

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

SUPLEMENTO DIGITAL

La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

Dossier N° 8

CÉSAR ARESE

Director

DIEGO GUIRADO

Coordinador



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

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

Fechas de publicación:

Dossier N° 1: 3 de abril de 2020

Dossier N° 2: 14 de abril de 2020

Dossier N° 3: 28 de abril de 2020

Dossier N° 4: 21 de mayo de 2020

Dossier N° 5: 2 de junio de 2022

Dossier N° 6: 17 de enero de 2024

Dossier N° 7: 27 de febrero de 2024

Revista de Derecho Laboral Actualidad. Dossier N° 8 : Doctrina Digital. La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. / José Alejandro Sudera ... [et al.] ; Director Mauricio César Arese. - 1ª edición. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2024. Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-30-4915-6

I. Derecho. I. Sudera, José Alejandro. II. Arese, Mauricio César, dir. CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de Rubinzal y Asociados S. A.

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

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por CÉSAR ARESE y DIEGO GUIRADO.....	5
<i>La legalización de lo pretoriano en el artículo 245 de la LCT y ciertos agregados (in)necesarios o (in)convenientes</i> , por ALEJANDRO SUDERA.....	7
<i>¿Es constitucional el “Fondo de Cese Laboral” que impulsa el gobierno?</i> , por LUIS ENRIQUE RAMÍREZ.....	30
<i>Licencia patronal para discriminar. Nulidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2023 y de su regulación del despido discriminatorio</i> , por RICARDO J. CORNAGLIA y JUAN IGNACIO ORSINI.....	37
<i>La libertad de discriminar</i> , por SEBASTIÁN SERRANO ALOU.....	64
<i>La trampa del nuevo artículo 276 de la LCT según el DNU 70/2023</i> , por CLARISA DE ARCE.....	73
<i>La única certeza es la necesidad de actualizar los créditos laborales: sobre el artículo 276 de la LCT según el DNU 70/2023</i> , por RAMIRO R. RUIZ FERNÁNDEZ.....	84
<i>Actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en créditos laborales. ¿Cuestión semántica o disparate jurídico en el DNU 70/2023?</i> , por MARÍA ELENA ARRIAZU.....	92
<i>Los “trabajadores colaboradores”. Una manifestación del renacimiento del Derecho social como “jerigonza jurídica” y de un indiscreto retorno al arrendamiento de servicios. Inconstitucionalidad del artículo 96 del DNU 70/2023, del 20 de diciembre de 2023</i> , por JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h).....	102
<i>La libertad sindical en riesgo frente a la reforma del DNU 70/2023</i> , por LUIS RAFFAGHELLI.....	116

<i>Primeras impresiones sobre la regulación del derecho de huelga contenida en el artículo 97 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023</i> , por JOSÉ E. TRIBUZIO	132
<i>Interferencia patronal en asambleas sindicales, propuesta regresiva prevista en el DNU 70/2023</i> , por JUAN ANDRÉS PISARELLO	142
<i>El DNU 70/2023 y la huelga en servicios esenciales. Una mirada desde la práctica</i> , por CARLOS FELIPE SCHWARTZ.	148
<i>“La alimentación” como un servicio de importancia trascendental</i> , por PEDRO SEBASTIÁN PUSINERI	157

PRESENTACIÓN

A LA ALTURA DE LA HORA LABORAL

Con el presente suplemento de la *Revista de Derecho Laboral Actualidad* se cierra un ciclo de ediciones especiales dedicadas a la reforma laboral a través del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 denominado “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, en su Título IV relativo a disposiciones laborales. Se sabe que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se abocará a conocer frente a la suspensión primero y a la declaración de invalidez constitucional posterior por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Feria.

Por lo tanto, el debate jurídico sobre su validez desde lo procesal y sustancial continúa con gran ímpetu entre los operadores laborales del Derecho. Tampoco se descartan nuevas alternativas como proyectos de ley específicos que reactiven y amplíen la necesidad de análisis actualizados de Derecho del Trabajo.

Una muestra de esta conmoción es que, en tres suplementos especiales, se publicaron cuarenta colaboraciones pensadas y escritas en poco más de un mes de este 2024. Sin embargo, la lectura de los artículos devela que la libertad y necesidad de expresión jurídica impulsa y enriquece la profundidad y amplitud de análisis.

La necesidad de expresión de los autores es directamente proporcional a la avidez de reflexión, formación, argumentación y debate relativos al sistema laboral nacional. Es de notar que, si bien existe una política editorial de promover la generación de doctrina laboral, la entrega de material ha sido, en muchos casos, de característica espontánea.

Esta “hora laboral” ha reunido a autores de larga trayectoria y denso currículum a los que se suelen catalogar como “firmas” junto a quienes, sin esa hoja de vida, necesitan que se les abran las páginas para, simplemente, escribir. El equipo editorial de la *Revista de Derecho Laboral Actualidad* les agradece sus esfuerzos, tiempo e inteligencia al servicio de la pasión por el Derecho.

A su vez, se expresa el deseo y la esperanza de que los lectores –magistrados, abogados, funcionarios, investigadores y todo aquel que se interese por la vida jurídica– encuentren en estos tres suplementos especiales un instrumento urgente pero sabio y una fuente de conocimiento en la lucha permanente por la justicia. Es que “el que haya de estudiar el Derecho, conviene que primero sepa de dónde trae su origen este nombre: tiene su denominación de la justicia” (Digesto Justiniano, Pandectas, Título I).

Eso es lo que, esencialmente, reúne a autores y lectores en todo momento.

CÉSAR ARESE

Director

DIEGO GUIRADO

Coordinador

LA LEGALIZACIÓN DE LO PRETORIANO EN EL ARTÍCULO 245 DE LA LCT Y CIERTOS AGREGADOS (IN)NECESARIOS O (IN)CONVENIENTES

por ALEJANDRO SUDERA¹

SUMARIO: 1. Aclaración (¿in?)necesaria. 2. Las modificaciones. 2.1. Primer párrafo. 2.1.1. La condición ya existente. 2.1.2. Dos modificaciones en la literalidad de la expresión. 2.1.3. La recepción de doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 2.2. Segundo párrafo. 2.2.1. ¿Tiene ahora el artículo 245 de la LCT dos bases de cálculo distintas? 2.3. Tercer párrafo. 2.4. Cuarto párrafo. 2.5. Quinto párrafo. 2.6. Sexto párrafo. 2.7. Séptimo párrafo. 2.8. Octavo párrafo.

1. Aclaración (¿in?)necesaria

Los convencionales constituyentes de 1994 no inventaron los decretos de necesidad y urgencia. Esto es más que sabido. Simplemente formalizaron su regulación dentro de las facultades de quien ejerce la presidencia de la Nación (conf. Constitución Nacional, art. 99, inc. 3º, párrs. 3º y 4º). Pero ya desde la institucionalización del país los titulares del Poder Ejecutivo nacional echaron mano a este recurso, que permite dictar reglas sociales obligatorias con carácter permanente (que en este caso, con perdón de Planiol, no son leyes) a quien tiene terminantemente prohibido legislar (CN, mismo artículo e inciso, párr. 2º)².

¹ Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Subdirector de la Maestría y Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor adjunto regular en dicha Facultad y en la de Ciencias Económicas de la misma Universidad. Publicista en la especialidad.

² “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

El dictado de decretos de necesidad y urgencia por parte de quien ejerce la presidencia de la Nación, si bien ha sido validado por su incorporación a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 como extraña excepción a la tajante (en la literalidad, absoluta) prohibición de su artículo 99, inciso 3º, párrafo 2º³, no es la forma en que se deben sancionar reglas sociales obligatorias con carácter permanente (leyes) en una democracia republicana y representativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido sólida e ineludible doctrina acerca de cuándo se configuran los supuestos de “necesidad y urgencia” requeridos por el párrafo 3º de la norma antes citada⁴, sobre los que no me extenderé por no constituir el objeto de este trabajo.

Baste decir, entonces, que el acotado análisis que me propongo hacer de las modificaciones introducidas al artículo 245 del Régimen de Contrato de Trabajo por el decreto de necesidad y urgencia 70/2023 lo realizaré sobre la hipótesis de la validez constitucional y vigencia de dicha norma a la luz de las disposiciones constitucionales antes revisadas.

2. Las modificaciones

El artículo 81 del DNU 70/2023 dispone sustituir “el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente”, y a continuación indica el texto que me propongo analizar.

En la primera lectura que realicé de la norma me vino a la mente algo que de chico –o sea, hace sólo medio siglo– veía en alguna revista o algún diario (que no puedo identificar en la memoria): “el juego de los 7 errores”, en el cual había –uno al lado del otro– dos dibujos en apariencia iguales, pero que no lo eran. En posteriores lecturas recordé haber visto aquel ingenio, pero con la denominación “Encuentre las 7 diferencias”, y pensé que podía utilizar esto como un título menos

³ Y como evidente reacción al abuso de esa –hasta entonces– creación pretoriana que hizo el entonces presidente Carlos Menem.

⁴ “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional. Administración Nacional de Aduanas s/Acción de amparo” (*Fallos*: 322:1726, del 19-8-99); “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986” (*Fallos*: 333:633) y “Pino, Seberino y otros c/Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad” (del 7-10-2021), entre muchos otros.

crítico para estas líneas, pero lo descarté porque –lamentablemente– el número no concordaba: son más.

Algunas modificaciones no son más que el intento de realizar meras precisiones lingüísticas respecto del texto anterior, pero también –fácilmente– se advierte la recepción de reiterada y aceptada doctrina de tribunales y autores, de doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que mayor acatamiento histórico ha tenido por parte de los tribunales inferiores (y por los operadores jurídicos aún en etapa pre-judicial), de criterio análogo al de normas que regulan otros institutos, la incorporación de un sistema de excepción correspondiente –como es lógico– a un régimen de excepción, y hasta de algún fallido.

Por una mera y arbitraria elección metodológica, abordaré el análisis siguiendo el orden de los párrafos del artículo reformado.

2.1. *Primer párrafo*

“Artículo 245 – *Indemnización por antigüedad o despido*. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso y luego de transcurrido el período de prueba, se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual”.

2.1.1. *La condición ya existente*

El primer agregado que se advierte es aquel según el cual la indemnización le va a corresponder al trabajador despedido sin justa causa “y luego de transcurrido el período de prueba”. Se advierte manifiestamente innecesario el agregado de tal condición, porque lo esencial del período de prueba es que regula que, ante la extinción dispuesta durante su decurso por el empleador sin invocación de causa, éste no debe indemnización alguna por el hecho de la extinción (cuestión dis-

tinta es si la extinción sobreviene sin haberse cumplido con la obligación de preavisar, ya que en tal intempestivo supuesto se debe la indemnización sustitutiva de preaviso omitido). Una vez agotado el plazo del período de prueba, el despido dispuesto sin expresión de causa por el empleador⁵ lo torna deudor de la pertinente indemnización.

Resulta, no obstante, interesante destacar que el artículo 92 bis de la LCT (que regula el período de contratación a prueba en los contratos de trabajo por tiempo indeterminado, con excepción del regulado por el art. 96) también ha sido modificado por el DNU 70/2023, que le restituyó el epígrafe (*Período de prueba*) que no tenía en origen –ley 24.465–, que le había agregado la ley 25.013 y le eliminó la ley 25.877, al tiempo que extendió la duración de ese período al novedoso plazo de ocho meses⁶ y le eliminó dos numerales (o incisos) a la redacción dada por la ley 25.877: el 3 y el 7.

Con relación a este último numeral (“El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social”), siempre consideré que a la luz de las disposiciones del artículo 18 de la LCT resultaba absolutamente innecesario, aunque se explicaba su existencia por la excepción a éstas que contenía el numeral 7 en la redacción originaria dada por la ley 24.465.

No le asigno importancia alguna a la supresión del numeral 3 del artículo 92 bis de la LCT –en la redacción dada por la ley 25.877– que realiza el DNU 70/2023, en orden a la potencial exigibilidad de la indemnización del artículo 245, ya que la prohibición de contratar a un trabajador sometiéndolo a período de prueba más de una vez y la obligación de registrar el contrato (redundante de conformidad con el funcionamiento general del sistema de contratación laboral) estuvieron siempre en las cuatro versiones anteriores del artículo 92 bis

⁵ Igual consecuencia se genera si es el trabajador quien pone fin a la relación, mediante un despido indirecto dispuesto con justa causa (art. 242, LCT).

⁶ Eran tres meses extensibles por CCT a seis en la ley 24.465, treinta días extensibles por CCT a seis meses en la ley 25.013, de nuevo de tres meses extensibles por CCT a seis meses en la ley 25.250 –simpática y popularmente conocida como Ley Banelco–, aunque en este caso –si se trataba de Pymes– sería de seis meses extensibles a doce meses para “trabajadores calificados según definición que efectuarán los convenios”, y –finalmente– de tres meses no extensibles en ningún caso en la ley 25.877.

(según leyes 24.465, 25.013, 25.250 y 25.877). La consecuencia de no registrar la incorporó la ley 25.250 y la de violar la prohibición del numeral 1 la agregó la ley 25.877.

Cuando no estuvieron expresamente establecidas esas consecuencias, ¿cabía entender que, si el empleador violaba la prohibición o incumplía la obligación de registrar, podía igualmente beneficiarse con la eximición de la obligación indemnizatoria ante una disolución sin invocación de causa perfeccionada durante el tiempo correspondiente al período de prueba? La respuesta debería ser obviamente negativa⁷. Los inmensos beneficios que el artículo 92 bis de la LCT establece en favor del empleador (posibilidad de disolver el contrato de trabajo sin invocación de causa y sin obligación indemnizatoria, y reducción del plazo del preaviso a quince días –art. 231, LCT–) son conferidos a aquel que –de conformidad con la figura paradigmática utilizada por el artículo 63 de la LCT– es un “buen empleador”. El empleador que viola la ley, el “mal empleador” que contrata a un trabajador sin registrar la relación, incurre en múltiples ilícitos que (aun haciendo abstracción de la errada decisión de derogar con el DNU 70/2023 las sanciones establecidas en las leyes 24.013 y 25.323) incluyen ser pasivos de las sanciones administrativas pertinentes. El empleador clandestino agrede y daña a la sociedad –en el plano colectivo– y al trabajador –en el individual–.

Retomo, entonces, para concluir: si bien no le asigno importancia alguna a la supresión del numeral 3 del artículo 92 bis de la LCT –en la redacción dada por la ley 25.877– que realiza el DNU 70/2023, en orden a la potencial exigibilidad de la indemnización del artículo 245, existe un gran riesgo de que refuerce el razonamiento y la conclusión (equivocados, en mi opinión) de los sectores de la doctrina y de la jurisprudencia que entienden que si el trabajador no superó los tres meses de antigüedad, y aunque el empleador haya mantenido

⁷ No quiero extenderme innecesariamente en lo que ya he escrito y vuelto a escribir. Para quien tenga tiempo y ganas, remito a mis publicaciones *Indemnización por despido durante los tres primeros meses de relación (clínicamente conocida como “inflamación de Sawady”)* (en *La relación de trabajo*, coord. por Mario Ackerman y Alejandro Sudera, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009) y *El dos cuarenta y cinco* (en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2022-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe).

la relación en la clandestinidad o irregularidad registral, no resulta acreedor a la mentada indemnización.

Y una duda que me asalta: tales sectores de la doctrina y de la jurisprudencia que consideran –interpretando el primer párrafo del artículo 245 de la LCT– que la antigüedad del trabajador debe superar los tres meses para que tenga derecho a la indemnización regulada en este artículo, ¿interpretarán que, aun superándose esa antigüedad, al trabajador cuyo contrato se mantiene en la clandestinidad no le corresponde indemnización hasta que no supere los ocho meses de antigüedad, porque el artículo 92 bis ya no contiene la regla de que “El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”?

Esto, sin considerar la eventual problemática que pueda plantearse en caso de optarse por la sustitución permitida por el párrafo séptimo. Remito a lo allí dicho.

2.1.2. *Dos modificaciones en la literalidad de la expresión*

Donde, según la versión vigente desde septiembre de 1974⁸, el artículo 245 de la LCT decía: “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, *éste deberá abonar al trabajador* una indemnización...”, con la reforma introducida por el DNU 70/2023 ahora dice: “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso y luego de transcurrido el período de prueba, *se deberá abonar al trabajador* una indemnización”.

El “éste [el empleador] deberá abonar” de la redacción anterior pasó a ser un impersonal “se deberá abonar”. Más que una mera modificación en la manera de expresar la idea, el cambio parece relacionado con la opción que abre el párrafo séptimo de la nueva regulación

⁸ Aunque en esa redacción originaria –de hace cuarenta y nueve años y medio– el artículo en cuestión era el 266, que –renumerado después de la profunda modificación introducida por la dictadura militar mediante “ley” 21.297 y merced a su texto ordenado por el decreto 390/76– pasó a ser el 245.

establecida por el artículo 245 de la LCT versión DNU 70/2023, según la cual “Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral...” En el sistema opcional que establece la reforma no hay indemnización sino un fondo o sistema de cese laboral, y si bien ese fondo se va conformando con aportes del empleador, el deudor –al extinguirse el contrato de trabajo– no es él⁹.

Por otra parte, el “...tomando como base de cálculo la mejor...”, que reemplaza al histórico “...tomando como base la mejor...”, no resulta desacertado, pero aporta precisión lingüística a algo que nunca generó controversia en la doctrina ni en la jurisprudencia.

2.1.3. *La recepción de doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*

“La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual”.

Esta oración, agregada al primer párrafo del artículo 245 de la LCT, establece pautas de aplicabilidad para conformar la base de cálculo de la indemnización, y receta en cierto modo –aunque avanza un poco más allá y se queda un poco más acá– la doctrina establecida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario 322 dictado *in re* “Tulosai, Alberto Pascual c/Banco Central de la República Argentina s/Ley 25.561”, según la cual: “1º) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario; 2º) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT”.

Sin adentrarse en el verdadero problema, el que genera las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que es la falta de conceptualización del requisito de “mensualidad” que deben satisfacer los rubros remuneratorios para formar parte de la base de cálculo, la re-

⁹ Ver comentario al párrafo 7º.

forma excluye de ésta al sueldo anual complementario y a cualquier concepto de pago semestral o anual.

Pero, por contrario, al no aportar esa conceptualización y dar como pauta de aplicación la exclusión del sueldo anual complementario y *conceptos de pago semestral o anual*, deja subsistente la duda acerca de rubros con periodicidad en el pago (y, correlativamente, en su exigibilidad) bimestral, trimestral o cuatrimestral.

2.2. Segundo párrafo

“Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis (6) meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador”¹⁰.

2.2.1. *¿Tiene ahora el artículo 245 de la LCT dos bases de cálculo distintas?*

Un análisis llevado adelante desde la metodología escogida al redactarse esta nueva versión del artículo 245 de la LCT, en virtud de la cual se separó en un párrafo distinto lo que se pretende analizar aquí, al tiempo que se incorporaron en el primer párrafo pautas de aplicabilidad para conformar la base de cálculo de la indemnización históricamente expresada por el sintagma “mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año”, puede llevar a la conclusión de que este –nuevo– segundo párrafo establece una segunda base de cálculo para la indemnización por despido arbitrario, aplicable a un universo particular de trabajadores integrado por aquellos

¹⁰ No es la primera vez que en nuestra legislación se echa mano a un promedio para cuantificar la base de cálculo de la indemnización por despido. El art. 157, inc. 3º del Código de Comercio reformado por la ley 11.729 (B. O. del 25-9-34), que creó el primer sistema de indemnización por despido en nuestra normativa laboral (bien que limitado inicialmente en sus alcances a los empleados de comercio), estableció que “También abonará el principal al empleado, en todos los casos de despido, haya o no preaviso, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución de la indemnización por despido mensual por cada año de servicio, o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo del servicio cuando es inferior a aquel plazo”.

“remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables”. En tal hipótesis podría considerarse válidamente que esta segunda base de cálculo no excluiría a los rubros integrativos del sueldo del trabajador devengados en el último año que no satisficieran los requisitos de normalidad y habitualidad¹¹, ya que no hace referencia a ellos, pero sí la hace a los de ser remuneración y ser mensual.

Sin embargo, si se analiza todo el nuevo artículo 245 de la LCT en forma conjunta, se advierte que su tercer párrafo –al establecer cómo se cuantifica el tope que pone un límite cuantitativo a la base de cálculo– comienza diciendo “Dicha base”, en singular, no en plural, lo que inequívocamente lleva a entender que en el primer y segundo párrafos de la norma hay una sola base de cálculo.

Lo mismo ocurre con el quinto párrafo, que refiere a “La base de cálculo de la indemnización [...] obtenid[a] conforme el método descrito en el primer y segundo párrafo del presente”. Dos párrafos, un método, una base de cálculo.

Finalmente, el sexto párrafo hace expresa mención a “la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente”.

Así las cosas, y descartada la posibilidad de entender que con la reforma se haya intentado desdoblarse la base de cálculo de la indemnización por despido sin justa causa, cabe analizar cómo interpretar este agregado realizado por el DNU 70/2023.

Pero queda claro que la norma, por histórica, intencional y decisiva disposición del legislador, pone requisitos para que los distintos rubros que componen el sueldo del trabajador integren su base de cálculo (excluye lo no remunerativo, lo no mensual, lo no habitual y lo no normal; las pautas de aplicación antes aludidas despejan parcialmente las dudas sobre lo no mensual), de modo tal que se erige en una de las herramientas que utiliza para disminuir el monto total de la indemnización. Al ser expulsiva respecto de la incorporación de ciertos rubros¹²,

¹¹ Que tantos problemas de aplicación práctica presentan como consecuencia de la falta de conceptualización normativa acerca de qué debe ser considerado “normal” y qué “habitual”.

¹² Cuantos más requisitos se establecen para que un objeto forme parte de un conjunto, menos objetos van a estar en condiciones de integrarlo. En un caso concreto en que el sueldo del último año de un trabajador esté conformado por rubros remun-

reduce la cuantía de la base –que es una de las variables de cálculo–, y como consecuencia de ello se reduce el *quantum* final de la indemnización. Aun así, siempre se ha tomado como base de cálculo la “mejor” de las que satisficieran todos los requisitos.

Ahora bien, la reforma introducida por el DNU 70/2023 no prescindió de ninguno de los vocablos que conforman el sintagma tradicional configurativo de la base de cálculo de la indemnización del artículo 245 de la LCT. Pero al final del primer párrafo se agregaron pautas de aplicabilidad del requisito de “mensualidad”. Y en este segundo párrafo se agrega otra pauta de aplicabilidad, que neutraliza la opción que en ese sintagma se realiza por la “mejor” para aquellos casos de trabajadores cuya remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año contenga rubros “variables”.

Como con precisión lo destacó Álvarez en el dictamen al fallo plenario 298 de la CNAT (*in re* “Brandi”), “La norma citada, al aludir a la ‘mejor remuneración’, parte de la premisa misma de la variabilidad, porque es obvio que nadie puede llevar a cabo un juicio que implique afirmar que una cifra es ‘mejor’ si todas son idénticas...”

Según el *Diccionario* de la RAE, “variable” es lo que varía o puede variar, y variar es hacer que una cosa sea diferente en algo de lo que antes era.

Tengo para mí que un rubro (remunerativo, mensual, normal y habitual) que “puede variar” pero no lo hace –al menos en el último año, que es lo que interesa en los términos de la norma *sub examine*– resulta ajeno a este análisis. Lo relevante es que ese rubro, que puede variar, efectivamente haya variado. Y establecer cuál es la variación a la que apunta la norma. Considerando –como lo hago– que este segundo párrafo habría sido incorporado como pauta de aplicabilidad

nerativos y no remunerativos, mensuales y no mensuales, habituales y no habituales, y la cuantía de un mes concreto de alguno de ellos sea normal o anormal, la “mejor” “remuneración” “mensual”, “normal” y “habitual” necesaria –y teóricamente– va a ser cuantitativamente más baja que la “mejor” “remuneración” “mensual”, “normal”; esta última sería inferior a la “mejor” “remuneración” “mensual”; al tiempo que resultaría superior a ella la “mejor” “remuneración”, y más elevada sería la cuantía del “mejor” sueldo (entendido “sueldo” como el integrado por rubros remunerativos y no remunerativos).

dirigida a neutralizar –en ciertos casos– la característica final de ser la base de cálculo la “mejor” (remuneración mensual, normal y habitual), no puedo sino entender que la variabilidad alude a la cuantificación dineraria correspondiente a cada mes de cada rubro devengado en el último año de prestación del trabajador.

Hay una cuestión que ya he mencionado incidentalmente más de una vez desde el primer párrafo de este punto, pero que me sigue generando perplejidad: si un rubro se devengó en favor del trabajador durante el último año en una pluralidad de oportunidades y por distintas cuantías –o sea que para el segundo párrafo en análisis es variable–, pero no cumple con el requisito de haber sido habitual¹³ (porque el propio segundo párrafo requiere que haya sido remunerativo y mensual), ¿se lo excluye de la base de cálculo por no satisfacer tal recaudo? ¿O se lo incluye y promedia por no hacer mención alguna a la habitualidad el segundo párrafo?

Me atrevo a plantear otros interrogantes que me acometen y provocan perplejidad:

- ¿Con que contenga al menos un rubro variable la remuneración del trabajador (compuesta, digamos, por otros nueve rubros) opera la aplicabilidad del segundo párrafo del artículo 245 de la LCT? ¿O se promedia sólo el rubro variable, considerando únicamente los meses en que se devengó?
- La inmensa mayoría de los trabajadores tiene al menos un componente variable en su remuneración; por ejemplo, el adicional por antigüedad, que necesariamente cambia durante el último año¹⁴. En ese caso, ¿se torna operativa la disposición de aplicabilidad del segundo párrafo? (y esto sin perjuicio del interrogante del párrafo anterior).
- Considerando que “variable” lleva a interpretar “de monto cambiante”, si hay un incremento salarial, ¿se torna aplicable el se-

¹³ Para lo cual cobra esencial relevancia conceptualizar qué se entiende por habitual, y reitero mi propuesta de que se considere como tal al rubro que se hubiere devengado en favor del trabajador al menos en la mitad de los meses correspondientes al período a considerar (en seis de doce meses, o cuatro de siete, etc.).

¹⁴ Salvo que el contrato se disuelva antes de que el trabajador llegue a cumplir un año en su empleo.

gundo párrafo? ¿O sólo es variable el rubro que cambia su monto por mayor producción o por mayor tiempo laborado? (comisión, horas extra, adicional por productividad, etc.).

- Finalmente, y esto es de extrema importancia en un país tradicionalmente –en la actualidad, exacerbadamente– inflacionario como el nuestro, ¿el promedio ha de obtenerse considerando el monto histórico correspondiente a cada mes¹⁵, o a valores homogéneos? En esta última hipótesis, ¿cómo se mantendría esa homogeneidad? ¿Aplicando el artículo 276 de la LCT?

2.3. Tercer párrafo

“Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Le corresponderá a la Autoridad de Aplicación fijar y publicar el promedio resultante, conjuntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo”.

Al nuevo tercer párrafo –anterior segundo, relativo a la cuantificación del tope– la reforma introducida por el DNU 70/2023 le cambia la mención expresa de “Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social” por la de “Autoridad de Aplicación”, que en la actualidad es la “Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”; no obstante, y más allá de que la interpretación tradicional no parece permitir llegar a otra conclusión, por medio de un decreto reglamentario podría establecerse que a los fines de esta norma se entenderá como “Autoridad de Aplicación” a otra dependencia (subsecretaría, dirección general, etc.).

2.4. Cuarto párrafo

“Para aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo

¹⁵ Si ésta fuera la respuesta, con el índice de desvalorización del poder adquisitivo de los salarios, el resultado sería una enorme licuación de las bases de cálculo y, correlativamente, de las indemnizaciones por despido sin invocación de causa debidas a los trabajadores.

de trabajo, el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”.

La reforma ha eliminado el cuarto párrafo de la redacción anterior –según ley 25.877– que establecía: “Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable”.

Y ha movido a este cuarto párrafo al que en la redacción anterior era el tercero, remplazando donde decía “aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo” por el actual “aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo de trabajo”.

Como ya he dicho al analizar la anterior variación del punto, según la interpretación que se haga de la reforma, se puede llegar a concluir que no tiene relevancia alguna¹⁶, o que ha introducido una modificación digna de análisis.

En apoyo de la primera de esas posiciones, puede destacarse que en los fundamentos invocados no se hace referencia alguna al propósito de la modificación, así como que no responde a la lógica de la imposición de un tope a la base que se relaje su rigor para que queden fuera de su aplicabilidad trabajadores con cargos y remuneraciones más altas, y que la propia CSJN –en el precedente “Vergara, Jorge Gabriel c/Mediconex SA s/Despido”¹⁷, y en lo atinente a la diferencia entre la redacción dada por las leyes 24.013 y 25.877– expresamente consideró análoga la hipótesis de exclusión en relación con el “no amparo” y afirmó la inexistencia de diferencias entre “excluido” y “no amparado”.

En apoyo de la segunda de las posiciones enunciadas, esto es, la que atribuye significación a la modificación legislativa, debe destacarse –en primer lugar– que la redacción cambió, que no es lo mismo “excluidos del convenio” que “excluidos de todo convenio”.

¹⁶ ÁLVAREZ, Eduardo, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo*, en ACKERMAN, Mario y otros, *Reforma laboral. Ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 79 y ss.

¹⁷ Del 23-11-95, V.134.XXXI.

Lo cierto es que, siguiendo a Ackerman¹⁸, “por fundamentales razones de seguridad jurídica, el intérprete, según aconseja la llamada dogmática jurídica, debe partir de la creencia de que el legislador es racional, coherente y consciente de las normas que sanciona, y aun cuando pueda legítimamente considerarse que, en muchos casos, ésta no es sino una ficción necesaria, hay que dar algún sentido a la reforma, ya que no es razonable suponer que el legislador careció de propósitos al introducir una modificación a una regla de Derecho cuya interpretación no provocaba desacuerdos entre los juristas”.

Según el *Diccionario* de la RAE, “excluir” es quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba, mientras que “excluido” es el que fue quitado del lugar en el cual estaba. Sólo puede considerarse excluido a quien estuvo incluido, o pudo estarlo.

Desde siempre, cuando se menciona a un trabajador como excluido del convenio colectivo, se ha hecho referencia al que, formando parte del “personal originalmente comprendido por la convención en razón de pertenencia al factor de representación personal de la entidad sindical y del acuerdo mismo, la voluntad concurrente de las partes colectivas ha dejado, por excepción, fuera de ese acuerdo convencional”¹⁹.

Al trabajador excluido “de todo convenio colectivo de trabajo” se le aplicará el tope correspondiente “al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”, porque ésta es la solución expresamente prevista por la normativa vigente, pero al “no amparado” (por utilizar los términos de la redacción según ley 24.013) no le corresponde tope alguno, porque se desempeña en una actividad o un establecimiento en el que no resulta de aplicación ningún convenio colectivo.

2.5. Quinto párrafo

“La base de cálculo de la indemnización no podrá en ningún caso ser inferior al sesenta y siete por ciento (67%) del importe correspon-

¹⁸ Ob. cit.

¹⁹ MAZA, Miguel Ángel, *Dos reflexiones acerca de la exclusión del convenio colectivo de trabajo*, en *LexisNexis Laboral y Seguridad Social*, 2005, N° 5, ps. 339 y ss.

diente a un (1) mes de sueldo, obtenido conforme el método descripto en el primer y segundo párrafo del presente”.

Cuando el 14-9-2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa caratulada “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA s/Despido”, sostuvo que “a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, ‘la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor’, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (*Fallos*: 209:114, 125/126 y 210:310, 320, considerando 6º, entre muchos otros). Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado artículo 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado artículo 28 de la Constitución Nacional”.

Fue tal la fuerza de ese fallo como fuente material del Derecho, que extraña que recién casi veinte años después –y en una reforma con la génesis de ésta– se la incorpore formalmente a la Ley de Contrato de Trabajo, conformando el verdadero “tope al tope” que determina.

La quita que la aplicación del tope del párrafo le provoca a la base de los párrafos primero y segundo no puede ser superior a 33% y, en caso de que lo fuera, en virtud de la doctrina de “Vizzoti” receptada en este quinto párrafo, quedará limitada a ese porcentaje.

2.6. Sexto párrafo

“La indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente”.

El piso de la indemnización del artículo 245 de la LCT no ha sido modificado por la reforma introducida por el DNU 70/2023, que se ha limitado a adecuar la redacción del ahora sexto párrafo a la nueva redacción de todo el artículo, que en sus dos primeros párrafos (no sólo en el primero, como antes) establece cómo se determina la base de cálculo.

El piso es el monto mínimo que puede tener la tarifa indemnizatoria del artículo 245 de la LCT, de modo tal que ningún trabajador que resulte acreedor a ella –por haber sido despedido sin causa o por haberse colocado indirectamente en situación de despido con justa causa– tendrá derecho a una suma inferior por aquel concepto.

Parece evidente que este mínimo garantizado aplica sobre la indemnización, pero no se advierte que el “fondo o sistema de cese laboral” por el cual el párrafo séptimo permite a las partes por acuerdo colectivo sustituir a aquélla goce de igual o análoga (o alguna, al menos) garantía.

2.7. Séptimo párrafo

“Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable”.

La reforma en análisis da la posibilidad de que las partes negocien colectivamente la generalización de un régimen de excepción previsto para una actividad con particularidades excepcionales.

Explica Maza²⁰, aludiendo a la industria de la construcción respecto

²⁰ MAZA, Miguel Ángel, *Protección ante la contingencia de desempleo o contra el despido sin justa causa (Reflexiones críticas sobre el régimen de protección para el siglo XXI y las posibles causas que conspiran contra la creación de empleo)*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2022-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

de la cual rige ese régimen de excepción, que se trata de una actividad empresarial caracterizada por la eventualidad de sus emprendimientos y, por consiguiente, de las relaciones laborales que anudan las empresas para cumplirlos.

Castagnino²¹ remarca, al respecto, que las necesidades temporales de la industria de la construcción en general, la alta rotación, la inestabilidad, son otras características de las relaciones de empleo que se entablan en esta rama de la actividad económica, que las distinguen de las relaciones laborales típicas, basadas en la vocación de permanencia, pertenencia y estabilidad propias del régimen laboral común.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, entre sus tantas disposiciones, establece la “estabilidad del empleado público” y dispone que “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”²². Para todos los demás trabajadores, la Constitución Nacional establece la “protección contra el despido arbitrario”²³.

Pero mientras la Constitución Nacional manda a proteger al trabajador “contra el despido arbitrario”, el artículo 245 de la LCT dispone la procedencia de la tarifa cuyo modo de cálculo establece para “los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa”²⁴.

²¹ CASTAGNINO, Laura C., *Obreros de la industria de la construcción*, en ACKERMAN, Mario (dir.); TOSCA, Diego y SUDERA, Alejandro (coords.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. V-A, ps. 303 y ss.

²² Varios de los conceptos vertidos en este punto ya han sido expresados en mi trabajo *Duración del contrato y continuidad de las prestaciones recíprocas*, en ACKERMAN, Mario y MAZA, Miguel Ángel (dirs.) y SUDERA, Alejandro y TULA, Diego (coords.), *Manual de elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, Capítulo VIII.

²³ No obstante constituir una contradicción en términos, hay consenso ampliamente mayoritario en la doctrina –y aun en la jurisprudencia de la CSJN, según se ha visto– en calificar a nuestro sistema general como de “estabilidad relativa impropia”, sin perjuicio de no garantizar estabilidad alguna y ser ésta insusceptible de gradación.

²⁴ Ver mi trabajo *¿Qué es la protección contra el despido arbitrario y cómo se garantiza? (o no)*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2020-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

No deja de ser llamativa la fórmula utilizada en la Constitución Nacional: “protección contra el despido arbitrario”.

