción asistida. Alcance nacional e internacional”, t. XXVI, Errepar/DLE, mayo de 2012.
- PÉREZ REY, JOAQUÍN, *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.
- PEYRANO, MARCOS L., “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en AAVV, Jorge W. Peyrano (dir.), *Medidas Autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- PIZARRO, DANIEL RAMÓN y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, t. 1, Bs. As., 2004.
- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, “El derecho del trabajo en América Latina, sus crisis y sus perspectivas”, en *Derecho Laboral*, T. XXI, n° 110, Montevideo, 1978, pp. 139/140.
- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Bs. As., Depalma, 1978.
- POMPA, ROBERTO C., “Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación”, en *Revista La Causa Laboral*, n° 41, agosto 2009.
- POMPA, ROBERTO C., “Nulidad del despido por causa de discriminación”, en *Revista Doctrina Laboral*, n° 143, 1997.
- POSE, CARLOS, “Con relación al deber de ocupación”, en *DT* 1996-A-953.
- PRESEDO, ELIZABETH y JUEGUEN, MARÍA C. “Tutela Sindical y despido discriminatorio”, en *RDLSS 2013-12-1192*, Abeledo Perrot, N° AP/DOC/298/2013, 15/06/2013.
- PUENTE, MARIANO, “Doctrina de la CSJN en materia de despido discriminatorio”, en *Revista Jurisprudencia laboral*, n° 1, Hammurabi, 2011.
- RAMÍREZ, LUIS E., “De la extinción del contrato de trabajo”, en Luis E. Ramírez (dir.), *Reforma laboral. Ley 25.877. Período de Prueba. Extinción del Contrato de Trabajo. Negociación Colectiva. Procedimiento. Conflictos Colectivos de Trabajo. Cooperativas y Fraude Laboral*, Vol 1, Santa Fe, Nova Tesis, 2004.
- RECALDE, HÉCTOR P. y RECALDE, MARIANO, “Algunas reflexiones sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo”, en *Revista Jurídica La Ley*, Sup. Especial, septiembre 2004.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- RECALDE, HÉCTOR y RUBIO, VALENTÍN, “El proceso de descentralización de la empresa y sus efectos sobre el Derecho del Trabajo”, en Antonio Vázquez Vialard, y Valentín Rubio (dirs.), *Revista de Derecho Laboral. La Solidaridad en el Contrato de Trabajo*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, Tomo I, Año 2001.
- RECALDE, HÉCTOR P., “El desempleo y la ética”, en *Doctrina Laboral*, t. IX, n° 117, año X, Bs. As., Errepar, mayo 1995.
- RECALDE, HÉCTOR P., “El esperado regreso a la Constitución y a la Justicia Social”, en José Brito Peret (dir.), *Reforma al sistema previsional*, Bs. As., La Ley, 2008.
- RECALDE, HÉCTOR P., “El ‘ius variandi’ y la continuidad de la relación laboral”, en *Revista Jurídica La Ley*, 29/05/2006.
- RECALDE, HÉCTOR P., “Propuestas para combatir el desempleo”, *Doctrina Laboral*, tomo IX, n° 120, año XI, Bs.As., Errepar, agosto 1995.
- 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>
- ROA, LUIS, “A propósito del fallo ‘Greppi’: un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, en *Revista Doctrina Laboral Errepar*, t. XIX, n° 244, diciembre de 2005.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA L., “La ejecución de las sentencias firmes dictadas en los juicios por despido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, en *Revista Relaciones Laborales*, n° 13.
- RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “Discriminación en el despido o despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Discriminación y Violencia Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2008-2.
- RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “La Discriminación y el contrato de trabajo”, en *LL* 2006-E, 134; *DT* enero/2007.
- RODRÍGUEZ SAIACH, LUIS A., “No se viola la estabilidad impropia cuando el despido sin causa encubre discriminación”, en *LL* 2005- F.
- RUBIO, VALENTÍN, “Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, volumen: 2000-1.
- RUBIO, VALENTÍN, “Discriminación en el Trabajo. Despido Discriminatorio”, en *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo-1*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001-1.
- RUPRECHT, ALFREDO, “La estabilidad en Latinoamérica”, en *Estudios sobre el derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Bs. As. Heliasta, 1979.
- SAMUEL, OSVALDO MARIO, *La discriminación laboral*, Bs. As., Astrea, 2012.
- SASTRE IBARRECHE, RAFAEL, *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador”, en *Revista Derecho del Trabajo online*, año 4, n° 876, 2009.
- SINGMAN, EZEQUIEL, *Justicia para todos. Cómo cayó la Corte Menemista*, Bs. As., Editorial Euros Editores, 2008.
- SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 1996.
- SUPIOT, ALAIN, *El espíritu de Filadelfia. La Justicia social frente al mercado total*, España, Editorial Península, 2011.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- TILLY, CHARLES, “La globalización amenaza los derechos de los trabajadores”, en *Apuntes de investigación del GEGYP*, 1997.
- VALDOVINOS, OSCAR *et al.*, “Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina”, Informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (designado por resolución MT 502/2005), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1992.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (dir.), OJEDA, RAÚL HORACIO (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo: comentada y concordada*, t. III, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- VON POTOBOSKY, GERALDO, “La recomendación de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo”, en *Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Bs. As., 1979.
- ZAS, OSCAR, “El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador”, en *Revista La Ley*, t. 2010-A.

