

LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA REFORMA LABORAL DE LA LEY BASES Y LA SUPERVIVENCIA DE LOS EFECTOS DE LA ANTERIOR NORMATIVA

Leonardo Elgorriaga

Introducción:

La reciente sanción de la ley 27.742, autodenominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, además de los numerosos planteos de inconstitucionalidad de los cuales será objeto, generará también muchas dudas entorno a su aplicación temporal, especialmente, respecto de las relaciones laborales existentes al momento de su entrada en vigencia. Esto nos obliga a tener que discernir qué casos quedarán alcanzados por la nueva normativa y cuáles no, pudiendo en este último caso poder seguir aplicando las normas derogadas por la reciente reforma, sin necesidad de tener que plantear la inconstitucionalidad de la nueva ley o recurrir a disposiciones del derecho común para reemplazar a las normas derogadas.

Si bien esta problemática vinculada a la eficacia temporal de una nueva ley tiene sus supuestos claros y que generan pocas dudas, también tiene varios otros que sí pueden resultar dificultosos y exigen un abordaje más profundo para poder determinar si se encuentran alcanzados por la ley nueva o se mantienen bajo el imperio de la legislación derogada.

Pasaremos entonces a tratar esta cuestión, enfocándonos con mayor detenimiento en aquellos casos que posibilitarían la aplicación de la normativa ahora derogada.

La eficacia temporal de las leyes:

Si bien la idea elemental que surge en los casos de sucesión de normas es que la ley derogada ha perdido su vigencia y no puede ser más utilizada para regular aquello a lo cual se refería, lo cierto es que más allá de la cuestión de cuándo entra en vigencia una ley, lo que se debe dilucidar también es qué actos o hechos se encuentran alcanzados por la nueva ley y cuáles no, pudiendo la ley vieja mantener su imperio para aquellos casos sucedidos durante su vigencia y sobre los cuales ha surgido alguna controversia.

La eficacia temporal de las leyes se encuentra regulada de manera general en el art. 7 del CCC. Esta regulación sigue con muy pocas diferencias a la prevista en el art. 3 del anterior Código Civil luego de la reforma de la ley 17.711¹. Esta

¹ El art. 3 del anterior Código Civil, según la reforma de la ley 17.711, establecía: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.”

reforma seguía la postura en la materia defendida por Guillermo Borda, principal artífice de la reforma de la ley 17.711, quién seguía a su vez en la materia al autor francés Paul Roubier².

El art. 7 del CCC establece sobre la eficacia temporal de las leyes:

“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”³.

El art. 7 del CCC establece para las leyes imperativas el criterio de la aplicación inmediata de la nueva ley, ponderado por el otro principio clave en la materia que es el de la irretroactividad de la ley. Ambas reglas, la aplicación inmediata de la nueva ley imperativa y la no aplicación retroactiva de las leyes, se combinan marcando esta última el límite sobre aquello que no puede ser alcanzado por la aplicación inmediata de la nueva normativa.

En lo que respecta al principio de la aplicación inmediata, el art. 7 del CCC establece que las leyes a partir de su entrada en vigencia se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Como relación jurídica se entiende: *“...a un vínculo entre dos o más personas de carácter particular, peculiar y esencialmente variable que se encuentra sujeta al derecho vigente en un momento y lugar determinado; ergo, se trata de un vínculo jurídico del que emanan derechos y obligaciones regidos por el derecho, el que puede ser modificado por decisión del legislador”⁴*. Estarían incluidas dentro de la noción de relación jurídica las relaciones contractuales, como sería el caso de los contratos de trabajo.

En cambio, como situación jurídica se entiende a: *“...la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos (por ejemplo, el derecho de*

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

²Salerno, Marcelo Urbano; “Supervivencia en el tiempo de las leyes abrogadas”, en “Prudentia Iuris”, Nº 86, año 2018, pág. 242

³ Salvo la excepción de las relaciones de consumo para el caso de las leyes supletorias, se puede observar que el art. 7 del CCC sigue el mismo criterio previsto en el art. 3 del anterior Código Civil luego de la reforma de la ley 17.711.

⁴ Depetris, Eduardo A.: “La aplicación de la norma en el tiempo y en el espacio. Conflictos entre el nuevo código civil y comercial y el derecho del trabajo”, Microjus.com, año 2015, Cita: MJ-DOC-7447-AR | MJD7447

propiedad, y, en general, todos los derechos reales, la situación de padre, hijo, etc.)”⁵.

El art. 7 del CCC no hace distinción entre situación y relación jurídica, estableciendo para ambos casos que la nueva ley se les aplica aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes al momento de entrada en vigencia, siempre y cuando esas consecuencias no se hayan producido durante la vigencia de la anterior normativa porque, de lo contrario, ahí se estaría violando la segunda regla la referida a la no aplicación retroactiva de la ley.

La regla de la aplicación inmediata rige para las nuevas leyes imperativas. En el caso de las nuevas leyes supletorias, el art. 7 del CCC establece que no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Por lo tanto, salvo en este último caso, a los contratos en curso de ejecución no le son aplicables las nuevas leyes supletorias, continuando siendo regidas por las leyes supletorias vigentes al momento de la celebración de esos contratos⁶.

La justificación respecto de la no aplicación de las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución, es que las partes al momento de la celebración del contrato podrían haber acordado algo distinto a lo previsto en esas normas por tratarse de disposiciones no imperativas, pero no lo hicieron por estar de acuerdo con lo previsto en tales disposiciones, integrando así el acuerdo de voluntades, aunque no hayan sido expresamente consignadas en el contrato. Por lo tanto, una posterior modificación de esas normas importa una alteración de lo acordado por las partes en el contrato, en aspectos que no son de orden público y sobre el cual impera totalmente el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Sobre la regla de la irretroactividad de la ley, el art. 7 del CCC establece como principio general que las leyes, sean o no de orden público, no tienen efecto retroactivo excepto que dispongan expresamente lo contrario. En este último caso, la retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Por lo tanto, la irretroactividad de la ley se presenta como regla y la retroactividad como una excepción que debe estar expresamente prevista y con límite en las garantías constitucionales.

Sobre el efecto retroactivo, Guillermo Borda ha señalado: *“Por lo general, las relaciones y situaciones jurídicas no se realizan en un solo instante; se desarrollan en un cierto tiempo, de modo que la ley nueva puede intervenir en un momento de ese desenvolvimiento: si esa ley afecta a las partes anteriores, tiene efectos retroactivos; si, por el contrario, sólo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos futuros”⁷.*

De esta manera, si combinamos ambas reglas, la aplicación inmediata de la nueva ley imperativa y la regla de la no aplicación retroactiva de las leyes, debemos concluir que la nueva ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en

⁵ Depetris, Eduardo A.: op. cit.

⁶ Salerno, Marcelo Urbano: op. cit. pag. 243

⁷ Borda, Guillermo A.: “Tratado de derecho civil – Parte General”, Ed. Perrot, año 1999, Tomo I, pag. 153

vigencia, siempre y cuando esas consecuencias no se hayan producido durante la vigencia de la anterior legislación.

En este sentido, se ha dicho que: *“...se asume la idea de consumo jurídico para indicar que las consecuencias no cumplidas de una relación o situación jurídica existente pueden verse afectadas por la nueva ley, mientras que las consecuencias ya cumplidas no podrán verse afectadas”*⁸.

Al respecto, Aída Kemelmajer de Carlucci destaca la importancia de la idea de “fases” de una situación o relación jurídica para poder definir el alcance temporal de una nueva ley. Señala que, al momento de la entrada en vigencia de una nueva ley, la situación o relación jurídica se puede encontrar: constituida, extinguida o en curso⁹.

Para los dos primeros casos, Kemelmajer de Carlucci destaca que: *“Si las leyes gobiernan la constitución o extinción, no pueden afectar, sin retroactividad, a los hechos ya acaecidos que han implicado la adquisición o la extinción”*. Y agrega para los efectos de las relaciones en curso: *“Si las leyes gobiernan el contenido y los efectos, los que ya han sucedido, también deben ser considerados hechos cumplidos y por lo tanto no pueden ser afectados por la nueva ley”*¹⁰.

Sobre la base de tales criterios, la misma autora concluye que la nueva ley se aplica a: *“(i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes, en cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que todavía no hayan operado”*¹¹.

En esa misma línea, Jorge Rubén Danzi señala: *“Rigen entonces los principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley, en virtud de los cuales la nueva disposición se aplica hacia el futuro, pudiendo alcanzar los tramos de situaciones jurídicas que no se encuentren aprehendidas por la noción de consumo jurídico. El límite de la nueva ley va a estar dado por la noción de hechos cumplidos o consumo jurídico. La nueva ley podrá operar en tanto las consecuencias no se encuentren ya consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia. La nueva ley tomó la relación ya constituida o la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la comienza a regir, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley que estaba vigente al tiempo en que se desarrollaron”*¹².

La CSJN ha compartido también la noción de consumo jurídico respecto de las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes producidas durante la vigencia de la anterior normativa. En ese sentido, ha resuelto en un fallo respecto del art. 7 del CCC: *“El art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación*

⁸ Budano Roig, Antonio R.: “Efectos de la ley con relación al tiempo”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, año 2012, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, pag. 95

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, La Plata, año 2015, pag. 34

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída: op. cit. pag. 37

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: op. cit. pag. 27

¹² Danzi, Jorge Rubén: “El código civil y comercial y el derecho del trabajo”, La Ley, año 2019, publicado en RDLSS 2019-5, pag. 451

no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ello significa que la nueva ley rige para los hechos que están in fieri o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues allí juega la idea de consumo jurídico”¹³.