Esto así porque proteger –según el *Diccionario* de la Real Academia Española– es “amparar, favorecer, defender” (primera acepción), y “resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo” (segunda acepción).

La mera “protección” establecida en relación con el resto de los trabajadores que no tienen estabilidad tiene un grado necesariamente menor, en tanto que proteger implica adoptar medidas tendientes a que un hecho no querido no ocurra, pero no una garantía de su no ocurrencia.

Ahora bien, por definición, esa “protección” tiene que ser previa, anterior a la ocurrencia de ese hecho no querido (en el caso, el despido arbitrario), e idónea para evitarla.

Así las cosas, ¿qué norma en nuestro Derecho positivo regula esa protección ordenada por la Constitución Nacional?

El ya mencionado artículo 245 de la LCT establece la consecuencia indemnizatoria²⁵ que se sigue de la decisión del empleador de despedir al trabajador sin invocación de causa, pero esto –de suyo– no lo protege “contra” el despido ya ocurrido (y válido aun en su antijuridicidad) sino respecto de sus consecuencias, esto es, de la inmediata y probable situación de falta de empleo y –correlativamente– de ingresos económicos.

No es, obviamente, este aspecto de lo regulado en el artículo 245 de la LCT el que cumple el mandato constitucional.

Bien podría sostenerse que el propósito de la disposición es múltiple. Sin lugar a dudas puede decirse que tiene un propósito reparador del daño presunto, esto es –en los términos de la norma– indemnizatorio,

²⁵ Es posible dudar de que la imposición de pago de la tarifa allí cuantificada conforme una indemnización, en tanto que parte de la existencia de un daño presunto que puede no necesariamente verificarse. Tal sería el caso del trabajador que, a punto de renunciar por haber conseguido un trabajo mejor –en todos los aspectos–, fuera despedido sin invocación de causa, tornándose acreedor a esa “indemnización”. Resulta más acertada, entonces, la posición reiteradamente sostenida por Ackerman, acerca de que lo regulado en el art. 245, RCT no sería una indemnización –como ha optado por calificarla el legislador– sino, antes bien, una cláusula penal de fuente legal.

pero éste no sería el aspecto más relevante, en orden a lo que se viene analizando –proteger respecto del despido arbitrario, tratando de evitarlo–.

El propósito principal de la norma es, en mi opinión, el disuasivo. Debe constituir una amenaza para el empleador, de entidad tal como para convencerlo de la conveniencia de no despedir sin causa al trabajador. La naturaleza de esta amenaza es pecuniaria; esto implica que cuanto mayor sea el *quantum* de la tarifa, mayor su poder disuasivo y –por ende– la protección dada al trabajador.

El segundo propósito, subsiguiente, es sancionatorio²⁶: adoptada por el empleador la conducta no querida por el ordenamiento (despido arbitrario –sin causa–), respecto de la cual se pretendió disuadirlo, el sistema lo castiga imponiéndole el pago pertinente.

Y, finalmente, el tercer y último propósito sería el aludido por el legislador como indemnizatorio²⁷.

La sustitución autorizada por el séptimo párrafo del artículo 245 de la LCT –según reforma introducida por el DNU 70/2023– de la indemnización por un “fondo o sistema de cese laboral” puede resultar cuestionable en su constitucionalidad a la luz del análisis realizado más arriba. Ello así dado que, si bien podría considerarse que suple el tercero de los propósitos enunciados, no funciona en modo alguno como el primero de ellos (disuasivo), que es el que recepta la garantía constitucional de “protección contra el despido arbitrario”. ¿Cómo podría intentarse disuadir a un empleador de despedir sin justa causa, bajo la amenaza de ser sancionado con la obligación de pagar una indemnización por ello, cuando viene aportando a un plan de ahorro previo para poder hacerlo en el momento en que decida hacerlo? A esto podría responderse que no interesa el distingo, en la medida que el trabajador va a tener a disposición la suma dineraria pertinente. Pero ¿a qué queda reducido el poder disuasivo de la intimación que pudiere cursar el trabajador a su empleador que incumple gravemente con obligaciones contractuales que pesan sobre sí, bajo apercibimiento

²⁶ Tal cual surge de las palabras del convencional Bravo, ya citadas reiteradamente.

²⁷ Todo lo transcrito con anterioridad corresponde a mi *¿Qué es la protección...?* cit.

de considerarse indirectamente despedido, si la consecuencia será la misma? ¿Qué importa si el empleador endereza o no su conducta, si el contrato se disolverá y el empleador le dirá “allí está el fondo de cese, a su disposición”?

Es de destacar que el sistema de fondo de cese laboral que habilita la reforma puede ser potencialmente más caro para los empleadores que el indemnizatorio general, ya que al aportar 8% “de la remuneración computable”²⁸ en forma mensual, en caso de aportarse sobre el total de la remuneración equivaldría a 104% anual (8 x 13), o sea, más de un sueldo. Tomando en consideración que ese fondo de cese le correspondería al trabajador en cualquier supuesto de cese laboral (renuncia, despido con justa causa, despido sin causa, jubilación, art. 211, etc.), el empleador estaría pagando el equivalente a la indemnización del artículo 245 de la LCT aun en supuestos de extinción en virtud de los cuales no sería responsable por el pago de indemnización alguna, o lo sería respecto de indemnizaciones reducidas.

¿O es que sólo sustituiría a esa indemnización en caso de estar el trabajador “en situación de 245”²⁹? Entiendo que esta interpretación no sería plausible; pero, si así fuera, ¿qué pasaría con los aportes realizados al fondo en caso de cese por una causa distinta al despido sin causa (o despido indirecto con justa causa)? En abono de esa opinión negativa, es de destacar que el artículo 247 de la LCT y los que a él remiten como módulo de cálculo indemnizatorio no han sido modificados por el DNU 70/2023.

En ese orden de ideas, una situación particular se me presenta al intentar analizar cómo funcionará este fondo o sistema de cese laboral en relación con el artículo 92 bis de la LCT, que regula el derecho del empleador a disolver el contrato de trabajo sin invocación de causa ni obligación indemnizatoria. Siempre he sostenido que este artículo establece un modo de disolución contractual distinto del despido sin

²⁸ Habrá que esperar a la reglamentación o, en su defecto, a la doctrina y la jurisprudencia para saber a qué se refiere, ya que bien puede tratarse del total de la remuneración del trabajador, como de una porción de ella (v. gr., art. 6º, ley 24.241, entre otras).

²⁹ Entiéndase por tal a haber sido despedido sin justa causa o haberse considerado indirectamente despedido con justa causa.

causa, y –de hecho y de derecho– de lo que exime al empleador es de obligación indemnizatoria. De tratarse de una actividad que ha validado y efectivizado la opción de sustitución del sistema indemnizatorio por el de fondo o sistema de cese laboral, al ejercer el empleador su facultad de disolver el contrato dentro del período de prueba, ¿se encontraría el trabajador habilitado para acceder a los fondos de ese “sistema de cese laboral”? No encuentro, en el articulado de la ley, motivos para que la respuesta no sea afirmativa. Y, por contrario, de no permitírsele al trabajador el acceso a ese fondo si el empleador ejerce el derecho de disolver el contrato de trabajo dentro del período de prueba, ¿qué ocurrirá con el dinero allí depositado?

Para finalizar, si el empleador que se desempeña en una actividad en la que por CCT se pactó hacer uso de esta opción no cumple con su deber de aportar mensualmente para integrar el fondo, ¿le es exigible el monto que debería haber integrado a ese fondo, o la indemnización del artículo 245 de la LCT?

2.8. *Octavo párrafo*

“Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley”.

Parece un agregado tan innecesario, que si fuera suprimido nada cambiaría. En el ámbito comercial, financiero y de seguros el empleador siempre ha tenido la posibilidad de celebrar todo tipo de contratos que le permitan depositar sumas dinerarias y obtener frutos capitalizables, así como –igualmente– celebrar un contrato de seguro que lo proteja de tal tipo de contingencias.

La parte final, sin embargo, incorpora al Régimen de Contrato de Trabajo una velada confesión relativa a la verdadera naturaleza de la disolución por mutuo acuerdo regulada en los dos primeros párrafos del artículo 241 de ese cuerpo legal, que es un modo de extinción que no genera derecho a indemnización, y a cuyo respecto el ordenamiento legal no prevé (tampoco, es cierto, lo prohíbe) el otorgamiento de una gratificación.

Hace mucho tiempo ya que vengo sosteniendo³⁰ que es insoslayable la existencia de cierta hipocresía del legislador al regular el mutuo acuerdo como modo de extinción del contrato de trabajo en los dos primeros párrafos del artículo 241 de la LCT, ya que lo presenta con simpleza o falsa inocencia como la contracara de la celebración –por regla– meramente consensual de dicho contrato, y como si poéticamente ambas partes –de la nada y en un mismo instante– advirtieran que ya no quieren seguir adelante con el vínculo. Hipócritamente, insisto, el legislador se desentiende de que no existe ningún mutuo acuerdo (absolutamente ninguno) que no contenga una cláusula de reconocimiento de una gratificación, y una cláusula siamesa inseparable de la anterior de compensabilidad futura de lo abonado con aquella imputación en caso de algún posterior reclamo del trabajador.

Si bien –siendo el acuerdo disolutorio un acto jurídico bilateral, y la renuncia o el despido actos jurídicos unilaterales– parece un contrasentido hablar de renuncia o despido negociados, lo cierto es que resulta tanto teórica como prácticamente imposible visualizar una situación en la cual las partes –trabajador y empleador– pudieran plantearse al unísono su voluntad de poner fin a la relación y no continuar con ella. Va de suyo que una de esas partes es la primera en manifestar a la otra su voluntad de poner fin a la relación.

Quizá sea el trabajador el que no quiera continuar, pero sabiendo que la renuncia no le genera derecho a indemnización alguna, y percibiéndose acreedor de algún tipo de reconocimiento por los años de labor, le plantee a su empleador la posibilidad de acordar la extinción, pactando el pago de una gratificación.

O, a la inversa, sea el empleador quien quiera despedir al trabajador –sin existir una justa causa para ello– pero abaratando el costo que supone la obligación de pagar la indemnización legalmente prevista, y le proponga al trabajador la celebración del acuerdo extintivo, pactando el pago de una gratificación.

El legislador miraba para otro lado y pretendía que esto no era así, pero regulaba el marco normativo para posibilitarlo. Quizá la incor-

³⁰ Ver mi voto en la SD dictada por la sala II de la CNAT en el expte. 44.600/2014, “Outeda, Roberto Agustín c/Plan Rombo SA s/Despido”, entre muchos otros.

poración de la parte final de este párrafo octavo podría no haber sido más que un desliz freudiano, pero tengo para mí que es realmente un sinceramiento de la verdadera naturaleza onerosa del mutuo acuerdo regulado en los dos primeros párrafos del artículo 241 de la LCT.

Ello así ya que el artículo 67 del DNU 70/2023 modificó el artículo 12 de la LCT, y no sólo volvió su redacción a la anterior a la reforma introducida por la ley 26.574, sino que también le agregó un segundo párrafo según el cual: “Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación en los términos del artículo 241 de esta Ley, las partes podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del artículo 15 de la presente Ley”. Si se toma en consideración que el primer párrafo del artículo 15 de la LCT establece que “Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediante resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes”, no puede quedar duda alguna de que ahora sí en la Ley de Contrato de Trabajo se reconoce que la disolución por voluntad concurrente expresa de las partes no es sino la formalización transaccional onerosa de una renuncia o un despido sin justa causa. Llama la atención que sólo se contemple la posibilidad del requerimiento de homologación a la “autoridad de aplicación”, lo que según el lenguaje normativo habitual inequívocamente debería ser entendido como “autoridad administrativa”, pero una interpretación armónica de los artículos 12 –reformado– y 15 de la LCT me lleva a concluir que en este caso se alude a la “autoridad judicial o administrativa”.

Va de suyo que esta opción no resulta posible cuando el acuerdo disolutorio se formaliza “mediante escritura pública”, ya que un escribano no se encuentra dentro de los facultados para emitir el acto jurídico de homologación. La subsistencia de esta posibilidad en el artículo 241 de la LCT es el espacio donde la ya mentada hipocresía legislativa aún se mantiene viva.

¿ES CONSTITUCIONAL EL “FONDO DE CESE LABORAL” QUE IMPULSA EL GOBIERNO?

por LUIS ENRIQUE RAMÍREZ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué dice la Constitución Nacional sobre la estabilidad laboral? 3. ¿Por qué hay que proteger al trabajador contra el despido arbitrario? 4. El Fondo de Cese Laboral y el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

1. Introducción

La entrada en vigencia del ucase del presidente de la Nación 70/2023, utilizando los ropajes de un decreto de necesidad y urgencia (DNU), causó un impacto en todos los sectores de la sociedad, aun en los que, como yo, hace rato que peinamos canas y creíamos haber visto y vivido casi todo.

Hay que decirlo con todas las letras: los DNU fueron un invento, un dislate mayúsculo de la reforma constitucional de 1994, producto de un pacto espurio entre los dos partidos políticos mayoritarios, que permanentemente amenaza hacer tabla rasa con el principio de separación de poderes, que es uno de los pilares de todo sistema democrático y republicano. Y también hay que decir que todos los gobiernos de turno hicieron uso y abuso de esa herramienta, para soslayar la intervención del Congreso de la Nación.

Pero el ucase 70/2023 supera nuestra capacidad de asombro, no sólo por su contenido, que es increíble, sino precisamente por la forma, que en este caso adquiere una importancia fundamental. Años y años de labor parlamentaria dinamitados en un instante por el Poder Ejecutivo, con el agravante de que, simultáneamente, convoca al Congreso a sesiones extraordinarias, exteriorizando así que es él el que decide

qué es de su competencia y qué delega “graciosamente” en el Parlamento. En un país “serio”, como les gusta decir a muchos, esto se llamaría dictadura. Sin embargo, y aunque pueda ser acusado de ingenuo, aún confío en nuestra Justicia y en nuestros jueces.

Sobre todo lo dicho precedentemente, otras plumas, infinitamente más virtuosas que la mía, se han ocupado magistralmente, así que me limitaré en este artículo a referirme a un solo tema: el propuesto Fondo de Cese Laboral (en adelante FCL), y a su constitucionalidad.

2. ¿Qué dice la Constitución Nacional sobre la estabilidad laboral?

Parece mentira que, a esta altura de la evolución de la conciencia jurídica de nuestra sociedad, debamos recordar cosas que parecen obvias, pero que por ser obvias... se olvidan. Me refiero al contenido y alcance del artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Su jerarquía normativa, en primer lugar, nos indica que es parte de una especie de pacto social de los argentinos, vigente desde hace casi siete décadas, lo que prueba que esta norma ha superado la ilegitimidad de origen (es obra de una dictadura militar) y que tiene un profundo consenso social. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación la invoca reiteradamente en sus sentencias, aun con las más diversas composiciones y posiciones ideológicas de sus integrantes. Me hago cargo de que el señor Javier Milei, en campaña, ha dicho que el artículo 14 bis “es un cáncer”, pero tengo mis muy serias dudas de que sus votantes, al menos la inmensa mayoría de ellos, sepan o entiendan el significado de tales palabras, ni, menos aún, sus alcances.

El también llamado Artículo Nuevo de nuestra Constitución comienza diciendo: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...” Un mandato enfático al Poder Legislativo, ratificando la vigencia del principio protectorio como un pilar fundamental de todo el ordenamiento jurídico que regula las relaciones laborales. Es clara la intención del constituyente de brindarle al trabajador una tutela preferencial, y manda “protegerlo”. ¿Protegerlo de qué? La respuesta es más que obvia: protegerlo del abuso de la otra parte del contrato de trabajo, asumiendo que en esa relación hay una evidente

desigualdad en la correlación de fuerzas. El llamado contrato de trabajo es, claramente, una relación de poder entre el titular de los medios de producción y quien sólo cuenta con su capacidad de trabajo para poder subsistir.

El sistema capitalista acepta y legitima esto, pero intenta, con la legislación laboral, evitar la explotación salvaje y la opresión de los trabajadores. Recomiendo una relectura de la Ley de Contrato de Trabajo, especialmente en su primera parte, donde lo que digo se advierte con total claridad.

Luego de ordenar “proteger” al trabajo y, por ende, al trabajador, da el mandato contundente al legislador común de “asegurar” una serie de derechos individuales y colectivos. Asegurar significa, según la Real Academia Española, hacer que algo quede seguro, o firme, o garantizado. Que, en definitiva, quede preservado y resguardado de cualquier daño.

Y en lo que a esta nota interesa, el artículo 14 bis trae un imperativo categórico (según la ética kantiana): dar a los trabajadores “protección contra el despido arbitrario”. Lo primero que advertimos es que el constituyente insiste, con este derecho en particular, con la idea de la “protección”, o sea que ordena resguardar y defender a la persona que trabaja de un despido arbitrario.

¿Cuándo un acto es “arbitrario”? Según el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, cuando es “contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa, o careciendo éstas de cualquier fundamento serio”. Un traje a medida para el despido sin causa o, mejor dicho, sin justa causa.

Parecería que, a la luz de esta norma constitucional, el despido sin justa causa debería ser considerado un acto nulo, de nulidad absoluta. Me consta que cuando se debatía el proyecto que se transformaría en la Ley de Contrato de Trabajo (1974), esto fue arduamente discutido, habiendo prevalecido la idea de que se cumplía con ella si se pagaba una indemnización tarifada, aceptando el legislador lo que era en ese momento una jurisprudencia mayoritaria.

Aunque estoy en desacuerdo con esta solución, acepto que hoy es una pérdida de tiempo para litigantes y abogados cuestionarla. No obstante, es más que claro que la indemnización que se fije debe igualmente cumplir con el mandato constitucional de proteger contra el despido arbitrario o sin justa causa. Por tal motivo el despido fácil y “barato” es inconstitucional, ya que no cumpliría con la función de disuadir un acto legalmente reprochable (despedir arbitrariamente). Mucho más, entonces, es inconstitucional un sistema en el que despedir o mantener la relación laboral no tiene costo adicional alguno para el empleador.

3. ¿Por qué hay que proteger al trabajador contra el despido arbitrario?

Como se dijo anteriormente, el sistema capitalista legitima la existencia de una clase social titular de los medios de producción, minoritaria, y otra clase social compuesta por quienes sólo cuentan con su capacidad de trabajo, que deben enajenar a favor de los primeros para poder obtener los medios para su subsistencia y la de su familia. Es decir que para éstos, que son amplia mayoría, en la relación laboral está en juego el derecho a la vida, que es el primer derecho humano.

El capitalismo ha logrado sobrevivir estos dos siglos merced a las “concesiones” que debió hacer a la clase trabajadora para frenar sus primigenias luchas, que lo ponían en jaque. Sin lugar a dudas, por lo dicho precedentemente, una de esas “concesiones” es el derecho *al* trabajo, el que por lógica debe ser rodeado de diversas garantías, no sólo para obtenerlo, sino también para conservarlo.

En este marco social y económico, tener un empleo estable y seguro es la condición *sine qua non* para que la persona que necesita trabajar pueda tener un proyecto de vida, que es la necesidad vital de todo ser humano de poder pensar en el futuro como un tiempo en el cual necesidades hoy insatisfechas estén referidas a un mañana sentido como esperanza. Cuando el futuro es neblina e incertidumbre, el psiquismo humano se desestabiliza. No alcanza con tener asegurado el pan de hoy y quizás el de mañana. El ser humano necesita tener un plan de vida,

y por eso el artículo 14 bis de la Constitución impone categóricamente proteger contra el despido arbitrario o sin causa. Así de simple.

4. El Fondo de Cese Laboral y el artículo 14 bis de la Constitución Nacional

El ucase 70/2023, en el Título IV, *Trabajo*, artículo 81, sustituye el artículo 245 de la LCT, que regula la indemnización por antigüedad. En el anteúltimo párrafo se establece:

Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable.

La norma pretende derivar a la llamada “disponibilidad colectiva” la instrumentación de un FCL. Es decir que se delega en las partes de un Convenio Colectivo de Trabajo el tratamiento del tema. Es una conocida maniobra del poder económico: buscar la complicidad de la dirigencia gremial para la flexibilización laboral, especialmente en épocas de notoria debilidad del movimiento sindical. Y quizás, también, con la fantasía de que semejante reforma del régimen indemnizatorio laboral será menos vulnerable a los cuestionamientos constitucionales si aparece con un supuesto consenso de los actores sociales.

No hay dudas de que peor hubiera sido una imposición autoritaria y general del FCL, pero la historia argentina nos enseña que nadie debería sentirse muy tranquilo, pensando que la necesidad de una conformidad sindical será como una valla infranqueable para este proyecto. Sin lugar a hesitación, para las cámaras empresarias poder acordar en su sector un FCL será un objetivo de máxima y estará presente en todas las rondas de negociaciones salariales.

En una coyuntura histórica de hiperinflación y de negociaciones prácticamente mensuales, no es difícil imaginarse la presión (debería decir extorsión) que deberá soportar el sindicato cuando pretenda alcanzar o defender un salario digno para sus representados. Y, como dice el refrán, la necesidad tiene cara de hereje.

De todas formas, es más que evidente que un FCL viola groseramente el artículo 14 bis de la Constitución, ya que implica establecer un sistema de absoluta inestabilidad laboral. En efecto, como ya dije, para el empleador, despedir o no no tiene costo adicional alguno. Él hace su aporte mensual obligatorio, y después tiene las manos libres para segregar de la empresa a quien se le ocurra, sin necesidad de dar cuenta de sus actos.

El FCL lo habilitará para tomar decisiones apoyadas sólo en su voluntad o capricho, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa, o careciendo éstas de cualquier fundamento serio. Es decir que el FCL no sólo no protege contra el despido arbitrario, sino que lo incentiva. Que su fuente sea un Convenio Colectivo no modifica en nada su clara colisión con el artículo 14 bis.

Como una fantasía del pensamiento, imaginemos un lugar de trabajo en el que existe un FCL. Cada trabajador alcanzado por él tiene una inserción absolutamente precaria en la empresa, ya que despedirlo o mantenerlo, repito, no tiene costo adicional para el empleador. ¿Qué margen tiene para reclamar por algún derecho suyo que está siendo vulnerado? ¿Cómo ejercerá sus derechos sindicales, en particular el de postularse como delegado o directivo, sin correr el riesgo de ser despedido si su candidatura no es del agrado de la patronal? Bastaría el rumor de que piensa en postularse para comenzar a caminar en la cuerda floja. Por eso bien se ha dicho que la estabilidad laboral es la madre de todos los derechos.

Hace varios años que en nuestro país y en el mundo se viene hablando del *mobbing* y del acoso laboral, de sus variantes y de sus consecuencias. Incluso se registran importantes avances en la tarea de legislar sobre el tema. La instrumentación de un FCL significará un retroceso formidable, ya que convertirá cada lugar de trabajo en un terreno propicio para la arbitrariedad, el maltrato y el abuso laboral. Recuerde el lector que la relación laboral ya es, de por sí, una relación de poder.

Por último, el tema de la cantidad de dinero que podría llevarse el trabajador con el FCL es una cuestión absolutamente secundaria. Su derecho, como vengo diciendo, es a conservar su empleo, a estar protegido contra el despido arbitrario o sin causa. Sin perjuicio de

ello, es obvio que este sistema perjudicará a los trabajadores con poca antigüedad, mientras que los demás difícilmente puedan mantener el valor de los aportes que realiza el empleador, en un contexto de alta inflación y de tasas de interés negativas.

Para finalizar, establecer Fondos de Cese Laboral y tener las manos libres para despedir es una vieja aspiración del poder económico. En esto no hay nada nuevo bajo el sol. Pero tengo plena confianza en la capacidad de lucha de la clase trabajadora argentina, para enfrentar estos reiterados proyectos para despojarla de sus derechos y conquistas. Y, aunque me acusen de ingenuo, repito que también confío en la mayoría de nuestros jueces, que sabrán defender nuestro proyecto social constitucional.

LICENCIA PATRONAL PARA DISCRIMINAR
NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL
DNU 70/2023 Y DE SU REGULACIÓN
DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO

por RICARDO J. CORNAGLIA¹ y JUAN IGNACIO ORSINI²

A la memoria de MOISÉS MEIK³

SUMARIO: I. Introducción. II. Nulidad e inconstitucionalidad formal del DNU 70/2023. III. Inconstitucionalidad material del régimen sobre despido discriminatorio previsto en el DNU 70/2023. 1. El *estado del arte* al momento de sancionarse el DNU 70/2023. 2. Las inconstitucionales modificaciones que pretende introducir el decreto 70/2023 en materia de despido discriminatorio. IV. Breves conclusiones.

I. Introducción

El 21-12-2023 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 70/2023, titulado *Bases para la reconstrucción de la economía argentina*.

Entre la multiplicidad de temas que abarca en sus trescientos sesenta y seis artículos (que involucran temáticas tan diversas como cuestiones económicas, societarias, aduaneras, de comercio exterior, tarjetas de

¹ Profesor emérito de Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

² Profesor titular ordinario de Derecho Social y director del Instituto de Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

³ Los autores dedican el presente trabajo a la memoria de quien, integrando con ellos la Escuela Platense de Derecho Social, los honró con sus enseñanzas y amistad, y fue un batallador incansable por el principio de estabilidad y la nulidad de los despidos discriminatorios.

crédito, etc., derogando decenas de leyes y modificando muchas otras), el reglamento incorpora en su Título IV (*Trabajo*, arts. 53 a 97) una caótica reforma laboral.

Sin perjuicio de las múltiples críticas que merece la totalidad de las modificaciones laborales introducidas por el decreto bajo examen –orientadas unidireccionalmente a degradar, de manera regresiva, buena parte de los derechos que los trabajadores conquistaron a lo largo de varias décadas⁴–, en el presente trabajo nos limitaremos a analizar brevemente –por un lado– la nulidad e inconstitucionalidad formal del reglamento, y –por el otro– la invalidez material de la regulación que introduce en materia de despido discriminatorio.

Lo formal hace al respeto de la división de los poderes en la República, lo material a la vulneración de los derechos humanos y sociales fundamentales contemplados en la Constitución y los tratados internacionales a ella incorporados.

II. Nulidad e inconstitucionalidad formal del DNU 70/2023

Es indiscutible que, al dictar el DNU 70/2023, el presidente de la República ha vulnerado de forma manifiesta los límites que la Constitución Nacional le impone a las funciones legislativas que –con carácter excepcional– asigna al Poder Ejecutivo.

Cuadra recordar que la categórica regla general que establece nuestro orden constitucional en la materia es que “El Poder Ejecutivo no

⁴ Sobre las categóricas críticas que han merecido otros aspectos de la reforma laboral implementada por el DNU 70/2023, se pueden consultar los interesantes trabajos publicados por diversos autores en el Dossier N° 6 de la *Revista de Derecho Laboral. Actualidad, La reforma laboral del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, enero de 2024. Asimismo, ver Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, *Dictamen sobre el DNU 70/23 en materia social desde el prisma de los principios, derechos y garantías constitucionales*, del 28-12-2023, suscripto por los miembros Ricardo J. Cornaglia, Juan Carlos Fernández Madrid, Eduardo Curutchet, Rolando Gialdino, Juan J. Formaro, Juan I. Orsini, Oscar Zas, Juan Amestoy y David Duarte, publicado en *Revista La Defensa*, N° LXXXVII (enero de 2024), disponible en <https://www.ladefensa.com.ar/dictamen-sobre-el-dnu-70-23--en-materia-social-desde-el-prisma-de-los-principios--derechos-y-garantias-constitucionales.html>.

podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, CN).

Por lo tanto, sólo muy excepcionalmente, cuando se cumplen las estrictas condiciones establecidas en los párrafos tercero y cuarto del artículo 99, inciso 3º de la Constitución, puede el Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter materialmente legislativo, cuya validez queda sujeta –en primer lugar– a que se produzca la ratificación por el Poder Legislativo y –en segundo orden– al control de constitucionalidad que debe ejercer el Poder Judicial.

Aunque estas reglas hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno (art. 1º, CN), por lo que deben ser conocidas por cualquier ciudadano mínimamente (in)formado, es importante recordarlas en estos tiempos aciagos, en los que, aunque parezca mentira, hay quienes se animan a afirmar públicamente que, en nuestro sistema constitucional, el presidente es “una figura análoga al rey”, que puede por lo tanto legislar en forma indiscriminada cuando el Parlamento “no tiene suficientes mayorías” o “no son posibles los acuerdos”, supuestos en los cuales el presidente puede adoptar “medidas expeditas, de valentía política, de ejercicio de la Jefatura Suprema de la Nación”⁵.

Frente a semejante dislate jurídico, cabe recordar, pues, que, en una República democrática como (debe ser) la nuestra, las excepcionales facultades colegislativas que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo son de carácter excepcional, y están severamente restringidas por el propio texto constitucional (art. 99, inc. 3º, CN), norma que, tras prescribir –como vimos– que el presidente no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, permite exceptuar esa regla general “Solamente cuan-

⁵ BARRA, Rodolfo Carlos, *El instituto jurídico del decreto de necesidad y urgencia*, en *Infobae* del 22-12-2023. Cabe destacar que, coherente con el espíritu monárquico de su pensamiento, el autor de esa nota fue designado por el presidente que emitió el DNU 70/2023 como procurador del Tesoro de la Nación, para lo cual debió modificarse la normativa vigente, que le impedía acceder a ese cargo por exceder la edad máxima admisible. Nada menos republicano (y más monárquico) que modificar una norma general para beneficiar a un sujeto particular (pues en una República son los ciudadanos los que deben adaptarse a las normas generales, y no éstas ser moldeadas en beneficio de intereses particulares).

do circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”, hipótesis en la cual el Poder Ejecutivo “podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

Es importante destacar que –como lo ha señalado la Corte Suprema en forma categórica– la reforma constitucional de 1994 tuvo como evidente finalidad limitar (y no ampliar) la potestad del presidente para dictar estas normas materialmente legislativas, atenuando el presidencialismo⁶. De allí que se haya sostenido que el ejercicio de la facultad colegislativa excepcional que el artículo 99, inciso 3° de la CN reconoce al Poder Ejecutivo merece una interpretación sumamente estricta, para no desvirtuar el principio general prohibitivo⁷. De manera incluso más enfática se ha dicho en el ámbito de la Corte federal que cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo *debe reputarse prima facie inconstitucional*, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones previstas en los párrafos tercero y cuarto del artículo 99, inciso 3° de la Constitución⁸. Como se puede advertir, a despecho de

⁶ CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional”. Con acierto se dijo allí que “el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989” (considerando 8° del voto de la mayoría). En similar sentido, CSJN, 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 10 del voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 10 del voto de la jueza Highton de Nolasco; considerando 10 del voto del juez Maqueda; considerando 10 del voto de la jueza Argibay.

⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. II-B, p. 213.

⁸ CSJN, 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 11 del voto de la jueza Argibay; 28-6-2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/Despido”, considerando 5° del voto de la jueza Argibay.

los nostálgicos del antiguo régimen, las autocracias y las monarquías, nada en el texto de nuestra Carta constitucional habilita a sostener que, en una República democrática, el presidente puede dictar normas materialmente legislativas, sin otro límite que su discrecionalidad, por el solo hecho de no conseguir las mayorías parlamentarias que exige la Constitución para sancionar las leyes.

Con arreglo a la consolidada posición de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, que ha precisado los alcances del citado artículo 99, inciso 3° de la norma máxima, para que un decreto de necesidad y urgencia resulte constitucionalmente válido desde el punto de vista formal es necesario que: (i) se dicte en acuerdo general de ministros; (ii) exista la situación excepcional que impida seguir el trámite normal para la sanción de las leyes por parte del Poder Legislativo; (iii) no se legisle sobre las materias vedadas por la Constitución; (iv) el decreto sea ratificado legislativamente; (v) las modificaciones introducidas por el DNU no sean de carácter permanente (lo que impide modificar por decreto, con vocación de permanencia, las normas que integran las materias regladas por los Códigos de fondo previstos en el art. 75, inc. 12 de la Constitución).

Ahora bien, sin perjuicio de otras consideraciones adicionales que podrían señalarse, es indudable que el DNU 70/2023 es insanablemente nulo y formalmente inconstitucional, porque: (i) el decreto no ha sido ratificado legislativamente; (ii) no existe necesidad ni urgencia para modificar la legislación laboral de modo regresivo; (iii) las modificaciones introducidas en materia laboral se pretenden adoptar con carácter permanente.

En lo que respecta a la intervención legislativa, pese a que ya se encuentran vencidos todos los plazos previstos en el artículo 99, inciso 3° de la CN y en los artículos 18 y 19 de la ley 26.122, al momento en que escribimos este texto el Parlamento no ha adoptado decisión alguna sobre la validez del DNU 70/2023, al punto que ni siquiera se encuentra debidamente conformada la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el artículo 99, inciso 3° de la Constitución. Huelga señalar que, a despecho de lo que prescribe el artículo 17 de la ley 26.122⁹, en

⁹ “Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base

postura férreamente arraigada en un sector de la jurisprudencia, no puede considerarse que el silencio del Poder Legislativo implique una convalidación ficta del decreto de necesidad y urgencia, por lo que la sola ausencia de ratificación del decreto por el Poder Legislativo determina su insanable nulidad e inconstitucionalidad¹⁰.

Con todo, aun dejando de lado la referida hermenéutica que priva de valor a los DNU por la sola ausencia de ratificación legislativa, es evidente a todas luces que, en este caso, no median las razones de necesidad y urgencia que exige el artículo 99, inciso 3° de la Constitución para exceptuar la regla que prohíbe al presidente ejercer funciones legislativas.

a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3°, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil”.

¹⁰ CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional”, considerandos 14 y 15 del voto del juez Petracchi; 26-8-2008, “Caligiuri, Rosa Clara c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, voto del juez Maqueda; 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 15 del voto del juez Maqueda, considerando 11 del voto de la jueza Argibay y considerando 3 del voto del juez Petracchi; 28-6-2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/Despido”, considerando 5° del voto del juez Petracchi y considerando 6° del voto de la jueza Argibay; 7-10-2021, “Pino, Seberino y otros c/Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, considerando 14 del voto del juez Rosatti y considerando 10 del voto del juez Rosenkrantz. Cabe destacar que, aun cuando todos esos fallos se refieren a decretos anteriores a la sanción de la ley 26.122, los argumentos allí expresados pueden ser válidamente aplicados a los decretos alcanzados por ese texto legal, lo que torna muy dudosa la validez constitucional del art. 17 de la ley 26.122 (norma que, al establecer que el DNU sigue vigente ante el silencio parlamentario, pareciera convalidar una aprobación tácita por el Poder Legislativo, en contradicción al art. 82 de la CN). En otro orden, no puede soslayarse que, con arreglo a los precedentes citados, tres de los actuales jueces de la Corte Suprema (Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz) piensan que la sola ausencia de ratificación legislativa determina por sí la invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, criterio que, por tanto, debería llevarlos a declarar la invalidez del DNU 70/2023. Para más, el criterio restrictivo sobre la validez de los DNU no convalidados por el Poder Legislativo ha sido ratificado por la actual integración de la Corte, en un precedente reciente, firmado por todos sus jueces, en el que declaró la inconstitucionalidad de un decreto emitido en el año 2018, cuando ya estaba vigente la ley 26.122 (CSJN, 22-6-2023, “Morales, Blanca Azucena c/Anses s/Impugnación de acto administrativo”).

En efecto, en modo alguno se evidenciaba, al momento de sancionarse el reglamento bajo examen, la existencia de “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. Como lo ha expresado la Corte Suprema, para que se configure ese excepcional escenario es menester: (i) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan (como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal), o (ii) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes¹¹.

Tales circunstancias no existen en el presente, pues, más allá de que el estado del país dista, en mucho, de ser idílico, de un lado no existe impedimento alguno que impida funcionar normalmente al Parlamento y –del otro– tampoco puede sostenerse que exista urgencia alguna para degradar en forma sistemática los derechos de los trabajadores, reformando de modo permanente aspectos sustanciales de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo sin intervención del Poder Legislativo.