# Índice Temático

## A

ASTREINTES P. 77, 115, 168

## B

BUENA FE P. 19, 21, 22, 33, 37, 105, 118, 180, 201

## C

CONCURSO O QUIEBRA DEL EMPLEADOR P. 124, 125, 134, 136

comité de control P. 128, 129

continuidad de la explotación P. 123, 125, 126, 131, 132, 133, 134

Ley de Concursos y Quiebras P. 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135

pasivos laborales P. 127

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 13, 25, 26, 34, 35, 37, 41, 42, 46, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 82, 83, 89, 107, 108, 112, 116, 118, 137, 138, 145, 162, 163, 165, 178, 179, 181, 182, 184, 191, 197, 198, 210, 212

CONTRATO DE TRABAJO P. 3, 4, 5, 6, 7, 10, 16, 20, 21, 24, 26, 28, 40, 41, 44, 56, 76, 85, 86, 88, 95, 117, 120, 125, 133, 139, 140, 142, 147, 148, 149, 155, 156, 157, 158, 177, 178, 182, 183, 185, 195, 196, 197, 199, 200, 203, 206, 208, 212

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO P. 125, 128, 132, 143

COOPERATIVAS DE TRABAJO P. 125, 133, 134

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 23, 32, 34, 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 58, 60, 62, 67, 71, 72, 75, 76, 82, 83, 85, 138, 141, 142, 143, 144, 161, 173, 177, 183, 198

CRÉDITO LABORAL P. 69, 97, 99,

124, 125, 126, 128, 130, 131, 132, 134, 135

privilegio laboral P. 125, 126, 131, 132, 134, 135

pronto pago P. 125, 126, 127, 128, 130, 131, 135

## D

DERECHOS HUMANOS P. 26, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 42, 43, 45, 46, 49, 54, 57, 59, 67, 71, 76, 81, 83, 85, 99, 111, 140, 141, 142, 147, 151, 161, 166, 171, 180, 191, 197, 207, 209, 212

Convención Americana de Derechos Humanos P. 27, 67

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre P. 32, 42, 59, 179, 191, 197

Declaración Universal de Derechos Humanos P. 27, 32, 42, 46, 59, 197

Declaración Universal de los Derechos del Hombre P. 179, 191

derecho al trabajo P. 26, 27, 28, 42, 43, 44, 47, 54, 61, 65, 68, 71, 72, 75, 76, 82, 137, 138, 140, 141, 143, 144, 160, 180, 191, 197

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales P. 26, 27, 32, 42, 46, 98

tratados internacionales de derechos humanos P. 140, 165, 178, 184, 198

DESPIDO P. 5, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 35, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 55, 57, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 75, 76, 78, 79, 81, 82, 89, 90, 91, 94, 95, 99, 102, 103, 104, 109, 116, 120, 150, 157, 162, 164, 172, 175, 180, 181, 182, 183, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210

despido arbitrario P. 5, 11, 13, 23, 44, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 79, 82, 120, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 157, 160, 162, 163, 166, 182, 197, 199, 206

despido con justa causa P. 12, 13, 19, 20, 21, 138, 157, 197, 212

despido del trabajador discapacitado

P. 195

despido discriminatorio

P. 108, 113, 139,

140, 141, 142, 144, 145, 150, 158, 161, 162, 164, 165, 169, 171, 172, 174, 175, 180, 181, 183, 192, 193

despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad

P. 185, 191

nulidad del despido

P. 137, 138, 139, 140,

141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 155, 158, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 174, 183