En lo que respecta específicamente a la supervivencia de los efectos de la anterior normativa, Cristian Requena señala que: *“...una de las consecuencias prácticas más importantes del art. 7º CCyC es que cuando se dicta una ley que deroga a otra, la derogada sobrevive únicamente con referencia a los efectos ya cumplidos bajo su imperio; por ejemplo: frente a un despido incausado (hecho que, para ciertos institutos jurídicos marca su habilitación de reclamo), se consolidan los derechos del trabajador a obtener las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT —y, desde luego la posibilidad de más, sean éstas, multas o recargos, que surgen de otras normativas, si se cumplimentan sus recaudos—, no pudiendo una ley posterior que derogara esas normas, tener aplicación en ese caso; o lo mismo: una ley posterior que elevara o rebajara los montos de esas normas”¹⁴.*

De lo visto hasta aquí, podemos concluir que la nueva ley imperativa que entre en vigencia regirá:

- 1) La constitución y extinción de las situaciones y relaciones jurídicas mientras las mismas se produzcan durante su vigencia;
- 2) Los efectos de las situaciones y relaciones jurídicas existentes que se produzcan luego de su entrada en vigencia.

En cambio, la ley anterior mantendrá su imperio, aun cuando haya sido derogada por una nueva ley, respecto de:

- 1) La constitución y extinción de las situaciones y relaciones jurídicas que se produzcan antes de la entrada en vigencia de la nueva ley;
- 2) Los efectos de las situaciones y relaciones jurídicas que se hayan producido antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

En el caso de las nuevas leyes supletorias, como vimos, las mismas no resultan aplicables a los contratos en curso de ejecución que continuarán siendo regidas por las leyes supletorias vigentes al momento de su celebración, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Precisadas las reglas referidas a la aplicación temporal de las leyes, pasaremos a analizar qué casos quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la reforma laboral de la ley 27.742 y cuáles no se ven afectados por la misma, continuando regidos por la normativa ahora derogada.

¹³ CSJN, “Entidad Binacional Yacretá c/ Panza, Rodolfo Aníbal y otro”, 12/02/2019, Fallos: 342:43

¹⁴ Requena, Cristian: “La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho laboral. Dificultades interpretativas del art. 7º del código civil y comercial”, La Ley, año 2016, TR LALEY AR/DOC/4209/2016

La reforma laboral de la ley 27.742:

El capítulo laboral de la ley 27.742(BO 8/07/2024) entró en vigencia a partir del día 9 de julio de 2024 por ser el día siguiente a su publicación, tal como lo establece el art. 237 de esa misma ley.

La nueva ley introduce tanto modificaciones como derogaciones de numerosas disposiciones normativas vigentes hasta ese momento.

A continuación, pasaremos a tratar qué casos continuarían estando regidos por la anterior normativa y cuáles estarían alcanzados por la reciente reforma.

Presunción de la existencia del contrato de trabajo:

El art. 89 de la nueva ley modificó el segundo párrafo del art. 23 de la LCT sobre "Presunción de la existencia del contrato de trabajo", en los siguientes términos:

"La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social".

Se trata de una modificación que intenta limitar los alcances de la presunción contenida en el primer párrafo del art. 23 de la LCT, estableciendo que la misma no operaría cuando se tratara de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos y facturas correspondientes a dichas formas de contratación, o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente.

Si interpretamos armónicamente esta modificación con la introducida por el art. 88 de la nueva ley art. 2 de la LCT en cuanto establece que las disposiciones de la LCT no serán aplicables: "A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación"; tenemos que concluir que ambas modificaciones se refieren a contratos de obra y de servicios válidos como tales y no alcanzados por la definición de contrato de trabajo del art. 21 de la LCT, disposición esta última que no ha sido modificada, al igual que el art. 14 de la LCT sobre "Nulidad por fraude laboral". Esto significa que, para considerar que se tratan efectivamente de contratos de obra y de servicios y no de contratos de trabajo alcanzados por la normativa laboral, no debemos atenernos a la forma o denominación utilizadas, sino a los elementos que las constituyen.

Nótese que la modificación no se limita sólo a cuestiones puramente de forma, como son la emisión de recibos o facturas para documentar los pagos, sino que exige además la existencia de tipos contractuales específicos, sin que se pueda entender que se refiera a aspectos puramente instrumentales, como ser la sola suscripción de los instrumentos contractuales respectivos.

Tal como lo ha señalado la CSJN, si está en discusión la naturaleza jurídica de un vínculo contractual, la misma debe ser analizada conforme los

verdaderos elementos que la constituyen, independientemente del nombre que las partes le atribuyan¹⁵. En consecuencia, sólo cuando estemos en presencia de verdaderos contratos de locación de obra y de servicios, cuya prueba de su existencia recaerá en aquél que invoca la existencia de los mismos, recién allí no sería aplicable la presunción del art. 23 LCT y no estaría regulada la relación por la normativa laboral (art. 2 inc. d LCT). En la medida de que la existencia efectiva de esos tipos contractuales no se acredite, la presunción legal del art. 23 de la LCT mantiene toda su vigencia.

Por lo tanto, entendemos que la reforma no ha modificado sustancialmente el contenido de la norma, siendo carga de la contraria acreditar la ausencia de dependencia laboral y que se trata así de verdaderos contratos de obra o de servicios que excluyen la aplicación de la presunción del art. 23 de la LCT.

Pero más allá de la interpretación precedentemente realizada, debemos analizar si esta modificación del art. 23 de la LCT es aplicable a las relaciones jurídicas constituidas antes de su entrada en vigencia o sólo resultaría aplicable a las que se constituyan luego de la misma.

Al respecto, debemos comenzar señalando que se trata de una presunción legal de existencia del contrato de trabajo. Por lo tanto, es una presunción realizada por la propia ley cuyos efectos operan desde el nacimiento mismo del contrato cuando se han producido los presupuestos fácticos a los que se refiere la norma, en este caso, el hecho de la prestación de servicios.

En consecuencia, si el hecho de la prestación de servicios se produjo antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, ya se produjeron todos los presupuestos exigidos por el art. 23 de la LCT para que opere la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, siendo un efecto de la relación jurídica consumada antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa.

Antes señalamos que, conforme las reglas contenidas en el art. 7 del CCC, la nueva ley era aplicable a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia, siempre y cuando esas consecuencias no se hubieran producido durante el imperio de la anterior normativa. De lo contrario, se estaría aplicando retroactivamente la nueva norma como si hubiera estado vigente al momento en que ocurrieron tales consecuencias.

En ese sentido, Guillermo Borda entendía que las leyes son retroactivas: *“Cuando se refieren a los efectos de una relación jurídica producidos antes de que las leyes se hallen en vigencia”*¹⁶.

Por lo tanto, la pretensión de aplicar la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 23 de la LCT según la modificación introducida por la ley 27.742, a una relación jurídica en donde se ha producido el hecho de la prestación de servicios antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, importaría una aplicación retroactiva de la nueva ley porque la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo ya se considera producida por efecto del art. 23 de la LCT en su anterior redacción. Es un efecto de la relación

¹⁵ Conforme: CSJN, “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, 19/04/2011, Fallos Corte: 334:398; CSJN, “Pérez, Anibal Raúl el Disco S.A.”, 1/09/2009, Fallos: 332:2043

¹⁶ Borda, Guillermo A.: op. cit. pag. 153

jurídica ya operada bajo la anterior normativa. De lo contrario, se estaría aplicando la reforma sobre efectos producidos antes de su entrada en vigencia.

Debemos concluir entonces que la modificación del art. 23 de la LCT resulta aplicable a las relaciones jurídicas cuya prestación de servicios hayan comenzado luego de su entrada en vigencia. De lo contrario, si tales prestaciones de servicios comenzaron con anterioridad, dicha modificación no les resultaría aplicables.

Interposición de personas:

El art. 90 de la ley 27.742 modifica el art. 29 de la LCT sobre “Interposición y mediación – Solidaridad”, pasando a denominarse “Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad”, con la siguiente redacción:

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

Esta reforma produce una verdadera inversión del criterio seguido por la anterior redacción del art. 29 de la LCT, considerando ahora como empleador directo al intermediario que registre el contrato de trabajo, mientras que la empresa usuaria no tendría ese carácter sino sólo la de responsable solidario de las obligaciones laborales y de la seguridad social, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación de servicio para la misma. En pocas palabras: el que emplea deja de ser empleador en estos casos.

Lo llamativo es que la reforma no ha modificado al art. 26 de la LCT, que sigue estableciendo: *“Se considera “empleador” a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”.*

En consonancia con la modificación del art. 29 de la LCT, el art. 83 de la ley 27.742 introdujo un art. 7 bis a la ley 24.013 que establece: *“La registración efectuada en los términos del artículo 7° se considerará plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas, humanas o jurídicas, intervinientes”.*

Este nuevo art. 7 bis de la ley 24.013 resulta sumamente amplio con la expresión *“cualquiera de las personas, humanas o jurídicas, intervinientes”.* No aporta ninguna especificación respecto a qué se debe entender como persona interviniente. Parecería que cualquier persona le viene bien y le daría lo mismo, al punto tal de no querer brindar ninguna aclaración al respecto. La reforma busca así quitarle la condición de empleador a quién justamente emplea al trabajador y a la trabajadora, depositando esa condición en cualquier otra persona que quiera registrar el contrato de trabajo.