Con relación a ello, cabe destacar que, pocos días después de dictar el DNU 70/2023, el Poder Ejecutivo convocó al Parlamento a sesiones extraordinarias¹², enviando un proyecto de ley (vulgarmente conocido

¹¹ CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional”, considerando 9º del voto de la mayoría; 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 13 del voto de la mayoría; 22-6-2023, “Morales, Blanca Azucena c/Anses s/Impugnación de acto administrativo”, ap. VI, párrafo 6º del dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad. De ello se deduce que la opinión de Barra, fincada en que “«las circunstancias excepcionales que obstan al trámite ordinario legislativo» no son ni una guerra, terremoto, invasión extraterrestre, o similar, sino la situación misma”, por lo que bastaría con que el Poder Ejecutivo “no tenga suficientes mayorías” o “no sean posibles los acuerdos” (BARRA, ob. cit. en nota 5), se contraponen frontalmente con el texto constitucional y con la acertada doctrina restrictiva de la Corte federal.

¹² Decreto 76/2023 (B. O. del 26-12-2023).

como “Ley Ómnibus”) que también pretende modificar en forma sustancial buena parte del sistema jurídico nacional (e, incluso, ratifica en uno de sus artículos el DNU 70/2023), convocatoria que incluso después fue prorrogada¹³, lo que demuestra –sin margen para la duda– que el Poder Legislativo estaba en condiciones de funcionar, pues de otro modo el Poder Ejecutivo no habría convocado esa sesión legislativa especial. La pregunta surge, pues, evidente: ¿qué razón objetiva y urgente impedía enviar la reforma laboral implementada el 21-12-2023 mediante el DNU 70/2023 al debate parlamentario que el propio presidente convocó el 26-12-2023? Y la respuesta es clara: ninguna, lo que demuestra que el DNU 70/2023 es nulo e inconstitucional por haber soslayado en forma grosera la intervención del Poder Legislativo en materias que son de su exclusiva competencia (art. 75, inc. 12, CN).

No cabe soslayar, en ese sentido, que –como también lo ha dicho la Corte– en esta materia corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto¹⁴. Dicho en otros términos: cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son¹⁵.

Finalmente, el DNU 70/2023 pretende reformar de forma permanente (y no de modo transitorio, para enfrentar una supuesta situación

¹³ Decreto 57/2024 (B. O. del 22-1-2024).

¹⁴ CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional”, considerando 9º del voto de la mayoría; 23-6-2023, “Morales, Blanca Azucena c/Anses s/Impugnación de acto administrativo”, ap. VI, párrafo 11 del dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad.

¹⁵ CSJN, 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 13 del voto de la mayoría; 23-6-2023, “Morales, Blanca Azucena c/Anses s/Impugnación de acto administrativo”, ap. VI, párrafo 11 del dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad.

de emergencia) numerosas normas laborales, hecho que también determina su invalidez constitucional formal con arreglo a la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la Corte ha ponderado que, cuando las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo mediante un DNU a leyes dictadas por el Poder Legislativo no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso nacional, el decreto debe reputarse inválido, por no verificarse las circunstancias fácticas previstas en el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional¹⁶. Afirmación que, si bien puede predicarse con carácter general, se torna incluso más restrictiva en materia laboral, toda vez que –como también lo ha enfatizado el alto tribunal– los derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, deben ser reglamentados por leyes formales –fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes legislativos para dar respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad–, pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia, mediante un decreto de necesidad y urgencia¹⁷. Mucho más aún cuando, en todo caso, la existencia de un estado de emergencia económica y social obliga al Estado a proteger más (y no menos) a los trabajadores, desde que –con arreglo a la jurisprudencia de la Corte federal– las llamadas “medidas de ajuste” derivadas de “crisis económicas” “hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos,

¹⁶ CSJN, 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/EN. PEN. Dec. 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, considerando 14 del voto de la mayoría. En similar sentido, CSJN, 7-10-2021, “Pino, Seberino y otros c/Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, considerando 12 del voto de la mayoría y considerando 17 del voto del juez Rosatti.

¹⁷ CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional”, considerando 10 del voto de la mayoría y considerando 18 del voto del juez Petracchi. Por el contrario, si el DNU modifica la legislación laboral por tiempo determinado, en favor de los trabajadores, ante una verdadera situación de emergencia, y fue convalidado legislativamente, su validez constitucional debe ser declarada (CSJN, 28-6-2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/Despido”, fallo en el que la Corte declaró constitucionalmente válidos los DNU que prorrogaron sucesivamente la indemnización agravada originalmente establecida en el art. 16 de la ley 25.561).

sociales y culturales adquieran una urgencia «mayor, no menor», por lo que no es admisible que el peso de esas medidas “recaiga en última instancia en las familias trabajadoras”¹⁸.

De todo lo hasta aquí expuesto se colige que –desde el punto de vista formal– el DNU 70/2023 es –además de inconstitucional– nulo, de nulidad absoluta e insanable (art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, CN), por lo que, lógicamente, no puede producir efecto jurídico alguno¹⁹. Precisamente, por argumentos similares a los que aquí han sido expuestos, al momento en que este artículo estaba concluido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró la inconstitucionalidad de todo el Título IV del DNU 70/2023, por considerarlo violatorio del artículo 99, inciso 3º de la Constitución Nacional²⁰.

Para concluir con este apartado, cabe señalar que la hipotética convalidación del DNU 70/2023 por el Poder Legislativo no implica blindar su validez, pues, aun producida esa eventual ratificación, el Poder Judicial está facultado a analizar –incluso desde el punto de vista formal– si efectivamente se encuentran presentes las notas de necesidad

¹⁸ CSJN, 18-6-2013, “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”, considerando 11.

¹⁹ Por definición, la nulidad absoluta de un acto jurídico implica que, declarada su nulidad, el mismo carece de todo efecto jurídico, debiendo retornar las cosas al estado anterior al momento de emitirse el acto, al punto que, por su carácter absoluto (calificado por el propio texto constitucional como “insanable”), la nulidad es inconfirmable e imprescriptible. La sentencia (o el rechazo parlamentario) que pronuncian la nulidad tienen efecto meramente declarativo, con efectos retroactivos al momento de la emisión del decreto. Siendo ello así, todos los hechos (v. gr., un despido discriminatorio) ocurridos en el período entre que se sancionó el decreto nulo y se lo declaró inválido no quedan amparados por la norma cuya invalidez se decretó (legislativa o judicialmente), sino por la que fue inconstitucionalmente modificada por el Poder Ejecutivo. De allí que el art. 24 de la ley 26.122, en cuanto estipula que, declarado inválido el DNU por el Poder Legislativo, quedan “a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”, es manifiestamente inconstitucional, pues otorga validez temporal (en el período que transcurre desde su dictado hasta su invalidación legislativa) a una norma que –por imperio directo de la propia Constitución– es nula de nulidad absoluta e insanable (lo que implica, lógicamente, que nunca pudo ser “saneada”, ni siquiera con efectos temporales, por el Poder Legislativo al dictar la ley 26.122).

²⁰ CNAT, sala de feria, 30-1-2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo”.

y urgencia exigidas por el artículo 99, inciso 3° de la Constitución, y a efectuar el control de constitucionalidad. En tal caso, de considerarse –como resulta nítido– que no se verifican tales recaudos constitucionales, corresponderá declarar la inconstitucionalidad tanto del DNU como de su posterior ratificación legislativa²¹.

III. Inconstitucionalidad material del régimen sobre despido discriminatorio previsto en el DNU 70/2023

1. *El “estado del arte” al momento de sancionarse el DNU 70/2023*

Si bien nuestra legislación laboral no contenía, hasta la sanción del decreto bajo examen, una regulación general sobre los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales²², sí establece

²¹ Es interesante destacar que, en la primera sentencia definitiva que se conoció sobre la validez del DNU 70/2023 (JNT de feria, 24-1-2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo”), la jueza interviniente, tras declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos del decreto, aclaró al final del fallo que la decisión adoptada quedaba “supeditada y no podría oponerse a la posible actividad legislativa posterior que, por vía de hipótesis, ratificara todo el DNU 70/2023”, añadiendo que “Cualquier cuestionamiento al contenido normativo así ratificado requeriría, claramente, un nuevo proceso judicial”, dando a entender, por lo tanto, que la eventual ratificación legislativa posterior del DNU dejaría sin efecto la declaración de inconstitucionalidad allí pronunciada. Más allá de otras críticas que merece esa sentencia (que relativiza y pone innecesariamente en duda la vigencia de principios constitucionales del Derecho del Trabajo y hasta el contenido alimentario de los derechos de los trabajadores), no puede sino disentirse con esa errada afirmación: una sentencia judicial nunca puede quedar condicionada en su eficacia a una modificación legislativa posterior a su dictado. Lo contrario importaría tanto como proclamar la existencia de una sentencia cuya eficacia de cosa juzgada (atributo que implica ontológicamente, por definición, la inmutabilidad y la coercibilidad de la decisión judicial) queda supeditada a una suerte de condición resolutoria (la posterior intervención del Congreso), argumento que trastoca y tira por la borda toda la teoría general del Derecho Procesal. Correctamente, ese tramo de la sentencia también fue revocado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT, sala de feria, 30-1-2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo”, considerando 9°).

²² Excepcionalmente, el art. 11 de la ley 25.013 (B. O. del 24-9-98) introdujo una regulación sobre los despidos discriminatorios, norma que fue derogada por el art. 41 de la ley 25.877 (B. O. del 19-3-2004).

supuestos concretos de esa clase de *despidos injustificados agravados*²³, despidos *doblemente ilícitos*²⁴ en los que, a la violación de los derechos constitucionales a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, CN) y al trabajo (art. 75, inc. 22, CN) se añade la vulneración de la prohibición de discriminar, o de otros derechos fundamentales del trabajador (v. gr., la libertad sindical, la salud, la protección de la maternidad, etc.)²⁵.

Aun cuando sólo en algunos de esos casos (violación de la tutela sindical de los representantes gremiales formalmente electos como tales, arts. 48/52, ley 23.551) la normativa laboral establece en forma expresa que el trabajador despedido tiene derecho a reclamar la nulidad

²³ La expresión “despidos injustificados agravados” fue acuñada en el ámbito de la Escuela Platense de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata para contemplar todos aquellos despidos que, a diferencia de los despidos justificados (art. 242, LCT), parcialmente justificados (arts. 247 y 254, LCT) e injustificados (art. 245, LCT), son dispuestos en violación a derechos fundamentales, lo que justifica una sanción (nulidad y/o reparación integral del daño) más enérgica que la prevista para las restantes clases de despidos (ver ORSINI, Juan Ignacio, *Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, La Ley, Buenos Aires, 2008, año 5, N° 38, ps. 580/596; GATTI, Ángel Eduardo y ORSINI, Juan Ignacio, *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015, ps. 503/573). Posteriormente, esa expresión fue hecha propia por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que ha señalado que “frente al despido dispuesto por el empleador sin justa causa al que hace referencia el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (es decir, un despido injustificado), nos hallamos, en la especie, frente a un despido dispuesto por el empleador con base en una causa expresamente prohibida por las normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa legal antidiscriminatoria (es decir, un despido injustificado agravado), circunstancia que justifica la ajenidad de la controversia objeto de esta litis al régimen establecido en aquella norma legal” (SCJBA, 8-8-2012, “Sffaeir, Carolina c/Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada [CECH]. Despido”).

²⁴ 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, 2006, ps. 139/151.

²⁵ Por ejemplo, los despidos por violación de la libertad sindical (arts. 48/52, ley 23.551), por causa de embarazo o maternidad (arts. 177, 178 y 182, LCT), por matrimonio (art. 182, LCT), por causa de enfermedad (art. 213, LCT) o por represalia al trabajador clandestino que reclama la registración del contrato de trabajo (art. 15, ley 24.013).

del despido y a ser reinstalado en su puesto de trabajo, en todos esos casos de despidos agravados reglados, así como ante cualquier otro supuesto de despidos que, aun cuando no estén expresamente legislados como agravados, vulneren el principio de no discriminación o violen otros derechos humanos de los trabajadores, la doctrina y la jurisprudencia nacionales son contestes en sostener que el trabajador afectado puede reclamar la ineficacia extintiva de tales despidos y/o la reparación integral de los daños derivados de esa clase de actos ilícitos, operando en todo caso las normas laborales que agravan los mismos como pisos mínimos de orden público laboral.

En efecto, como indudable derivación de la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN), y por aplicación directa de esas normas de máxima jerarquía, así como de ciertas normas supralegales (por ej., el art. 1º del Convenio 98 de la OIT)²⁶ y legales (v. gr., los arts. 1º de la ley 23.592 y 47 de la ley 23.551)²⁷ vigentes en el país, desde finales de la década de los noventa del siglo pasado, la Justicia del Trabajo sostuvo la tesis de que, cuando el despido viola derechos humanos (la prohibición de discriminación, la libertad sindical²⁸, la libre expresión de las ideas²⁹, la igualdad de género³⁰, la salud³¹, la indemnidad contra represalias³², etc.), el trabajador afectado tiene el derecho a la reparación plena de los daños derivados de tales inadmisibles actos ilícitos, pudiendo optar libremente entre la readmisión en el puesto de trabajo (con más el resarcimiento económico integral de

²⁶ SCJBA, 20-8-2014, “Auzoategui, Julio Roberto c/Huertas Verdes SA s/Despido”.

²⁷ SCJBA, 20-8-2014, “Auzoategui, Julio Roberto c/Huertas Verdes SA s/Despido”.

²⁸ CNAT, sala VI, 10-3-2004, “Balaguer, María Teresa c/Pepsico de Argentina SRL”; Trib.Trab. Nº 2 de La Plata, 30-8-2015, “Salas, Guillermo Nicolás c/Edigráfica SA s/Amparo sindical”.

²⁹ CNAT, sala IX, 31-5-2005, “Greppi c/Telefónica de Argentina”.

³⁰ CNAT, sala VII, 5-8-2011, “Lugones, Elisa Magdalena c/Qualytel de Latinoamérica SA s/Despido”; sala III, 24-8-2011, “Gutiérrez, Lorena Andrea c/Universidad de Buenos Aires s/Despido”.

³¹ CNAT, sala X, 1-6-2023, “Costoya, Mara c/Cencosud SA s/Diferencia de salarios”, Rubinzal Online, RC J 1998/23; Trib.Trab. Nº 2 de La Plata, 23-6-2023, “Labrea Wallace, Carlos Luciano c/OCSA SA y otro/a s/Reinstalación (sumarísimo)”, Rubinzal Online, RC J 2363/23.

³² CNAT, sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”.

los daños, v. gr., lucro cesante por salarios caídos, daño moral) o por convalidar la eficacia extintiva del despido, hipótesis esta última en la cual la indemnización monetaria debe ser integral, no pudiendo quedar limitada por tarifa alguna (por ej., las previstas en los arts. 182, 213 o 245 de la LCT), operando éstas como piso mínimo de orden público que no enervan el derecho del operario a que se restañe la totalidad de los perjuicios derivados del acto antijurídico.

Posición que –en línea con la doctrina abrumadoramente mayoritaria³³– oportunamente compartimos³⁴, y que no sólo fue respaldada por todas las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo³⁵ y por los superiores tribunales de distintas provincias³⁶, sino también

³³ Por todos, FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2001, t. II, p. 1738; MEIK, Moisés, *El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (Nulidad y reincorporación)*, en RAMÍREZ, Luis E. (coord.), *Relaciones laborales. Una visión unificadora*, B de F, Buenos Aires, 2010, ps. 285-324.

³⁴ CORNAGLIA, Ricardo J., *La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación*, en L. L. 2004-E-326; *La discriminación laboral, los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos*, en D. J. del 7-12-2005; *La relación entre la discriminación y la anulación del despido*, en L. L. del 23-8-2006; 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 *La Causa Laboral*, Asociación de Abogados Laboristas, Buenos Aires, Año VII, Nº 31 (diciembre de 2007), ps. 3/12; ORSINI, *Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador* cit., ps. 580/596.

³⁵ CNAT, sala X, 29-6-2001, “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Anses”; sala VI, 10-3-2004, “Balaguer, María Teresa c/Pepsico de Argentina SRL”; sala IX, 31-5-2005, “Greppi c/Telefónica de Argentina”; sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”; sala VIII, 30-11-2007, “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo s/Juicio sumarísimo”; sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”; entre muchas.

³⁶ SCJBA, 22-12-2010, “Villalba, Franco Rodrigo c/The Value Brands Company de Argentina s/Amparo”; 8-8-2012, “Sffaeir, Carolina c/Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH) s/Despido”; 20-8-2014, “Auzoategui, Julio Roberto c/Huertas Verdes SA s/Despido”; 26-3-2015, “Humaño, Jesús María c/Tigre Argentina SA. Reinstalación (sumarísimo)”; 29-8-2017, “Riveros, César Ricardo c/Fundición San Cayetano SA s/Sumarísimo”; 6-2-2019, “Salas, Guillermo Nicolás c/Edigráfica SA s/Amparo sindical”; 27-2-2019, “Villalba, Enrique Fernando c/Kraft Foods Argentina SA s/Reinstalación (sumarísimo)”; STJ de Río Negro, 2-6-2005, “Pellejero, María s/Amparo”; STJ de Neuquén, 7-6-2007, “Cabrera, María Inés c/Pastora Neuquén SA s/Sumarísimo”; STJ de Corrientes, 23-6-2008, “Martínez, María Isabel c/Urbatec SA s/Amparo sindical”.

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en forma reiterada declaró la nulidad de los despidos discriminatorios³⁷, descartando en forma expresa, además, la posibilidad de que los mandatos judiciales que ordenan la reinstalación de un trabajador puedan ser convertidos, a instancias del empleador renuente en acatarlos, en condenas dinerarias³⁸.

A partir de esa doctrina, se consolidó en el Derecho del Trabajo argentino una *ruptura paradigmática*, pues pasó al olvido la ominosa posición doctrinal y jurisprudencial con arreglo a la cual no es jurídicamente admisible ordenar la reinstalación compulsiva de un trabajador despedido en las relaciones de trabajo del sector privado³⁹. Tanto es así que ese cambio de paradigma tuvo una indudable recepción legislativa, al punto que –en primer lugar, al sancionar, en 2004, la ley 25.877– el Parlamento derogó la inconstitucional regulación del despido discriminatorio contenida en el artículo 11 de la ley 25.013 (norma que convalidaba la eficacia extintiva de los despidos indemnizatorios, agravando apenas la tarifa del despido injustificado en un 30%), para posteriormente dictar una ley que admitía, de forma transitoria, la nulidad de todo tipo de despidos injustificados (ley 27.251, de 2016, vetada por el Poder Ejecutivo) y convalidar la normativa de emergencia que habilitó la nulidad no sólo de los despidos injustificados, sino también de los despidos parcialmente justificados por razones económicas (DNU 329/2020, de 2020, ratificado por el Senado el 13-5-2020).

³⁷ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, L. L. 2011-A-177; 23-6-2011, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/Sumarísimo”; 23-8-2011, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA s/Acción de amparo”; 26-3-2013, “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo”; 9-9-2014, “Ledesma, Florencia c/Citrus Batalla SA s/Sumarísimo”.

³⁸ CSJN, 26-3-2013, “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo”. Sobre los alcances de ese fallo, ORSINI, Juan Ignacio, *Improcedencia de la conversión indemnizatoria de la sentencia que ordena la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador*, en *Jurisprudencia Laboral*, Hammurabi, Buenos Aires, N° 5 (2017), ps. 71/109.

³⁹ 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 Enrique (coord.), *Derecho del Trabajo y derechos humanos*, B de F, Buenos Aires, 2008, ps. 113/154.

A ello cabe añadir que, posteriormente, para desactivar una de las *coartadas* con las que un sector minoritario de la jurisprudencia pretendió desactivar la tesis que postula la nulidad de los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales, la Corte federal determinó –en forma contundente, consolidando así una vanguardista posición previamente adoptada por la Justicia del Trabajo⁴⁰– que, cuando el trabajador alega haber sido discriminado mediante el despido, corresponde facilitarle la carga de la prueba, bastando con que aporte ciertos indicios acerca de que el despido pudo haber estado motivado en un acto discriminatorio, hipótesis frente a la cual corresponde al empleador la carga de acreditar la existencia de una causa objetiva, ajena a cualquier motivación discriminatoria⁴¹. En la misma línea, desactivando otra de esas coartadas, la Corte desterró el argumento fincado en que no es posible obligar en forma compulsiva al empleador a cumplir la orden judicial de reinstalar al trabajador, desterrando la hermenéutica que, desconociendo la teoría general de las obligaciones, sostenía la imposibilidad de ejecutar forzosamente esa clase de mandatos judiciales⁴².

Cabe destacar, por otra parte, que este nuevo paradigma interpretativo consolidado en la jurisprudencia argentina se adecua a los criterios imperantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴³,

⁴⁰ CNAT, sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”. A partir del excelente voto emitido en este precedente por el juez Oscar Zas (otro destacado integrante de la Escuela Platense de Derecho Social) se abrió camino en la jurisprudencia la posición mencionada.

⁴¹ CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”; 20-5-2014, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/Amparo”; 6-2-2017, “Farrell, Ricardo Domingo c/Libertad SA s/Despido”; 4-9-2018, “Varela, José Gilberto c/Disco SA s/Amparo sindical”; 10-6-2021, “Caminos, Graciela Edith c/Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/Despido”; 7-12-2023, “Salguero, Manuel Domingo c/Telecom Argentina SA s/Procedimiento sumario, acción de reinstalación”.

⁴² Para un análisis de esa coartada, y de su refutación, ver ORSINI, Juan Ignacio, *Ejecución forzada de sentencias: nulidad del despido y reinstalación del trabajador*, en *Derecho del Trabajo*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, año 3, N° 8 (junio de 2014), ps. 137/175.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2-2-2001, “Baena, Ricardo y otros c/Panamá”, fallo que condenó a Panamá a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en vulneración al derecho fundamental de asociación.

en el Derecho Internacional del Trabajo⁴⁴ y en el Derecho Comparado⁴⁵, en donde no se discute que los despidos que violan derechos fundamentales son nulos, y que debe invertirse o facilitarse la carga de la prueba en favor de los trabajadores que alegan haber sido discriminados⁴⁶.

En suma, al momento de dictarse el DNU 70/2023 se encontraba completamente consolidada, y fuera de todo debate, la hermenéutica que sostiene que: (i) todos los despidos injustificados agravados (dis-

⁴⁴ Los órganos de control de normas de la OIT han dicho que el despido que constituye una discriminación o una represalia por el ejercicio de un derecho debe ser anulado, debiendo reincorporarse al trabajador despedido a su puesto de trabajo, resultando contrarias a los convenios internacionales las normas internas que convalidan la extinción indemnizada del contrato frente a la violación de derechos fundamentales (OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1994, p. 108; *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, 4ª ed. rev., Ginebra, 1996, p. 153; *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, 4ª ed. rev., Ginebra, 2006, p. 178). La Comisión de Expertos de la OIT también ha declarado que en los países que únicamente ofrecen una indemnización financiera como forma de reparación del despido injustificado, “las terminaciones basadas principalmente en una o varias de las causas no justificadas enumeradas en el artículo 5º del Convenio [158], en particular las basadas en motivos de discriminación, se pueden considerar como nulas ya que menoscaban un derecho humano fundamental”, razón por la cual “esas terminaciones pueden ser sancionadas con la readmisión del trabajador en su empleo”. En consecuencia –expresó la Comisión–, si bien la aplicación del principio de la readmisión en caso de anulación de la terminación es particularmente importante en lo que se refiere a los representantes del personal, “esta anulación también puede aplicarse a un trabajador ordinario si está en juego un derecho fundamental y puede tener como resultado la readmisión del mismo” (OIT, *Protección contra el despido injustificado*, Estudio general de las memorias relativas al Convenio [Nº 158] y a la Recomendación [Nº 166] sobre la terminación de la relación de trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1995, párrafo 231, ps. 95/96).

⁴⁵ Sobre la nulidad de los despidos violatorios de los derechos fundamentales en el Derecho español: Tribunal Constitucional de España, 23-11-81, STC 38/81; 19-7-85, STC 88/1985; 21-7-2008, STC 92/2008; entre muchas más.

⁴⁶ Sobre las reglas de flexibilización e incluso inversión de la carga de la prueba que rige en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio europeo, se puede consultar ORSINI, Juan Ignacio, *El acoso moral en el trabajo y su regulación jurídica en el Derecho español y Comunitario europeo*, en *Doctrina Laboral y Previsional*, Año XXV, t. XXIV, Nº 294 (febrero de 2010), ps. 153/179.

criminatorios, o violatorios de derechos fundamentales) pueden ser privados de eficacia extintiva cuando el trabajador así lo reclama, teniendo éste, en caso de que opte por convalidar la eficacia del despido, el derecho a obtener la reparación económica plena de los daños derivados del acto ilícito; (ii) corresponde facilitar la carga de la prueba en favor del trabajador que alega haber sido víctima de un despido discriminatorio; (iii) la sentencia judicial que ordena la readmisión del trabajador no puede ser mutada en condena indemnizatoria a instancias del empleador.

2. *Las inconstitucionales modificaciones que pretende introducir el decreto 70/2023 en materia de despido discriminatorio*

En lo que aquí interesa, el artículo 82 del DNU 70/2023 regula los despidos discriminatorios, incorporando a la Ley de Contrato de Trabajo el artículo 245 bis, que prescribe:

Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

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

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente.

La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

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

Aun dejando de lado la nulidad absoluta y la inconstitucionalidad formal del DNU 70/2023, así como la inconstitucionalidad material de todo el capítulo laboral de ese reglamento (que, al violar los principios constitucionales de protección del trabajador, progresividad y justicia social, desasegura derechos laborales, degradando el nivel de intensidad de los derechos sociales)⁴⁷, la inconstitucionalidad en particular del artículo 82 del DNU 70/2023 es indudable, pues, como se desprende de la comparación de su contenido con los lineamientos de la jurisprudencia constitucional reseñada en el apartado anterior, ese precepto está directamente orientado a desactivar todos y cada uno de los indiscutidos estándares nacionales e internacionales vigentes en materia de tutela antidiscriminatoria y protección de los derechos fundamentales.

(i) En primer lugar, aunque la norma no aclara si la enunciación que contiene es taxativa o enunciativa⁴⁸, la referencia contenida en el primer párrafo en torno a que será considerado “despido por acto de discriminación” aquel “originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial” pareciera dirigida a restringir la cantidad

⁴⁷ En ese sentido, es importante resaltar que, a contrario de lo que –ignorando de forma preocupante la teoría general del Derecho del Trabajo– se sostuvo en la sentencia dictada el 24-1-2024 por el Juzgado Nacional del Trabajo de Feria en la causa “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo”, las expresiones “sujeto de preferente tutela” y “principio de progresividad” no son meras afirmaciones semánticas con “fuerte contenido emotivo”, sino mandatos constitucionales operativos que sí tienen un significado unívoco y unidireccional: la protección de los trabajadores. Tampoco puede admitirse lo que allí se señaló en orden a que los trabajadores puedan encontrar “preferibles o convenientes” algunas de las normas laborales del DNU 70/2023, pues, amén de que todas ellas son regresivas de sus derechos, la voluntad del trabajador es completamente irrelevante para convalidar la reducción de los niveles de tutela establecidos en normas de orden público laboral. Sobre la invalidez frontal de todas las normas inspiradas en la cosmovisión neoliberal que –ayer y hoy– pretende flexibilizar las normas laborales y degradar en forma regresiva los derechos laborales, ver CORNAGLIA, Ricardo J., *Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

⁴⁸ De todos modos, ante la existencia de dos interpretaciones posibles, debe optarse por la más favorable al trabajador por aplicación de la regla *in dubio pro operario* (art. 9º, LCT).

de cesantías que pueden ser consideradas discriminatorias, dejando fuera del ámbito de aplicación del proyectado artículo 245 bis de la LCT a muchos despidos que, aunque no se originen en algunas de las causales allí previstas, son sin dudas discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales.

Efectivamente, si comparamos el texto del artículo 245 bis de la LCT según DNU 70/2023 (norma “antidiscriminatoria” especial) con el segundo párrafo del artículo 1° de la ley 23.592 (norma antidiscriminatoria especial), se advierte que aquélla excluye como causales de discriminación a las basadas en “posición económica, condición social o caracteres físicos”, omisión tanto más grave si se repara en el hecho de que –como lo ha destacado uno de los intérpretes autorizados de esta última norma– la discriminación por “condición social” fue incorporada al artículo 1° de la ley 23.592 precisamente para comprender todas las discriminaciones padecidas por los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales⁴⁹. A lo que cabe todavía agregar que el catálogo del párrafo segundo del artículo 1° de la ley 23.592 es claramente enunciativo, pues no sólo prescribe que se considerarán “particularmente” discriminatorios los actos determinados en esos motivos, sino que, además, el párrafo primero de la norma permite encuadrar en la categoría de actos prohibidos a todo el que “impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”, lo que sin dudas permite encuadrar dentro

⁴⁹ Como lo destacó en su momento uno de los autores de este trabajo, en su carácter de diputado nacional y miembro informante en la Cámara baja cuando se debatió el mismo, el primer proyecto de ley antidiscriminatoria, enviado por iniciativa del Poder Ejecutivo, que culminó en la sanción de la ley 23.592 no incluía entre las causales a la discriminación por condición social, que fue agregada en el ámbito de la Cámara de Diputados precisamente con la finalidad de abarcar las discriminaciones contra los trabajadores. El informe emitido entonces por la Comisión de Asuntos Constitucionales explícitamente aclaró que el término “social” incluye a la discriminación laboral (ver CORNAGLIA, *La relación entre la discriminación y la anulación del despido* cit., p. 11 y Diario de Sesiones del Congreso de la Nación correspondiente a la sesión de la Cámara de Diputados del 26-6-85, ps. 1434 y ss.; se puede consultar en <https://www.rjcornaglia.com.ar/5.--informa-el-proyecto-ley-antidiscriminatoria.-1985.html>).

de su ámbito a todos los despidos que vulneren cualquier derecho fundamental de los trabajadores⁵⁰.

(ii) En segundo orden, el decreto asigna eficacia extintiva irreversible a los despidos injustificados agravados (art. 245 bis, quinto párrafo, LCT).

De esa forma, se aparta de modo tajante de la indiscutida posición –contemplada en la ley 23.592, múltiplemente reiterada por la Corte Suprema, así como por los tribunales internacionales y por la OIT– relativa a que, cuando un despido discrimina al trabajador o vulnera cualquiera de sus derechos fundamentales, puede ser privado de eficacia extintiva a instancias del operario, quien, de así escogerlo, tiene derecho a ser reinstalado en su puesto de trabajo.

Cabe recordar, en ese sentido, lo que en forma categórica sostuvo la Corte Suprema en el *leading case* “Álvarez c/Cencosud”, en orden a que la reinstalación del trabajador despedido 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 el despido, pues el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos debe ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, toda vez que esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. Máxime cuando –sentenció el alto tribunal– el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos⁵¹.

No se necesita una especial lucidez para advertir que –al convalidar la eficacia extintiva del despido discriminatorio a cambio de una magra indemnización tarifada– el DNU 70/2023 asegura la impunidad de los empleadores discriminadores y legitima la violación de los derechos humanos de los trabajadores, consagrando así una verdadera licencia patronal para discriminar y violar derechos fundamentales, habida cuenta que, de convalidarse esta infame normativa, le bastará al empleador

⁵⁰ ORSINI, *Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador* cit., ps. 580 y ss.

⁵¹ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, considerando 8º del voto de la mayoría.

que pretende discriminar con hacer un mero cálculo económico, quedando habilitado a quitar del medio a cualquier operario al que considere indeseable por sus características o elecciones personales.

Es indudable que una norma semejante no puede considerarse jurídicamente válida en un sistema constitucional asentado sobre el paradigma de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), por lo que su inconstitucionalidad es absoluta y manifiesta. Luego, de resultar convalidada por el Poder Legislativo, debería ser descalificada judicialmente.

Además, al negarle a los trabajadores la solución (ineficacia del acto discriminatorio) contemplada por la legislación general antidiscriminatoria en favor de todos los ciudadanos (art. 1º, ley 23.592), el DNU 70/2023 discrimina a los trabajadores por su condición de tales, pues, de validarse la norma, serían ellos los únicos habitantes del país privados del derecho a reclamar la ineficacia de los actos discriminatorios, reflatándose así la insólita interpretación que postulaba la inaplicabilidad de la legislación antidiscriminatoria en favor de los trabajadores, que fue categóricamente descartada por todos los tribunales del país, incluyendo a la Corte Suprema⁵².

(iii) Por si lo señalado fuera poco, el DNU 70/2023, lejos de conformarse con su pretensión de erradicar la nulidad de los despidos agravados y reiterando el infausto criterio adoptado por el artículo 11 de la ley 25.013⁵³, tarifa el resarcimiento por despido discriminatorio, estableciendo, como único resarcimiento especial por el carácter discriminatorio del despido, una irrisoria indemnización del 50% de la indemnización por despido, que puede ser elevada hasta el 100% por los jueces según la gravedad de los hechos (art. 245 bis, párrafos segundo y tercero, LCT).

⁵² CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, considerando 6º del voto de la mayoría y considerando 12 del voto minoritario.

⁵³ Norma que castigaba el carácter discriminatorio con una irrisoria tarifa adicional del 30% sobre la indemnización por despido, cuya inconstitucionalidad fue puesta de resalto por la doctrina. Ver FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., t. II, p. 1739; CARNOTA, Walter, *Reflexiones constitucionales sobre la reforma laboral (ley 25.013)*, el llamado “despido discriminatorio”, en L. L. 1999-A-241; ELFFMAN, Mario, *La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 267/268.

Por ese conducto pretende despojar a los trabajadores no sólo del derecho a reclamar la cesación de los efectos del acto ilícito, sino también la reparación económica plena de los daños derivados de la violación de los derechos humanos.

Se aparta así, en perjuicio del sujeto protegido, no sólo del criterio establecido en nuestra legislación general (art. 1740, CCyC) y anti-discriminatoria (art. 1º, ley 25.392), sino también de estándares indiscutidos en el ámbito del Derecho Internacional y Comparado, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴ y de nuestra Corte Suprema⁵⁵.

Restringiendo al mínimo el alcance de la reparación económica, el DNU 70/2023 no sólo establece una tarifa vergonzante e irrisoria (50% de la reparación por despido)⁵⁶, sino que, además, estipula la incompatibilidad de esa miserable suma con todo *régimen especial que es-*

⁵⁴ Corte IDH, 31-8-2017, “Lagos del Campo c/Perú”. En el caso, el tribunal americano (que, recordemos, ya había postulado la nulidad de los despidos que violan derechos fundamentales en el caso “Baena c/Panamá”) declaró vulnerado el derecho a la estabilidad laboral de un trabajador despedido en represalia por las declaraciones efectuadas en su condición de representante de los trabajadores, y condenó al Estado peruano a reparar en forma integral el daño derivado del despido.

⁵⁵ Amén de que el voto mayoritario en “Álvarez c/Cencosud” sostuvo en forma enfática el derecho del trabajador discriminado a ser reinstalado y reparado en forma económica integral, es dable advertir que incluso el voto minoritario de la Corte Suprema en ese fallo luego de oponerse a la reinstalación del trabajador, postula que la reparación monetaria del daño derivado del despido discriminatorio debe ser integral, al punto tal que sostuvo que “sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1º de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182” (considerando 18). De ello se desprende que, aun quienes postularon (en posición que resultó minoritaria) que no corresponde decretar la nulidad del despido, consideraron que deben repararse en forma económica integral los daños y perjuicios derivados del acto discriminatorio, con un piso de orden público laboral representado por la suma de las indemnizaciones previstas en los arts. 182 y 245 de la LCT.