DISCRIMINACIÓN

P. 27, 33, 34, 38,

39, 40, 41, 45, 46, 47, 53, 55, 58, 68, 72, 75, 82, 95, 97, 107, 110, 115, 140, 141, 144, 172, 179, 183, 184, 192, 193, 194, 200, 201, 210

actos discriminatorios

P. 38, 46, 61, 72,

107, 112, 115, 140, 144, 165, 180, 181, 182, 185, 194, 212

discriminación contra la mujer

P. 32, 43, 191

discriminación en el empleo

P. 56, 95,

177, 178, 180, 182, 209

discriminación por razón de sexo

P. 188,

190

discriminación racial

P. 32, 42, 197

LEY Antidiscriminatoria

P. 72, 79, 107, 113, 114

## E

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

P. 150,

161, 172

ejecución forzada de la sentencia de reinstalación

P. 137, 147, 158, 160, 161, 162, 174

empleo de la fuerza pública

P. 155,

159, 168, 170, 171, 174, 175

EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES

P. 94, 100, 101

ESTABILIDAD LABORAL

P. 23, 40, 41,

43, 66, 68, 72, 76, 77, 79, 85, 86, 103, 104, 120, 138, 139, 157, 160, 197, 211, 212

estabilidad absoluta o real

P. 138, 146

estabilidad propia

P. 26, 42, 62, 70, 119

estabilidad relativa impropia

P. 25, 29,

32, 38, 39, 40, 44, 60, 68, 69, 182

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

P. 3, 5, 7, 10, 12, 16, 17, 20, 24, 85, 125,

142, 177, 182, 195, 196, 200, 212

abandono de trabajo

P. 17, 18, 19, 20, 21

acuerdo extintivo de la relación laboral

P. 6, 9, 10, 11, 15

extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes

P. 3, 6, 9, 10, 11, 12, 17, 20

renuncia al empleo

P. 7, 18

## F

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

P. 92, 93,

103, 120, 124, 210

## I

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

P. 10, 24, 38, 63, 65, 89, 115, 132, 133, 134, 139, 146, 162, 191, 192, 196, 201, 207

indemnización agravada

P. 79, 89, 161, 166, 185

indemnización por daños y perjuicios

P. 60, 71, 74, 109, 115, 145, 146, 151, 153, 154, 160, 162, 163, 166

indemnización reducida

P. 17, 196

IUS VARIANDI

P. 87, 116, 117, 119, 204

## L

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

P. 8,

9, 11, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 38, 44, 45, 59, 60, 66, 69, 73, 74, 76, 77, 79, 86, 87, 88, 90, 94, 99, 107, 108, 116, 118, 119, 125,

132, 134, 135, 138, 148, 155, 178, 185, 191, 192, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 207, 208, 209, 210, 211

LIBERTAD DE CONTRATAR

P. 4, 5,

47, 52, 53, 82, 145, 157, 162, 164, 165

LIBERTAD SINDICAL

P. 27, 105,

110, 111, 113, 144, 164, 181

## N

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

P. 27, 78,

102, 103, 104, 105

## O

ORDEN PÚBLICO P. 4, 5, 13, 15, 17, 29,  
41, 48, 52, 87, 132, 179

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL  
DEL TRABAJO P. 25, 26, 27, 33, 62, 66,  
68, 72, 76, 79, 83, 111, 113, 125, 130, 131, 135, 136, 138, 179,  
180, 191, 199, 200, 201, 208, 209, 210

## P

PRINCIPIO DE IGUALDAD P. 32, 33,  
45, 46, 58, 82, 188, 190, 208

PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL  
TRABAJO P. 150  
principio de continuidad del vínculo  
laboral P. 87, 88, 89, 90, 91, 97, 117, 119, 139, 205, 208  
principio protectorio P. 10, 108, 117, 197, 212

## R

REGISTRACIÓN DE LA RELACIÓN LA-  
BORAL P. 90, 91, 120  
trabajo precario o informal P. 85, 91, 124  
trabajo no registrado P. 91, 120, 136

REINCORPORACIÓN DEL TRABAJA-  
DOR P. 25, 38, 40, 57, 61, 66, 67, 69, 71, 72,

73, 137, 138, 139, 142, 143, 145, 151, 155, 157, 159, 160, 161,  
163, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 174, 175, 181, 183, 185

obligación de hacer P. 70, 75, 146, 147,  
148, 150, 153, 154, 156, 157, 159, 160, 166, 169, 170, 174

obligación de pagar el salario P. 148, 169, 170

reubicación funcional del trabajador  
P. 208, 210, 212

salarios caídos P. 69, 77, 109, 146, 162, 181, 187

REINSTALACIÓN DEL TRABAJADOR  
*Véase* REINCORPORACIÓN DEL TRA-  
BAJADOR

## S

SUBCONTRATACIÓN P. 92, 94, 97, 98, 100, 102  
actividad principal P. 98, 100

## T

TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD  
P. 195, 200, 207, 208, 210, 211, 212

## V

VULNERABILIDAD P. 12, 124, 136, 177,  
180, 182, 193, 194, 211

Este libro con una tirada de 12.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en junio de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202  
campichuelo@cogcal.com.ar - www.cogcal.com.ar