El art. 92 de la ley 27.742 modifica también el art. 136 de la LCT sobre “Contratistas e intermediarios” en la misma línea del nuevo texto del art. 29 de

la LCT, perdiendo la empresa usuaria la condición de empleador principal solidario como tenía hasta ahora. En estos casos, lo que la empresa usuaria retenga a los contratistas e intermediarios, pasa a ser abonado a los trabajadores y a las trabajadoras “por cuenta y orden” de tales contratistas e intermediarios, quienes se consideran ahora como los empleadores directos de esos trabajadores y trabajadoras.

El hecho que se le asigne la condición de empleador a cualquier persona que registre el contrato de trabajo y se prive de tal carácter a quién efectivamente emplea al trabajador y a la trabajadora, tiene implicancias constitucionales evidentes que alteran la razón de ser misma del derecho del trabajo. El mandato de protección del art. 14 bis de la CN apunta justamente a proteger al trabajador y a la trabajadora de los eventuales abusos que puedan cometer quienes los emplean, debiendo por ello ser estos últimos los sujetos pasivos principales del conjunto de obligaciones previstas en la normativa laboral. Colocar ese cúmulo de deberes y obligaciones en cabeza de quienes no los emplean en forma efectiva, significa privarlos de protección respecto de quién requiere y se beneficia con sus servicios.

Dejando a un lado los cuestionamientos constitucionales a las radicales modificaciones introducidas en materia de interposición de personas, debemos analizar a qué relaciones se les aplica las mismas y cuáles continuarían con la regulación prevista en la anterior normativa.

En ese sentido, la identificación de las partes de una relación jurídica obligacional se produce con la constitución misma de esa relación. En consecuencia, la definición de las partes de la relación jurídica está regida por la normativa vigente al momento su constitución, no pudiendo ser alterada por una nueva normativa que se dicte en el futuro.

Al respecto, Guillermo Borda señalaba que las leyes son también retroactivas: *“Cuando vuelven sobre la constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida”*¹⁷.

En igual sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci entiende que: *“Si las leyes gobiernan la constitución o extinción, no pueden afectar, sin retroactividad, a los hechos ya acaecidos que han implicado la adquisición o la extinción. Estas relaciones se rigen por la ley vigente al momento de constituirse o de extinguirse, de lo contrario si se aplica la nueva ley nos encontramos ante la hipótesis de retroactividad de la ley”*¹⁸.

Por lo tanto, un contrato de trabajo nacido antes de la vigencia de la ley 27.742, cuyo art. 29 de la LCT en su anterior redacción establecía que el empleador directo era quién requería los servicios del trabajador y de la trabajadora, debe considerarse regido en estos términos y tal empleador no puede perder su condición de tal por efecto de la nueva normativa.

De la misma forma, aquél que requiera tales servicios y sea por ello el empleador directo conforme la normativa vigente en ese momento, asume a partir de esa oportunidad la obligación prevista en el art. 7 de la ley 24.013 en su anterior redacción, la cual colocaba exclusivamente en cabeza del empleador la obligación de registrar el contrato de trabajo.

¹⁷ Borda, Guillermo A.: op. cit. pag. 153

¹⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída: op. cit. pag. 37

Período de prueba:

El art. 91 de la ley 27.742 modificó el art. 92 bis de la LCT ampliando el plazo del período de prueba a seis meses, con la posibilidad de que las convenciones colectivas de trabajo puedan ampliar dicho período hasta ocho meses en las empresas de seis a cien trabajadores, y un año en las empresas de hasta cinco trabajadores.

En una primera aproximación, resulta evidente que un período de prueba ya vencido antes de la entrada en vigencia de esta modificación, no puede ser alcanzada por ésta última por tratarse de una consecuencia de una relación jurídica producida y agotada bajo el imperio de la anterior normativa.

Pero lo que debemos analizar en este caso es si el instituto del período de prueba regulado en el art. 92 bis de la LCT, es de orden público o se trata de un instituto supletorio a la voluntad de las partes, ya que, como vimos, las normas imperativas y las supletorias tenían diferente tratamiento respecto a su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución.

Al respecto, Jorge Llambías señalaba: *“Las leyes supletorias, también llamadas interpretativas, son las que las partes pueden modificar sustituyendo su régimen por el convencional que hubiesen acordado. Consiguientemente sólo rigen en casode ausencia de voluntad de los particulares, como ocurre respecto alos contratos, materia que en obsequio a la libertad de los individuos hasido dejada en primer término a su propia determinación. Pero puedeocurrir que los particulares no usen de la facultad que tienen para regirsus derechos conforme a la autonomía de su voluntad y para esa hipótesis el legislador ha previsto un régimen supletorio que se inspira enlo que de acuerdo a la recta razón y a la práctica de los negocios habrían verosímilmente acordado los contratantes en caso de decidirse a usar las facultades de que disponían para ello”*¹⁹.

En este caso, lo relevante es saber si las partes pueden o no prescindir del período de prueba, extremo que resolvería si dicho instituto es de orden público o si rige sólo para el caso en que las partes no hayan acordado expresamente prescindir o renunciar al período de prueba.

El art. 92 bis de la LCT comienza señalando: *“El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba...”*. Esta expresión de presuponer lo que celebraron las partes en el contrato, aporta un primer indicio sobre el carácter supletorio del instituto del período de prueba.

En el propio art. 92 bis de la LCT en su inc. 3º) prevé un supuesto de renuncia del empleador al período de prueba para el caso en que no cumpla con la obligación de registrar el contrato de trabajo.

Lo cierto es que el instituto del período de prueba no es de orden público, pudiendo las partes prescindir de su existencia al momento de celebrar el contrato de trabajo o renunciar al mismo, por ser un acuerdo más beneficioso

¹⁹ Llambías, Jorge Joaquín: “Tratado de derecho civil – Parte general”, Ed. Perrot, año 1964, Tomo I, pag. 57

para el trabajador y la trabajadora (arts. 7, 8 y 12 LCT) y, por lo tanto, no sujeto a ningún cuestionamiento sobre su validez en relación a la normativa laboral protectoria.

La jurisprudencia así lo ha entendido: *“Si bien según la primera parte del art. 92 bis de la LCT “el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los tres primeros meses de vigencia”, es imprescindible destacar que no siempre los tres primeros meses del contrato de trabajo por tiempo indeterminado van a poder ser considerados período de prueba. No lo van a ser —por exclusión expresa de la norma— en el supuesto del contrato de trabajo de temporada, como tampoco para el caso en que las partes pacten que así no sea, ya que nada impide al empleador renunciar al período de prueba o pactar con el trabajador que aquel tendrá una duración inferior a tres meses; en tales casos el orden público laboral no se ve comprometido, sino que se beneficia al trabajador colocándolo en mejor situación que la regulada por la ley”*²⁰.

En el caso de la doctrina, Alejandro Babio señalaba que: *“...es evidente que el período de prueba no es consubstancial con el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, pudiendo las partes, por acuerdo particular, renunciar al mismo. No existe orden público laboral comprometido ni impedimento alguno para las partes de prescindir de la aplicación de este instituto pudiendo las mismas contratar en firme”*²¹.

Así también lo entiende Julio Armando Grisolia, al decir: *“El contrato comienza desde el momento de su celebración, pero durante los primeros tres meses “se entiende celebrado a prueba”; por lo tanto, las partes de común acuerdo o el empleador en forma unilateral pueden eliminar o reducir la duración de dicho período”*²².

Por lo tanto, la regulación realizada por el art. 92 bis de la LCT al instituto del período de prueba es sólo supletorio para el caso en que las partes no hayan acordado prescindir del mismo y de sus efectos legales sobre el contrato de trabajo.

Habíamos señalado que, según el art. 7 del CCC, las nuevas leyes supletorias no resultan aplicables a los contratos en curso de ejecución, salvo las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Se trata de una excepción al principio de la aplicación inmediata de las leyes, la cual no rige para las nuevas leyes supletorias respecto de los contratos en curso de ejecución.

Guillermo Borda justificaba esta excepción de la siguiente forma: *“...las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes, cuando éstas no la han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En caso de que los contratantes callen es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato; que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una*

²⁰ CNAT, Sala II, “Fizzano, Magalí Gali Iris c. Nakar S.R.L. s/ despido”, 01/02/2022, La Ley, Cita Online: AR/JUR/567/2022

²¹ Babio, Alejandro O.: “El período de prueba”, publicado en: DT1995-B, 2027

²² Grisolia, Julio Armando: “Manual de derecho laboral”, Ed. Abeledo-Perrot, año 2016, pag. 264

*estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes*²³.