⁵⁶ Esa solución se agrava si reparamos en el bajísimo nivel salarial que existe actualmente en el país, cercano a mínimos históricos en valores constantes. Por ejemplo, si tomásemos el caso de un trabajador con un año de antigüedad que percibe el SMVM (\$ 156.000 mensuales, una cuarta parte de la canasta básica), su “indemnización” por despido discriminatorio sería de \$ 78.000 (aproximadamente US\$ 70 a valores actuales de mercado).

tablezca agravamientos indemnizatorios (art. 245 bis, párrafo cuarto, LCT), con la evidente finalidad de reducir costos empresarios por conducto de obturar la posibilidad de que el trabajador discriminado reclame, por ejemplo, con arreglo al voto minoritario de “Álvarez c/Cencosud SA”, un año de salarios por aplicación analógica de las reglas establecidas en el artículo 182 de la LCT⁵⁷.

Por lo demás, esta tarifación del resarcimiento marcha a contramano de las tendencias actuales en el Derecho Comparado, que se orientan a impedir el carácter tarifado incluso en las indemnizaciones por despidos injustificados (no agravados), para avanzar hacia regímenes basados en el principio de reparación plena⁵⁸. Luego, a contrario de lo que dispone el DNU 70/2023, con mayor razón aún corresponde una indemnización integral en los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales.

⁵⁷ Señalamos ello como referencia, aclarando que no compartimos el criterio (arraigado en un sector de la jurisprudencia) de cuantificar la indemnización por despido discriminatorio en 12 o 13 salarios, pues ello implica tarifar el resarcimiento, generando previsibilidad en el empleador, cuando la reparación integral debe ser cuantificada con arreglo a las circunstancias de cada caso, impidiendo el cálculo anticipado por el dañante, quien de otro modo podría valorar el costo-oportunidad de discriminar y dañar a través de una operación aritmética.

⁵⁸ Es interesante destacar que, en los últimos años, la Corte Constitucional de Italia ha dictado varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de las normas que tarifican las indemnizaciones por despido, computando como únicos elementos la antigüedad y el salario del trabajador, en el entendimiento de que consentir al empleador calcular con exactitud cuánto cuesta despedir a un trabajador elimina cualquier efecto disuasorio de un despido improcedente o sin causa justa, y de que la lesión injusta de los derechos de la persona trabajadora por el empleador no puede resolverse de antemano en un cálculo de su coste fijo, determinado en función de una variable que asegura importantes diferencias de trato en función de la edad y el género de las personas despedidas. Sobre esa base, declaró inconstitucionales las normas que así lo establecen, por considerarlas violatorias del derecho al trabajo previsto en la Constitución italiana y del derecho a la protección en caso de despido previsto en el art. 24 de la Carta Social Europea, que ordena garantizar “una indemnización adecuada u otra reparación apropiada”. Ver Corte Constitucional de Italia, 26-9-2019, sentencia 194/18; 26-7-2020, sentencia 150/20; 1-4-2021, sentencia 59/21; 19-5-2022, sentencia 125/22; 22-7-2022, sentencia 183/22. Sobre este tema, BAYLOS GRAU, Antonio, *De nuevo la Corte Constitucional italiana exige una reforma del régimen del despido exigiendo una indemnización “adecuada”*, 23-7-2022, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2022/07/de-nuevo-la-corte-constitucional.html>.

(iv) Finalmente, para completar esta verdadera tarea de demolición de la tutela antidiscriminatoria trabajosamente construida por la doctrina y la jurisprudencia durante décadas, el DNU 70/2023 –invadiendo aquí ya no sólo las atribuciones del Poder Legislativo federal, sino las de las Legislaturas provinciales⁵⁹– pretende erradicar la doctrina judicial que facilita la carga de la prueba en favor del trabajador que alega haber sido discriminado.

En efecto, resucitando –también aquí– el criterio establecido en el artículo 11 de la ley 25.013, el segundo párrafo del artículo 245 bis de la LCT prescribe que “la prueba estará a cargo de quien invoque la causal”, pretendiendo desactivar la contundente doctrina de la Corte federal que, revocando en duros términos una sentencia que adoptó el criterio ahora introducido por el DNU 70/2023, sostuvo en forma clara que, ponderando las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las víctimas para acreditar, mediante plena prueba, la discriminación, resulta suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación⁶⁰.

Criterio que, como lo destacamos en el apartado anterior, fue reiterado en múltiples ocasiones por la Corte, y coincide con todos los estándares vigentes en el Derecho Internacional y Comparado.

⁵⁹ Por regla, el dictado de las normas procesales (como lo es sin duda la que distribuye la carga de la prueba) corresponde a la competencia legislativa de los Estados provinciales (art. 75, inc. 12, CN). Si bien excepcionalmente se ha admitido que el Estado federal dicte (a través del Parlamento) normas rituales cuando ello es indispensable para asegurar la eficacia de las normas de fondo (es lo que ocurre, por ejemplo, con la presunción del art. 23 de la LCT), no es lo que sucede en este caso, en el que, amén de que la norma ha sido dictada por el Poder Ejecutivo (y no por el Legislativo), su contenido está orientado a desasegurar (y no a garantizar) la tutela antidiscriminatoria. Otro tanto sucede con las reformas que el DNU 70/2023 pretende incorporar a los arts. 9º y 23 de la LCT (arts. 66 y 68, DNU 70/2023), estableciendo reglas sobre valoración probatoria con el único e indisimulable objetivo de degradar los derechos laborales.

⁶⁰ CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

(v) Para concluir, cabe destacar que, al derogar el artículo 15 de la ley 24.013 (art. 53, DNU 70/2023), el reglamento bajo examen deja de considerar como un despido injustificado agravado al que se produce en represalia por el reclamo del trabajador orientado a reclamar la registración de la relación de trabajo, desactivando así la duplicación indemnizatoria que establece aquella norma de la Ley Nacional de Empleo.

Sin perjuicio de que, como lo hemos sostenido anteriormente, tratándose de un despido que vulnera la garantía de indemnidad contra represalias, al trabajador despedido le asiste en tal caso el derecho a reclamar la nulidad del despido y/o la reparación plena de los daños⁶¹, la reducción de la protección mínima de orden público laboral establecida en el artículo 15 de la ley 24.013 confirma la aviesa intención del DNU 70/2023 de arrasar con los derechos de los trabajadores, allanado el camino para que el empleador vulnere derechos fundamentales.

IV. Breves conclusiones

El DNU 70/2023 es insanablemente nulo y formalmente inconstitucional porque, amén de que no ha sido ratificado legislativamente, no existían, al momento de su dictado, las condiciones exigidas por el artículo 99, inciso 3º de la Constitución Nacional para que el Poder Ejecutivo pueda actuar sus excepcionales potestades colegislativas. Ello es así –de un lado– porque no existía necesidad ni urgencia, al punto que bien pudo enviarse el capítulo laboral del reglamento al Parlamento (que fue convocado a sesiones extraordinarias apenas pocos días después del dictado del DNU), y –del otro– porque las modificaciones que pretendió introducir en materias que son de competencia del Poder Legislativo (art. 75, inc. 12, CN) tienen carácter permanente (y no transitorio).

Por otra parte, sin perjuicio de que todo el capítulo laboral del DNU 70/2023 es materialmente inconstitucional (por vulnerar los prin-

⁶¹ 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*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, año 1, N° 2 (septiembre de 2012), ps. 151/182.

cipios constitucionales de protección del trabajador, progresividad y justicia social), el artículo 82 de ese reglamento, que regula el despido discriminatorio, es manifiestamente inválido, toda vez que –al asignar eficacia extintiva a los despidos agravados, impedir la reparación plena de los daños derivados de la violación de los derechos humanos laborales, tarifando en forma irrisoria la indemnización, y erradicar la facilitación de la carga de la prueba en favor del operario– detona toda la estructura de tutela antidiscriminatoria trabajosamente construida por la academia y la jurisprudencia durante más de dos décadas, consagrando una verdadera licencia patronal para discriminar que vulnera los artículos 14 bis y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

LA LIBERTAD DE DISCRIMINAR

por SEBASTIÁN SERRANO ALOU¹

SUMARIO: I. Una norma nula que no puede considerarse vigente. II. La libertad de discriminar. III. Negación de la discriminación: la prueba imposible. IV. Facilitación de la discriminación: un precio accesible. V. Convalidación de la discriminación: negación de la nulidad del acto y del derecho a reinstalación.

I. Una norma nula que no puede considerarse vigente

Para afirmar la total invalidez, la nulidad absoluta, no es necesario un análisis de todo el articulado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 70/2023. Sólo con ver cuántas normas se pretende derogar o modificar, cuáles son esas normas y en qué sentido se modifican, además de la forma en que se pretende hacerlo (decreto del PEN y no

¹ Abogado laboralista. Egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Docente adscripto a la Cátedra Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Rosario (resolución C. D. 252/2021). Miembro de la Asociación de Abogadas y Abogados Laboralistas de Rosario desde el año 2009, encargado durante los años 2010 y 2011 de la sección jurisprudencia y comentarios e integrante del Consejo Redactor en los años 2021-2023 de la revista de la Asociación: *La Causa Laboral*, elegido presidente para los años 2022/2023. Integrante de la fundamentación de la “Carta Sociolaboral Latinoamericana”, documento de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas. Presidente de la Comisión de Seguimiento de la Reforma Laboral del Colegio de Abogados de Rosario (años 2016/2017). Presidente (años 2018, 2020 y 2021) y vicepresidente (año 2019) del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Rosario. Conferencista, autor de artículos de doctrina en distintas publicaciones jurídicas y de notas periodísticas en medios de comunicación. Como suele advertirse en estos casos, las manifestaciones de esta nota son de exclusiva responsabilidad del autor y para nada comprometen a los colectivos en los que participa.

ley/es del Congreso), alcanza para entender que si se lo convalida la Constitución Nacional (CN) sufriría la mayor vulneración en estos últimos 40 años, algo sólo visto en épocas de dictaduras. De lo que se trata, frente al DNU, es de estar del lado de la vigencia de la CN o no; si se considera vigente el DNU se deja sin vigencia la CN.

En lo que hace a la parte que el DNU dedica al Derecho del Trabajo, el artículo 14 bis de la CN establece que la normativa laboral debe surgir de leyes y las mismas deben ser protectorias del trabajo y las personas que trabajan: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...” Por si alguna duda quedaba, sobre la dirección de las nuevas normas y las reformas, el principio de progresividad que contiene el Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF) indica que deben lograr en mayor medida la realización de los derechos humanos (DD. HH.) laborales que establece, no recortarlos en su vigencia o alcance. En otras palabras, la forma y el fondo son más inconstitucionales en lo que hace a la temática laboral que en otras cuestiones.

II. La libertad de discriminar

La libertad de discriminar a las personas que trabajan que el DNU 70/2023 pretende establecer en su artículo 82, incorporando el 245 bis a la Regla de Contrato de Trabajo (RCT)², demuestra hasta qué punto llega la vulneración a la esencia del BCF y el eje en la persona humana

² No utilizo las siglas comunes LCT, Ley de Contrato de Trabajo, por no ser el régimen actualmente vigente en materia de contrato de trabajo una ley. Coincidiendo con Capón Filas, Morell y otros, uso las siglas RCT, en referencia a la Regla de Contrato de Trabajo, ya que lo que se encuentra vigente desde la última dictadura militar es la regla 21.297. Los trabajadores tuvieron su Ley de Contrato de Trabajo, la 20.744. La dictadura, con su regla 21.297, derogó veintinueve artículos de la ley 20.744 y cercenó más de cien, en claro perjuicio de los trabajadores y en beneficio de los capitales económicos. Hace tiempo lo hago planteando que el ejercicio de la memoria es necesario, por lo que debemos culturalmente abrir los ojos y ver lo que es, y no lo que pretenden hacernos ver: la regla 21.297 sólo está usurpando el lugar de la ley 20.744 por obra de un acto violento y arbitrario de un poder antidemocrático. Hoy más que nunca esa memoria se hace necesaria, cuando un gobierno con prácticas muy parecidas quiere completar el trabajo, desactivando en la práctica la vigencia del Derecho del Trabajo.

que establece el decreto, ya que lo que se está habilitando es un acto de violencia aberrante que afecta lo más valioso que tiene una persona después de su vida: la dignidad³.

La Corte del Cambio⁴ dio lecciones para discriminar en forma disimulada, dificultando la prueba del acto, evitando tratar la consecuencia del mismo: la nulidad y la posibilidad de petitionar la reinstalación⁵. El gobierno actual pretende ir mucho más allá con su DNU, haciendo imposible la prueba del acto, poniendo un precio accesible a dicho acto para quienes quieran ejercerlo en forma expresa y puedan pagarlo, negando la nulidad del acto y el derecho a solicitar la reinstalación.

La libertad que se establece para discriminar busca fundamentalmente impedir “tres libertades ‘esenciales del Estado constitucional vigente en la República’: de reunión, de expresión y de asociación ([...] *Fallos*: 329:5266), cuya limitación afecta a una cuarta, la libertad sindical”⁶, algo presente en varios artículos del DNU. Es así porque, evidentemente, la norma está dirigida primordialmente a los casos

³ La persona es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí misma –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. La elección del rumbo que deberá tener el Derecho aplicable a las relaciones de trabajo, en su formulación y aplicación al caso concreto, es clara; lo principal es la protección de la persona humana y sus derechos. 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, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos. 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 (cfr. CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”).

⁴ Es la denominación que mejor cabe a la Corte actual, como se desarrolla, entre otras notas, en SERRANO ALOU, Sebastián, *El cambio y la Corte: Un quinquenio regresivo*, en *Microjuris*, del 26-11-2021, MJ-DOC-16256-AR, MJD16256; *Revista GEDS*, Segunda Entrega.

⁵ Al respecto, ver SERRANO ALOU, Sebastián, *El cambio y la Corte: Lecciones para discriminar*, en *Microjuris*, del 21-9-2018, MJ-DOC-13708-AR, MJD 13708.

⁶ Del voto de Rosatti en CSJN, 4-9-2018, “Varela, José Gilberto c/Disco SA”.

de discriminación de quienes emiten sus opiniones gremiales, quienes quieren ejercer las libertades esenciales del Estado constitucional dentro de la relación de trabajo. Se busca que quienes se animen a desafiar los incumplimientos y arbitrariedades que el DNU quiere legitimar (y hasta fomentar en algunos casos), manifestándose gremialmente, intentando o generando acciones colectivas, puedan ser expulsados de la empresa sin mayores consecuencias.

La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, objetivo fundamental según la OIT, se encuentra plenamente convalidada 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. Para la Carta Democrática Interamericana, la eliminación de toda forma de discriminación contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana⁷.

El DNU no deroga la vigencia de la CN o los tratados de derechos humanos, ni podría hacerlo, por lo que la libertad de discriminar que quiere imponer resulta inconstitucional e inconvencional, sea cuál sea la forma en la que se quiera establecer (DNU o ley). Tampoco deroga la ley 23.592, íntimamente vinculada al BCF. Lo que pretende es ignorar todo lo anterior, como enseñó la Corte del Cambio⁸.

III. Negación de la discriminación: la prueba imposible

La pretendida reforma quiere establecer que en casos de despidos discriminatorios “la prueba estará a cargo de quien invoque la causal”, sin atenuantes del grado probatorio que debe alcanzar la víctima, liberando al autor del acto discriminatorio de toda carga probatoria.

El desarrollo de la Corte en “Pellicori”⁹, a lo largo de varios conside-

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

⁸ Al respecto, ver SERRANO ALOU, *El cambio y la Corte: Lecciones para discriminar* cit.

⁹ CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

randos donde se analiza el derecho aplicable a un caso de despido discriminatorio, con el BCF y los tratados de DD. HH. en primer lugar, va en sentido contrario al DNU 70/2023. El considerando 5º es quizás el más claro, cuando plantea que las consideraciones relativas al bloque de constitucionalidad y lo esbozado por los comités de DD. HH. que son sus exegetas autorizados “se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto”. Por si alguna duda quedara, cita al Comité contra la Discriminación Racial, que señaló que “en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado *prima facie* que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente”. En el precedente se hace referencia a la necesidad de un “principio de prueba” a cargo de la víctima, es decir, se reduce el grado de prueba necesario, para a partir de eso activar la carga probatoria en cabeza de quien es acusado de discriminar, tratándose en este caso de una prueba que puede considerarse más rígida. Del desarrollo de la Corte surge que es distinto el criterio que se debe usar para analizar los planteos de víctima y victimario, inclinándose claramente a favor de la primera.

Ni la Corte del Cambio se animó a liberar de la carga probatoria a quien es acusado de discriminación, sino que se limitó a facilitar la prueba permitiendo “que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere”¹⁰, frente a “la prueba

¹⁰ Comentarios a: CSJN, 4-9-2018, “Varela, José Gilberto c/Disco SA” y 8-4-2021, “Fontana, Edith Fabiana c/Cibie Argentina SA”, comentados en SERRANO ALOU, *El cambio y la Corte: Lecciones para discriminar* cit. y *Máxima regresión: La Corte privilegia planteos económicos sobre derechos humanos*, en Rubinzal Online, RC D 430/2021, del 2-7-2021, respectivamente.

de un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” exigida en “Pellicori”.

Lo dispuesto en relación a la facilitación de la prueba a favor de la víctima y el compromiso probatorio a cargo del acusado de discriminar obedece a que “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”¹¹.

Con anterioridad al 2015, la Corte¹² explicaba que las reglas anteriormente desarrolladas no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia, por lo que, en definitiva, tributan al “combate contra la impunidad”, la cual, resulta innecesario expresarlo, “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos”. Es evidente que el DNU va también en sus objetivos en el sentido contrario, es más, tan lejos que hasta invita a expresar que el despido es discriminatorio y sus causas, para disciplinar al conjunto de las personas que trabajan en la empresa, esto fijando un precio a pagar que resulta accesible.

IV. Facilitación de la discriminación: un precio accesible

Para el DNU, en caso de despido discriminatorio, “corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245”. Sólo en casos excepcionales, “Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%”.

¹¹ CSJN, 20-5-2014, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros”.

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

Para ver lo “barato” de discriminar en función del DNU, basta con ver el artículo 182 de la RCT, que viene siendo el parámetro que utiliza la jurisprudencia en casos de despidos discriminatorios: un año de remuneraciones, es decir, 13 sueldos (12 meses más el SAC). Para alcanzar el mismo monto, la persona despedida en forma discriminatoria debería tener una antigüedad de al menos 26 años¹³, algo poco frecuente. No sólo se busca establecer la libertad de discriminar, sino que se establece una discriminación injustificada entre las personas discriminadas por embarazo o matrimonio y las discriminadas por otras razones. No se podría fijar un parámetro indemnizatorio menor al del artículo 182 de la RCT para todos los despidos discriminatorios porque sería regresivo; se debe en todo caso mejorar dicha indemnización.

No sólo se pone un precio accesible al despido discriminatorio, sino que, en el contexto que se quiere crear, se pretende cuidar más que nunca la “industria del incumplimiento”, que es la única que siempre existió. Esto se logra combinando las siguientes cuestiones: 1) se quiere eliminar el agravamiento indemnizatorio para los casos en que los empleadores no pagan las indemnizaciones por despido en tiempo y forma, obligando a los/las trabajadores/as a iniciar juicio para su cobro; 2) se quiere establecer la actualización del crédito mediante el índice de precios al consumidor, fijando una tasa de interés bajísima (del 3%); 3) se busca habilitar el pago de lo adeudado en hasta 12 cuotas, para cerrar el círculo. Es decir, se quiere convalidar la práctica de los empresarios de financiarse con el dinero de los/as trabajadores/as, de manera mucho más conveniente que en el mercado financiero, tomando por la fuerza el capital del acreedor y pagando mucho menos interés que en caso de un crédito financiero, en cuotas que se empezarían a abonar luego de varios años de tomado el capital (al finalizar el juicio). En el caso de un despido discriminatorio no sólo se quiere negar el derecho a una reparación integral, sino que se convalida un pago aberrante en el momento y en la forma que resulte más conveniente a quien discriminó.

¹³ Son 26 años y no 24, porque el DNU también quiere quitar el SAC de la base de cálculo del art. 245, RCT.

V. Convalidación de la discriminación: negación de la nulidad del acto y del derecho a reinstalación

El DNU pretende que “El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”, queriendo validar un acto que por su grave ilicitud es nulo con otro acto que es en su conjunto aún más ilícito e insalvablemente nulo.

En contra del DNU, la Corte ha sido clara en que el objetivo primario de las reparaciones en materia de DD. HH. debe ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos¹⁴.

La pretensión del DNU, de negar el derecho a petitionar la nulidad del acto y la reinstalación en el caso de un despido discriminatorio, es tan regresiva que va en contra del alcance amplio que debe darse al artículo 14 bis de la CN, que permite establecer este derecho como forma de “protección contra el despido arbitrario” aun cuando no media discriminación, algo que sólo un entendimiento limitado puede negar. Además, va en contra de lo que disponen normas con jerarquía constitucional, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), o sus reglamentaciones, como el Protocolo de San Salvador y el Convenio 158 de la OIT. Además, es la consecuencia que claramente establece para los actos discriminatorios la ley 23.592, plenamente aplicable a las relaciones laborales, en las que por sus características particulares es muy necesaria su vigencia¹⁵.

Con referencia a los tratados de DD. HH. que integran el texto de nuestra CN, la Corte¹⁶ señala que 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 CN: el acto discriminatorio. Para ello ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en

¹⁴ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”.

¹⁵ Ver CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”.

¹⁶ Ver CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”.

su realización y reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1º), 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, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos.

Lo anterior tiene íntima relación con la libertad y otros principios y derechos fundamentales, como también explica la Corte. 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 aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. Todas las personas tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

No es de extrañar que el DNU 70/2023 busque atacar la estabilidad de las personas que trabajan de todas las formas posibles, ya que esos ataques históricamente han ido de la mano de gobiernos que suspenden o debilitan la democracia¹⁷. Sólo los hombres que tienen una vivienda y un puesto de trabajo seguro, y con ello un futuro material, son o llegan a ser ciudadanos que se apropian de la democracia y la convierten en algo vivo; la verdad desnuda es ésta: sin seguridad material no puede existir libertad política, ni por tanto democracia alguna, y entonces todos nos vemos amenazados por nuevos y antiguos regímenes e ideologías totalitarios¹⁸.

¹⁷ Al respecto, puede consultarse la tesis de maestría del autor de estas líneas: *La estabilidad del trabajador argentino y su importancia para la democracia*, aprobada en abril de 2013, publicada por RELATS, en <https://www.relatsargentina.com/documentos/RA.1-DTSS/RELATS.A.Derecho.SerranoAlou2.pdf>.

¹⁸ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, 1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2004, ps. 97 y 98.

LA TRAMPA DEL NUEVO ARTÍCULO 276 DE LA LCT SEGÚN EL DNU 70/2023

por CLARISA DE ARCE¹

Si no podéis convencerlos, confundilos.

CONFUCIO

SUMARIO: 1. Una introducción ineludible: la inconstitucionalidad del DNU 70/2023. 2. Breve contexto sociopolítico contemporáneo a la reforma al artículo 276 de la LCT. 3. El artículo 276 de la LCT. 4. El artículo 276 de la LCT según el DNU 70/2023. 5. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad del “nuevo 276 de la LCT”. 6. Conclusión final.

1. Una introducción ineludible: la inconstitucionalidad del DNU 70/2023

La reforma al artículo 276 de la LCT se da en el marco del mega DNU 70/2023, que a la fecha de redacción de este documento aún no se halla vigente. Si bien el inciso 3° del artículo 99 de la CN ha dado

¹ Abogada, Univ. Salvador, 1998. Magíster en Derecho del Trabajo, UCES. Ejerce la profesión de manera liberal desde 1998 y es socia cofundadora del Estudio jurídico “DAG Abogados De Arce & Giampaoli” con actuación en CABA y PBA. Directora del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados Avellaneda-Lanús e integrante de varios órganos de la colegiación. Docente de posgrado y disertante invitada en instituciones y eventos académicos del país. Autora de numerosos artículos sobre riesgos del trabajo, Derecho Administrativo Laboral, cuestiones de género y honorarios profesionales.

Un agradecimiento especial a mi socio FACUNDO GIAMPAOLI con quien día a día debatimos y ejercemos el Derecho del Trabajo y ha sido clave en la minuciosa interpretación del nuevo 276.

la razón a quienes postulaban la constitucionalidad de este tipo de decretos a fin de rescatarlos como instrumentos útiles al sistema, también ha fijado límites claros en punto a la materia, motivación, procedimientos, efectos y demás consecuencias. No obstante que el DNU es un modo permitido –aunque excepcional– de legislar, el análisis de un DNU no es independiente de su “forma” decreto. No se analiza “igual” un DNU que una ley que regule el mismo aspecto, debido a que carece de proceso deliberativo y de federalismo. Su presunción de constitucionalidad es menor a la de una ley. Por ello, es el Estado el que debe probar su necesidad y urgencia que, en el caso, no se configuran.

Resulta ineludible mencionar que el decreto mencionado es inconstitucional, pues a través de su dictado el Poder Ejecutivo incurre en una clara violación a la división de poderes consagrada en nuestra Carta Magna, la cual corresponde a las bases republicanas de nuestro Estado. El PEN se está arrogando facultades legislativas que palmariamente no son de su competencia. Con ello se violan los artículos 1º, 75, inciso 12; 76 y 121 de la CN, y se incumple lo normado en el artículo 99, inciso 3º, de la CN.

“El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”².

Sintéticamente, no se reúnen los requisitos de necesidad y urgencia en materia laboral, conforme explicara la CSJN en diversos fallos, entre ellos, “Verrocchi”³, pues el Congreso se encuentra en normal funcionamiento y para el tercer trimestre de 2023 el índice de desocupación en Argentina es del 5,7%⁴ –bastante lejos del 10% que motivara emergencias ocupacionales en el país⁵–, y en octubre de 2023,

² CSJN, 19-5-2010, C.923.XLIII, “Consumidores Argentinos c/Estado Nacional y otro s/Amparo. Ley 16.986”, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; Rubinzal Online, RC J 11943/10.

³ CSJN, 19-8-99, V.916.XXXII, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Administración Nacional de Aduanas (ANA) s/Acción de amparo”, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, *Fallos*: 322:1726; Rubinzal Online, RC J 103518/09.

⁴ Ver https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_3_trim232516D0B1D0.pdf (ps. 3 y ss.).

⁵ DNU 34/2019, ley 25.561.

el índice de salarios se incrementó 8,3% mensual y 139,1% interanual, indicando su carrera muy a la par del porcentaje inflacionario del mismo período⁶.

2. Breve contexto sociopolítico contemporáneo a la reforma al artículo 276 de la LCT

Vivimos un momento en el cual aún no sabemos si un proyecto político tiene la posibilidad de volverse hegemónico o si estamos condenados a una división entre proyectos de tercios que no podrán imponerse políticamente del todo. Eso no significa que este momento de alta volatilidad se vaya a mantener para siempre... ¿o quizás sea nuestro destino irrefutable como Nación?

Inaugurando la era política de la libertad: libertad para que los propietarios de viviendas establezcan condiciones discrecionales a los aspirantes a inquilinos, libertad para que las entidades financieras y bancarias carezcan de tope para cobrar intereses en las tarjetas de crédito, libertad para importar y exportar, libertad para dañar el medio ambiente, libertad para aumentar transporte, prepagas y tarifas, son algunas de las libertades llamativas que pretende instaurar el DNU 70; sin embargo, la libertad para aplicar intereses a los créditos laborales fue fuertemente cercenada en el nuevo artículo 276 de la LCT, cuya lectura no nos puede tomar desprevenidos. También, curiosamente, se olvida el DNU de la libertad genérica para actualizar y/o indexar créditos, cuya prohibición sigue vigente porque, casualmente, entre tanta derogación se olvidó expresamente de derogar el artículo 7° de la ley 23.928, ratificado por el artículo 4° de la ley 25.561.

Bueno, los laboristas somos los que defendemos que la libertad, la igualdad y la fraternidad deben ir juntas, como bien explica el doctor Ackerman al referirse al “triángulo virtuoso de protección”. Estos dos últimos valores, ausentes de todo relato político actual.

“Libertad, Igualdad y Fraternidad, nada menos que los postulados fundamentales de la revolución burguesa del siglo XVIII, que se materializaban en la mitad del siglo XX, abriendo las puertas a lo que,

⁶ Ver <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-31-61>.

desde los fundamentos de la Encíclica *Rerum Novarum*, conocemos como Justicia Social. Y es nada menos que este valor superior del humanismo lo que es puesto radicalmente en cuestión con esta nueva reforma laboral diseñada con el DNU 70/2023”⁷.

A partir de allí, hagamos un poco de repaso sobre el actual artículo 276 de la LCT y las reformas que le pretende instalar el DNU, en el hipotético e improbable supuesto de que sus previsiones resulten, algún día o en algún caso, aplicables.

3. El artículo 276 de la LCT

En materia de intereses y actualización de créditos laborales, cabe repasar el “olvidado” artículo 276 de la LCT, que conforme su texto de fines de 1988 –texto según ley 23.616– expresamente dice:

Actualización por depreciación monetaria. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago...

Dicha norma en la actualidad resulta inaplicable, ya que la misma se opone al texto literal de la ley 25.561 (art. 4º) que impide cualquier forma de actualización de los créditos y que el DNU 70/2023, como fuera dicho, se “olvidó” de derogar.

Nótese que el artículo 276 obligaba al juez laboral a actualizar la suma si la misma resultaba depreciada.

Estas normas conviven con determinadas pautas jurisprudenciales. En efecto, para deudas dinerarias, la CSJN en el fallo “Chiara Díaz” (Fallos: 329:385) estableció que la aplicación de cláusulas de actualización monetaria significaría traicionar el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas (leyes 23.928 y 25.561) mediante la prohibición genérica de la indexación, “medida

⁷ ACKERMAN, Mario E., *Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad*, en Rubinzal Online, RC D 734/2023.

de política económica cuyo acierto no compete a esta Corte evaluar”. En términos similares y con algunos matices se expidió también en “Massolo” y en otros⁸. También la Corte Suprema ha sostenido que los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso nacional de ejercer las funciones que le encomienda el artículo 67, inciso 10 (hoy art. 75, inc. 11) de la Constitución Nacional de “Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...”⁹ En los autos “Puente Olivera”, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2016, la CSJN reiteró su doctrina en el sentido de que no puede objetarse, como regla, la decisión del Congreso de la Nación de prohibir la repotenciación de deudas, vía indexación o actualización, y confirmó la aplicación de dicho criterio en el marco de un proceso laboral.

Para deudas de valor, la CSJN le añadió el denominado interés puro en el orden de un 6% anual¹⁰. Es decir, que si hablamos de cualquier deuda no depreciada, ya sea por estabilidad o por haberse fijado a valor actual, se le aplica la tasa pura del 6% anual.

En relación con la postura de la CNAT, nos recuerda el doctor Schick que antes de la convertibilidad el interés aplicable era entre el 8 y el 15% anual: “Los jueces, sobre todo valiéndose del *leading case* CSJN ‘Valdez c/Cintioni’, deberán elevarlos a porcentajes razonables. Durante la vigencia del artículo 276, antes del régimen de convertibilidad, se incrementaba el interés del crédito laboral, luego de computar el IPC entre un 8% y un 15% según la época. Hay que considerar también que los alimentos aumentan más que el Índice General de Precios al Consumidor”¹¹.

Desde septiembre de 2022, la CNAT, para créditos laborales fijados a valor histórico –deudas de dinero–, decidió establecer un método de

⁸ CSJN, *Fallos*: 333:447; 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032; 330:3109, entre muchos otros.

⁹ CSJN, causa “YPP”, *Fallos*: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567 (considerando 13).

¹⁰ CSJN, *Fallos*: 283:235; 295:973; 296:115, y más recientemente en *Fallos*: 311:1249.

¹¹ SCHICK, Horacio; PÉREZ, Santiago y BOKMUK, Laura, *Informe laboral 123. Reflexiones preliminares sobre el DNU 70/2023*, en www.estudioshick.com.

actualización indirecta de los créditos laborales, a través del Acta 2764, estableciendo la capitalización anual de intereses desde la fecha de notificación de la demanda para los créditos laborales sin sentencia firme, siempre que no se trate de un crédito que se encuentra alcanzado por un régimen legal especial en materia de intereses, en función de las facultades jurisdiccionales conferidas en el artículo 771 del Código Civil y Comercial, y además una pauta de referencia objetiva –no normativa– que funciona como techo o tope, equivalente a la suma que resulte del capital histórico actualizado por el índice de precios al consumidor (IPC), con más una tasa de interés pura del 6% anual, para aquellos casos en los que la suma resultante de la aplicación del criterio sentado en el Acta 2764 luzca desproporcionada (en síntesis, un método de actualización indirecta con un tope de actualización directa de IPC + 6% anual como interés puro). Esto respetando los lineamientos de la CSJN.

Por su parte, la SCJBA también sostiene hasta el momento la prohibición de actualizar deudas dinerarias y resolvió en relación con las mismas, desde el 1º de abril de 1991, la fijación de la “tasa pasiva” del Banco Provincia como tasa de interés moratorio con carácter de doctrina legal para los créditos laborales, y ratificó este criterio luego del abandono de la paridad cambiaria en sucesivos pronunciamientos (“Ginossi”, L. 94.446, sent. de 21-10-2009). Más adelante desestimó la aplicación de la tasa activa dispuesta por ley provincial 14.399 (L. 110.487, “Ojer”; L. 108.164, “Abraham”, y L. 90.768, “Vitkauskas”, todas las sentencias del 13-11-2013). Posteriormente, la SCJBA *accedió a convalidar la utilización de la tasa “pasiva digital”* en el caso “Zócaro, Tomás Alberto c/Provincia ART SA s/Daños y perjuicios” (L. 118.615, res. int. del 11-3-2015), y, por último, en el precedente “Trofé” (L. 118.587, sent. del 15-6-2016) ratificó su doctrina en punto a la utilización de la “tasa pasiva digital”, efectuando una interpretación del artículo 768, inciso c, del nuevo CCyC. Para deudas a valores actuales, la SCJBA, en un primer momento, determinó la tasa pura en el 8%¹², pero luego, a partir de lo resuelto en B. 48.864 (“Fernán-

¹² SCJBA, causas Ac. 20.458, “Sinagra de Fernández”, sent. del 26-11-74, AyS 1974-III-747; Ac. 21.175, “Acosta”, sent. del 23-9-75, AyS 1975-845; Ac. 39.866, “Martín”, sent. del 21-2-89, AyS 1989-I-141.

dez Graffigna”, sent. de 1-10-83, A. y S. 1983-III-227), se plegó a la alícuota de un 6% anual¹³.

La SCJBA también entendió congruente en “Nidera”¹⁴ la tasa pura del 6% anual.

4. El artículo 276 de la LCT según el DNU 70/2023

La reciente norma propone el nuevo texto que dice:

Artículo 84. Sustitúyese el artículo 276 de la Ley Nº 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

“Artículo 276 – *Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria.* Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses.

”La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el *Índice de Precios al Consumidor (IPC)* con más una tasa de interés pura del 3% anual.

”La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

Una lectura apresurada de la norma produce la ilusión cognitiva de que es progresista, que tiende a mejorar el estado actual de la jurisprudencia y legislación en la medida que permite actualizar el crédito laboral por IPC, cuestión prohibida hasta el momento, generadora de debates y recursos interminables en el fuero laboral.

No podemos soslayar en este análisis que el “nuevo 276” no obliga a actualizar ni repotenciar el crédito en caso de su depreciación, sino

¹³ SCJBA, causas L. 49.590, “Zuñiga”, sent. del 1-6-93; L. 53.443, “Fernández”, sent. del 6-9-94; L. 60.913, “Amaya”, sent. del 14-10-97; L. 73.452, “Ramírez”, sent. del 19-2-2002; Ac. 85.796, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del 11-8-2004; C. 95.723, “Quinteros”, sent. del 15-9-2010; C. 99.066, “Blanco de Vicente, Fanny”, sent. del 11-5-2011; entre otras.