En este caso, se entiende que las partes en un contrato de trabajo han aceptado la regulación del período de prueba previsto en el art. 92 bis de la LCT al momento de su celebración, motivo por el cual, no resolvieron prescindir del mismo pudiendo haberlo hecho por no ser un instituto de orden público. Por lo tanto, cualquier modificación de este instituto producido por una regulación posterior, como sucede en este caso con la ampliación del período de prueba producido por el art. 91 de la ley 27.742, importa una alteración a la voluntad común de las partes en un aspecto enteramente regido por la autonomía de la voluntad, como ser la decisión de que existe o no un período de prueba en el contrato de trabajo.

Por lo tanto, en virtud de la excepción de las nuevas leyes supletorias al principio de la aplicación inmediata de las leyes, entendemos que a los contratos de trabajo en curso de ejecución no les resulta aplicable en ningún caso la reforma al art. 92 bis de la LCT dispuesta por el art. 91 de la ley 27.742, aun cuando el término de duración del período de prueba original no se haya vencido al momento de su entrada en vigencia.

Licencia por embarazo:

El art. 93 de la ley 27.742 modifica el art. 177 de la LCT, estableciendo que el personal femenino o persona gestante podrá reducir la licencia por embarazo hasta no menos de diez días antes de la fecha probable de parto, mientras que la redacción anterior establecía que no podía ser inferior a treinta días antes de esa fecha. De esta manera, la reforma posibilita reducir todavía más la licencia previa al parto y, por consiguiente, ampliar la licencia postparto hasta completar los noventa días.

Se puede considerar que la reforma ha reducido el nivel de protección de la persona gestante previo al parto, permitiendo a través del ejercicio de dicha opción, poder continuar trabajando en situación de gravidez hasta una fecha mucho más cercana a la del parto, con los riesgos psicofísicos que esto podría implicar.

De más está decir que, dentro de una relación de dependencia laboral, todo lo que se presente como un margen aparentemente optativo a favor del trabajador o de la trabajadora, puede ser aprovechado por el empleador y hacer parecer, en este caso, como una opción de la persona gestante lo que es en realidad es una imposición del empleador.

Dentro del esquema previsto en el art. 177 de la LCT, en la medida que la persona gestante no ejerza la opción allí prevista de poder reducir la licencia previa al parto, resulta aplicable la prohibición de trabajar hasta cuarenta y cinco días previos a la fecha probable de parto previsto en dicha normativa. Por lo tanto, la normativa que esté vigente al momento de ejercer dicha opción, será la que resulta aplicable para definir hasta cuántos días previos a la fecha

²³ Borda, Guillermo: op. cit. pag. 150

de parto puede reducir la licencia. Si la misma fue expresada y comunicada previo a la entrada en vigencia de la ley 27.742, esta última no podría ser aplicada por importar su aplicación retroactiva respecto de una consecuencia de la relación jurídica producida antes de su entrada en vigencia.

Despido con justa causa:

El art. 94 de la ley 27.742 modificó el art. 242 de la LCT sobre "Justa causa", agregando al texto actualmente vigente, los siguientes párrafos:

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

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

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

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

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

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

Independientemente de la pésima técnica legislativa utilizada y la oscuridad de los términos empleados, las modificaciones introducidas al art. 242 de la LCT son sumamente limitativas del derecho constitucional de huelga, derecho que importa por su propia naturaleza una excepción a la regla "alterum non laedere" del art. 19 de la CN, por implicar necesariamente la producción de daños a los intereses del empleador y la colisión con derechos de éste último y de terceros.

Así lo ha entendido la propia CSJN en el fallo "Orellano": *"La huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella -v. gr.: "paros intermitentes", "trabajo a reglamento", "trabajo a desgano", etc. - implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas. Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no solo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios. Es así que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional. Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de*

*huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad*²⁴.

La CSJN reconoce que la huelga y las demás medidas de acción directa asimiladas a ésta, constituyen un “medio de presión” para lograr se satisfagan las reclamaciones realizadas. Por este motivo, entiende que el ejercicio del derecho de huelga implica la producción de un “perjuicio” al empleador y a los intereses de consumidores y usuarios, producto de la “obstaculización” al normal desarrollo de las actividades de producción de bienes y servicios que necesariamente acompañan a toda huelga.

No es para nada menor los derechos que ejemplificativamente enumera la CSJN como los evidentemente tensionados por el ejercicio del derecho de huelga. En el caso del empleador, se menciona: libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc. Entre los derechos de terceros o de la sociedad, se mencionan: de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.

Por lo tanto, una reforma al art. 242 de la LCT que menciona como presunta causal de despido con justa causa, expresiones tales como la afectación a la libertad de trabajo mediante actos o hechos, impedir u obstruir total o parcialmente el ingreso o egreso de personas o cosas al establecimiento, ocasionar daños en cosas de propiedad de la empresa o de terceros, etc.; importa un evidente desconocimiento del derecho de huelga y demás medidas de acción directa similares, las cuales, como venimos señalando, por su propia naturaleza, importa la producción de perjuicios al empleador y a terceros, producto de la obstaculización al normal desarrollo de la actividad productiva que acompaña al ejercicio del derecho de huelga, tensionando derechos titularidad del empleador y de terceros.

Tampoco consideramos que esta reforma pueda ser considerada como una suerte de reglamentación del derecho de huelga a lo cual se refiere la CSJN en el último tramo de la cita realizada del fallo “Orellano”, debido a que la ambigüedad y la total amplitud de los términos utilizados, representan una grave limitación y desconocimiento rotundo de ese derecho en aspectos que, como venimos analizando, necesariamente pueden acompañar al ejercicio del derecho de huelga por estar relacionados con la naturaleza y significado mismo de este derecho.

Llama poderosamente la atención que las situaciones que la reforma enumera, se las presume como injuria grave cuando sean realizadas “*durante una medida de acción directa*”. Es decir que, si esos mismos actos no se cometen durante una medida de acción directa, no se presume que existe injuria grave. Si se tratan de los mismos actos dañosos y la supuesta afectación a los mismos derechos del empleador y de terceros, por qué no se presume también que existe injuria grave cuando no se cometan fuera del marco de una medida de acción directa. Qué mayor ilicitud les aporta a esos actos el que hayan sido cometidos en el marco de una medida de acción directa, especialmente si

²⁴ CSJN: “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”, 07/06/2016, Fallos: 339:760

tomamos en consideración que se trata de una regulación del contrato individual de trabajo, que vincula a cada trabajador individual con el empleador y no una regulación de relaciones colectiva de trabajo.

No hay que escarbar mucho para darnos cuenta que la verdadera finalidad de esta reforma no es regular los efectos del contrato individual de trabajo, sino impedir y perseguir el ejercicio del derecho de huelga utilizando como aparente excusa la protección de supuestos derechos del empleador y de terceros que, en realidad, no le interesa proteger cuando se pueden ver afectados por fuera de un hecho huelguístico.

Lo antes señalado nos lleva a recordar la *“Conspiracy and Protection of Property Act”* dictada por el parlamento inglés en el año 1875 y que formó parte de un conjunto de medidas legislativas favorables a la clase trabajadora, sancionadas en ese país a instancia de los primeros diputados laboristas electos por las trade unions británicas²⁵. Esta ley, además de autorizar los piquetes realizados sin violencia, establecía que ningún acto cometido por un grupo de personas sería punible si no lo era también cuando era realizado por una sola persona. Fórmula elemental que dejaba en claro que, si un actor individual no era considerado punible, no hay razón de ser para que lo sea si era realizado en forma colectiva. En ese caso, resultaba evidente que la persecución legal iba dirigida contra la asociación misma de personas y no para proteger los bienes jurídicos supuestamente amenazados por esos actos.

En este caso, la situación es similar. Si las conductas descritas por la reforma del art. 242 de la LCT no se presumen justa causa de despido cuando son cometidos por fuera de una medida de acción directa, esto quiere decir que lo cuestionado y sancionado es la medida de acción colectiva misma, utilizando tales conductas como excusas para limitar el ejercicio del derecho de huelga.

Sin perjuicio de los cuestionamientos constitucionales de los cuales puede ser pasible esta reforma, entendemos que expresiones tales como *“Podrá configurar grave injuria laboral...”* o *“Se presume que existe injuria grave...”*; indican que las posibles causales de despido que se mencionan deben ser valoradas por el juez y no son necesariamente motivo de justa causa de despido cuando el juez así lo considere valorando las circunstancias particulares del caso.

Esta conclusión se ve respaldada por la permanencia del segundo párrafo del art. 242 de la LCT, que sigue diciendo: *“La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”*.

Resta analizar a qué casos resulta aplicables temporalmente esta reforma del art. 242 de la LCT. Entendemos que, por tratarse de la regulación respecto de la extinción de una relación jurídica, esta reforma no resulta aplicables a los contratos de trabajo ya extinguidos antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, aun cuando se trate de contratos de trabajo extinguidos con invocación como justa causa de hechos o circunstancias mencionadas en la nueva redacción del art. 242 de la LCT.

²⁵Dolléans, Édouard: “Historia del movimiento obrero”, Ed. Eudeba, año 1964, Tomo II, pag. 86

El art. 7 del CCC establece que la nueva ley se aplica a las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia, pero no se puede aplicar a las relaciones ya extinguidas para ese momento, situación que importaría una aplicación retroactiva de la nueva ley vedada por esa misma disposición. Por lo tanto, cualquier extinción del contrato de trabajo producido antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, debe ser juzgada por la normativa vigente en ese momento, cuyo art. 242 de la LCT en su anterior redacción no presumía como injuria grave a las acciones que fueron incorporadas por la reciente reforma.

Tenemos que analizar el caso en que las conductas mencionadas por la nueva redacción del art. 242 de la LCT hayan sido cometidas antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, pero hayan sido invocadas por el empleador como justa causa de despido una vez entrada en vigencia la reforma. Si bien desde el punto de vista formal la extinción del contrato de trabajo se produjo con la nueva normativa vigente y debería juzgarse a la luz de tales disposiciones, resulta contrario al principio de legalidad calificar legalmente de injuriosos a actos que no lo eran al momento en que fueron cometidos.

Se tratan de actos presumidos de injuriosos y de justa causa de despido por la propia ley. En consecuencia, entendemos que, por tener una evidente finalidad punitiva de esos actos al considerarlos como posible causal de despido, no se puede calificar como tales a conductas que el momento de su realización no lo eran. Por este motivo, conforme el principio de legalidad del art. 18 de la CN y de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN)²⁶, esas conductas realizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, no pueden ser consideradas justa causa de despido a la luz de la nueva normativa.

Despido discriminatorio:

El art. 95 de la ley 27.742 incorpora un art. 245 bis a la LCT con el título de "Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio", que establece:

"Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad.

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

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

²⁶Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11 inc. 2); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15)

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

Este nuevo artículo es uno de los que mayores cuestionamientos constitucionales puede generar dentro de los incluidos en la reciente reforma, conforme la normativa constitucional y supra-legal vigentes y criterios jurisprudenciales imperantes.

En primer lugar, debemos señalar que considera discriminatorios a los despidos originados por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad. No aclara si la enunciación es taxativa o si se pueden incluir a los despidos motivados en otros criterios no igualitarios. Si se interpreta que la enunciación es taxativa, la norma podría ser tachada de inconstitucional por no considerar discriminatorios a otros supuestos que podrían serlo según la normativa constitucional y merecen similar consideración jurídica.

Establece que en estos casos la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, lo que descarta cualquier idea de carga dinámica de la prueba y lo previsto en materia de prueba del acto discriminatorio por la doctrina consolidada a partir del fallo “Pellicori” de la CSJN. Esta doctrina considera, sobre la base de la normativa constitucional y de los criterios internacionales imperantes en materia de actos discriminatorios, que en los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego, resultará suficiente para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación²⁷. Por lo tanto, la nueva disposición que pone en cabeza exclusiva de quién invoca la causal la prueba del móvil discriminatorio, se opone a la normativa constitucional y a los criterios internacionales en materia de actos discriminatorios.

En estos casos de despido discriminatorio, el nuevo artículo reconoce un agravamiento indemnizatorio al trabajador y a la trabajadora afectados equivalente al 50% de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, pudiendo ser incrementada por los jueces hasta el 100% según la gravedad de los hechos.

Asimismo, establece que esta indemnización no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. No sabemos a qué régimen especial de agravamiento indemnizatorio se refiere, ya que no existe ningún otro régimen especial que agrave las indemnizaciones en caso de despido discriminatorio. Pero es evidente que, con la creación de este nuevo régimen tarifado de reparación de los daños ocasionados por los despidos discriminatorios, la intención es intentar evitar que se pueda recurrir a las normas del derecho común para obtener una reparación integral de los

²⁷ CSJN; “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”; 15/11/2011, Fallos 334:1387

perjuicios ocasionados por el acto discriminatorio, lo cual también puede generar cuestionamientos de constitucionalidad.

Pero sin dudas lo que representa un verdadero escándalo jurídico es lo dispuesto en el último párrafo de nuevo art. 245 bis de la LCT, al establecer que el despido en todos los casos *“producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos”*.

Se intenta de esta manera limitar los alcances de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 23.592, en cuanto establece que, además de reparar los perjuicios morales y materiales, quién comete un acto discriminatorio será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización. Se puede decir que esta última normativa mantendría su imperio en materia de actos discriminatorios, salvo que ese acto sea un despido, en donde entraría a regir el nuevo art. 245 bis de la LCT que convalida los efectos jurídicos extintivos del acto discriminatorio. El trabajador y la trabajadora afectados sufrirían así una doble discriminación, primero por parte del empleador que comete el acto y luego por la ley que los excluye, arbitrariamente, del régimen general en materia de actos discriminatorios.

Esta reforma busca acabar con la doctrina de la nulidad del despido discriminatorio, consolidada jurisprudencialmente a partir del fallo “Álvarez”²⁸ de la CSJN, al cual le sucedieron numerosos otros fallos. Esta doctrina, fundada en la normativa constitucional y supra-legal en materia de igualdad de oportunidades y prohibición del trato discriminatorio, ha considerado que el despido discriminatorio, por ser un acto discriminatorio contrario a dicha normativa, resulta nulo y no produce efectos jurídicos válidos, en este caso, la extinción válida del contrato de trabajo.

El hecho de que un acto discriminatorio contrario al bloque de constitucionalidad y a la normativa internacional en materia de derechos humanos, pueda producir efectos jurídicos válidos y sólo genere la obligación de abonar una indemnización tarifada, generará un sinfín de planteos de inconstitucionalidad y la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Tenemos que analizar ahora temporalmente a qué casos se les puede aplicar esta nueva disposición, sin perjuicio de su evidente inconstitucionalidad.

Al respecto, hay que comenzar diciendo que la reforma modifica los efectos de un despido discriminatorio, pasando de ser un acto jurídico que puede ser declarado nulo a pedido del damnificado y, por lo tanto, no produciría efectos extintivos del contrato de trabajo; a un acto jurídico válido que genera sólo la obligación de abonar una indemnización tarifada.

En ese sentido, la nulidad del despido discriminatorio con fundamento en el art. 1º de la ley 23.592, importa un caso de nulidad absoluta del acto jurídico extintivo de una relación jurídica.

El art. 386 del CCC establece: *“Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres”*.

En este caso, el despido discriminatorio violenta un sinfín de disposiciones constitucionales, Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con

²⁸ CSJN: “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo”, del 7/12/2010, Fallos 333:2306

jerarquía constitucional y con jerarquía supra-legal, como así también leyes nacionales de orden público. Por lo tanto, se trata de un acto nulo de nulidad absoluta.

Asimismo, el art. 387 del CCC establece que la nulidad absoluta no puede sanearse por la conformación del acto ni por la prescripción de la acción, mientras que el art. 390 del CCC establece que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo.

Habiendo desaparecido la diferencia entre actos nulos y anulables en el actual Código Civil y Comercial, debemos señalar que el acto nulo es invalidado directamente por la ley misma y como se ha dicho: *“Su ineficacia es ab initio, desde el origen mismo del acto, el cual nace con un vicio congénito, definido por la ley, de tal manera que es ese vicio lo que obsta a la validez del acto e impide la producción de sus efectos”*²⁹.

En consecuencia, el aniquilamiento de las consecuencias materiales derivadas del acto nulo, no deben imputarse a la sentencia, la que sólo tiene un carácter declarativo, sino a la propia ley que lo invalida. El acto nulo se reputa tal aunque su nulidad no haya sido aún juzgada³⁰.

En consecuencia, si un acto jurídico era considerado nulo por la ley vigente al momento de su realización, su invalidez e inexistencia como tal se considera producida desde su nacimiento, no produciendo sus efectos jurídicos propios. De esta manera, si con posterioridad entra en vigencia otra ley que no invalida ese tipo de actos, debe considerarse que el acto ya era nulo desde su nacimiento por efecto de la ley vigente al momento de su realización.

Por lo tanto, conforme lo previsto en el art. 7 del CCC, al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, las consecuencias propias de un acto nulo deben reputarse ya producidas bajo el imperio de la ley anterior. En ese caso, si se pretendiera aplicar la nueva ley y considerar como válido el actor, se estaría imputando efectos retroactivos a la nueva ley como si estuviera vigente al momento en que se realizó dicho acto, efecto que se encuentra prohibido por la referida disposición.

En virtud de lo precedentemente analizado, tenemos que concluir que todos los despidos discriminatorios producidos antes de la vigencia de la ley 27.742, no se encuentran alcanzados por esta reforma y deben ser juzgados respecto a su validez o no, conforme a la normativa vigente en el momento de su realización.

Trabajo no registrado y deficientemente registrado:

El art. 99³¹ de la ley 27.742 deroga, entre otras disposiciones, a los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013, y al art. 50 de la ley 26.844.

Asimismo, el art. 100³² de esa misma ley deroga en su totalidad a la ley 25.323, lo cual comprende a su art. 1º.

²⁹ Llambías, Jorge Joaquín: op. cit. pag. 552

³⁰ Llambías, Jorge Joaquín: op. cit. pag. 554

³¹ Artículo 99: *“Deróganse los artículos 8º a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el artículo 9º de la ley 25.013; los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; el artículo 15 de la ley 26.727 y el artículo 50 de la ley 26.844”*.

De esta manera, la reciente reforma laboral deroga la totalidad de las indemnizaciones previstas en favor del trabajador y de la trabajadora en los casos de contratos de trabajo no registrados o deficientemente registrados, en un país en donde la informalidad laboral ronda el 40% y sin que se visualice una mejora en las condiciones de registración laboral de tales trabajadores y trabajadoras.