¹⁴ SCJBA, sent. del 3-5-2018, causa C. 121.134, “Nidera SA c/Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios”.

que sólo le habilita opciones al/la magistrado/a para que elija la que crea más conveniente, por lo cual, si la magistratura siguiera eligiendo una tasa pasiva o una activa sin capitalizar, estaría obrando acorde a habilitaciones legales expresamente dadas. Desde ya, se podría apelar, con todo lo que ello implica. Entonces, no confundir, según el “nuevo 276”, el/la juez/a podrá actualizar y/o repotenciar la deuda pero no estará obligado/a a hacerlo, como disponía el “anterior 276”. Primera regresión normativa.

Desde otro punto de vista, la actualización por IPC que propone el DNU referido agrega un *tope integral*, no dejando duda en cuanto a que la tasa pura, hasta el momento del 6% anual según jurisprudencia reseñada, pasará a ser del 3% como máximo, puesto que el/la juez/a laboral podrá elegir discrecionalmente entre actualizar, repotenciar o aplicar una tasa de interés, siempre y cuando no supere el mencionado tope de IPC + 3%. Por lo tanto, si se lograra una estabilidad monetaria, o bien, si se recompusiera el valor originario del capital mediante aplicación de índices, un crédito laboral jamás podrá devengar una tasa superior al 3% anual, según ordena el DNU 70/2023.

Por ello, atención nuevamente, puede parecernos superadora o disruptiva la habilitación para actualizar y/o repotenciar los créditos frente a la actual tasa pasiva digital BAPRO vigente en la PBA o frente a otras tasas de intereses no capitalizables que no compensan la erosión monetaria y que se aplican en casi todo el país, sin embargo, no nos podemos engañar por un análisis coyuntural. El objetivo de esta norma no es mejorar la posición del trabajador-acreedor sino, por el contrario, atar de pies y manos al juez/a poniendo el tope al interés en el ínfimo 3% anual. Esto es una merma del 50% –de mínima– respecto al parámetro jurisprudencial actual y respecto a la inexistencia de topes normativos en tal aspecto. He señalado así una segunda regresión normativa dentro del mismo artículo.

De tal manera, la ley no manda a actualizar, sino que sólo lo permite entre las opciones dadas. Le deja discrecionalidad al magistrado para aplicar intereses a la baja o tolerar el pago de un crédito depreciado. El único imperativo que se le instala al Poder Judicial es el de respetar un tope peyorativo e insuficiente del 3% por todo tipo de interés –moratorio y compensatorio– que no existía hasta el presente.

5. Inconstitucionalidad e inconventionalidad del “nuevo 276 de la LCT”

Recordemos que la “tasa pura” refiere la rentabilidad razonable de un capital, despojada de cualquier otro elemento –como podría ser la mora–; compensa el “no disponer” de un capital que es propio, durante cierto tiempo. Es decir, se aplica para el interés compensatorio. Hasta el momento, nuestras leyes actuales no aportaban un porcentaje fijo ni menos aún un tope para la tasa de interés puro, y nuestros tribunales, como vimos, la han justipreciado entre un 6 y un 8% anual, siempre que no hayan sido establecidos de otra manera por la autonomía de las partes (art. 958, CCyC).

En cuanto a la tasa de interés moratorio, que es aquella destinada a resguardar al acreedor de los daños financieros que pueda sufrir debido al retraso en el pago, la prelación del artículo 768 del CCyC dispone que “A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.

Antes del DNU 70, tampoco había ley especial que fijara un máximo de alícuota para intereses moratorios. El DNU –según su interpretación literal– viene a poner un tope a ambos tipos de intereses de manera conjunta (compensatorios y moratorios) en el ínfimo 3% anual.

Este porcentaje impuesto por el nuevo DNU vulnera el artículo 14 bis de la CN, agrava el daño (art. 19, CN) y el derecho de propiedad de los trabajadores y de sus letrados (art. 18, CN), al posibilitar legalmente el desequilibrio entre acreedor y deudor. El deudor dispondrá del dinero durante un extenso período para generar ganancias sin más límite que el del mercado y, en su caso, de las disposiciones del BCRA en materia de tasas. Una entidad financiera podrá manejar el *spread* bancario a su antojo. Sin embargo, se desprotege y discrimina al acreedor laboral “topeándole” todos los intereses al 3% anual.

Es de suponer que si una empresa necesita financiación, en vez de pagar onerosas tasas activas a una entidad bancaria, optará por financiarse con el crédito laboral, dejando éste impago el máximo de tiempo posible. Por otra parte, cualquier empleador asesorado en finanzas podrá

realizar, verbigracia, inversiones en dólares con rentabilidades tentadoramente superiores al 3% anual (ej.: fondos comunes de inversión, bonos, cauciones en dólares, *cedears*, fideicomisos inmobiliarios o financieros, etc.). Mientras tanto, el crédito del trabajador tiene un tope del 3%. En síntesis, la norma favorece que el deudor-empleador se enriquezca a costa del acreedor-trabajador. Ello produce injusticia social y no respeta el artículo 14 bis de la CN.

Asimismo, el artículo 771 del CCyC permite a los jueces reducir intereses cuando la tasa o la capitalización excedan el costo medio del dinero para operaciones similares del lugar de la obligación. Sin embargo, no les permite a los jueces aumentarlos y, a la postre, ahora se les impone un tope máximo –3% anual–.

La norma plasma una asombrosa flexibilidad al Poder Judicial para aplicar intereses a la baja o evitar actualizar, si así lo consideraran, como contracara de una rigidez total evidenciada en un techo-tope al interés máximo de todo crédito laboral, que antes no existía. En vez de revivir la obligación de actualizar y, en todo caso, imponer un piso mínimo al interés compensatorio-moratorio que tendiera a proteger a quien alguna vez fue sujeto de preferente tutela, se ocupó de instalar un techo perjudicial.

Esto altera el orden público laboral a favor del derecho de empresa. Tiene un neto carácter regresivo y no favorece la progresividad de los derechos humanos. Supone una violación al principio de progresividad señalado por la CADH (art. 26) y el PIDESC (art. 11.1) y receptado con jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna. El tope impuesto desatiende la realidad económica del momento del litigio y no sólo abre la puerta a la no reparación del daño sino que además posibilita la consagración de daños mayores al trabajador, a la vez que favorece al deudor. Ello atenta contra las garantías constitucionales de protección contra el despido arbitrario, propiedad y el principio del *alterum non lædere* (arts. 14 bis, 17 y 19, CN).

Como vengo diciendo, el nuevo artículo 246 de la LCT no supera el test constitucional ni convencional en los términos de la CADH y del PIDESC; además de imposibilitar a la magistratura impartir jus-

ticia, alienta la litigiosidad y la violación de la garantía del plazo razonable de duración de los procesos.

6. Conclusión final

Coincidiendo plenamente con el doctor Arese, “un interés puro del 3% es claramente ínfimo si se tiene en cuenta que se atribuye a intereses moratorios y compensatorios (arts. 767 y 768 del CCC) [...] Esta disposición, no es sólo inconstitucional por afectar el obvio derecho de propiedad y el de acceso a tutela judicial efectiva, sino además porque es un tanto ridícula”¹⁵.

La reforma pretendida es claramente regresiva, violando con ello uno de los principios fundamentales de los derechos humanos de última generación.

¹⁵ ARESE, César, *Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023*, en Rubinzal Online, RC D 733/2023.

LA ÚNICA CERTEZA ES LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LOS CRÉDITOS LABORALES: SOBRE EL ARTÍCULO 276 DE LA LCT SEGÚN EL DNU 70/2023

por RAMIRO R. RUIZ FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. Aclaración preliminar. II. Presupuesto básico. III. La merma de los créditos laborales a los que se les aplicaría el artículo 276 de la LCT. IV. La derogación parcial de la ley 23.928 y el restablecimiento del artículo 276 de la LCT por parte del DNU 70/2023. V. La *ratio legis* del actual artículo 276 de la LCT. VI. La actualización de los créditos en el texto del artículo 276 de la LCT. VII. El “tope” del artículo 276 de la LCT. VIII. El carácter imperativo de la norma. IX. Una posibilidad de corrección del “tope”. X. A modo de conclusión.

I. Aclaración preliminar

Cuatro días hábiles. Cuando se concibió el presente artículo se había sancionado el DNU 70/23 pero aún no había comenzado a regir. Cuando fue releído entró efímeramente en vigencia. Antes de ser enviada su versión final debió ser adaptado, dado que fue felizmente suspendido cautelarmente en sus disposiciones laborales por la CNAT². Ignoramos cuál será la situación al momento de su lectura. Valga la aclaración como excusa y anticipado pedido de disculpas por sus falencias.

¹ Abogado litigante desde el 2000 hasta la actualidad en representación de trabajadores y asociaciones sindicales. Vicepresidente de la Filial Rosario de la AADTSS. Especialista en Derecho del Trabajo de la UNR. Docente de Posgrado. Ex subsecretario legal y técnico del MTSS de la Provincia de Santa Fe (2021/2023).

² CNAT, sala de feria, 3-1-2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Incidente”, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 147/2024.

No obstante ello, analizaremos el texto del artículo 276 de la LCT conforme fue sancionado por el DNU 70/2023 con una única certeza: los créditos laborales deben ser actualizados.

II. Presupuesto básico

El DNU 70/2023 es absoluta e insalvablemente nulo por la asunción prohibida de facultades legislativas vedadas al PE y también es inconstitucional e inconvencional por su contenido violatorio de los derechos y garantías de la CN y de las normas con jerarquía constitucional y supralegal.

III. La merma de los créditos laborales a los que se les aplicaría el artículo 276 de la LCT

El artículo 276 de la LCT conforme el DNU 70/2023 contiene un dispositivo de actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria, tal como lo establece su título. Los créditos laborales se encuentran constituidos por todas y cada una de las obligaciones que tienen su fuente en la relación laboral. El artículo 276 de la LCT entonces tiene la finalidad expresa y expresada de mantener el valor real de los créditos laborales. Ahora bien, corresponde aquí señalar que las restantes normas laborales del DNU 70/2023 cercenan, limitan y disminuyen los créditos laborales. Basta aquí con mencionar –entre muchos otros ejemplos– la gravísima, injustificada e injustificable eliminación de las indemnizaciones correspondientes al empleo no registrado o deficientemente registrado de las leyes 24.013 y 25.323 o la eliminación del recargo por falta de pago en término previsto en esta última. Por ello, el capital originario actualizable conforme al artículo 276 de la LCT en caso de que se aplique la reforma del DNU 70/2023 –hoy suspendida– será ostensiblemente menor al que correspondía conforme la legislación laboral previa al DNU. No es el objeto del presente artículo, pero para el caso en que rijan efectivamente las normas del DNU u otras semejantes, corresponde advertir sobre la necesidad de realizar todos los planteos constitucionales y legales conducentes a ampliar el capital actualizable.

IV. La derogación parcial de la ley 23.928 y el restablecimiento del artículo 276 de la LCT por parte del DNU 70/2023

El artículo 7° de la ley 23.928 –conforme redacción de la ley 25.561– establece que “...En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley”. Esta norma, aún vigente en forma general y pese a las numerosas derogaciones parciales que ha sufrido en otras materias, fue abrogada en relación a los créditos laborales por el DNU 70/2023. A su vez, la derogación parcial se encuentra hoy cautelarmente suspendida por el fallo de la CNAT. Sostenemos de todos modos la grosera inconstitucionalidad sobreviniente de la prohibición de actualización de los créditos laborales, luego de larguísimos años de depreciación monetaria por haber cambiado radicalmente la realidad económica subyacente que le daba sustento.

Curiosamente el DNU 70/2023 modificó el artículo 276 de la LCT que se encontraba “doblemente” derogado. El artículo 10 de la ley 23.928 derogó a partir del 1° del mes de abril de 1991 todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. A su vez, el artículo 10 de la ley 25.561 “mantuvo” derogadas todas las normas sobre actualización.

El –suspendido– DNU 70/2023 restablece el artículo 276 de la LCT previendo la actualización de los créditos laborales y modificando el contenido de su antecesor.

V. La *ratio legis* del actual artículo 276 de la LCT

En los considerandos del DNU no encontramos alusión alguna a la sanción del artículo 276 de la LCT. Sin embargo, y aunque no nos conste, podemos conjeturar que la razón de su sanción se debe a la reacción capitalina de operadores de los empleadores contra el Acta 2764 de la CNAT y su mecanismo de capitalización de intereses, respecto del cual existió una ardua campaña jurídico-mediática

en los últimos tiempos. Paradojalmente, tal como sucedió con el DNU 669/2019 aprobado por el expresidente Macri, su sanción en el marco de una norma hipertrofiada, inconstitucional y cercenadora de derechos podría acarrear en determinados casos y en no pocas jurisdicciones una mejora en el mecanismo de cuantificación de los créditos depreciados por el transcurso del tiempo. Resulta muy llamativo que el suspendido DNU haya sido el encargado de receptor la posibilidad de actualización de los créditos laborales y alimentarios luego de larguísimos años de inflación y clamor de los acreedores laborales respecto de su necesidad, resistida en forma casi unánime por el Poder Judicial a la luz del inamovible criterio de la CSJN. Todo ello, reiteramos, sin perjuicio de las inadmisibles y regresivas disminuciones del capital originario de los créditos laborales que establece el DNU en sus restantes disposiciones laborales, hoy suspendidas.

VI. La actualización de los créditos en el texto del artículo 276 de la LCT

Lo primero que debemos observar respecto del texto del artículo 276 es que refiere en su título a la “actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria” sin referencia alguna a los intereses moratorios, cuya finalidad es diferente y radica en reparar los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de los créditos.

Luego, sí, en el texto del artículo promiscuamente se establece que “Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses...” “Repotenciación” según el *Diccionario* de la RAE significa “comunicar potencia a algo o incrementar la que ya tiene”.

En virtud de la norma, los créditos podrían hipotéticamente ser:

- Actualizados + repotenciados + devengar intereses;
- actualizados + devengar intereses;
- repotenciados + devengar intereses;
- actualizados + repotenciados;
- sólo actualizados;

- sólo repotenciados;
- sólo llevar intereses.

Ahora bien, conforme lo establece la propia disposición, el mecanismo debe dejar indemne al trabajador frente a la depreciación monetaria y por ende cualquiera de las opciones establecidas debe garantizar que su crédito no se vea envilecido y conserve el valor adquisitivo que tenía al momento en que se devengó.

No existiría ya la opción de fijar una tasa de interés o mecanismo que arroje un resultado inferior al valor real de los créditos laborales al momento de su nacimiento. Las alternativas de la norma (actualización y/o repotenciación y/o devengamiento de intereses) serían posibles siempre y cuando protejan efectiva y realmente al trabajador de la depreciación de su crédito. Va de suyo que la actualización es el mecanismo más lógico, simple y natural para lograr este objetivo.

No hay duda posible sobre la necesidad de la actualización de los créditos laborales, pero si alguien la albergare, la solución se encontraría en el artículo 9º de la LCT, aun en el texto modificado-suspendido del DNU: “...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley [...] en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador...”

VII. El “tope” del artículo 276 de la LCT

Continúa la norma en análisis estableciendo: “La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual...”

La norma “topea” la actualización con el parámetro del Índice de Precios al Consumidor, pero limita los intereses moratorios mediante el establecimiento de “una tasa de interés pura del 3% anual”. Mencionamos antes la promiscuidad de la redacción del artículo 276 de la LCT conforme DNU 70/2023, porque en sus anteriores redacciones no invadían las facultades judiciales de establecer la indemnización del daño moratorio por medio de la fijación de una tasa de

interés moratorio. Ahora el DNU pretendería limitar al 3% anual la tasa de interés moratorio, cuando la jurisprudencia laboral ha establecido usualmente tasas de interés puras que van desde el 6% al 15% anual.

El bajísimo límite de los intereses moratorios es manifiestamente inconstitucional, porque resulta palmariamente discriminatorio y violatorio de la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la CN. En efecto, todas las otras deudas dinerarias y aun las indemnizaciones por daños y perjuicios no tienen límite alguno, por lo que el “tope” establecido sólo para trabajadores es contrario a las disposiciones de la CN. Por lo demás, el exiguo tope alentaría el incumplimiento patronal y fomentaría la litigiosidad, dado que la tasa de interés resulta mucho más baja que las tasas que pueden obtenerse en el mercado mediante la inversión del capital. Un litigio de 5 años de duración sólo llevaría un recargo del 15% y uno de 10 años sólo del 30%. Un verdadero aliciente a la industria del juicio patronal.

VIII. El carácter imperativo de la norma

El texto del artículo 276 de la LCT sancionado culmina estableciendo: “La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

El “orden público federal” es una categoría completamente ajena a nuestro vocabulario jurídico y su introducción en los motores de búsqueda de Internet arroja los resultados más extravagantes. Bastaba con decir “orden público” para establecer su imperatividad, siendo la palabra “federal” un agregado impropio y absurdo.

La imperatividad remite a la integralidad del artículo 276 de la LCT y, por ende, tanto en sede judicial como administrativa los créditos deberían ser actualizados para evitar la depreciación monetaria, sin perjuicio de la inconstitucionalidad del tope referido a los intereses moratorios.

IX. Una posibilidad de corrección del “tope”

Encontramos una posibilidad de corrección del inconstitucional límite de cuantificación de los créditos laborales establecido en el artículo 276 de la LCT, para el caso de que así no se declare judicialmente, en el dispositivo del artículo 275 de la LCT.

De aplicarse el “nuevo régimen” del DNU, cobra renovado vigor el amplio y generoso espectro de aplicación del artículo 275 de la LCT respecto de la conducta procesal maliciosa o temeraria, que establece la aplicación de intereses sancionatorios en forma genérica e incluye entre sus supuestos tipificados (de carácter enunciativo): “cuando sin fundamento, y teniendo conciencia de la propia sinrazón, se cuestionase la existencia de la relación laboral, se hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador, abusando de su necesidad o inexperiencia” o cuando “se opusiesen defensas manifiestamente incompatibles o contradictorias de hecho o de derecho”.

X. A modo de conclusión

El derrotero del DNU 70/2023 –cuyo final es incierto al terminar estas líneas– encierra dos paradojas realmente sorprendentes:

- Los adalides de la seguridad jurídica como garantía para el “mejor funcionamiento del mercado” han engendrado la mayor de las incertidumbres normativas, mediante la sanción de una reforma del sistema de relaciones laborales que fue suspendida cautelarmente por su flagrante inconstitucionalidad.
- El texto del artículo 276 de la LCT conforme el DNU 70/2023, dictado dentro de una reforma laboral profundamente autoritaria, inconstitucional –y suspendida–, posiblemente contribuya a hacer saltar el último remache del absurdo blindaje del nominativismo.

Siempre tuvimos la férrea convicción de que las obligaciones de naturaleza laboral deben ser actualizadas, por constituir deudas alimentarias que se referencian en el salario, cuyo real valor debe ser respetado y recompuesto ante la desvalorización monetaria, resarcándose también suficientemente los perjuicios de la mora.

No sabemos cuál será el futuro del DNU 70/2023, pero rijan o no en forma total o parcial sus reformas, vemos con renovada esperanza el futuro del Derecho del Trabajo a partir de su suspensión cautelar, celebrando como una auténtica ironía que aun el legislador más regresivo se haya mostrado dispuesto a reconocer la necesidad de actualizar los créditos laborales como la más evidente de las realidades.

**ACTUALIZACIÓN Y/O REPOTENCIACIÓN
Y/O APLICACIÓN DE INTERESES
EN CRÉDITOS LABORALES**
¿CUESTIÓN SEMÁNTICA O DISPARATE
JURÍDICO EN EL DNU 70/2023?

por **MARÍA ELENA ARRIAZU***

El precio es lo que pagas.
El valor es lo que recibes.

WARREN BUFFETT

SUMARIO: I. Introducción. II. Reflexiones terminológicas previas: actualización y/o indexación y/o repotenciación y/o aplicación de intereses. III. Actual redacción del artículo 276 de la LCT y ambicionada sustitución por artículo 84 del DNU 70/2023. IV. Protección convencional y constitucional vigente en la problemática. V. Colofón.

I. Introducción

El presente trabajo pretende poner de relieve que deviene necesario y urgente, frente al hecho público y notorio de la realidad como es el proceso inflacionario que estamos viviendo en nuestro país, la actualización más la aplicación de intereses moratorios en los créditos laborales, desde su exigibilidad, es decir, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago; lo que responde no sólo a un claro imperativo de “justicia”, sino a una correcta aplicación de las normas vigentes y garantías constitucionales, para mantener, aunque sea aproximadamen-

* Abogada y notaria.

te, el valor tangible de tales créditos, que con la dilación de los procesos resultaban seriamente depreciados.

En otras palabras, al neutralizar los efectos perjudiciales que la demora ocasiona a las personas acreedoras que trabajan, atento a que las prestaciones salariales tienen contenido alimentario y las indemnizaciones laborales se devengan, generalmente, en situaciones de emergencia para el dependiente, se resguarda así el derecho de “propiedad”, al evitar la percepción de los importes en una moneda desvalorizada, y se impide el indebido beneficio del empleador deudor a través de su conducta morosa y, lógicamente, la especulación financiera.

Como ya lo adelantara, “el trabajador [...] no eligió ser un inversor financiero y prestar su dinero al empleador demandado, puesto que el trabajador ha sido una víctima del incumplimiento del empleador que ha elegido el destino de los fondos que no abonó en tiempo y forma”¹.

En esta línea de razonamiento, podemos colegir que el dependiente es el centro y el protagonista de esta disciplina especial y no un mero engranaje en la maquinaria productiva de bienes y servicios, por lo que debe ponérselo en primer lugar, como lo ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus últimas conformaciones.

Importa recalcar que la reparación integral del daño causado por la demora injustificada en el cumplimiento de la obligación de pago constituye una compensación consiguiente por no haber dispuesto el trabajador acreedor –como sujeto vulnerable– del capital durante la mora y por la eventual pérdida de su valor adquisitivo.

Ergo, entiendo que constituye una aplicación de la protección constitucional al “trabajo”, a la “retribución justa” y contra el “despido arbitrario”, toda vez que en la actualidad, la previsión de prohibición de la aplicación de mecanismos de actualización, indexación o repotenciación de créditos laborales resulta claramente confiscatoria.

¹ ARRIAZU, María Elena, *Tasa de interés aplicable en sentencias judiciales en Provincia de Córdoba*, en *Revista Socio-Laboral 14 bis*, N° 49, 1^{er} semestre 2015, Córdoba, p. 30.

II. Reflexiones terminológicas previas: actualización y/o indexación y/o repotenciación y/o aplicación de intereses

Preliminarmente expuse que “el tema *deudas de valor o de dinero*, con respecto a los créditos laborales está claramente zanjado en el artículo 765 del CCCN, en tanto y en cuanto las obligaciones laborales están determinadas *en dinero* al momento de su constitución, ergo, no resultan *deudas de valor*.”

”Así, las deudas de valor –artículo 772 del CCCN– estipula que ‘Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda [...] Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección’.

”Y, con respecto a las deudas de dinero –artículo 765 del CCCN– expresa que ‘La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación...’

”Cabe señalar que los intereses moratorios son los que se deben en caso de mora del deudor y constituyen la indemnización del perjuicio por la mora que es presumido *jure et de jure* por la ley.

”Así, el artículo 768 del CCCN reza: «A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales, y c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central»².

Así, Magnano y Ramallo afirman que “La inflación puede ser caracterizada como la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. La depreciación de la moneda expresa la pérdida de su poder adquisitivo en el mercado de cambio, y es un fenómeno económico. La desvalorización o devaluación monetaria sobreviene cuando el Estado decide envilecer el signo monetario, y es una cuestión jurídica que pertenece

² ARRIAZU, María Elena, *Actualización de créditos laborales en épocas de crisis económica y procesos inflacionarios*, en *Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo “IDEIDES-U. N. Tre. F.”*, N° 86, julio de 2023.

al sistema normativo y no al sistema social. Las deudas de valor son aquellas cuyo monto numerario no está individualizado al momento del nacimiento de la obligación, sino que deberá determinarse en un momento ulterior. En cuanto a las deudas dinerarias son aquellas cuyo monto numerario está individualizado desde el inicio de la obligación. Para la doctrina mayoritaria la distinción es ontológica, ya que se trata de dos tipos de obligaciones distintas, que difieren en el objeto”³.

Resulta primordial diferenciar la actualización, que se corresponde con el mantenimiento del poder adquisitivo –valor real– del crédito alimentario del trabajador acreedor, de la aplicación de intereses, cuyo efecto es sancionar la mora del empleador deudor como conducta socialmente reprochable, por la privación del uso por el trabajador acreedor. Entonces, deben paralelamente perseguirse dos fines: uno, compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, y otro, cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

Por su parte, Sardegnna invoca que “Actualizar es poner en valores reales la deuda nominal original, indexar es uno de los métodos posibles de actualización, a cuyos efectos se utiliza algún índice, entre los tantos conocidos de variación de los distintos bienes o servicios. *Indexar* es, en fin, un medio de actualizar una suma”⁴.

Finalmente, Serrano Alou refiere que “Los intereses deben cumplir con varias funciones importantes: deben conservar el valor del crédito para que desempeñe la función del derecho del que deriva, deben compensar el transcurso del tiempo durante el que se privó a la persona acreedora de disponer de ese crédito y deben sancionar a quienes resulten responsables por haber imposibilitado y/o diferido en el tiempo el goce de los derechos por parte de la persona que trabaja y su familia, entre las cuestiones más importantes”⁵.

³ MAGNANO, Marina Gabriela y RAMALLO, Fernando Daniel, *Depreciación monetaria y obligaciones laborales. El nuevo rol del juez*, en *Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo “IDEIDES-U. N. Tre. F.”*, N° 92, enero de 2024.

⁴ SARDEGNA, Miguel Ángel, *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 660.

⁵ SERRANO ALOU, Sebastián, *Los intereses y la desprotección de los créditos alimentarios*, 29-6-2022, MJ-DOC-16660-AR, MJD16660.

III. Actual redacción del artículo 276 de la LCT y ambicionada sustitución por artículo 84 del DNU 70/2023

El artículo 276 de la LCT –sustituido por artículo 1° de la ley 23.616⁶– sobre *actualización por depreciación monetaria* reza textualmente: “Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago.

”Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

Recordemos que la Ley de Convertibilidad 23.928 derogó a partir del 1-4-91 toda disposición que actualizara –indexara– los créditos afectados por la depreciación o desvalorización monetaria, afirmando de manera irrestricta el valor nominal de la moneda. Por esta razón, el artículo 276 de la LCT no se aplica desde la fecha indicada.

Barrera Nicholson expone en cuanto a los procedimientos de actualización: “Por este camino se ha propuesto recurrir a índices de actualización, tales como el de precios al consumidor (Indec) y el Ripte como también el dólar –tanto en su cotización oficial como la ilegal–. No se nos escapa que la ley 26.773 instituyó al Ripte como factor de corrección nominal en el marco del régimen de riesgos del trabajo y que el Régimen Especial del Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares (ley 26.844) establece en su artículo 70 que los créditos provenientes de dicho tipo de relaciones laborales deberán mantener su valor, derivando en los operadores judiciales la determinación del modo en hacerlo, todo lo cual podría hacer pensar que se ha abierto una grieta en la generalizada prohibición de actualizar los créditos laborales. Sin embargo, la CSJN, y no sólo en su actual composición, ha sido muy firme en mantener el criterio nominalista

⁶ Ley 23.616, B. O. del 10-11-88.

rechazando una y otra vez las pretensiones de indexar como modo de actualizar el valor del dinero. Pero, además, encontramos que los índices que pueden aparecer como favorables para recomponer el valor del dinero en un momento determinado, en series de mediano plazo demuestran su enorme variabilidad, lo que les resta utilidad. Hoy puede parecer que el IPC resulta útil atento los guarismos con que refleja el proceso inflacionario, pero no podemos olvidar ni desconocer que en no pocas oportunidades de nuestra historia (reciente y lejana) dicho índice fue manipulado, determinando valores que no reflejaban el verdadero *quantum* de la depreciación del dinero. De la misma manera, el Rípte, al reflejar el nivel de aumento de los salarios registrados, sufre cuando disminuye la participación de los trabajadores en el reparto de la riqueza producida, como ocurre en la actualidad, lo que determina que hoy no constituye un instrumento idóneo para el fin buscado. Del dólar, más allá de la inconsecuencia de que en el mundo del Derecho se utilice un parámetro de valor ilegal, se puede decir lo mismo. Es claro que su precio depende más de la política económica que en cada caso se aplique que de un valor intrínseco. Lo cual, una vez más, no constituye un parámetro que tenga, a través del tiempo, similar eficacia. Nos parece, entonces, que las dificultades que presenta la propuesta amerita la búsqueda de otros horizontes”⁷.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso: “La actualización monetaria no hace a la deuda más onerosa sino que sólo mantiene el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento. Sobre tal base no cabe asignar a la actualización monetaria un carácter sancionatorio extraño a su función propia, que no es otra que mantener inalterable el capital que se debe pagar”⁸.

Anteriormente, he sostenido (en los artículos citados más arriba) la necesidad de la reforma del artículo 276 de la LCT, de modo que le dé nuevamente vigencia, a fin de que se adapte al contexto actual, otorgándole mayor claridad para que despeje cualquier duda y haya

⁷ BARRERA NICHOLSON, Antonio J., *Capitalización de intereses en créditos laborales*, 30-11-2022, MJ-DOC-16931-AR, MJD16931.

⁸ CSJN, 3-11-92, “Donatti, Ceferino J. M. c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose, D. T. 1993-A-502; T. y S. S. 1993-966.

uniformidad de criterios; pero previo a ello, resultará imperioso definir claramente la naturaleza del crédito laboral, la cual resulta como *deuda de dinero*, por los fundamentos *supra* expuestos.

Es ineludible que se aplique una “tutela judicial efectiva” que tenga en cuenta la dignidad de la persona trabajadora a la hora de cuantificar su crédito, como también no perder el equilibrio para no afectar a ninguna de las partes y, así, evitar un enriquecimiento indebido o sin causa.

El artículo 84 del DNU 70/2023 anhela sustituir el artículo 276 de la LCT en los siguientes términos: “*Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria*. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses.

”La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del tres por ciento (3%) anual.

”La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

Como se advierte, no se trata de tomar posición para atacar a la parte empleadora y que la persona que trabaja obtenga un enriquecimiento sin causa, pero no resultan justos ni equitativos los términos de la reforma intentada, con técnicas ambiguas, al utilizar la conjunción “y/o”, siendo que “y” es excluyente y “o” no es excluyente, sembrando de este modo más dudas que certezas.

En otras palabras, la fórmula “y/o” es un calco del inglés “*and/or*” que es innecesario, puesto que la conjunción “o” tiene dos valores: exclusivo –una (1) entre dos (2) opciones– e inclusivo –ambas opciones–. Por tal motivo, la Real Academia Española desaconseja el uso de “y/o” y recomienda que sólo se use “o” cuando se quiera expresar que se puede escoger una (1) o ambas alternativas o bien se use “y” como debió emplearse en este caso.

No se puede perder el norte, las leyes laborales se erigen protectoras frente a la desigualdad estructural entre las partes, que está dada por la necesidad de equilibrar la balanza entre desiguales, por lo tanto es equidad que debe mantenerse en todo sentido y donde no siempre el resultado será favorable a la persona que trabaja si su reclamo no tiene sustento.

En definitiva, no significa restablecer sus viejas pautas y retomar la discusión acerca de la procedencia o no de la indexación, sino por el contrario, en función de todo el ordenamiento jurídico vigente, modificarlo con términos claros para que los jueces del trabajo en su análisis del caso concreto tengan una herramienta que les brinde mayor seguridad al momento de dictar sentencia y los justiciables obtengan una justa composición de sus derechos e intereses.

IV. Protección convencional y constitucional vigente en la problemática

Baldoni y Negrín de la Peña aluden: “Hay una razón superadora por la cual no se puede dejar de lado la realidad, y es la centralidad de la persona humana y su dignidad. El caso en concreto de un crédito laboral necesita analizarse desde el paradigma de los derechos humanos. Cuando el apartamiento de la realidad supera ese mínimo no inderogable debe ser cuestionado y revisado. En los créditos laborales estamos ante un crédito alimentario de una persona que goza de preferente tutela constitucional, así lo establece el artículo 14 bis de la CN sostenido en numerosos fallos, entre ellos ‘Vizzoti’ (*Fallos*: 327:3677) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la protección también de diversos instrumentos internacionales [...] Esta protección a la dignidad que tiene la persona trabajadora y su familia –la cual implica salarios justos que aseguren un nivel económico decoroso, integración social y económica– no se puede perder por el transcurso del tiempo en un proceso judicial. Pues de ese modo se vulnera el principio de progresividad y no regresividad propia de los derechos humanos y el principio protectorio de la especialidad. Por mandato del artículo 75, inciso 22 de la CN, el Estado está obligado a cumplir con los instru-

mentos internacionales y con la interpretación que los órganos internacionales realizan sobre ellos”⁹.

Ahora bien, claramente se puede observar que se encuentran en juego derechos consagrados constitucionalmente: de “propiedad” (art. 17), de “igualdad” (art. 16), de “remuneración justa” y de “protección al trabajo” (art. 14 bis), los cuales deben inexorablemente ser puestos en el tapete como única forma de mantener tangible e indemne ante el proceso inflacionario actual el valor de los créditos del trabajador como parte débil de la relación laboral, protegido por el artículo 14 bis de la Carta Magna y los instrumentos internacionales incorporados a nuestro Derecho positivo.

Ello es así, y tal como ya lo anticipara, en razón de que “el trabajador no es un inversionista o un ahorrista, sino titular de un crédito de naturaleza alimentaria que no puede cobrar y que por el contrario, se ve obligado a iniciar el proceso judicial para percibirlo”¹⁰.

V. Colofón

En suma, de lo que no cabe duda es de que el Derecho no puede apartarse de la propia realidad –elevada inflación–, entonces, más allá de la cuestión semántica, no se trata de un asunto metafísico ni filosófico, sino más bien de entender que frente a la realidad no hay Derecho si la solución al caso concreto es meramente abstracta, esto es, sólo hay verdaderamente Derecho cuando realiza una “tutela judicial efectiva”.

El Derecho es una construcción viva y, justamente, la vida se la dan quienes intervienen como protagonistas en cada acto: quienes lo construyen, modifican, posicionan en una evolución permanente y hacen posible su aplicación a la situación particular. De nada sirve que el Derecho establezca pautas si luego, llevado a la práctica, a su ins-

⁹ BALDONI, María Clarisa y NEGRÍN DE LA PEÑA, José Antonio, *Aplicación y vigencia de la teoría del realismo económico. Alcances y limitaciones de la ley 24.283. Necesidad de reforma del artículo 276 de la LCT*, en *Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo “IDEI-DES-U. N. Tre. F.”*, 30-1-2023.

¹⁰ ARRIAZU, *Tasa de interés aplicable en sentencias judiciales en Provincia de Córdoba* cit., p. 30.

tancia viva, no es implementado de manera equilibrada y justa, puesto que esto conduce a que el Derecho se distorsione y con ello no se proteja debidamente la dignidad de las personas que trabajan.

Sin dudas, si la actualización –entendida como repotenciación– más la aplicación de intereses ni siquiera compensan la desvalorización, depreciación, licuación o devaluación monetaria, el empleador deudor no tiene ningún acicate para pagar su deuda, sino que, por el contrario, el tiempo que insume el proceso es una constante reducción patrimonial para quien resulta acreedor; por ello, el sentido común y la realidad deben ser el norte de toda brújula del Derecho que se digne de hacer una justicia real y efectiva en un verdadero Estado Democrático de Derecho.