Sin dudas, de conformidad con el principio "*alterum non laedere*" contenida en el art. 19 de la CN y de aplicación al ámbito de las relaciones laborales como lo ha dejado en claro la CSJN en el fallo "Aquino"³³, la derogación del régimen tarifado de reparación previsto en tales disposiciones, deja a salvo la posibilidad de reclamar una reparación plena con fundamento en las reglas del derecho común.

En ese sentido, el incumplimiento por parte del empleador de la obligación de registrar el contrato de trabajo y de ingresar los fondos de la seguridad social, importa el incumplimiento de una obligación contractual a su cargo según el art. 80 de la LCT³⁴. Por lo tanto, conforme lo previsto en el art. 1716 del CCC, el incumplimiento de una obligación da lugar al deber reparar el daño causado, según las disposiciones contenidas de ese Código. Particular relevancia tiene en este caso el principio de la reparación plena prevista en el art. 1740 del CCC.

Pero más allá de la posibilidad de recurrir a las normas del derecho común para obtener una reparación por los perjuicios ocasionados en estos casos, debemos analizar desde el punto de vista temporal qué casos estarían alcanzados por las derogaciones contenidas en la nueva ley 27.742.

Los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013 constituían un régimen tarifado de reparación para el caso que el empleador no registre el contrato de trabajo, consigne una fecha posterior a la real o consigne una remuneración menor a la percibida por el trabajador, respectivamente.

Desde este punto de vista, el derecho a percibir tales indemnizaciones nacía con la configuración del hecho dañoso al cual se dirigen a resarcir, en este caso, con la materialización del incumplimiento del deber de registrar el contrato de trabajo o de registrar correctamente la fecha de ingreso o la remuneración, según el caso.

Por lo tanto, desde una primera aproximación, se podría entender que, por más que las indemnizaciones de los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013 hayan sido luego derogadas, si el incumplimiento registral se configuró durante la vigencia de

³² Artículo 100: "*Derógase la ley 25.323 y toda norma que se oponga o resultare incompatible con el contenido del presente título*".

³³ CSJN: "Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. s. Accidente - Ley 9688", 21/09/2004, Fallos: 327:3753

³⁴ No se nos escapa la evidente intención de la reforma de intentar eliminar la obligación del empleador de registrar el contrato de trabajo, extremo que se hace evidente con la derogación del art. 120 inc. a) de la ley 24.013. Sin embargo, la permanencia del art. 80 de la LCT que sigue imponiendo en cabeza del empleador de ingresar los fondos destinados a la seguridad social en favor del trabajador y de la trabajadora, extremo que indefectiblemente implica la obligación de registrar el contrato de trabajo ante dichos organismos, al igual que cumplir con la registración en el libro especial del art. 52 de la LCT, no deja ningún margen de duda que la registración del contrato de trabajo sigue siendo una obligación que tiene como principal destinatario al empleador.

dicho sistema tarifado de reparación, el trabajador y la trabajadora afectados tienen el derecho de reclamar los mismos. De lo contrario, se estaría aplicando de forma retroactiva dicha derogación, como si hubiera operado cuando el hecho dañoso se produjo, aplicación retroactiva que es vedada por el art. 7 del CCC.

El inconveniente que surge para dicha interpretación es que el art. 11 de la ley 24.013 (según art. 47 de la ley 25.345) establecía:

“Las indemnizaciones previstas en los artículos 8°, 9° y 10 procederán cuando el trabajador o la asociación sindical que lo representen cumplimente en forma fehaciente las siguientes acciones:

a. intime al empleador a fin de que proceda a la inscripción, establezca la fecha real de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, y b. proceda de inmediato y, en todo caso, no después de las 24 horas hábiles siguientes, a remitir a la Administración Federal de Ingresos Públicos copia del requerimiento previsto en el inciso anterior.

Con la intimación el trabajador deberá indicar la real fecha de ingreso y las circunstancias verídicas que permitan calificar a la inscripción como defectuosa. Si el empleador contestare y diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de los treinta días, quedará eximido del pago de las indemnizaciones antes indicadas”.

El problema que surge entonces es qué sucede si el trabajador o la asociación sindical respectiva, no realizaron la intimación y comunicación previstos en el art. 11 de la ley 24.013 antes de que se produzca la derogación de los arts. 8, 9 y 10 de esa ley. Se podría interpretar que, al no cumplir con el requisito previsto en dicha norma y no dar la posibilidad así al empleador de que regularice la situación, no existiría el derecho a reclamar el pago del régimen reparatorio previsto en tales disposiciones. La expresión *“Las indemnizaciones previstas en los artículos 8°, 9° y 10 procederán cuando...”*, con la cual comenzaba la norma, parecería dar a entender que se trata de un elemento más que se exigía para que nazca el derecho a tales indemnizaciones.

Nosotros entendemos que lo previsto en el art. 11 de la ley 24.013 era un caso especial de dispensa, condonación o eximición legal del pago de tales indemnizaciones, para el caso en que el empleador regularice la situación dentro del plazo previsto en la norma. No se trataba de un componente constitutivo para el nacimiento del deber de reparar, como sí era para el caso del art. 15 como veremos luego, sino de un supuesto excepcional de dispensa, condonación o eximición del deber de pagar tales indemnizaciones para el caso que cumpla con dicha regularización.

A esta conclusión nos lleva la última parte del art. 11 de la ley 24.013, cuando dice que, si el empleador contestare y diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de los treinta días, *“quedará eximido del pago de las indemnizaciones antes indicadas”*. Es decir, se lo “exime” del pago de una deuda que ya existía, pero que no era todavía exigible en la medida que la normativa contemplaba una instancia de regularización y de eximición de la obligación de pagar, para lo cual el trabajador y la trabajadora debía realizar la correspondiente intimación al empleador y comunicación a la AFIP.

El hecho de que la norma se refiera a que queda *“eximido del pago de las indemnizaciones”*, abunda a la interpretación de que se trataba de deudas ya

existentes antes de efectuada la intimación y comunicación previstas en esa disposición.

El pago importa el cumplimiento de la obligación y es el modo natural de extinción de las obligaciones³⁵. Por lo tanto, si la norma se refiere a la eximición del "pago" de las indemnizaciones, está hablando de obligaciones ya existentes porque, de lo contrario, no existiría el deber de pagarlas. En consecuencia, si el art. 11 de la ley 24.013 se refiere a que el empleador queda eximido del pago de las indemnizaciones, eso significa que debía abonarlas, pero ha quedado eximido de hacerlo por haber regularizado la infracción a su deber de registrar el contrato de trabajo.

El supuesto del art. 11 de la ley 24.013 era similar al del art. 12 de esa misma ley, que establecía para el caso en que el empleador regularice espontáneamente dentro de los noventa días de entrada en vigencia dicha ley las relaciones laborales no registradas o deficientemente registradas, que el mismo quedaba *"eximido del pago de los aportes, contribuciones, multas y recargos adeudados..."*.

A su vez, el art. 13 de la ley 24.013 agregaba para el caso que se cumpla con lo previsto en el art. 12 de esa ley que *"...el empleador quedará eximido del pago de las indemnizaciones que correspondieren por aplicación de los artículos 8, 9 y 10 de la presente ley"*.

Otro ejemplo, en ese sentido, es el nuevo "Régimen de Promoción del Empleo Registrado" previsto en la propia ley 27.742, cuyo art. 77 prevé que ese régimen puede comprender la *"...condonación de las infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza correspondientes a dicha regularización..."*, como así también la *"...Condonación de la deuda por capital e intereses cuando aquella tenga origen en la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los Subsistemas de la Seguridad Social..."*.

Todos estos casos, al igual que el art. 11 de la ley 24.013, se refieren a deudas ya existentes cuyo deudor puede ser condonado o eximido del deber de abonarlas por cumplir con la regularización allí prevista dentro del plazo establecido. Se tratan de supuestos especiales y excepciones de eximición, dispensa o condonación de deudas.

Por lo tanto, el supuesto previsto en el art. 11 de la ley 24.013 representa también una instancia de eximición, dispensa o condonación del deber de abonar las indemnizaciones previstas en los arts. 8, 9 y 10 de esa ley, para lo cual el trabajador y la trabajadora deben realizar la intimación y comunicación allí prevista para que se abra esa instancia. En la medida de que no lo hagan, tales indemnizaciones no resultan exigibles porque no se le permitió al empleador poder regularizar la situación y eximirse del pago de tales indemnizaciones.

Esta interpretación se corresponde también con la naturaleza de las indemnizaciones previstas en los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013, cuya función es reparar mediante un sistema tarifado los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación de registrar el contrato de trabajo o de registrarlo correctamente. El incumplimiento de tales obligaciones por parte del

³⁵Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M.: "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, año 1996, pag. 92

empleador se considera operada desde el momento mismo en que no cumplió con el deber de registrar el contrato de trabajo o de registrarlo correctamente, obligación que no depende de ninguna intimación previa o constitución en mora para que se considere incumplida. Se trata del incumplimiento de una obligación y de perjuicios ocasionados antes de que se realice la intimación prevista en el art. 11 de la ley 24.013, motivo por el cual, el deber de reparar y abonar tales indemnizaciones nace desde el momento mismo de producido el daño, por más que no sean exigibles hasta tanto se cumple con la instancia para que el empleador pueda regularizar la situación y se pueda eximir del pago de tales indemnizaciones.

Por lo tanto, si antes de entrada en vigencia la ley 27.742 el contrato de trabajo no estaba registrado o estaba mal registrada su fecha de ingreso o remuneración, el trabajador y la trabajadora tienen derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013, por más que no hayan cumplida con la intimación y comunicación previstas en el art. 11 de esa misma ley.

Producida ahora la derogación del art. 11 de la ley 24.013 que preveía dicha instancia excepcional de eximición del deber de pagar tales indemnizaciones, se puede interpretar perfectamente que las mismas resultan plenamente exigibles sin necesidad de intimación previa ni de comunicación a la AFIP, porque dicha instancia excepcional de eximición del pago de esas indemnizaciones ha desaparecido producto de su derogación.

En paralelo, otra interpretación posible y que se relaciona con el principio de legalidad al cual nos referimos cuando comentamos la reforma del art. 242 de la LCT, diría que, si al momento en que el empleador cometió la infracción al deber de registrar el contrato de trabajo existía en la legislación una instancia para poder regularizar dicha infracción y eximirse así del deber de pagar las indemnizaciones respectivas, debería permitírsele poder hacer uso de la misma por más que haya sido luego derogada.

En este último caso, debería considerarse que el art. 11 de la ley 24.013 mantiene su imperio aun cuando haya sido derogada por la ley 27.742, respecto de aquellos casos en los cuales el deber de abonar las indemnizaciones de los arts. 8, 9 y 10 de esa misma ley continuarían vigentes por haberse cometido las infracciones allí previstas bajo el imperio de la anterior legislación. Ante la posibilidad de que se opte por esta última interpretación, es recomendable cumplir con la intimación y comunicación previstas en dicha disposición.

Más allá de si se considera vigente o no la obligación de cumplir con lo previsto en el art. 11 de la ley 24.013, en ningún caso se puede considerar que un trabajador o trabajadora cuyos contratos de trabajo no estaban registrados o lo estaban deficientemente antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, hayan perdido el derecho de reclamar las indemnizaciones previstas en los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013. Tales derechos se reputan existentes antes de producida dicha derogación, por haberse cumplido todos los presupuestos fácticos exigidos por tales disposiciones para resultar acreedores de tales indemnizaciones.

Tal como venimos señalando, la intimación del art. 11 de la ley 24.013 no forma parte de los elementos constitutivos de los derechos previstos en los arts. 8, 9 y

10 de esa ley, sino que impiden su exigibilidad hasta tanto se cumpla con la instancia de regularización y eximición del deber de pagar las mismas allí prevista. La posterior derogación de esta instancia producto de la entrada en vigencia de la ley 27.742, no importa el aniquilamiento de los derechos allí previstos cuando se había consumado ya la infracción y la situación dañosa contemplada en tales disposiciones.

Una interpretación contraria a la que venimos desarrollando, importaría una aplicación retroactiva de la ley 27.742 vedada por el art. 7 del CCC, por considerar como ya derogados los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013, antes de que entre en vigencia dicha reforma y cuando se habían producido todos los presupuestos fácticos generadores del deber de reparar previstos en tales disposiciones.

Distinta es la situación de la duplicación indemnizatoria del art. 15 de la ley 24.013 también derogada por la ley 27.742, en donde la intimación del art. 11 de esa ley formaba parte de los elementos constitutivos del derecho indemnizatorio allí previsto. Si el trabajador o la trabajadora no cursaron dicha intimación, no tienen derecho a la duplicación indemnizatoria prevista en el art. 15, porque es un supuesto de protección y de reparación del trabajador y de la trabajadora que reclamaron su registración o correcta registración y fueron pasibles de un despido sin justa causa dentro del término de dos años de cursada la intimación o de un despido indirecto motivado en dicha situación.

En este caso, si la intimación y el despido no se produjeron antes de la derogación del art. 15 de la ley 24.013, no se consumaron todos los presupuestos fácticos previstos en la norma para generar el derecho a la duplicación indemnizatoria allí prevista. Esto no quita que se pueda considerar malicioso el despido en los términos del art. 275 de la LCT o de las normas del derecho común y reclamar su correspondiente reparación, o incluso considerarlo como un despido discriminatorio como un supuesto de despido represalia³⁶.

Algo similar sucede con el art. 1º de la ley 25.323 y con el art. 50 de la ley 26.844. Si bien en estos casos no se exige ninguna intimación previa, en ambos se exigía en cambio que la relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente *“al momento del despido”*. Por lo tanto, mientras no se produzca el despido, no se encuentran reunidos todos los presupuestos previstos en la norma para ser el trabajador y la trabajadora acreedores de la duplicación indemnizatoria prevista en tales disposiciones. Si en estos casos el despido se produce cuando ya entró en vigencia la ley 27.742 y se produjo la derogación de tales disposiciones, no se pueden reclamar estas duplicaciones indemnizatorias porque se trata de una consecuencia de la relación jurídica que se produjo bajo la nueva normativa y que, por el principio de la aplicación inmediata del art. 7 del CCC, estarían regidas por la misma.

³⁶ El despido represalia como un caso de despido discriminatorio: CNAT Sala IV “Lescano, Víctor César C/ Ingeplam S.A.”, sentencia del 31/08/2009 (DT 2009 noviembre 56); CNAT Sala V “C.S.M. C/ Incucaí S/ Despido” (Expte. 31783/2009), del 27/02/2015; CNAT Sala I, “C. O. A. C/ Asociart Sa Art S/ Despido” (Expte. 56662/2011), de fecha 26/06/2017; CNAT Sala VII, “Fernández, José Antonio C/ Befesa Argentina S.A. S/ Despido” (Expte. 7393/2011), de fecha 30/10/2015

Lo dicho hasta aquí respecto de los agravamientos indemnizatorios del art. 1º de la ley 25.323 y del art. 50 de la ley 26.844, no desconoce el derecho del trabajador y de la trabajadora afectados por una relación laboral no registrada o deficientemente registrada, de poder reclamar una reparación de los mayores daños ocasionados por la clandestinidad laboral con fundamento en las normas del derecho común y bajo el principio de una reparación plena del art. 1740 del CCC. En ese sentido, es claro que la indemnización por despido del art. 245 de la LCT no repara los mayores daños ocasionados por una relación no registrada o registrada en modo deficiente, por no ser esa la finalidad reparatoria de esa indemnización.

Arts. 43 y 45 de la ley 25.345:

El art. 99 de la ley 27.742 derogó a los arts. 43 y 45 de la ley 25.345, entre otras disposiciones.

El art. 43 de la ley 25.345 establecía una sanción conminatoria contra el empleador y en favor del trabajador y de la trabajadora para el caso en que el primero al momento de la extinción del contrato de trabajo no haya ingresado los aportes allí previstos. Su naturaleza es sancionatoria como ha sido reconocida por la jurisprudencia³⁷ y la misma se devenga con la misma periodicidad que el salario, desde que opera la extinción del contrato de trabajo y hasta que el empleador acredite fehacientemente haber ingresado los fondos retenidos.

Para que opere el supuesto previsto en dicha norma y genera la obligación del empleador de tener que abonar la sanción allí prevista, la jurisprudencia ha entendido que se deben presentar los siguientes presupuestos: *“1) la retención por parte del empleador de los aportes a los que se refiere la norma, 2) la omisión de ingresar en tiempo propio total o parcialmente los mencionados aportes, 3) dicha omisión debe preexistir al momento de producirse la extinción del contrato”*³⁸.

En consecuencia, entendemos que, si antes de entrada en vigencia la ley 27.742 se encontraban reunidos todos estos requisitos, se encuentran operados todos los presupuestos del art. 43 de la ley 25.345, siendo pasible el empleador de la sanción conminatoria allí prevista. De lo contrario, se estaría aplicando en forma retroactiva la reforma como si la derogación de esa norma se hubiera producido al momento en que se cometió la infracción, efecto retroactivo que es prohibido por el art. 7 del CCC.

El art. 1º del Decreto N° 146/2001 había agregado otro requisito para que proceda dicha sanción, debiendo el trabajador y la trabajadora previamente intimar al empleador para que, dentro del término de treinta días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder, a los respectivos organismos recaudadores.

³⁷ CNAT, Sala II, Expte. N° 72624/2017 Sent. Def. del 05/06/2023 “Calvagno, Juan José Pedro c/Julián Mariano, Roux Santarelli y otros s/ despido”

³⁸ CNAT Sala X Expte N° 13.373/2011 Sent. Def. N° 21.002 del 08/05/2013 “Fontana, Carlos Remo c/Asociación Atlético Argentinos Juniors s/despido”

Independientemente de los cuestionamientos constitucionales a este requisito no previsto en la norma que reglamenta, entendemos que esta intimación tiene la misma naturaleza que la prevista en el art. 11 de la ley 24.013 respecto de las indemnizaciones contempladas en los arts. 8, 9 y 10 de esa ley. No se la puede considerar una constitución en mora respecto del deber de ingresar tales aportes, porque el empleador ya está en mora por no haber ingresado a término esos aportes. Tampoco parece ser un elemento constitutivo de la infracción, porque la misma ya se produjo y además no está prevista en la norma que define esa infracción.