Es por ello que propongo, *de lege lata*, una modificación que entiendo imprescindible del artículo 276 de la LCT, pero no en los términos confusos y desprotectorios que propone el DNU 70/2023, sino simplificando y aclarando su lenguaje y a la vez otorgando una tasa de interés “puro” que sea real y no meramente declarativo, como es un mezquino y desajustado a la realidad “tres por ciento (3%) anual”.

Concretamente, dicha norma debería, a mi criterio, simplemente mencionar que los créditos laborales se actualizarán por el Índice de Precios al Consumidor de cada provincia (IPC), con más un interés puro anual no menor al uno por ciento (1%) mensual, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. De esta forma, entiendo, queda perfectamente delimitado lo que es, por un lado, el mantenimiento incólume (si es que puede predicarse seriamente tal cosa) del crédito en sí y, por otro, lo que realmente son los intereses moratorios: la compensación por el no uso del capital en tiempo y forma. Es por ello que estimo que no puede ser inferior al uno por ciento (1%) mensual o, lo que es lo mismo, un doce por ciento (12%) anual.

LOS “TRABAJADORES COLABORADORES”

UNA MANIFESTACIÓN DEL RENACIMIENTO
DEL DERECHO SOCIAL COMO “JERIGONZA
JURÍDICA” Y DE UN INDISCRETO RETORNO
AL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 96
DEL DNU 70/2023, DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2023¹

por JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)

...es cierto que sólo una democracia social puede decirse verdadera democracia, porque sólo en ella los derechos de libertad son efectivamente disfrutados por todos los ciudadanos, sin que la diversidad de condición económica [...] reduzca los derechos de libertad a ser, de hecho, un privilegio de los ricos...

PIERO CALAMANDREI²

SUMARIO: 1. La norma y sus evocaciones. 2. Los “trabajadores colaboradores independientes” del artículo 96 del DNU 70/2023. 2.1. Mi interpretación. 2.2. La interpretación alternativa. 2.3. Carencia de razonabilidad del artículo 96 del DNU 70/2023. 2.4. Los cabos sueltos del artículo 96 del DNU 70/2023. 3. Voy cerrando. Bibliografía.

¹ B. O. del 26-12-2023.

² *El porvenir de los derechos de libertad*, EOLAS Ediciones, León, España, 2023, p. 86.

1. La norma y mis evocaciones

Una de las *Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina* (así se titula el DNU 70/2023) es su artículo 96, ubicado dentro del Título IV cuya rúbrica es *Trabajo*. Dice así: “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros cinco (5) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación”.

Cuando finalicé su primera lectura, junto a la sorpresa paralizante que me produjo la gran mayoría de las normas que integran el mencionado Título IV, de inmediato evoqué a Alberdi, Zeballos y Martín Valverde.

La evocación del primero, incuestionablemente una de las personalidades que más contribuyó a la organización institucional del país, obedece a las ideas que expuso en *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*³ –de imprescindible cita cuando se pretende ahondar en el proceso evolutivo del Derecho del Trabajo en Argentina–. Allí explicó su concepción liberal del trabajo humano. En distintos pasajes de su libro, el jurista tucumano expresó ideas que perviven en la actualidad y que moldearon el aspecto basal del trabajo dependiente de las personas en la modernidad: la libertad de trabajo⁴. Pero no es ésta la idea en la que, muy sintéticamente, haré foco. Interesa, por la estricta relación con el tema que abordo en esta ocasión, su pensamiento sobre el rol del Estado frente al trabajo. Expresado en pocas palabras, Alberdi fue contrario a la intervención estatal y un defensor a ultranza de la libertad con-

³ Librería El Foro, Buenos Aires, 1993.

⁴ Ver, principalmente, ps. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 59.

tractual o de configuración interna del acuerdo. La fuente de regulación principal de la relación de trabajo debía ser, para él, el contrato (no la ley), salvo en algunas cuestiones puntuales que no vienen al caso ahora. Me permito, a título ilustrativo, transcribir dos párrafos de su obra. El primero: "...El salario es libre en la Constitución como precio del trabajo, su tasa depende de las leyes normales del mercado, y se regla por la voluntad libre de los contratantes. No hay salario legal u obligatorio a los ojos de la Constitución, fuera de aquel que tiene por ley la estipulación expresa de las partes..."⁵ El segundo: "...Al derecho individual, al interés de cada uno corresponde, y no al poder del Estado, organizar y reglar las condiciones de trabajo, para que sus beneficios se compartan entre todos, con una igualdad que la ley no puede establecer sin violar el derecho de algunos otros..."⁶

La cita de Zeballos encuentra motivación en su muy activa participación en el acalorado y sustancioso debate entre abstencionistas e intervencionistas, referido al rol del Estado en materia de trabajo por cuenta ajena. Para él, el Derecho social quedaba reducido a una "jerigonza jurídica"⁷. Un pensamiento claramente encolumnado con las ideas de Alberdi abandonadas, junto a la Constitución Nacional de 1853 –según el Mensaje dirigido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación con motivo de la remisión del proyecto de ley titulado (emulando a Alberdi) *Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*–. Abandono al que, según el aludido Mensaje, a la par de fomentar un avance "durante décadas hacia un modelo de Democracia Social y Economía Planificada", le atribuye ser la causa de "una grave y profunda crisis económica, financiera, fiscal, social, previsional, de seguridad, defensa, tarifaria, energética, sanitaria y social" (dos veces social).

Las condiciones en las que se prestaba el trabajo dependiente (extensas jornadas, ocupación de niños y jóvenes de ambos sexos, lugares de trabajo con escasa o nula seguridad e inexistencia de descansos, entre otras realidades) fueron abriendo camino para el desarrollo de una co-

⁵ Ob. cit., p. 117.

⁶ Ob. cit., p. 127.

⁷ ZEBALLOS, E., discurso pronunciado el 27-6-1919 en el Instituto Popular de Conferencias, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año VI, Nº 4-5, junio-julio de 1919.

riente de pensamiento que comenzó a reclamar la intervención del Estado. La tesis doctoral de Moyano⁸ transitó por esa senda, en razón de su crítica a quienes sostenían que la solución a los problemas atinentes al trabajo se habrían de corregir naturalmente (sin la acción del Estado) y de la siguiente conclusión: “Los gobiernos deben tender a mejorar la suerte del obrero, por medio de la fijación de un límite a la duración del trabajo; la difusión de la propiedad territorial y la educación del pueblo”⁹.

Quedaba planteada, de ese modo, una divergencia clave en el proceso de gestación del Derecho del Trabajo argentino entre abstencionistas e intervencionistas que alcanzaría en los años siguientes una producción doctrinal local digna de atención. Al fin y al cabo una divergencia que, con matizaciones y con las particularidades propias de nuestro tiempo, ha reflatado el artículo 96 del DNU 70/2023.

El recuerdo de Martín Valverde se debe al título de su estudio *El discreto retorno del arrendamiento de servicios* incluido en el libro dedicado al profesor Alonso Olea por los catedráticos españoles de entonces¹⁰, en el cual dio cuenta de los casos que, a su criterio, eran expresiones de un retorno discreto al arrendamiento de servicios¹¹. Aunque sea una obviedad, las circunstancias me obligan a decir que el artículo 96 del DNU 70/2023 es, cuanto menos, una manifestación de un retorno muy indiscreto al arrendamiento de servicios.

2. Los “trabajadores colaboradores independientes” del artículo 96 del DNU 70/2023

Con una redacción rudimentaria y confusa en razón de que deja algunos cabos sueltos que, me animo a decir, provocarán una significativa litigiosidad y, por ende, inseguridad jurídica, la norma faculta

⁸ Imprenta del Orden, 1868.

⁹ Ob. cit., p. 22.

¹⁰ *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 209.

¹¹ Algunas situaciones derivadas de una descentralización productiva, el ejercicio profesional por cuenta ajena y algunos supuestos de trabajo atípico (por ejemplo, las “señoritas de alterne”, la pose ocasional de una modelo en una escuela de arte, la participación en la procesión de Viernes Santo de una cofradía vestida de romanos sobre un caballo propio).

al “trabajador independiente” a contratar “trabajadores independientes” siempre y cuando los segundos no sean más de cinco (5). Como si lo que acabo de señalar no fuera suficiente a los efectos del tipo de relación entre ambos, la norma remata asignándole carácter autónomo a la relación sin “vínculo de dependencia entre ellos”.

2.1. *Mi interpretación*

Decía que la norma es rudimentaria, porque sería inconcebible que a un trabajador autónomo o independiente no se le reconociera el derecho a vincularse con otras personas mediante contratos que no sean de trabajo para que le presten servicios. El reconocimiento de esa facultad es una expresión de la libertad de contratar o de conclusión en la terminología de Larenz¹², que supone no sólo la libertad de celebrar (o no) un contrato y de escoger a la contraparte, sino, además, también la de elegir el tipo contractual. Dicho a la inversa, sería contrario a la libertad de contratar del trabajador independiente dejarle como única opción el contrato de trabajo para vincularse con personas que le fueran a prestar servicios.

Ahora bien, la aludida facultad, en modo alguno debería interpretarse como un impedimento infranqueable para que el “trabajador independiente” que pretenda llevar adelante “un emprendimiento productivo” concierte contratos de trabajo. Dejarle al “trabajador independiente” una única vía contractual (no laboral) para vincularse con terceros con el fin de que le presten servicios constituiría, también, una incuestionable limitación de su libertad de contratar, “auténtico” derecho constitucional¹³ que integra el elenco de derechos de primera generación de la Constitución de 1853 (no “contaminada” por el “modelo de Democracia Social y Economía Planificada”)¹⁴.

¹² LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 67.

¹³ GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 89; BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 622.

¹⁴ Mensaje dirigido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación con motivo de la remisión del proyecto de ley titulado (emulando a Alberdi) *Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*.

Por tanto, el tipo contractual que podrán escoger las partes estará condicionado por la presencia o ausencia de los elementos que tipifican al contrato y a la relación de trabajo (arts. 21 y 22 de la LCT).

2.2. *La interpretación alternativa*

No descarto que la redacción de la norma conduzca a pensar que el “trabajador independiente” que ocupa hasta cinco (5) “trabajadores colaboradores independientes” puede celebrar contratos constitutivos de relaciones autónomas aunque en la relación entre ambos concurren las notas propias del contrato y la relación de trabajo (dependencia, voluntariedad y onerosidad) o, incluso, que sólo tiene a su disposición contratos constitutivos de relaciones autónomas y que recién a partir del sexto trabajador colaborador independiente podrá celebrar un contrato de trabajo. Seguramente, la mayoría de los trabajadores independientes que decidan llevar adelante un emprendimiento productivo –tan preocupados como varios políticos y comunicadores por la trillada “industria del juicio”– pese a que la relación contractual con los trabajadores colaboradores independientes quede subsumida en las definiciones de los artículos 21 y 22 de la LCT, descartarán inscribir y declarar esa relación como dependiente pensando que, de esa forma, huirán de la judicialización (expresión acorde al ámbito académico)¹⁵ y evitarán costos y riesgos innecesarios sin advertir que, a partir del nacimiento de la relación contractual irrealmente autónoma comenzarán a transitar un camino impregnado de inseguridad porque la norma no les garantiza que los trabajadores colaboradores independientes no recurran a los jueces para que éstos se pronuncien sobre la real naturaleza jurídica del vínculo. Por tanto, lo aconsejable sería que no se dejen llevar por una norma que, además de su inconstitucionalidad, representa uno de los dos aspectos del fenómeno de “huida del Derecho del Trabajo”, esto es, “una voluntad permisiva del ordenamiento que permite e incluso facilita esa huida”¹⁶ (conceptualmente diferente a la huida

¹⁵ PÉREZ AMORÓS, F., *Una crónica de la reforma laboral de 2012*, en *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 33.

¹⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *La huida del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, Nº 12, junio de 1992, p. 3.

elusiva o fraudulenta)¹⁷ que arrasa, cual vendaval extremadamente dañoso, con la construcción jurídico-conceptual del contrato de trabajo¹⁸.

2.3. Carencia de razonabilidad del artículo 96 del DNU 70/2023

Si los jueces se decantaran por la interpretación alternativa, antes de aplicar la norma deberían someterla al escrutinio de proporcionalidad¹⁹. Por tanto, deberían indagar si el fin del legislador no confronta con la Carta Magna y si la medida adoptada (“relación autónoma” en todos los casos entre el trabajador independiente y el trabajador independiente colaborador) es adecuada, necesaria y proporcionada.

Los considerandos del DNU 70/2023 son pocos e insuficientes, porque no brindan razones concretas y certeras tendientes a justificar

¹⁷ No lo entiende así LITTERIO, L. H., *Los “cinco colaboradores independientes” del decreto de necesidad y urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?*, en *DNU 70/2023. Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina*, edición digital, La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 206, donde puntualizó: “...el art. 96 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023, es una invitación al fraude laboral”.

¹⁸ Por todos, VON GIERKE, O., *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2014; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La construcción jurídica del contrato de trabajo* y JEAMMAUD, A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico hasta el contrato de trabajo vigente en el Derecho francés*, ambos en *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, coord. por G. Rojas Rivero, Bomarzo, Albacete, 2012; VENEZIANI, B., *La evolución del contrato de trabajo*, en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 53; OJEDA AVILÉS, A., *La genealogía del contrato de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, julio-septiembre de 2007, p. 533.

¹⁹ ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 523, y *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 129; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, especialmente ps. 692/800. En la doctrina nacional, por todos, CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Serie Tesis, Eudeba, Buenos Aires, 2009; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.

el texto de la norma. Lo único que se lee vinculado al tema es que “los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad” (idea que comparto absolutamente pero que no aporta nada para justificar la medida implementada), y que “para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país”.

El propósito de “expansión de la demanda de trabajo” en modo alguno podría considerarse repelido por la Carta Magna. Al contrario, apunta a resguardar y hacer efectivos los derechos de trabajar, de ejercer toda industria lícita y de comerciar (art. 14, CN).

Una medida estatal no sería idónea cuando no contribuyera “de ningún modo a la obtención del fin que se pretende alcanzar”²⁰. Por tanto, en el caso que analizo, que la medida (“relación autónoma” en todos los casos entre el trabajador independiente y el trabajador independiente colaborador) sea idónea para lograr el fin propuesto no parece que pueda ponerse en tela de juicio pues es potencialmente capaz o apta para crear empleo.

Muy difícil es justificar su necesidad, es decir, que se trate de una medida que no cuente con alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales de los pretendidos “trabajadores colaboradores independientes” e igualmente idóneas para alcanzar el fin propuesto. Expresado en palabras de Alexi, “No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”²¹. Alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales en liza podrían ser, verbigracia, el reconocimiento de estímulos dirigidos al autoempleo²² o de apoyo a emprendedores (vale como ejemplo de los

²⁰ BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 724.

²¹ ALEXI, ob. cit., ps. 526/527.

²² El término autoempleo lo reservo para aquellas personas que crean un emprendimiento y se valen de él como única fuente de ingresos sin contar con trabajadores por cuenta ajena o propia (al respecto, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas sociolaborales*, Ediciones Eunat, Pamplona, 2001). Una completa exposición descriptiva de la figura en Europa efectúan ALONSO NUEZ, M. J. y GALVE GÓRRIZ, C., *Proyecto Social*, en *Revista de relaciones laborales*, N° 12, 2008, p. 27.

segundos los previstos para “el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores” incluido en el art. 4º de la Ley española 3/2012 [derogado por la Disposición derogatoria única, punto 2.a del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre]).

De lo que no tengo duda es de su manifiesta y obscena desproporción (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para Alexi)²³, porque el beneficio –por cierto, aunque idóneo, no garantizado– que podría generar la deslaboralización de relaciones naturalmente laborales no justifica el grado máximo de afectación del principio protectorio, pilar estructural del trabajo dependiente (art. 14 bis, CN), ocasionado por dicha medida estatal. Afectación que se explica porque los trabajadores autónomos en Argentina no cuentan con una protección mínima y común a todas las personas que trabajan (sea que lo hagan por cuenta ajena o propia), en línea, por ejemplo, con el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo²⁴ y el Pilar Europeo de Derechos Sociales²⁵.

2.4. *Los cabos sueltos del artículo 96 del DNU 70/2023*

Advierto que en este punto llamaré al emprendedor por su nombre real, vale decir, empresario conforme a lo que dispone el artículo 5º de la LCT.

El texto de la norma es muy primario y confuso, porque se ha desentendido (adrede o por falta de buena pluma de sus ideólogos y redactores), al menos, de las siguientes circunstancias básicas.

Primera. ¿La norma es de aplicación inmediata o diferida? En otros

²³ Ob. cit., p. 529.

²⁴ *Trabajar para un futuro más prometedor*, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, OIT, Ginebra, 2019, especialmente ps. 36 y 37, en donde se exhorta a que se garantice una protección social universal “eficaz para todos [...] con inclusión del empleo por cuenta propia”.

²⁵ Destaco los siguientes derechos: “a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad” (Cap. I, punto 01); “a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia” (Cap. I, punto 04); “a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación” (Cap. II, punto 05); “derecho a una protección social adecuada” (Cap. III, punto 12). Edición en español en <https://www.educacionyfp.gob.es>.

términos, ¿se aplica sólo a las relaciones contractuales que nacen a partir de su entrada en vigencia o también a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes?

Si el único contexto normativo fuera el artículo 7º del Código Civil y Comercial, por tratarse de una norma que no es supletoria, algún osado podría llegar a defender que un empresario que ocupe hasta cinco trabajadores dependientes –sin importar si esa cantidad es o no la resultante de una reducción de plantilla por despidos arbitrarios– tiene senda libre para acordar expresamente con ellos una novación extintiva²⁶ en los términos del artículo 933 del Código Civil y Comercial, vale decir, la extinción del contrato de trabajo y, en simultáneo, su sustitución por un nuevo contrato amparado por el artículo 96 del DNU 70/2023.

Una objeción simple a esa conclusión podría encontrar fundamento en la no inclusión de dicha causal dentro de las extintivas previstas en la LCT. Pero aun admitiendo que el artículo 933 del Código Civil y Comercial sea aplicable en materia laboral en virtud de lo que dispone el artículo 11 de la LCT, el propio Código Civil y Comercial clausura ese tipo de novación extintiva en su artículo 939, inciso a, porque la nueva obligación “está afectada de nulidad absoluta”, consecuencia prevista en el artículo 12 de la LCT: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima [...] los derechos previstos en esta ley...”

Segunda. ¿Podría un empresario que ocupa menos de cinco trabajadores incorporar a los que restan hasta alcanzar ese número como “colaboradores” autónomos?

Presiento que la pregunta no es para nada de laboratorio. Al contrario, creo que los jueces tendrán que resolver planteos vinculados a la misma.

Por lo pronto, no creo que vaya a incurrir en un error al decir que si la pregunta les fuera formulada a los redactores de la norma para

²⁶ Sobre la novación extintiva en el Derecho del Trabajo es de imprescindible consulta BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, ps. 105/133.

conocer la voluntad del legislador, la respuesta sería positiva porque aquella no deja resquicio para la duda.

En mi opinión, estos casos deberían resolverse conforme a la interpretación que propuse en el punto 2.1, aunque cabría decantarse por la interpretación alternativa sujeta al principio de proporcionalidad.

3. Voy cerrando

Si tuviera que sintetizar lo que refleja el artículo 96 del DNU 70/2023 lo haría de esta forma, no sin antes aclarar que el uso de las mayúsculas no es un error de tipeo sino que pretende hacer notar la presencia de un autoritarismo doméstico que por sus altos decibeles, en lo personal, me hiere los tímpanos.

“El trabajo gozará de la protección de las leyes”. AFUERA.

“Condiciones dignas y equitativas de labor”. AFUERA.

“Jornada limitada”. AFUERA.

“Descanso y vacaciones pagados”. AFUERA.

“Retribución justa”. AFUERA.

“Salario mínimo vital y móvil”. AFUERA.

“Igual remuneración por igual tarea”. AFUERA.

“Protección contra el despido arbitrario”. AFUERA.

En razón de que la publicación lo amerita sobradamente, insistiré en una idea que expresé recientemente al comentar los párrafos siete y ocho del artículo 81 del DNU 70/2023.

El calado de la reforma, tan hondo como regresivo en muchos aspectos, exige estudios y reflexiones responsables y muy minuciosas. Las reacciones acaloradas, desmedidas y apresuradas (vengan de quien sea) no aportarán lo necesario para construir un consenso sensato, cauto y, por ende, de la envergadura que reclaman las circunstancias –imperiosamente–. La sociedad implora el abandono urgente de la sordera malintencionada, de la indiferencia –que muy frecuentemente escala a desprecio con asco de las ideas que aportan los que piensan distinto–, en razón de que es consustancial a las democracias la pluralidad ideológica y la búsqueda denodada de avenencias, única senda para lograr la paz que merecen todas las personas de bien. En eso

también consiste el respeto a la libertad en sus múltiples manifestaciones –entre ellas, la libertad de trabajar–, pilar incuestionable de la Constitución Nacional, que dejaría de ser tal sin una adecuada (idónea), necesaria y proporcionada protección debido a que, de no existir, abriría las puertas a una amenaza silenciosa, injusta y constante que obligaría al trabajador a soportar cualquier abuso con tal de no perder su fuente de ingresos, con todas las implicancias que ello pueda originar.

Para que el debate jurídico sea serio, los argumentos deben portar la misma cualidad. Por ese motivo, debemos dejar completamente al margen frases efectistas por todos conocidas y creadas con el fin de poner por encima de la dignidad del trabajador la “empleabilidad” de quienes, sin tutela adecuada, necesaria y proporcionada, dejarían de ser personas humanas dando espacio a una sociedad distópica y deletérea ideada por seres voraces que, cuanto menos, rinden culto a una procacidad sin límites. Y no sólo eso. Basta, también, con el periodismo de tendencia que lacera las libertades de expresión y de información cuando pensadores serios y de reconocida trayectoria académica exponen ideas diferentes a las que desean transmitir. Y también, basta de relatores de normas que suelen amontonar tinta vacía de contenido y sustancia con el propósito desmedido e incontrolable de figuración y protagonismo acompañado de un denodado esfuerzo orientado a aumentar –en cantidad– sus *currículas*.

La señal que emerge de los considerandos del DNU no es saludable, porque permite entrever una finalidad contraria a la concepción filosófica que subyace en la Carta Magna (art. 14 bis). El trabajo, al que se le atribuye ser “la principal herramienta de crecimiento para la comunidad”, debe ser –ante todo– “digno”. Por tanto, la dignidad no debió ser rezagada a modo de colofón de una frase (“...productivo, inclusivo y digno...”) que denota una preferencia advenida por la empleabilidad, claramente puesta de manifiesto, entre otras regulaciones, mediante una negación de la condición de trabajadores dependientes a quienes naturalmente lo son, con la única finalidad de crear empleo y sin asumir que, de esa manera, están fomentando lo que quieren evitar apelando a una frase efectista, trillada y vulgar: la “industria del juicio”.

Si hubo un tiempo en que el trabajador estuvo solo²⁷, el artículo 96 del DNU 70/2023 se encargó de repetir la historia.

“También la libertad es como el equilibrio atómico: basta que se infrinja en una persona, es decir en un átomo de la sociedad, para que de esta fractura infinitesimal se desprenda y se difunda una fuerza destructiva capaz de subvertir al mundo”. Por segunda vez, Piero Calamandrei²⁸.

Bibliografía

- ALBERDI, J. B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1993.
- ALEXI, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALONSO NUEZ, M. J. y GALVE GÓRRIZ, C., *Proyecto Social*, en *Revista de relaciones laborales*, Nº 12, 2008.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2014.
- BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.
- BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- CALAMANDREI, P., *El porvenir de los derechos de libertad*, EOLAS Ediciones, León, España, 2023.
- CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Serie Tesis, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

²⁷ OJEDA AVILÉS, A., *El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX*, en D. T. 2011 (febrero), p. 235.

²⁸ Ob. cit., p. 101.

- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- JEAMMAUD, A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico hasta el contrato de trabajo vigente en el Derecho francés*, en *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, coord. por G. Rojas Rivero, Bomarzo, Albacete, 2012.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- LITTERIO, L. H., *Los “cinco colaboradores independientes” del decreto de necesidad y urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?*, en *DNU 70/2023. Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina*, edición digital, La Ley, Buenos Aires, 2024.
- MARTÍN VALVERDE, A., *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- MOYANO, D. O., *El trabajo*, Imprenta del Orden, 1868.
- OJEDA AVILÉS, A., *El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX*, en D. T. 2011 (febrero).
- *La genealogía del contrato de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, julio-septiembre de 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, en *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, coord. por G. Rojas Rivero, Bomarzo, Albacete, 2012.
- PÉREZ AMORÓS, F., *Una crónica de la reforma laboral de 2012*, en *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *La huida del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, Nº 12, junio de 1992.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas sociolaborales*, Ediciones Eunate, Pamplona, 2001.
- VENEZIANI, B., *La evolución del contrato de trabajo*, en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
- VON GIERKE, O., *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982.
- ZEBALLOS, E., discurso pronunciado el 27-6-1919 en el Instituto Popular de Conferencias, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año VI, Nº 4-5, junio-julio de 1919.

LA LIBERTAD SINDICAL EN RIESGO FRENTE A LA REFORMA DEL DNU 70/2023

por LUIS RAFFAGHELLI*

...Que para revertir la situación de estancamiento y empobrecimiento en que nuestro país se encuentra sumido hace varias décadas, resulta imperiosa la eliminación de numerosas regulaciones que ahogan a las fuerzas productivas de la república. Que, por ese motivo, el gobierno nacional ha decidido implementar *un plan de desregulación de amplísimo alcance...*

DNU 70/2023. *Visto y Considerando*,
Buenos Aires, 21-12-2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Impacto en la negociación colectiva. 3. Avances sobre la organización sindical y el conflicto. a) Libertad sindical y derecho de reunión. b) Derecho de reunión. Denuncia a la OIT del sindicalismo argentino. c) Extensión de actividades como servicios esenciales y de importancia trascendental. 4. Impugnación judicial del DNU 70/2023. Respuestas del Poder Judicial.

1. Introducción

Este plan desregulador no se verifica respecto de las *normas individuales* del trabajo ya que mayoritariamente establece modificaciones re-regulativas de carácter peyorativo del orden público laboral. Mientras que en su *dimensión colectiva* la reforma laboral que se pretende imponer por la excepcional vía del decreto de necesidad y urgencia

* Abogado, magíster de Ciencias Sociales del Trabajo, exjuez laboral de la CNAT, docente de posgrado de Derecho del Trabajo.

no tiene nada de desregulación y sí todo de re-regulación regresiva que –de avanzar– lesionará severamente un valor fundamental de la vida democrática como es la libertad sindical.

No puedo menos que recordar las enseñanzas de Óscar Ermida Uriarte cuando afirmaba que “...en materia laboral, la receta neoliberal proponía la reducción de la protección estatal del trabajador individual hasta el límite de lo políticamente posible, y la limitación estatal de la acción sindical”¹.

Esta certera afirmación del recordado profesor uruguayo se hizo realidad en la década de los noventa en nuestra región. Así fue y ahora recuerdo una línea de “El tiempo no para”: “...yo veo el futuro repetir el pasado...” (Bersuit V.).

El diseño que presenta el DNU 70/2023 tiene esta característica: fortalece el poder empresario en la relación laboral y limita el accionar sindical ahondando el desequilibrio de origen y afectando principios liminares históricos del Derecho del Trabajo.

La sanción del DNU 70 el 21 de diciembre de 2023 constituye un hito regresivo para los derechos económicos, sociales, políticos y culturales de la Nación Argentina y su pueblo que no reconoce registros en el período democrático que tanto costó preservar y consolidar.

Con la pretensión de establecer “las bases para la reconstrucción de la economía argentina” en 16 títulos y 365 artículos inspirados en la “desregulación” y la “reforma del Estado”, el DNU persigue la privatización de la totalidad de las empresas estatales y arremete con idéntica filosofía contra normas del comercio exterior, la minería, energía, la navegación aérea de cielos “abiertos”, la regulación de la salud y las obras sociales, más otros temas que no justifican necesidad ni urgencia.

Particularmente el Título IV que aborda las derogaciones, modificaciones e incorporaciones legislativas referidas a la legislación laboral vigente en 44 normas (arts. 53/97) exhibe disposiciones que no sólo lesionan garantías constitucionales de la *lógica de protección del trabajo*, sino que también van en contra de jurisprudencia de distintos

¹ Exprofesor de la Universidad de la República, Montevideo. Exconsejero de la OIT AL. *Revista Nueva Sociedad*, N° 211, septiembre-octubre de 2007.

tribunales supremos del país, particularmente desconoce fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en nombre de la libertad, cuando lo más grave que lesiona es nada menos que el derecho de reunión y la libertad sindical.

El DNU 70/2023 presentado como novedoso define como objetivo la limitación del accionar sindical en la empresa y su protagonismo en el escenario político-social, conforme a la nueva normativa que se pretende sancionar.

Son ya numerosas las decisiones judiciales que han objetado por inconstitucional a la citada herramienta legal por no darse las *circunstancias de rigurosa excepcionalidad, exigencias materiales y formales* requeridas por el artículo 99, incisos 3º y concordantes de la Constitución Nacional y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Empero, el Poder Ejecutivo en el Proyecto elevado al Congreso (27-12-2023) denominado *Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*, en su Título X, *Disposiciones finales* (art. 654), establece: “Ratificase el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023”, que ignora las vías procedimentales para su aprobación o rechazo.

Lo que importa aquí destacar es que el Proyecto deja afuera de la libertad de los argentinos a quienes en su vida y protagonismo diario requieren de la libertad sindical nada menos.

Pretende un *rediseño* económico, político, social y cultural del país, con el objetivo de institucionalizar –particularmente en el ámbito laboral– el poder de grandes corporaciones para erradicar principios fundamentales del Derecho del Trabajo, desconociendo su recorrido histórico para conseguirlos.

Por abrumadora mayoría todo el arco del juslaboralismo argentino descalificó de forma y de fondo este intento reformador: “Con toda sorpresa y preocupación observamos el dictado del DNU 70/2023, el que importa una negación del orden jurídico, fundado en la supremacía de la Constitución, inadmisibles en el Estado de Derecho”².

² Declaración de Profesores de Derecho del Trabajo de Universidades Nacionales, *Mundo Gremial*, N° 4708, Buenos Aires, 26-12-2023.

Otras voces importantes se han expresado en análogo sentido³.
Una introducción que es una conclusión.

2. Impacto en la negociación colectiva

El DNU 70/2023 intenta sancionar varias normas:

Sustitúyese el artículo 6° de la Ley N° 14.250, por el siguiente:
“Artículo 6° – Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, solamente mantendrá subsistentes las normas referidas a las condiciones de trabajo establecidas en virtud de ellas (cláusulas normativas) y hasta tanto entre en vigencia una nueva convención colectiva o exista un acuerdo de partes que la prorrogue.
”El resto de las cláusulas (obligacionales) podrán mantener su vigencia, sólo por acuerdo de partes o por la específica prórroga dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional”.

Propone la sobrevivencia de las cláusulas normativas mientras que las obligacionales las condiciona al acuerdo de las partes sociales o a la *prórroga* del PEN, constituyendo una violación de la autonomía colectiva.

El texto normativo vigente a la fecha de esta comunicación establece que una convención colectiva vencida mantendrá la plena vigencia de *todas sus cláusulas* hasta que una nueva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se hubiese acordado lo contrario (art. 13, ley 25.877 del 18-3-2004).

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al interpretar el texto originario del artículo 5° de la ley 14.250 que aludía a la subsistencia de las “condiciones de trabajo” en fallo plenario 94 estableció

³ Declaraciones de Juan I. Orsini, presidente de la Asociación Nacional de Jueces y Juezas del Trabajo (ANJUT), *El Destape Radio*, 22-12-2023.

Declaración de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Buenos Aires, 26-12-2023.

Convocatoria de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas contra el DNU 70/2023, 27-12-2023.

ACKERMAN, Mario E., *Una reforma laboral impúdicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad*, en Rubinzal Online, RC D 734/2023, 26-12-2023.

la siguiente doctrina: “Con posterioridad al vencimiento del término de vigencia de la actualización de 1958 del convenio colectivo 108/1948 se mantuvo la obligatoriedad de la contribución fija a cargo de los empleadores a favor de la asociación profesional actora hasta la concertación del nuevo convenio”⁴, estableciendo una lectura amplia de la norma originaria, comprensiva de cláusulas normativas y obligacionales del convenio colectivo.

Tal doctrina se confirma al dictarse varios años después el fallo plenario 300 (7-5-2001) en la causa “Soc. Argentina de Locutores SA c/Young & Rubucan SA s/CCT 302/75” estableciendo que “...La ultraactividad prevista en el artículo 5° de la ley 14.250 en la redacción vigente al 30-5-76 es aplicable a la cláusula contenida en el artículo 11, apartado 2°, *in fine*, de la CCT 302/75”, referida a una cláusula obligacional a favor de la entidad actora.

En dicho pronunciamiento se dijo que la clasificación entre “cláusulas normativas” y “cláusulas obligacionales” ha sido juzgada imprecisa y artificiosa, con cita de Krotoschin y Ramírez Bosco⁵. El procurador general, doctor Eduardo Álvarez, en su voto señaló que “...la referida clasificación no agotaba el contenido posible de la convención colectiva y que podrían existir disposiciones emanadas de la autonomía sectorial que establecieran obligaciones atípicas y que no fuesen subsumibles en las categorías descriptas...”, agregando que “son normativas aquellas cláusulas que establecen condiciones generales de trabajo en beneficio de los dependientes (horarios, sueldos, derechos, etc.), aplicables cuando se da el ‘hecho laboral’ comprendido en el ámbito del convenio, con prescindencia de si el trabajador está o no afiliado al sindicato, o si el empleador participó en concreto en la concertación y su valor es similar al de la ley estatal, mientras que las ‘obligacionales’ no fijan condiciones de labor, sino débitos y créditos de las partes que las han firmado (renuncia a acudir a medidas de fuerzas, compromisos de solucionar diferencias por arbitrajes, contribuciones genéricas)”.

⁴ CNAT, 19-12-63, plenario 94, “Confederación General de Empleados de Comercio c/Mois Chami SA”, L. L. 113-336, D. T. 1964-81.

⁵ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., t. II, ps. 148 y ss., y RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones Colectivas de Trabajo*, ps. 127 y ss.

Como lo ha sostenido Juan Fernández Madrid⁶, la ultraactividad evita una interpretación que otorga al final del plazo de una convención colectiva remitir la situación jurídica laboral de los trabajadores a ser abarcada sólo por el régimen común, perdiendo todas las ventajas adquiridas y contenidas en el convenio vencido.

No obstante, un sector doctrinal relevante⁷ no considera acertado otorgar los efectos de la ultraactividad a las cláusulas obligacionales, en línea con el actual DNU en análisis.

Un debate de los efectos de la ultraactividad y su cese se generó respecto de los Convenios de Pymes, en donde una parte de la doctrina los remite a la legislación común mientras que otra, encabezada por Héctor O. García⁸, a la que adhiero, afirma que en caso de vencimiento sin prórroga corresponde aplicar el convenio colectivo de ámbito mayor de la actividad correspondiente a esa pequeña empresa.

Es ésa la doctrina vigente del Tribunal Supremo español⁹ al establecer sin ambages que, si un determinado convenio colectivo pierde vigencia, su contenido deja de ser aplicable y las relaciones laborales de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación pasarán a regirse por completo por lo dispuesto en el convenio colectivo de ámbito superior que resulte de aplicación, conforme el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores.

También puede afirmarse que la ultraactividad rige en la negociación colectiva del sector público con el amplio sentido que otorgó la reforma de la ley 25.877.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT¹⁰ ha considerado que la

⁶ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 432.

⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Observaciones sobre la ley 25.877*, en ETALA (h), Juan José, *Reforma laboral ley 25.877*, en L. L., Supl. especial, marzo de 2004, p. 43; CARCAVALLO, Hugo R., *La reforma laboral de 2004*, en TySS XXXI-2004, ps. 193/197.

⁸ GARCÍA, Héctor O., *Ámbito temporal de aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dir. por Mario E. Ackerman y coord. por Diego M. Tosca, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, t. VIII, ps. 464 y ss.

⁹ *Comentario laboral*, 1-2018, en *PreviousNext*, España, 7-9-2018.

¹⁰ OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del CLS*,

regulación legal de la ultraactividad no viola el derecho a la negociación colectiva y guarda coherencia con los principios de la libertad sindical.

El Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (GERL) en aquella importante labor se expresó en su informe¹¹ sobre la conveniencia de mantener la ultraactividad en tanto “paraguas protector” que otorga estabilidad al marco normativo de la negociación colectiva¹².

Más allá del debate doctrinal existente que llega a nuestros días sobre la interpretación *amplia* –acogida tempranamente por la CNAT– o *limitando* la ultraactividad a la subsistencia de las condiciones de trabajo, lo cierto es que la propuesta del DNU 70/2023 objetivamente persigue el desfinanciamiento de las asociaciones sindicales, implicando un menoscabo a las garantías establecidas por el Convenio N° 87 de la OIT, 1948 (art. 8°, inc. 2°).

A su vez, en espejo con el DNU 70/2023, el Proyecto de Ley *Bases* propone sustituir el artículo 3° de la Ley 24.185 (1992) de Negociación Colectiva en el Sector Público por el siguiente: “Las cláusulas de los acuerdos por las que se establezcan *cuotas de solidaridad* a cargo de los empleados y a favor de las asociaciones de trabajadores participantes en la negociación, tendrán validez *sólo para los afiliados*. Para los no afiliados sólo será factible de constatarse la autorización expresa para realizar dicho descuento”.

En su artículo 79 el DNU 70/2023 propone incorporar como artículo 197 bis de la LCT la disponibilidad por vía colectiva de la jornada de trabajo, en materia de horas extra, francos, bancos de horas, lo que resulta insólito cuando en el mundo del trabajo se debate la disminución del tiempo de trabajo, por efectos de salud laboral, y propuesta frente al desempleo.

El artículo 73 del mismo cuerpo normativo modifica el artículo 132 de la LCT en su inciso c, respecto al *pago de cuotas, aportes periód-*

5ª ed., Consejo de Administración, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párr. 1048, p. 223.

¹¹ Informe del Sistema de Relaciones Laborales, Buenos Aires, 8-9-2008, *El estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, en www.argentina.gob.ar/Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

¹² PISACO, Marina, *Ley 14.250, artículos 3° a 6°*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dir. por Julio Simón, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 476 y ss.

dicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores por normas legales o convencionales, para los no afiliados y también para los afiliados a los sindicatos con personería gremial o miembros de sociedades mutuales o cooperativas, así como por servicios sociales y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, sólo si existe un *consentimiento explícito del empleado autorizando el mismo*.

Constituye un evidente ataque a la libertad sindical y al patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores.

3. Avances sobre la organización sindical y el conflicto

a) Libertad sindical y derecho de reunión

El DNU 70/2023 intenta sancionar las siguientes normas:

Artículo 87 – Incorporase como artículo 20 bis a la Ley N° 23.551, el siguiente:

“Artículo 20 bis – *Derecho de realizar Asambleas, Congresos*. Los representantes sindicales dentro de la empresa, delegados, comisiones internas u organismos similares, así como las autoridades de las distintas seccionales de las asociaciones sindicales tendrán derecho a convocar a asambleas y congresos de delegados *sin perjudicar las actividades normales de la empresa o afectar a terceros*”.

En la práctica significa que las asambleas no podrán interrumpir el desempeño de tareas laborales, lo que sin duda controvierte el Convenio N° 87 de la OIT, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y las atribuciones conferidas al sindicato por la ley 23.551 (art. 5°, inc. d) de aprobar medidas legítimas de acción sindical, habituales en el lugar de trabajo, en casos de conflicto con la empresa o entidad empleadora.

Propone en el artículo 88 incorporar como artículo 20 ter a la ley 23.551 el siguiente:

“Artículo 20 ter – *Acciones prohibidas*. Las siguientes conductas están prohibidas y serán consideradas infracciones muy graves:

”a. Afectar la libertad de trabajo de quienes no adhieran a una medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;

”b. Provocar el bloqueo o tomar un establecimiento; impedir u obstruir total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;

”c. Ocasionar daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o retenerlas indebidamente.

”Verificadas dichas acciones como medidas de acción directa sindical, la entidad responsable será pasible de la aplicación de las sanciones que establezca la reglamentación, una vez cumplimentado el procedimiento que se disponga al efecto a cargo de la Autoridad de Aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales que pudieran corresponder”.

La citada norma introduce diversos supuestos de hecho –que han sido interpretados con amplitud por la jurisprudencia laboral en caso de conflicto–, implicando la limitación de las facultades que las normas legales, constitucionales y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos confieren al sindicato en defensa de los intereses de sus afiliados.

El artículo 8.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y ambientales) garantiza que no podrán imponerse otras restricciones al derecho de fundar sindicatos y afiliarse que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público. En el artículo 8.1.c establece el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley, mientras que en el apartado 2 de la misma norma garantiza el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada con jerarquía superior a las leyes en nuestra Constitución garantiza la *libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación y el desarrollo progresivo de los derechos sociales* (arts. 13, 15, 16, 26 y concs.), esencialidades no conocidas por el legislador de la invocada libertad.

En el paquete normativo por la “libertad de los argentinos” incorpora como artículo 16 bis de la ley 24.185 el siguiente: “Será obligatorio

el *descuento del proporcional de haberes* por los días en los que el empleado haya decidido hacer uso de su derecho de huelga”, que resulta una grosera lesión a las garantías establecidas en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y la jurisprudencia nacional en la materia.

Regular de este modo los límites a las facultades asamblearias y agregarle la prohibición de bloqueos y tomas de establecimientos implica una criminalización de las potestades emanadas de la libertad sindical.

La realidad es mucho más compleja que la que transmite un rígido laboratorio legal sometido a intereses empresarios.

Situaciones tan críticas como, por ejemplo: evitar un vaciamiento de los bienes de la empresa, reclamos por despidos masivos, cierre o traslado del establecimiento o falta de pago de salarios, conducen habitualmente a medidas de acción sindical *atípicas* y necesarias para que el fin coactivo de la huelga y la autotutela colectiva obtenga algún resultado protectorio.

Hay evidente relación entre la introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo y la descentralización productiva con las formas *atípicas* de la huelga como lo señalara tempranamente Baylos Grau¹³, ya que las formas tradicionales de la huelga pueden reducir su eficacia, lo que lleva al movimiento sindical a adaptar la autotutela a las nuevas realidades.

Por otro lado, amenazar al sindicato que encabeza las medidas con procedimientos disciplinarios que ponen en riesgo su misma existencia es también otra violación grosera de la libertad y autonomía sindical conforme la propia ley 23.551, el Convenio N° 87 de la OIT y los artículos 14 bis y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Incorporar una nueva causal de despido justificado en la Ley de Contrato de Trabajo con la sustitución del artículo 242, configurando injuria laboral grave la participación en bloqueos o tomas de establecimiento de los/as trabajadores/as, carece de razonabilidad y no podrá superar el examen de constitucionalidad y convencionalidad judicial.

¹³ BAYLOS GRAU, Antonio, *Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social*, en *Revista de Derecho Social*, N° 2, Albacete, España, 1998, ps. 67 y ss.

El Proyecto de Ley *Bases* en su Capítulo IV, artículo 319, propone hacer una incorporación al artículo 149 quáter del Código Penal estableciendo que “...Será reprimido con tres (3) a seis (6) años de prisión quien impidiere, estorbare o entorpeciere el acceso a un comercio, industria o establecimiento de cualquier tipo con el fin de obtener un beneficio o causar un perjuicio. Si la acción se desarrollare simultáneamente sobre diversos locales o sucursales del mismo comercio, industria o establecimiento, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión...”, demostrativo del modelo de control del conflicto social que propone el nuevo gobierno.

b) *Derecho de reunión. Denuncia a la OIT del sindicalismo argentino*

La resolución 943/2023 del Ministerio de Seguridad de la Nación que aprobó el “*Protocolo para el Mantenimiento del Orden Público ante el Corte de Vías de Circulación*” establece condiciones que han sido severamente cuestionadas por amplios sectores de la comunidad nacional en base a la necesidad de ratificar la vida democrática.

Autoriza a todas las fuerzas federales –Gendarmería, Prefectura, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Policía Federal y Servicio Penitenciario Federal– a intervenir frente a “impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación”.

El derecho de reunión, incluido el derecho de organizar reuniones pacíficas, además está garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 15) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 21), ambos de jerarquía constitucional, y configura uno de los medios por excelencia para la defensa y la promoción de derechos civiles y laborales.

La Confederación General del Trabajo de la República Argentina (CGT-RA), conjuntamente con la Central Autónoma de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina (CTA-T) y la Central de Trabajadores de la Argentina Autónoma (CTA-A), solicitaron la *intervención con carácter de urgente* del director general de la OIT y la remisión de la denuncia por violaciones al Convenio sobre la libertad sindical y

la protección del derecho de sindicación, 1948 (N° 87), solicitando su urgente tratamiento por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y por el Comité de Libertad Sindical (CLS).

Las tres centrales sindicales de nuestro país en una fundada petición sostienen que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado reiteradamente que el derecho a la protesta debe ser considerado *la regla general*, y las limitaciones a este derecho deben ser *la excepción*.

El Informe¹⁴ de la Alta Comisionada de Naciones Unidas del Comité de Derechos Humanos resalta que la protección de los derechos y libertades de otros no debe ser empleada como mera excusa para restringir las protestas pacíficas¹⁵.

La Central sindical francesa *Solidaires*, junto a otras organizaciones de dicho país, convocó a una concentración frente a la Embajada argentina en París el día 24-1-2024 en apoyo al paro decretado para esa fecha, haciendo suyos los reclamos que determinaron la medida de acción sindical.

c) *Extensión de actividades como servicios esenciales y de importancia trascendental*

La extensión de actividades consideradas *servicios esenciales y de importancia trascendental* resulta desmedida, contraria a la jurisprudencia administrativa de la OIT en la materia, seguida por el artículo 24 de la ley 25.877 que así considera a los “servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”.

Incorpora una nómina injustificada para la materia en el listado, limitando por tanto severamente el ejercicio del derecho de huelga,

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 24-4-2013, A/HRC/23/39, párr. 47.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las protestas pacíficas*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/22/28, 21-1-2013, párr. 12.

como lo son actividades como el transporte y la educación, que regresa a las normas de los años noventa (decreto 2184/90).

Agrega las “actividades industriales continuas, incluyendo siderurgia y la producción de aluminio, actividad química y la actividad cementera”, a medida de inspiradores de ese sector, al igual que la “industria alimenticia en toda su cadena de valor; la producción y distribución de materiales de la construcción, servicios de reparación de aeronaves y buques, todos los servicios portuarios y aeroportuarios, servicios logísticos, actividad minera, actividad frigorífica, correos, distribución y comercialización de alimentos y bebidas, actividad agropecuaria y su cadena de valor”.

Ello resulta inédito y contrario a la evolución de la normativa nacional en la materia y de la emanada de la OIT, con lo cual no es posible que supere un mínimo *–minimorum–* test de constitucionalidad que se precie de tal.

La doctrina de la Corte IDH es la guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75 de la CN, 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054)¹⁶.

La Corte IDH ha señalado reiteradamente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

El Poder Judicial debe ejercer el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino

¹⁶ CSJN, 7-4-95, caso “Giroldi”, reiterado el 3-5-2005 en “Verbitsky” y “Simón”.

también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁷.

4. Impugnación judicial del DNU 70/2023. Respuestas del Poder Judicial

El DNU 70/2023 buscó un gran impacto político, pero lo que obtuvo fue una situación de gran inseguridad jurídica en el amplio espectro de materias que aborda en sus 365 artículos, generando una judicialización inmediata de los amplios sectores afectados¹⁸.

Particularmente se verifica en el ámbito de las relaciones laborales, ya que en los cuatro días de su vigencia (30-12-2023 a 2-1-2024) hubo hechos producidos sobre todo por la empresa en cuanto a inicio y fin del contrato de trabajo que, sin acuerdo, engrosarán la litigiosidad judicial para que un tribunal diga qué norma corresponde aplicar, teniendo en cuenta que a partir del 3-1-2024 se suspendió el Título IV como medida cautelar por la sala de feria de la CNAT y con fecha 30-1-2024 dicta sentencia definitiva acogiendo el amparo y ratificando por tanto lo resuelto en la causa “CGT c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”.

¹⁷ Corte IDH, 26-9-2006, “Almonacid Arellano”; CSJN, 13-7-2007, “Mazzeo”.

RAFFAGHELLI, Luis, *Elementos de la libertad sindical en estos tiempos*, en *Trabajo y derechos*, dir. por Moisés Meik, Platense, La Plata, 2014, ps. 377 y ss.

¹⁸ *Acción declarativa de certeza* contra el Estado Nacional y/o el Poder Ejecutivo tendiente a “hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la manifiesta inconstitucionalidad del decreto por razones de necesidad y urgencia 70/2023” presentada por la Provincia de La Rioja a través de su gobernador Ricardo Quintela con el patrocinio letrado de Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra, que “estudiará las cuestiones sometidas a decisión luego del receso correspondiente a la próxima feria judicial del mes de enero”.

“Wilson, Eduardo S. c/Estado Nacional s/Amparo” (19506/2023), en trámite ante el JFed.CCom. N° 3 a cargo de Juan Rafael Stinco, pidiendo se declare la inconstitucionalidad solamente limitada a los arts. 267 y 269 del dec. 70/2023 en materia de salud.

Acción declarativa de inconstitucionalidad iniciada por el Dr. Andrés Gil Domínguez, fundada en que el DNU 70/2023 “no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 99, inciso 3° en la medida que los presupuestos fácticos invocados no acreditan la adecuación razonable y proporcionada con la existencia de una situación excepcional de necesidad y urgencia que haga imposible seguir con los trámites previstos por la Constitución para la sanción de las leyes”.

Asimismo, la sala de feria del mismo tribunal en la causa “Asociación del Personal Aeronáutico c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo” (SI del 24-1-2024) reafirmó la competencia de la justicia laboral rechazando la apelación conforme la norma del artículo 15 de la ley 16.986, por ser el tema de competencia inapelable. Reivindicó su propia atribución para no habilitar la revisión de este aspecto del recurso, ya que en acciones de amparo no pueden articularse cuestiones de competencia, y confirmó la suspensión del acto estatal en cuestión. Agrega que se encuentran involucrados intereses, derechos y garantías de sectores socialmente vulnerables y los derechos fundamentales de los trabajadores, todo lo cual permite tener por configurado el supuesto de excepción.

La cuestión de *competencia* había sido despejada días antes por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa 48013/2023/1 –incidente N° 1–, “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/Estado Nacional. DNU 70/23 s/Inc. apelación” (17-1-2024), que rechazó la inhibitoria planteada por el PEN, quedando firme por tanto la competencia de la justicia del trabajo para entender en los amparos vinculados con el Título IV del DNU en cuestión.

Finalmente, la sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dicta sentencia definitiva en el expediente 56862/2023, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo” (30-1-2024) con la firma de los doctores Héctor Guisado, Manuel Diez Selva y Mario Fera, revocando parcialmente el fallo de la instancia anterior, acogiendo la acción de amparo iniciada por la actora contra el Estado nacional, declarando la invalidez constitucional del Título IV (arts. 53 a 97) del DNU 70/2023, por ser contrario al artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Deja sin efecto la “aclaración” formulada en el apartado 2 de la parte resolutive del fallo de primera instancia en cuanto condicionó la eficacia del pronunciamiento a “los avatares que podría sufrir el DNU 70/2023 en el caso de ratificación o de falta de ratificación por ambas Cámaras del Congreso”.

Clarifica otro aspecto motivo de apelación, cual fue la queja de la CGT por cuanto la jueza Rodríguez Fernández estableció su falta de

legitimación activa para el reclamo de los rubros vinculados con aspectos individuales de las relaciones laborales, apoyándose para ello en claros precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia¹⁹.

En los considerandos 5º/7º los jueces Guisado, Diez Selva y Fera desarrollan sólidos fundamentos por los cuales el DNU 70/2023 posee vicios de origen que lo tornan constitucionalmente inválido, formando convicción. “...Que las consideraciones vertidas precedentemente acerca del defecto de origen del DNU 70/2023 bastan para sustentar este pronunciamiento y, consecuentemente, tornan innecesario un examen específico de las alegaciones de la amparista acerca de la supuesta invalidez de aquél en razón del ‘contenido sustantivo’ de su articulado” (consid. 8º).

El pronunciamiento reafirma las decisiones cautelares del tribunal en la misma causa firmadas por la doctora Andrea García Vior y el doctor Alejandro Sudera en autos “CTA de los Trabajadores y Trabajadoras c/EN s/Amparo” de los días 3 y 4 de enero de 2024, que habían suspendido los efectos del Título IV del DNU objetado, despejando cualquier duda que surgiera del fallo de primera instancia.

Cierro como comencé: curiosamente quienes en la década de los 90 propiciaron la desregulación de la legislación laboral por su rigidez atentatoria contra la producción, no la trasladaron al campo del Derecho Colectivo del Trabajo ya que sobrevinieron normas como el decreto 2184/90 que ultrarregularon el derecho constitucional de huelga hasta casi aniquilarlo, sin que sea necesario mencionar el retorno a la huelga-delito de la regla estatal 21.400/76 en el eón del desprecio. Espejo de los objetivos del DNU 70/2023.

¹⁹ CSJN, 4-7-2003, S.729.XXXVI, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares S. A. DO. P. c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo”, *Fallos*: 326:2150.

**PRIMERAS IMPRESIONES SOBRE LA
REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA
CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 97 DEL DECRETO
DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2023**

por JOSÉ E. TRIBUZIO

I. El artículo 97 del DNU 70/2023¹ sustituye el artículo 24 de la ley 25.877 que regula la huelga en los servicios esenciales.

La disposición se ubica bajo el Capítulo IX denominado precisamente *Servicios esenciales (Ley N° 25.877)*, indicando que ése es el ámbito, acotado y excepcional, sobre el cual se proyecta la reglamentación del derecho. Sin embargo, no es así.

En verdad, la caracterización de *esencialidad* o *importancia trascendental* a la que recurre el artículo 97 del DNU 70/2023 bajo el pretexto de sustituir la normativa actual que regula este aspecto específico del ejercicio del derecho constituye un artificio falso al servicio de la restricción deliberada de la huelga en cualquier actividad y hasta límites inéditos, comprometiendo de tal modo la vigencia de la libertad sindical y poniendo en jaque el Estado Social de Derecho.

En la nueva redacción de la norma, el derecho de huelga se encuentra reducido a su mínima expresión. El DNU 70/2023 simula ocuparse del mantenimiento de los servicios esenciales para avanzar sobre una regulación profundamente restrictiva del derecho de huelga que afecta prácticamente a todos los servicios y actividades.

En concreto, la norma afecta de manera directa a medio centenar de servicios y actividades completas, en las cuales el derecho de huelga no podrá ser ejercitado libremente. Ello, sin considerar la posibilidad de

¹ Publicado en el B. O. en fecha 21-12-2023.

ampliar casi ilimitadamente el listado de servicios considerados “esenciales en sentido estricto” o “actividades de importancia trascendental”, atento a las fórmulas abiertas y difusas que estipula la propia norma, comprensiva de “actividades industriales continuas” y “servicios de toda actividad, que estuvieran afectados a compromisos de exportación”.

En rigor de verdad, toda actividad o servicio puede, por imperio de la norma, ser considerado esencial en la medida que también prevé la posibilidad de calificación de esencialidad cuando la interrupción del servicio pudiera “afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal”. La huelga queda, de tal modo, arrodillada en el altar de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

II. Sin entrar a considerar la invalidez formal del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 en la medida que exorbita de manera flagrante las facultades que el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional le confiere al Poder Ejecutivo –tema que excede esta prieta intervención–, el artículo 97 del DNU 70/2023 evidencia, conforme lo expuesto, una invalidez sustantiva manifiesta, por cuanto proscribiera el libre ejercicio del derecho de huelga garantizado en el artículo 14 bis de la Carta Magna, en los tratados de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2° párrafo), incluido el Convenio N° 87 de OIT por expreso reconocimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3), ambos de la ONU (1966)², y el resto de los instrumentos internacionales con jerarquía suprallegal que protegen el mencionado derecho fundamental (art. 75, inc. 22, 1° párrafo).

Es oportuno memorar que la interpretación de dichos instrumentos internacionales debe efectuarse, por imperio del propio artículo 75, inciso 22 de la CN, “en las condiciones de su vigencia”; esto es –tal como ya lo ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades³–, del modo que

² Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 2000, y ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 356, entre otros.

³ V. gr., CSJN, fallos “Girolidi, Horacio D. y otro s/Recurso de casación” (L. L. 1995-D-462) y “Simon, Julio H. y otros s/Privación ilegítima de la libertad” (L. L. 2005-C-845).

rigen tales instrumentos en el orden internacional, y considerando en particular la jurisprudencia elaborada por los propios órganos internacionales competentes encargados de su seguimiento y aplicación.

En consecuencia, ya no sólo el artículo 14 bis de la CN garantiza el derecho de huelga, sino que dicha garantía se encuentra complementada (o mejor dicho, *reforzada*) por los tratados internacionales de derechos humanos, los convenios de OIT y la doctrina elaborada sobre la interpretación del alcance de dichos instrumentos, a través de sus órganos jurisdiccionales y de control⁴.

En definitiva, el *bloque de constitucionalidad* reseñado conmueve el sentido de la legalidad positiva del Estado Constitucional de Derecho; en palabras de Ferrajoli, aquélla ha dejado de ser mera legalidad condicionante, para reconvertirse en estricta legalidad condicionada, por vínculos sustanciales relativos a sus contenidos o significados, los que quedan expresados en los derechos humanos reconocidos en todos los instrumentos internacionales de tal carácter. Es entonces que, por virtud de esa legalidad sustancial, se produce ya no sólo la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del Derecho vigente (mera legalidad), sino que de aquélla se desprende, además, la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente⁵ (que, sin embargo, no podría en modo alguno predicarse respecto del DNU 70/2023).

Es justamente ese *test de constitucionalidad rígida* (o, con mayor precisión, *convencionalidad rígida*) el que luego iba a llevar adelante la CSJN en fallos señeros⁶ para desactivar la normativa positiva laboral,

⁴ V. gr., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y Comité de Libertad Sindical, ambos de la Organización Internacional de Trabajo; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 68.

⁶ Ver, entre otros, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidentes. Ley 9688”, del 21-9-2004 (*Fallos*: 327:3753); “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas”, del 3-5-2007 (*Fallos*: 330:1989, 2001/2002-2007); “ATE c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, del 11-11-2008 (*Fallos*: 331:2499), y “Aerolíneas Argentinas SA c/Ministerio de Trabajo. Recurso de hecho”, del 24-2-2009 (S. C. A. N° 1792, XLII).

contradictoria con el ordenamiento constitucional o, incluso, suprallegal; o para reinterpretarla en *clave fundamental*.

III. Desde tales premisas conviene recordar que el concepto de “servicios esenciales” *en el sentido estricto del término*, vale decir, aquellas actividades que se presumen esenciales en toda circunstancia y *sin admitir prueba en contrario*⁷, resultó objeto de sucesivas precisiones por parte de los órganos de control de la OIT⁸.

No fue sino hasta el año 1983 que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT (CEACR) arribó a una definición que se mantiene vigente hasta la actualidad, que los identifica como aquellos “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”⁹.

Tal caracterización fue luego adoptada –y reiterada pacíficamente– por el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, en cada una de sus intervenciones, donde el concepto de *servicios esenciales en sentido estricto* fue llevado a su análisis¹⁰. Precisamente, el artículo 24 de la ley 25.877 –que el DNU 70/2023 deroga a través de su artículo 97– se encuentra inspirado en los criterios, decisiones y recomendaciones

⁷ TOPET, Pablo A., *Los servicios esenciales y la huelga: La Constitución Nacional; el artículo 14 bis; la Ley 25.877 de Ordenamiento Laboral, el decreto 272/2006 y los nuevos criterios de la Organización Internacional del Trabajo*, ponencia presentada en las *Jornadas de conmemoración de los 50 años de la sanción del artículo 14 bis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2007, p. 7.

⁸ En el año 1979 –recuerda Topet–, el CLS aludía a interrupciones de la prestación laboral que podían poner en peligro las *condiciones normales de existencia* de parte o de toda la población (TOPET, *Los servicios esenciales...* cit., p. 6). Dicha definición de servicios esenciales resultaba, indudablemente, mucho más amplia –y, por lo tanto, más restrictiva del ejercicio del derecho de huelga– que la actualmente sostenida por los órganos de control de la OIT.

⁹ OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. rev., Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 75; y GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT*, p. 482. Esta definición fue adoptada por el decreto 843/2000 para caracterizar los servicios esenciales en sentido estricto.

¹⁰ Informes casos N° 1787, párrafo 32; 1963, párrafo 229, y 2120, párrafo 540, entre otros, en OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 126.

de los organismos de control arriba citados, adecuándose de tal modo al Convenio N° 87 de la OIT.

Sin embargo, a contramano de esa doctrina y desentendido absolutamente de la normativa constitucional¹¹, el artículo 97 del DNU 70/2023 extiende la calificación de esencialidad hacia servicios que en modo alguno podrían poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas en caso de ser interrumpidos, y lo hace con el único objeto de restringir severamente el derecho de huelga al imponer servicios mínimos de funcionamiento del 75% o más de su prestación normal.

El listado de servicios considerados esenciales “en sentido estricto” excede escandalosamente el catálogo de servicios que el sistema de control de normas de la OIT admite bajo dicha calificación excepcional.

Más aún, el DNU incorpora en su listado servicios esenciales en sentido estricto cuya esencialidad, empero, ha sido rechazada expresamente por la mencionada organización internacional a través de decisiones particulares adoptadas por el Comité de Libertad Sindical en los casos llevados a su consideración, en función del control extraordinario en materia de libertad sindical que éste se encuentra llamado a ejercitar frente a las quejas que los actores sociales promueven contra los Estados miembros.

Tal es el caso de la carga y descarga en la actividad portuaria; los pilotos de líneas aéreas; la generación, transporte y distribución de combustibles; y el sector de la educación¹², servicios todos éstos incluidos ahora en el texto del artículo 97 del DNU 70/2023 en calidad de servicios esenciales en sentido estricto.

También, y sin ningún tipo de justificación de hecho o de derecho, adquieren esencialidad por obra y gracia del DNU los servicios de telecomunicaciones, incluyendo Internet y comunicaciones satelitales; el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos; el control de tráfico portuario, incluyendo balizamiento, dragado, amarre y remolque de buques; y los servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior. Y

¹¹ En el mismo sentido se expresa ARESE, César, *Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023*, en Rubinzal Online, RC D 733/2023, p. 5.

¹² OIT, *La libertad sindical...* cit., parágrafo 587, p. 127.

mantienen su calificación los servicios esenciales que se encontraban previstos en el artículo 24 de la ley 25.877.

Pero eso no es todo. El primer párrafo del precitado artículo 97 del DNU 70/2023 crea una nueva categoría jurídica denominada “actividad de importancia trascendental”, que no tiene antecedentes en nuestro sistema de relaciones laborales, ni tiene recepción en la normativa internacional o en el Derecho Comparado, y que sirve al solo efecto de restringir severamente el derecho de huelga.

Es fácil advertir que en ningún caso la interrupción de las “actividades de importancia trascendental” enumeradas por el artículo 97 del DNU –que incluye, por citar sólo un ejemplo, servicios hoteleros y gastronómicos– podría poner en riesgo la vida o la salud de la población. Y es por esa sencilla razón que el derecho de huelga no puede ser susceptible de la gravísima restricción que dispone el artículo en tales supuestos.

Una lectura apresurada de la norma podría llevar al error de interpretar que las “actividades de importancia trascendental” constituyen, en realidad, “servicios públicos de importancia trascendental” (categoría esta última que sí tiene recepción en las normas internacionales, se encuentra recogida en el artículo 24 de la ley 25.877 y refiere exclusivamente a la posibilidad de restringir la huelga en determinadas situaciones que requieran la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones).

Pero no es así, ya que dicho instituto es adoptado luego por el mismo artículo 97 del DNU 70/2023, como supuesto pasible de ser calificado, por la Comisión de Garantías, como “servicio esencial o servicio de importancia trascendental”. Vale decir que un “servicio público de importancia trascendental” podría ser calificado como “servicio de importancia trascendental”; formulación normativa ridícula y hartamente confusa que deja en evidencia, acaso, ligereza o ignorancia en la redacción de la norma.

IV. El artículo 97 del DNU 70/2023 se aplica a “conflictos colectivos”, con prescindencia de la existencia de medidas de acción directa concretas. La distinción es relevante por cuanto la determinación de los servicios mínimos a los que luego refiere el decreto no puede

prescindir del análisis de la modalidad, alcance y duración (entre muchos otros factores a considerar) de la medida de acción directa adoptada en el conflicto.

No es posible determinar el *quantum* de los servicios mínimos con carácter previo a la comunicación o anuncio de las medidas de fuerza por cuanto, insisto, la fijación de servicios mínimos reclama un análisis tópico (o de situación) en cada caso concreto, que debe tener a la vista las características de la medida de acción directa anunciada. Se trata de evaluar, en particular, la proporcionalidad de los servicios mínimos de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el conflicto y las características particulares de la medida de fuerza. Ello, en orden a garantizar no sólo el mantenimiento del servicio esencial, sino también la eficacia de la huelga.

En tal sentido, la Comisión de Garantías, convocada al efecto por la autoridad de aplicación para intervenir en un conflicto desatado entre trabajadores del sector de la sanidad y el Gobierno de Tierra del Fuego, ha sostenido –en saludable ejercicio de autolimitación de sus funciones– que “carece de competencia para fijar servicios mínimos con alcances genéricos respecto de un conflicto colectivo que no se ha materializado en medidas de acción directa concretas”¹³.

V. Como se anticipó en el apartado precedente, la normativa establece “garantías de prestación de servicios mínimos” cuando los conflictos colectivos “pudieren afectar la normal prestación de servicios esenciales o actividades de importancia trascendental”.

Intencionada o descuidadamente, el legislador de facto omitió consignar quién es el sujeto obligado a determinar y/o garantizar el cumplimiento del servicio mínimo que establece en el setenta y cinco por ciento (75%) de la prestación normal del “servicio esencial”, y en el cincuenta por ciento (50%) cuando se trate de “actividades o servicios de importancia trascendental”.

Repárese que el artículo 24 de la ley 25.877 coloca la garantía de cumplimiento de la prestación del servicio mínimo en cabeza de “la

¹³ Comisión de Garantías, expte. 1.466.385, dictamen N° 2 de fecha 12-10-2011, “Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur c/Asociación de Trabajadores de la Sanidad”.

parte” que adopte la medida de acción directa. Empero, el artículo 97 del DNU 70/2023 nada dice al respecto; no surge del decreto quién o cómo determina los servicios mínimos, y quién es el obligado a garantizar el cumplimiento de su prestación. La omisión es muy relevante si tenemos en cuenta que la norma estaría habilitando al Poder Ejecutivo para que, a través de la autoridad de aplicación, determine los servicios mínimos. El Gobierno se aparta así de la recomendación expresa efectuada por la CEACR de la OIT al analizar el caso argentino en el año 2003, tendiente a que “...la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, no corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente”¹⁴.

El segundo párrafo del artículo 97 del DNU 70/2023 expresa, sin identificar –insisto– quién es el sujeto facultado al efecto, que “en ningún caso podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor” a los ya referidos porcentajes de la prestación, que ascienden al 75% en el caso de los “servicios esenciales” y al 50% para el supuesto de “actividades o servicios de importancia trascendental”.

La determinación previa, desmesurada y despojada de un análisis tópico de la modalidad y extensión de la medida de acción directa contraviene la doctrina de los organismos de control de la OIT que tienen dicho, en reiteradas ocasiones, que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones *estrictamente necesarias*¹⁵ o *estrictamente indispensables*¹⁶, para cubrir *las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio*¹⁷. Debería tratarse –insiste el CEACR– *real y exclusivamente de un servicio mínimo*¹⁸.

Pero, además, la prestación del servicio mínimo no debe menoscabar la eficacia del medio de presión¹⁹ (v. gr., huelga). Vale decir, el alcance

¹⁴ OIT, Informe III, parte 1A, 2003, 1B.DOC, p. 239.

¹⁵ Informes casos N° 1923, párrafo 222; 1971, párrafo 57; 2212, párrafo 751, entre otros, en OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 132.

¹⁶ Informes casos N° 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453, entre otros, en OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 133.

¹⁷ OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 76.

¹⁸ OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 76.

¹⁹ OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 76.

de los servicios mínimos no debe tener por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto; o, en otras palabras, la acción de la huelga no se debe ver frustrada en razón de servicios mínimos concebidos *demasiado ampliamente*²⁰.

Ninguno de los condicionamientos mencionados, que constituyen una derivación hermenéutica del texto del Convenio N° 87 de la OIT, de aplicación obligatoria para el Estado argentino, ha sido considerado por el decreto en análisis.

VI. Se mantiene la implementación de una “Comisión de Garantías” (que fuera así denominada por el artículo 2° del decreto 272/2006), “integrada según se establezca en la reglamentación, por cinco (5) miembros de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o de derecho constitucional y destacada trayectoria”, cuya tarea consiste en calificar, mediante resolución fundada, “como servicio esencial o servicio de importancia trascendental una actividad no incluida en las enumeraciones precedentes” cuando se verifiquen circunstancias que la norma enumera en distintas hipótesis que, a decir verdad, no merecen un análisis serio ya que, como se anticipó más arriba, habilita en su inciso d, la calificación de esencialidad cuando “la interrupción o suspensión de la producción pudiere poner en peligro el adecuado abastecimiento de productos críticos para la población y/o afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal”.

Dicha fórmula, que en los hechos implica la posibilidad de que la “Comisión de Garantías” califique como “esencial” o “trascendental” cualquier servicio o actividad y cualquiera sea su naturaleza, con arreglo a metas fiscales que el gobierno fije discrecionalmente, echa por tierra los primeros tres incisos que intentan seguir la doctrina excepcional de la OIT en la materia.

VII. Por último, se observa que el artículo 97 del DNU 70/2023 no deroga los decretos que reglamentan la norma sustituida (decs. 272/2006, 362/2010 y 1095/2017); sin embargo, el último párrafo de la disposición administrativa remite a la reglamentación que dictará

²⁰ Informes casos N° 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453, entre otros, en OIT, *La libertad sindical...* cit., p. 133.

el Poder Ejecutivo nacional, y las normas complementarias, aclaratorias y operativas que resulten necesarias, a cargo de la autoridad de aplicación.

Se elimina de tal modo la remisión a los principios de la Organización Internacional del Trabajo que sí preveía el artículo 24 de la ley 25.877²¹, lo cual constituye una señal inequívoca respecto del rumbo que, es de esperar, seguirá la reglamentación.

²¹ Héctor O. García destaca la importancia del *reenvío* a los criterios o principios de los órganos de control de la OIT que postula el art. 24 de la ley 25.877, con el objeto de constituir “un plexo normativo único y armónico que regula el ejercicio del derecho de huelga de modo compatible con su investidura constitucional y su naturaleza de libertad sindical de acción (arts. 3.2, Convenio 87, y 24, ley 25.877), reconociendo como únicos límites jurídicos los determinados por las actividades enumeradas como servicios esenciales en forma excluyente por el citado art. 24, ley 25.877” (GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2006-2, *Derecho colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 496/497).

INTERFERENCIA PATRONAL EN ASAMBLEAS SINDICALES, PROPUESTA REGRESIVA PREVISTA EN EL DNU 70/2023

por JUAN ANDRÉS PISARELLO¹

SUMARIO: 1. La libertad de reunirse garantiza la libre organización de los sindicatos. 2. Las relaciones laborales deben discutirse en el ámbito legislativo. 3. El freno judicial de la Cámara Nacional del Trabajo. 4. Conclusiones.

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 70/2023 de “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina” dictado por el Poder Ejecutivo nacional tiene distintas fallas en su origen en lo que respecta a su forma de implementación (donde el Presidente discrecionalmente se arroga facultades legislativas) y en los derechos que transgrede.

Más temprano que tarde muchas de sus cláusulas serán declaradas inconstitucionales y afortunadamente ya hay frenos judiciales sobre la norma porque el Título IV del DNU 70/2023 impone una reforma regresiva al sistema laboral argentino.

En lo que respecta al presente me interesa abordar el contenido del artículo 20 bis que el DNU introduce a la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales que condiciona la libertad de reunión y el derecho de sindicación de los empleados y dirigentes sindicales de la empresa o repartición.

¹ Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Asesor de sindicatos y estamentos del sector público. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Santa Fe, 1ª Circunscripción. Autor de *Obligación consultiva. Aproximaciones sobre el diálogo en el sector público municipal*.

El artículo que agrega el DNU en su artículo 87 reza: “Incorpórase como artículo 20 bis a la Ley N° 23.551, el siguiente: «Artículo 20 bis – *Derecho de realizar Asambleas, Congresos*. Los representantes sindicales dentro de la empresa, delegados, comisiones internas u organismos similares, así como las autoridades de las distintas seccionales de las asociaciones sindicales tendrán derecho a convocar a asambleas y congresos de delegados sin perjudicar las actividades normales de la empresa o afectar a terceros»”.

1. La libertad de reunirse garantiza la libre organización de los sindicatos

En primer término lo que está en juego es la libertad de las personas. Reglamenta el DNU una fórmula arbitraria donde coarta el derecho a reunirse justificado en el perjuicio sobre “las actividades normales de la empresa o afectar a terceros”.

No puede restringirse un derecho individual como el derecho de reunión sin que en el mismo se manifieste una violación a lo que regla la Constitución Nacional. En materia de asociaciones sindicales, el Estado no puede intervenir en las formas de convocatoria y organización.

En este sentido el agregado del DNU viola expresamente la libertad sindical ya que con una fórmula abierta (“actividad normal y afectación a terceros”) pretende condicionar el derecho a reunirse.

La CSJN en “Farfán”² –es decir en un antecedente del año 2019 que hace a la especificidad del caso– estableció que no puede asegurarse la libertad sindical sin que se garantice previamente el derecho de reunión, de opinión y de expresión como piso base para que los trabajadores puedan constituir las organizaciones que estimen convenientes.

La Corte interpreta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes y con justo criterio cristaliza que para que puedan regir los derechos sociales (de sindicación) previamente deben asegurarse las libertades (opinión, expresión y reunión).

² CSJ 4615/2015/RH1, “Farfán, Julio Antonio y otros s/Amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública”, San Pedro de Jujuy.

La Constitución Nacional incluye el principio de igualdad en materia de derechos políticos y civiles y consecuentemente regula un piso para los derechos sociales, lo que refuerza la exigibilidad judicial de algunos derechos que pueden ser leídos de forma parca por algunos sectores representantes del capital privado.

Dice la CSJN en “Farfán” –haciendo uso de esta interpretación amplia– que nos encontramos ante una materia que tutela principalmente la libertad: “La doctrina citada guarda una natural correspondencia con el criterio de esta Corte según el cual las libertades de reunión, de expresión y de asociación son ‘esenciales del estado constitucional vigente en la República’ (*Fallos*: 329:5266, ‘Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual’)”.

En este caso para garantizar la libertad de reunión en la empresa o repartición opera la premisa de libertad negativa: debe el Estado u otros actores privados generar una inmunidad basada en su deber de no interferir en los procesos de organización.

El DNU condiciona el derecho de reunión porque limita la libertad individual ya que no existe un estándar jurídico que establezca cuándo una actividad es normal y cuándo se afecta a terceros, por lo que deja a libre disposición del Estado empleador o de la patronal privada la interferencia en la actividad de los trabajadores.

Consecuentemente se convierte en una restricción desproporcionada sobre los derechos individuales y colectivos que nutren a la actividad sindical y gremial. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional en su segundo párrafo consagra el principio de tutela sindical cuando establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical”.

Además, la interferencia patronal en la formulación de la norma particular del DNU afecta la participación en una “organización sindical libre y democrática” (art. 14 bis, primer párrafo).

La modificación que busca imponer el DNU sobre la letra de la ley 23.551 es violatoria al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) que en su artículo 8º regula el derecho de los sindicatos a “funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que

sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

Cabe destacar que cuando el Estado es empleador, estas obstrucciones en las relaciones laborales son concebidas como actos de injerencia receptados en el artículo 5.3 del Convenio 151 de la OIT³.

2. Las relaciones laborales deben discutirse en el ámbito legislativo

El DNU 70/2023 que agrega el artículo 20 bis a la ley 23.551 obviamente viola el principio de discusión democrática de la norma ya que se quiere imponer por la vía excepcional.

Además de no existir necesidad y urgencia en esta modificación, no se vislumbra en los antecedentes del DNU (es decir en su motivación) un fundamento que lo convierta en una decisión política con legitimidad.

El Poder Ejecutivo nacional no puede regular las reuniones asamblearias con criterios laxos cuya vaguedad direccionan la actividad sindical hacia la criminalización u obstrucción de la misma. Necesitamos reglas claras y específicas.

No existe tampoco en la normativa ningún desarrollo de un protocolo que establezca –en caso de regularse asambleas y lugares donde se prestan servicios esenciales– un sistema de guardias móviles. Incluso el DNU busca desregular el sistema de la ley 25.877 que prevé la constitución de una comisión independiente y tripartita para determinar los aspectos más importantes de los servicios esenciales en caso de conflicto laboral.

El Poder Ejecutivo nacional, contando con las herramientas democráticas y de diálogo suficientes para dar forma y contenido a las modificaciones sobre la ley 23.551, optó por la reglamentación unilateral a través de una delegación inválida en materia de relaciones laborales donde impone un reglamento de ejecución en vez de proponer

³ Sin lugar a dudas se coloca a las organizaciones sindicales bajo el control de la autoridad pública cuando opera un concepto tan amplio como el “perjuicio en las actividades normales” para regular la vida asociacional de los trabajadores.

una discusión legislativa por fuera de los alcances de la regla exorbitante del inciso 3° del artículo 99, Constitución Nacional.

3. El freno judicial de la Cámara Nacional del Trabajo

En fecha 3-1-2024 la sala de ferias de la Cámara Nacional del Trabajo dictó una medida cautelar⁴ “suspendiendo la aplicabilidad de lo dispuesto en el Título IV, *Trabajo*, del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 hasta tanto recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo ventilada en estos actuados”.

Es para distinguir el criterio del juez Sudera que interpreta que no puede el Poder Ejecutivo imponer un derecho como excepcional a la Nación en un contexto que no lo es. Afirma el magistrado que “el texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

Utilizando el antecedente de la CSJN en “Consumidores”⁵, cita dicho precedente para descartar la posibilidad de que se encaren modificaciones permanentes o derogaciones de leyes del Congreso en el marco de un decreto de necesidad y urgencia, “en tanto el dictado de medidas legislativas excepcionales por parte del poder administrador sólo podría justificarse en un claro caso de emergencia que no se advierte configurada siquiera a través de lo invocado en los propios considerandos del DNU analizado”.

4. Conclusiones

El Poder Ejecutivo a través de una vía excepcional como el DNU intenta imponer la modificación regresiva del sistema laboral. Puntualmente coarta la libertad de reunión en la empresa/repartición al proponer el agregado del artículo 20 bis de la ley 23.551 donde, con

⁴ En sentencia interlocutoria N° 1, expte. 56862/2023/1, autos incidente N° 1, “Confederación General del Trabajo de la Republica Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Incidente”.

⁵ En dicho fallo la CSJN cristaliza que las facultades para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista.

una fórmula laxa, agrega un permiso patronal para dilatar o prohibir asambleas gremiales y trabajos sindicales.

Esa decisión ha sido infundada y exteriorizada a través de un DNU. Ello no solamente quita legitimidad a la decisión política, sino que erosiona la autoridad democrática en virtud de que no existen procesos de discusión institucional de los derechos que se intentan modificar.

Sobre el Título IV del DNU 70/2023 –que contiene el artículo 20 bis que se quiere agregar–, la CNAT ha suspendido su aplicación hasta que exista una sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo.

El Poder Ejecutivo nacional se subvierte a aplicar cualquier tipo de lenguaje dialógico y de prácticas de interlocución con el Poder Legislativo. La imposición de una norma excepcional que en su contenido está reñida con la Constitución es complementada con el sesgo ideológico de concebir que los legisladores son un estorbo y no actores deliberativos de la democracia.

Sin lugar a dudas serán la propia vigencia de la Constitución (en un sistema de control de constitucionalidad difuso) y la discusión legislativa las que permitirán generar elementos civilizatorios ante este atropello del Poder Ejecutivo nacional.

EL DNU 70/2023 Y LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES

UNA MIRADA DESDE LA PRÁCTICA

por CARLOS FELIPE SCHWARTZ¹

SUMARIO: I. El DNU y la huelga. II. La limitación de la huelga. III. Consecuencias prácticas. IV. Síntesis.

I. El DNU y la huelga

El DNU 70/2023 avanza significativamente sobre el derecho-libertad de huelga², incorporando numerosos servicios y actividades como pasibles de reglamentación y restricción en su ejercicio. Lo hace en el artículo 97, que modifica el artículo 24 de la ley 25.877.

De esta agresión estatal directa –del propio Poder Ejecutivo, lo que la hace más grave aún– sobre una libertad pública fundamental de ejercicio colectivo, interesa resaltar en el presente sus potenciales implicancias prácticas, es decir, los efectos que una normativa de estos alcances puede tener sobre el ejercicio de la huelga como componente esencial de la libertad sindical.

El análisis estará centralizado en dos servicios del sector público de la Provincia del Chaco –salud y educación–, expresando la visión forjada en la experiencia vivida como asesor de dos sindicatos repre-

¹ Abogado –UNNE–. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales –UNTREF–. Posgrados en UBA, OIT y UNR. Profesor invitado de grado en UBA –Derecho de las Relaciones Colectivas del Trabajo, Comisión 0185–.

² Sobre la naturaleza jurídica de la huelga, me remito a mi trabajo *Aproximaciones entre la huelga y el Derecho*, en Boletín diario de Rubinzal-Culzoni de 4-6-2022, RC D 223/2022.

sentativos de los nombrados sectores³, en el entendimiento de que resultan aptos para ejemplificar mediante la referencia a un servicio que ya era considerado esencial –el primero– y otro que fue incorporado como tal mediante el decreto –el segundo–, y en la consideración de que los mismos permitirán reflejar el objetivo pretendido en estas breves páginas⁴.

II. La limitación de la huelga

La técnica utilizada para limitar el derecho-libertad de huelga es la de disponer la obligatoriedad de mantener un servicio mínimo de funcionamiento o de prestación que, según se trate de servicio esencial o actividad de importancia trascendental, es del 75% o del 50%, respectivamente. Los dos servicios analizados en el presente ingresan dentro del primer supuesto.

Se advierte de tal manera la incorporación de un concepto nuevo dentro del catálogo de servicios que pueden ser limitados, pero mutando del servicio a la actividad. Dentro del marco de desprolijidad del que hace gala todo el decreto, se menciona a las “actividades o servicios de importancia trascendental”.

Esto es importante tenerlo presente porque los riesgos son aún mayores en el segundo supuesto, más allá de que el porcentaje de obligatoriedad de prestación mínima es menor, por cuanto se refiere a la actividad o al servicio, y no sólo a este último, como venía siendo hasta el momento.

No cabe asimilar actividad y servicio a los fines de la limitación del derecho de huelga, porque la misma recae sobre el servicio y no

³ Asociación de Profesionales, Técnicos y Auxiliares de Salud Pública de la Provincia del Chaco –APTASCH–, y Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco –Fed. SITECH–.

⁴ Al momento de culminar el presente, mediados de enero de 2024, la aplicación del decreto se encuentra suspendida por medidas cautelares de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Feria, dictadas el 3 y el 4 de este mes y año, en autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Incidente” y “Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina CTA c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo s/Acción de amparo”, respectivamente. Mientras, el debate sobre la convalidación del DNU continúa en el Congreso nacional.

sobre la actividad, por lo tanto, no todo servicio de una determinada actividad es esencial y, como tal, pasible de restricciones.

“No es la actividad sino el servicio lo que se considera esencial y reclama, en consecuencia, la garantía de su mantenimiento [...] todos aquellos servicios accesorios, conexos, secundarios; en fin, marginales respecto del servicio esencial, quedan fuera del régimen legal de la huelga en los servicios esenciales”⁵.

El decreto avanza sobre dos de las principales funciones reservadas a la Comisión de Garantías –artículo 2º, incisos a, y b, decreto 272/2006, modificado por decreto 1095/2017–.

Además, esas dos facultades de la Comisión deben ejercerse considerando numerosas cuestiones de la realidad concreta, porque tanto la enumeración de nuevos servicios –inciso a– como los porcentajes de servicios mínimos –inciso b– dependen de circunstancias particulares que rodean a cada conflicto⁶ y que deben ser verificadas a fin de ponderar hasta qué punto se justifica una limitación de la huelga para preservar otros derechos, pero ahora fueron plasmadas en la rigidez propia de una normativa de alcance general.

III. Consecuencias prácticas

En la huelga en los servicios esenciales es necesario determinar los servicios mínimos de funcionamiento o de prestación que deben mantenerse, y el personal que debe asignarse para tal fin, lo que requiere un juicio de ponderación circunstanciado, no pudiendo esgrimirse desde el orden normativo situaciones inmodificables, puesto que la huelga debe coexistir con esa limitación.

“Pero además, la prestación del servicio mínimo no debe menoscabar la eficacia del medio de presión; es decir, que debe salvaguardar

⁵ Al respecto, ver TRIBUZIO, José, *La huelga en los servicios esenciales*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dir. por Julio César Simon, 1ª ed., 2ª reimp., La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 725.

⁶ Una explicación más detallada sobre este aspecto realiza TRIBUZIO, ob. cit., ps. 778/784, y TRIBUZIO, José, *Primeras impresiones sobre la regulación del derecho de huelga contenida en el artículo 97 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, en Boletín diario de Rubinzal-Culzoni de 29-12-2023, RC D 741/2023, y en el presente Dossier.

el ejercicio del derecho de huelga, afectándolo en la menor medida posible. Y finalmente, el establecimiento de servicios mínimos debe tener en cuenta las circunstancias específicas que rodean al conflicto y enmarcan la huelga, tales como el alcance funcional de la medida, su extensión geográfica, duración, oportunidad, etcétera”⁷.

Con respecto al sector de salud, ya era considerado servicio esencial por el artículo 24 de la ley 25.877.

Sin embargo, se requiere una valoración sobre las circunstancias que rodean a las medidas de fuerza a la hora de determinar cuáles son los servicios mínimos que deben mantenerse y el personal designado para tal fin, que deben ser los estrictamente necesarios para no poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población, para que pueda convivir la huelga con esos derechos que se pretenden preservar. Para tal fin no puede decidirse en términos abstractos y apriorísticos, como ocurre con el DNU 70/2023.

Una agresión semejante en términos de porcentual de adherentes admitidos por la norma estatal se presenta como un intento de restringir severamente el derecho de huelga, más que de resguardar otros derechos socialmente relevantes, que son los que justifican una restricción razonable de la huelga en los servicios esenciales.

Esta intervención estatal directa sobre la huelga lo que hace es desarticularla y, lejos de respetarla como libertad pública fundamental, la reduce a un mínimo poder de acción desde el inicio, lesionando la autonomía colectiva y todo el componente de derechos básicos que integran la libertad sindical.

La fortaleza de cualquier colectivo que se vea alcanzado por el decreto se ve debilitada si desde el principio se conoce que un porcentaje muy menor –el 25%– es el que podría ejercer el derecho.

Para dimensionar mínimamente la incidencia de estas intromisiones estatales sobre la autonomía colectiva, debemos ponderar también cómo repercuten en sus efectos prácticos al interior de la clase que vive del trabajo, en el vínculo entre ésta y sus representantes sindicales y la propia organización jurídica sindical.

Ocurre que muchas veces lo que se predica desde el discurso político

⁷ TRIBUZIO, ob. cit., p. 851, citando al Comité de Libertad Sindical de la OIT.

o jurídico no encuentra correlato en el escenario en el que se desenvuelve la acción colectiva, que es el de la facticidad.

La realización de una huelga en el sector de salud pública importa un desafío para los propios actores sociales, para que conviva la misma con el mantenimiento de servicios mínimos que no pongan en riesgo la vida o la salud de todo o parte de la población.

En esos casos, articular y llevar a cabo una medida requiere de una decisión colectiva, pero a su vez, la coordinación entre los huelguistas, sus representantes y el Estado, para el mantenimiento de los servicios mínimos.

Los distintos escenarios en los que las huelgas se realizan llevan a que diversas cuestiones, como las modalidades, su duración o el grado de adhesión, por ejemplo, sean variables, y esto es así por la simple razón de que la praxis siempre supera a las decisiones normativas que se adopten a nivel general con el grado de abstracción propio de las mismas –ley nacional, decreto, etcétera–.

Observando al interior del vínculo entre sindicato y representados, existen numerosos obstáculos, que van –brevemente ejemplificados– desde la consideración de los servicios esenciales y el personal mínimo hasta las modalidades según los distintos lugares –con o sin asistencia al lugar de trabajo, por ejemplo–, con las dificultades que esto tiene cuando se trata de medidas de una dimensión geográfica importante, como las de alcance provincial.

Todo esto genera problemas –que se intensificarán si se aplica el decreto– en el interior de la clase trabajadora y sus organizaciones, que dificultan enormemente la activación de la huelga, a lo que se suma su limitación desde la perspectiva externa, es decir, de su potencialidad transformadora como medio de presión si se la reduce al porcentaje analizado.

El decreto abre la puerta a la arbitrariedad estatal en numerosos aspectos, como la utilización de intimaciones por incumplimientos en los servicios mínimos, lo que repercute negativamente en la autonomía sindical porque muchas veces genera temores y divisiones en los trabajadores y sus organizaciones que son difíciles de afrontar. Más aún teniendo en cuenta que sobre el grado de participación en la determi-

nación de los servicios mínimos de la parte que decida acudir a la medida de acción directa no dice nada la normativa analizada, por lo que la intervención estatal en este sentido puede ser mucho mayor⁸.

Como se observa, el decreto se encargó de fortalecer los poderes estatales, dotándolos de variadas herramientas que, por el grado de generalidad mediante el que fueron dispuestas, llevado a la práctica le representa al poder público numerosas atribuciones como para dificultar enormemente el derecho de huelga.

Con respecto al sector docente, en el decreto se lo incorpora como servicio esencial, lo que controvierte opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT⁹, por lo cual queda como mínimo, seriamente debilitado, reducido a una mínima expresión.

Recordemos que la resolución 480/2001 del por aquel entonces denominado Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos había calificado a la educación en el período de escolaridad obligatoria como esencial, con severas limitaciones al ejercicio del derecho de huelga en su ámbito, el que fue objeto de reparos jurisdiccionales en tres acciones judiciales que no lo convalidaron¹⁰.

La determinación de los servicios mínimos también traerá problemas en este sector, tanto de alteración de la autonomía colectiva en

⁸ El artículo 24 de la ley 25.877 –sin la reforma por DNU 70/2023–, cuando establece que la parte que decida acudir a la medida de acción directa debe garantizar los servicios mínimos, lo que pretende es permitir su participación dentro del procedimiento para tal fin, para evitar que la fijación sea determinada directamente por el Estado.

⁹ En la Recopilación de decisiones del año 2018 del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el párrafo 840 se menciona una serie de actividades y servicios de los que “pueden ser considerados como servicios esenciales”, entre los que no se nombra a la educación pública. Seguidamente, en el párrafo 842 indica expresamente que no constituyen servicios esenciales en sentido estricto del término, entre otros, el sector de la educación (véase Recopilación de 2006, párrafo 587; 344º informe, caso 2364, párrafo 91; 346º informe, caso 2489, párrafo 463, entre otros) (*Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª ed., OIT, Ginebra, 2018).

¹⁰ CNAT, sala III, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/Poder Ejecutivo y otro s/Amparo”, del 22-4-2002; sala II, “CTERA c/Estado Nacional s/Amparo”, del 7-11-2002, y sala I, “Unión Docentes Argentinos c/Estado Nacional s/Amparo”, del 28-2-2002.

lo atinente a su organización interna para llevarlos a cabo, como en su potencialidad que se encontrará seriamente debilitada.

Como se mencionaba anteriormente, uno de los problemas que tiene la adopción de estas decisiones a nivel normativo general, como lo hace el decreto, es que dificultan considerablemente la ejecución de las medidas de fuerza, entre otras cosas, por la complejidad para coordinar el mantenimiento de los servicios mínimos. Debe adicionarse un elemento que condicionará aún más en este sector, y que es la pluralidad de representación sindical, que en el sector público en general es una de sus características distintivas, y en el analizado no es la excepción¹¹.

Disponer una limitación porcentual de alto alcance debilita la fortaleza de la acción colectiva. El número de adherentes a las huelgas es por antonomasia el factor relevante para la efectividad de la medida, ya que, salvo en supuestos muy particulares en otras actividades –por ejemplo, una acción estratégica específica sobre determinado sector de producción–, la masividad de la acción se vincula directamente con su eficacia, más aún en estos sectores del empleo público¹².

Además, las autoridades estatales tendrán la posibilidad de emitir numerosas decisiones administrativas que operan como medios de presión por parte de los empleadores, para amedrentar tanto a huelguistas como a sus organizaciones, lo que sin lugar a dudas dificultará enormemente la realización de huelgas.

¹¹ La pluralidad sindical del sector público es una característica general en la República Argentina. En el sector docente de la Provincia del Chaco existen diecinueve sindicatos, con sustanciales diferencias en los alcances de su representatividad. Sin embargo, esto no ocurre en salud pública ya que existe un solo sindicato que representa a trabajadoras y trabajadores de todo el sector, independientemente de su tarea o de su cargo, que es el nombrado en nota 3.

¹² Un ejemplo de ello ocurrió en la Provincia del Chaco en el año 2019, en que confluyeron varios sindicatos en el denominado frente gremial docente. Luego de sucesivas huelgas articuladas en conjunto, y de un intento del Poder Ejecutivo de ese entonces de restringir la huelga mediante un decreto que declaraba la emergencia educativa, que fuera suspendido cautelarmente en sus efectos por acción judicial entablada por Federación SITECH, se logró un acuerdo que incorporó la denominada cláusula gatillo, mediante la cual se actualizan los salarios temporalmente de acuerdo a la inflación, la cual se encuentra actualmente vigente.

No es muy difícil imaginar que, ante los próximos conflictos, desde el Ministerio de Educación o la propia autoridad administrativa del trabajo provincial se invoquen incumplimientos en los servicios mínimos, y a partir de allí se dificulte la acción gremial mediante amenazas a trabajadores y trabajadoras –de sanciones o traslados, por ejemplo–, o a los sindicatos –de multas–.

Se trata de acciones mediante las cuales los empleadores exacerbaban las potestades que tienen como tales en la relación de trabajo, adaptándolas al conflicto al utilizarlas para diferentes fines –por ejemplo, una sanción–, o bien, de acciones patronales genéticamente conflictivas, es decir, que fueron creadas o perfiladas de modo de ser utilizadas durante el conflicto como herramienta de presión, excediéndose de los poderes que ejercen los empleadores en la relación de trabajo¹³.

Este tipo de reacciones en los escenarios conflictivos son mucho más comunes de lo que puede pensarse, y desde su consideración debe calibrarse el efecto potencial de la normativa analizada.

IV. Síntesis

La huelga es un componente esencial de la libertad sindical, relacionada directamente con todos los derechos que la conforman, como la negociación colectiva.

De restringírsela de este modo, la acción colectiva queda a merced de lo que estatalmente se disponga sobre las condiciones de vida y de trabajo de las personas, restando a la clase que vive del trabajo la posibilidad de ejercer su propia tutela.

En el presente se señalaron sólo algunos de los efectos que podría tener en la práctica el decreto, que se presenta como incompatible con un ejercicio real y verdadero del derecho de libertad de huelga. En otros términos, diría que su aplicación importa una cuasi anulación de la misma en los sectores analizados.

Presentar a la huelga como la enemiga de la sociedad importa un mecanismo discursivo que, en muchos casos, ingresa en la represen-

¹³ ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, 1ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, ps. 23/29.

tación que se hace de la misma, con efectos nocivos, pero nada tiene que ver con su vigencia como derecho humano fundamental ni con su potencialidad transformadora como herramienta de progreso de los derechos sociales, que los Estados deben garantizar, porque de lo contrario comprometen su responsabilidad internacional¹⁴.

¹⁴ CIDH, OC 27/21, párr. 36.

“LA ALIMENTACIÓN” COMO UN SERVICIO DE IMPORTANCIA TRASCENDENTAL

por PEDRO SEBASTIÁN PUSINERI¹

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Y qué dice el DNU? III. La industria alimenticia como servicio de importancia trascendental. IV. Concordancia con los principios sentados por los organismos de control de la OIT. V. Algo del Derecho Comparado. VI. Palabras finales.

I. Introducción

A pesar de los pocos días transcurridos, mucho se ha escrito y dicho sobre el DNU 70/2023. Teniendo en cuenta ello, prescindiré de ahondar sobre su inconstitucionalidad por la ausencia de los recaudos exigidos en el inciso 3° del artículo 99 de la Constitución Nacional para el dictado de decretos de necesidad y urgencia².

¹ Abogado, especialista en Derecho del Trabajo (Posgrado FCJS, UNL), docente de grado y posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, apoderado del Sindicato de Trabajadores de Industrias de la Alimentación de Santa Fe.

² Art. 99, inc. 3°: “...3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de

Obviaré también analizar las incorporaciones o modificaciones efectuadas en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo (la gran mayoría en franco perjuicio de los trabajadores y trabajadoras), ciñendo el análisis a la regulación de una nueva categoría de actividades ideada a fin de regular (limitar) la huelga, cual es la de las “actividades de importancia trascendental” y, dentro de ella, a la incorporación como tal de la “industria alimenticia en toda su cadena de valor” (inc. e, del art. 97, DNU 70/2023).

Sin ánimo de efectuar un desarrollo profundo y al solo efecto de contextualizar el objeto del análisis, viene al caso recordar que el artículo 24 de la ley 25.877 en su primera parte indicaba las actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto³, estableciendo seguidamente las condiciones para que una actividad no comprendida en aquella enumeración adquiriera *excepcionalmente* tal carácter, a saber: a) que el sujeto emisor de la calificación sea una comisión independiente (Comisión de Garantías de acuerdo al decreto 272/2006); b) que dicha calificación se efectúe una vez que el conflicto está desatado⁴; c) que por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiese poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, o bien cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

II. ¿Y qué dice el DNU?

El DNU 70/2023 mantiene la técnica de enumeración de las acti-

las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

³ Servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, y el control del tráfico aéreo (art. 24, segundo párrafo, ley 25.877).

⁴ No puede ser otra la interpretación que cabe efectuar en virtud de que la norma mencionada expresamente establece que tal calificación debe efectuarse “excepcionalmente” y “previa” apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación.

vidades consideradas esenciales en sentido estricto con posibilidad de apertura⁵, aunque adiciona un conjunto de actividades que, de acuerdo a los criterios de los órganos de control de la OIT (y un estudio mínimamente serio de la estructura social y económica), carecen de tal carácter⁶.

Ahora bien, paralelamente a ellos, incorpora a los “servicios de importancia trascendental”, respecto de los cuales se establece que en ningún caso se podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor al *cinquenta por ciento* (50%).

Subrayo: a las actividades enumeradas se les adjudica con carácter general tal calificación, sin que sea necesario para imponer las restricciones que el conflicto se haya producido y produzca algún tipo de consecuencia adicional.

III. La industria alimenticia como servicio de importancia trascendental

El inciso e, del artículo 97 del DNU 70/2023 establece dentro de los servicios de importancia trascendental a la “industria alimenticia en toda su cadena de valor” y el inciso f, a la “distribución y comercialización de alimentos y bebidas”.

A partir de allí y previo al análisis constitucional de la norma, cabe formular algunos interrogantes que surgen de tal incorporación y que son definitorios para comprender la extensión de la in-

⁵ No circunscripto a los casos previstos en el art. 24 de la ley 25.877, sino que además agrega: cuando la interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de parte de la población (supuesto admitido por los órganos de control de la OIT) y cuando la interrupción o suspensión de la producción pudiere poner en peligro el adecuado abastecimiento de productos críticos para la población y/o afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal (resulta realmente difícil sostener la constitucionalidad de este segundo supuesto).

⁶ El Comité de Libertad Sindical expresamente descartó que tengan tal carácter la aeronáutica comercial; el control portuario, incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques; los servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior; el cuidado de menores y educación de niveles guardería, preescolar, primario y secundario, así como la educación especial.

clusión: a) ¿Qué incluye la industria alimenticia? b) ¿A qué se refiere con “toda su cadena de valor”?

La respuesta a dichos interrogantes no es sencilla. En primer lugar por la amplitud y variedad de actividades o ramas que tiene esta industria. Ciñéndonos a las que caen dentro del marco de actuación de la Federación de Trabajadores de Industrias de la Alimentación o, desde su contraparte, de la Federación de Industrias de Productos Alimenticios, se pueden enumerar desde fábricas de golosinas a molinos arroceros, procesadoras avícolas⁷, procesadoras de huevos, fábricas de productos de copetín, café, té, mermeladas, etcétera.

Si bien la limitación a un derecho humano fundamental como es la huelga debe ser interpretada de manera restrictiva, resulta bastante evidente que la intención del Poder Ejecutivo no ha sido ceñir el alcance de la restricción a los límites de representación de un sindicato en particular, sino incorporar a todas las industrias que, en definitiva, produzcan alimentos con independencia de cuál sea el que fabrican. Para que se entienda, teniendo en cuenta esta irrazonable regulación, estarían comprendidos la industria láctea (cuyos trabajadores están representados por ATILRA), la industria fideera (representada por el Sindicato Argentino de Trabajadores de la Industria Fideera) y la industria molinera (representada por la Unión Obrera Molinera), por mencionar sólo algunos.

Dicho eso, teniendo en cuenta que ni el absurdo ni la grosería jurídica ni, mucho menos, su inconstitucionalidad constituyeron vallas para el dictado de la norma, cabría interrogarse si caen dentro del ámbito del inciso e, del artículo 97 del DNU las industrias cuyo objeto sea la fabricación de alimentos balanceados (para perros o gatos, por ejemplo)⁸. Advirtiendo el mencionado carácter restrictivo de cualquier interpretación que gire en torno a la limitación de derechos fundamentales, resulta impensable que pueda sostenerse una inclusión tan irrazonable.

Por si lo dicho fuera poco, hay que indicar que también cabe dentro

⁷ Ésta estaría también comprendida en el inciso f, en cuanto refiere a la “actividad frigorífica”.

⁸ El CCT 66/89 expresamente resulta aplicable para los trabajadores que prestan servicios en tal actividad.

de la consideración de esencial toda la cadena de valor de la industria alimenticia, circunstancia ésta que amplía las actividades o servicios comprendidos de manera notoria (recepción, procesamiento, despacho, distribución, etc.), ahondando aún más su irrazonabilidad y con ello el desapego al orden constitucional.

IV. Concordancia con los principios sentados por los organismos de control de la OIT

La noción de servicios esenciales no es estática ni uniforme en todos los países, varía de acuerdo a las condiciones y particularidades de cada uno de ellos. No obstante esa prevención, la Comisión de Expertos los definió como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (OIT, 1983, párrafo 214), definición ésta que luego fue adoptada por el Comité de Libertad Sindical.

Este criterio restrictivo ha llevado a que se hayan reconocido como esenciales los siguientes servicios: el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; el control del tráfico aéreo⁹.

En la misma tónica restrictiva, el Comité de Libertad Sindical descartó las siguientes actividades: la radio-televisión; el sector del petróleo; el sector de los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes; los parques de atracciones; la metalurgia; el sector minero; los transportes, en general; los pilotos de líneas aéreas; la generación, transporte y distribución de combustibles; los servicios ferroviarios; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves; las actividades agrícolas; el abastecimiento y la distribución de pro-

⁹ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed., párrafo 585, p. 126.

ductos alimentarios; la Casa de la Moneda; la agencia gráfica del Estado; los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos; los servicios de correos.

Fácil es apreciar que a pesar de lo mencionado, algunos de ellos fueron incorporados en la primera parte del artículo 97 del DNU como esenciales en sentido estricto¹⁰ y virtualmente todos al introducir “la ingeniosa” noción de servicios de importancia trascendental, que no es más que un atajo semántico con el que seguramente se intentará argumentar que se cumple con los compromisos internacionales. Digo eso teniendo en cuenta el elevadísimo nivel de cobertura (no menos del 50%) que impone la norma cuestionada.

En suma, la incorporación de la “industria alimenticia”, “la distribución de alimentos” y “los frigoríficos” en esta categoría implica una limitación inadmisibles al derecho de huelga en este sector, resultando contradictorio con los postulados del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y con los principios elaborados por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (intérpretes por excelencia del Convenio OIT N° 87 de jerarquía constitucional) y por ello insostenible desde el punto de vista constitucional.

V. Algo del Derecho Comparado

Si algo hay que reconocerle a los autores de la regla estatal es su originalidad. Analizando las regulaciones en el Derecho Comparado no encontramos ninguna legislación en que la industria alimenticia haya sido considerada esencial a los fines del establecimiento de servicios mínimos, menos aún “en toda su cadena de valor”.

Por mencionar algunos países limítrofes, en el caso brasileño solamente es considerada esencial la “distribución de alimentos” (art. 10 de la ley 7783). En el caso de Uruguay, no existe una enumeración general de los servicios esenciales, determinándolos en cada caso concreto el Ministerio de Trabajo (ley 13.720). Aun así, no obran ante-

¹⁰ Entre ellos, la aeronáutica comercial, la actividad en los puertos (balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques), servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior.

cedentes en los cuales se haya declarado tal a la industria alimenticia (existe en cambio algún antecedente de “frigoríficos”). No obran antecedentes en Chile de que la autoridad de aplicación haya considerado esencial a la industria alimenticia¹¹.

VI. Palabras finales

Nada es casual. Todo el DNU 70/2023 tiene por norte la reducción de derechos, sea a través del debilitamiento de los sindicatos y su marco de acción, como a través de la supresión o modificación de normas protectorias de las y los trabajadores. En la mayoría de los casos y tal como ocurre en la temática que motiva la presente colaboración, el camino elegido resulta ostensiblemente inconstitucional, no ya sólo por la violación del procedimiento normal de producción de normas, sino, principalmente, por la afectación de un derecho humano fundamental: la libertad sindical de los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

¹¹ En el sistema chileno el órgano encargado de realizar la calificación de esencialidad de un servicio es la autoridad gubernativa, representada por tres ministerios: Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo (VARAS MARCHANT, Karla, *Huelga y servicios esenciales. Análisis del modelo chileno de prohibición*, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2023).