En consecuencia, entendemos que la intimación prevista en el art. 1º del Decreto N° 146/2001 es también una instancia para que el empleador pueda regularizar la situación, cumpliendo con el ingreso de los aportes adeudados con más los intereses y multas que correspondan. Producida esa regularización dentro del plazo de treinta días corridos, el mismo se exime de tener que abonar la sanción conminatoria prevista en el art. 43 de la ley 25.345.

Por tales motivos, todo lo mencionado antes respecto del art. 11 de la ley 24.013, resulta aplicable a esta intimación. Es por eso que consideramos que, producidos todos los presupuestos del art. 43 de la ley 25.345 antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742, el empleador es pasible de dicha sanción conminatoria por más que el trabajador y la trabajadora no hayan cursado la intimación antes de operada la derogación de la norma, pudiendo hacerlo luego de entrada en vigencia la reforma para posibilitar, conforme el principio de legalidad, que el empleador tenga esa instancia de regularización prevista en la normativa al momento de cometer la infracción.

Otra cuestión a considerar es, si operados los presupuestos del art. 43 de la ley 25.345 antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742 y devengándose así la sanción conminatoria allí prevista, qué sucede con aquellos períodos que se deberían devengar luego de la entrada en vigencia de la ley 27.742. ¿Se puede considerar que con la derogación del art. 43 ya no se devenga con posterioridad la sanción allí prevista?.

La sanción del art. 43 de la ley 25.345 es justamente eso, una sanción a una infracción que busca conminar al empleador a que subsane el incumplimiento. Por lo tanto, tal como lo ha entendido la jurisprudencia³⁹, la sanción sigue la suerte de la obligación y sólo deja de devengarse cuando el empleador subsane el incumplimiento acreditando el ingreso de los aportes retenidos. Por tales motivos, la ley 27.742 no puede derogar una sanción a una infracción cometida antes de su entrada en vigencia y la cual ya estaba devengándose, importando una aplicación retroactiva de la nueva ley sobre efectos que ya se encontraban consumados antes de su entrada en vigencia.

Entrando ahora a tratar el caso del art. 45 de la ley 25.345, el mismo, como es sabido, establecía que el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado de trabajo previstos en el art. 80 de la LCT, dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador o la trabajadora, era sancionado con una indemnización a favor de estos últimos equivalente a tres

³⁹CNAT, Sala V, Expte. N° 16524/2019/CA1 Sent. Def. N° 86502 del 25/08/2022 "Hernández, Carolina c/TELEPIU SA s/despido"

veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor.

Asimismo, el art. 3 del Decreto N° 146/2001 establecía que el trabajador y la trabajadora quedaban habilitados para remitir el requerimiento fehaciente, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en el art. 80 de la LCT, dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

A diferencia del caso del art. 43 antes comentado, se trata este caso de una indemnización y no de una sanción, siendo irrelevante que el empleador finalmente entregue fuera de término la documentación prevista en el art. 80 de la LCT. Se trata de una indemnización que se dirige a reparar los perjuicios ocasionados al trabajador y a la trabajadora por la falta de entrega de tales constancias, perjuicio que no es subsanado por una entrega posterior al término establecido. La conclusión de que se trata de una indemnización y no de una sanción conminatoria destinada a que cumpla el empleador con la obligación, se ve confirmada con la última parte del art. 45 de la ley 25.345, que establecía: *“Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente”*.

El requerimiento por el plazo de dos días hábiles al cual se refería el art. 45 de dicha ley como requisito para la procedencia de la indemnización allí prevista, puede considerarse como una constitución en mora respecto de una obligación del empleador que no tiene plazo legal para su cumplimiento. No indicando la ley dentro de qué plazo debe hacer entrega el empleador del certificado de trabajo y de las constancias mencionadas en el art. 80 de la LCT, parece razonable que se deba constituir en mora al empleador para configurar el hecho del incumplimiento y generar así el derecho a una indemnización.

Sin embargo, la reglamentación realizada por el art. 3 del Decreto N° 146/2001, más allá de su inconstitucionalidad⁴⁰, generaba un verdadero engendro que desnaturalizaba la intimación prevista en la ley que reglamenta. En efecto, esta reglamentación, al establecer que se podrán requerir la entrega de tales documentos una vez vencido el plazo de treinta días corridos de extinguido el contrato de trabajo, creó un plazo dentro del cual el empleador debe cumplir con su obligación. Por lo tanto, si tiene un plazo para cumplir con la obligación, no se explica la necesidad de la intimación posterior si con el vencimiento del plazo estaría ya el empleador en mora.

Es evidente que, si antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742 se encuentran reunidos todos los requisitos previstos en el art. 45 de la ley 25.345, se debe entender configurado el incumplimiento y el perjuicio ocasionado al trabajador y a la trabajadora, resultan estos últimos titulares del derecho a la indemnización allí prevista.

Art. 9 de la ley 25.013 y art. 2 de la ley 25.323:

⁴⁰ CNAT Sala III Expte. N° 4.819/2014 “Ferro Ariet Diego Jorge c/Asociación Civil Universidad Argentina John F. Kennedy s/despido”

El art. 99 de la ley 27.742 deroga el art. 9 de la ley 25.013 y el art. 100 deroga en su totalidad a la ley 25.323, lo que comprende a su art. 2º.

El art. 9 de la ley 25.013 era una disposición que fue poco utilizada y posiblemente ello se deba a la existencia del art. 2 de la ley 25.323, que de algún modo eclipsó al primero por tratarse también de un caso de incumplimiento injustificado del pago de las indemnizaciones por despido.

El art. 9 de la ley 25.013 establecía: *“En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la Ley 20.744 (t.o. 1976)”*.

Se trata de una presunción de conducta temeraria y maliciosa en los términos del art. 275 de la LCT, para el caso de la falta de pago en término y sin causa justificada de la indemnización por despido incausado del art. 245 de la LCT o de un acuerdo rescisorio homologado⁴¹.

Para la procedencia de esta presunción no era necesario realizar ninguna intimación previa, ya que los plazos para el pago de la indemnización del art. 245 de la LCT son los previstos en el art. 128 de la LCT, conforme lo establecido por el art. 255 bis de la LCT. La mora en este caso es automática con el solo vencimiento del plazo legal, tal como se desprende de los arts. 137 y 149 de la LCT.

En consecuencia, si opera la falta de pago en término de la indemnización del art. 245 de la LCT antes de la entrada en vigencia la derogación prevista en la ley 27.742, la conducta debe presumirse temeraria y maliciosa en los términos del art. 275 de la LCT, debiendo ser el empleador condenado a pagar un interés de hasta dos veces y medio de la prevista para el caso de mora.

En cuanto al art. 2 de la ley 25.323, la misma apuntaba también a indemnizar al trabajador y a la trabajadora por los mayores perjuicios ocasionados por haber tenido que iniciar un reclamo judicial o instancia obligatoria previa, frente a un incumplimiento injustificado del empleador del pago de las indemnizaciones por despido.

En este caso, el incremento en un 50% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, procedía cuando: a) el trabajador o la trabajadora hubieran intimado a su empleador para que le abonaran las indemnizaciones propias del distracto, y 2) ante la conducta reticente de éste, el trabajador o la trabajadora hayan debido iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio⁴².

Como supuesto especial de incumplimiento injustificado o malicioso, deben reunirse todos estos requisitos para tener derecho al incremento indemnizatorio allí previsto. Por lo tanto, si antes de entrada en vigencia la derogación

⁴¹ La extinción por común acuerdo del contrato de trabajo en los términos del artículo 241 de la LCT no genera por sí mismo el deber de indemnizar. Por lo tanto, entendemos que, como falta de pago de un acuerdo rescisorio homologado, la norma se refería a los casos en los cuales se haya arribado a un acuerdo de ese tipo y se haya reconocido al trabajador y a la trabajadora alguna gratificación económica.

⁴² CNAT Sala VII Expte N° 25.449/01 Sent. Def. N° 37.540 del 19/5 /04 "Medina, Edith c/ Promotion&Fun SA s/ despido"

establecida por la ley 27.742 se encontraban reunidos estos requisitos, se encuentra consumado el supuesto previsto en el art. 2 de la ley 25.323, siendo una consecuencia de la relación jurídica producida durante la vigencia de esta última normativa, no pudiendo aplicarse en forma retroactiva la derogación producida por la nueva ley.

Para el caso de que no se haya cumplido con la intimación y/o con el inicio de la acción judicial o instancia obligatoria previa, como puede ser el inicio del trámite obligatorio ante el SECCLO, resulta igualmente aplicable la presunción de conducta temeraria y maliciosa del art. 9 de la ley 25.013, si el incumplimiento se produjo antes de que entrara en vigencia la ley 27.742, tal como lo hemos señalado anteriormente.

Si el caso cae dentro de la órbita temporal de aplicación de la nueva ley, entendemos que la derogación de la presunción del art. 9 de la ley 25013, no impide que el incumplimiento injustificado de las indemnizaciones por despido pueda ser calificada igualmente de temeraria y maliciosa en los términos del art. 275 de la LCT.

Asimismo, nada impide que se pueda reclamar el resarcimiento de los mayores perjuicios ocasionados por un incumplimiento injustificado de tales indemnizaciones, con base en las disposiciones del derecho común, ateniendo en este caso a la violación del deber de prevención del daño establecido por el art. 1710 del CCC y que manda justamente evitar causar un daño no justificado, como sería la falta de pago en término y sin justificación alguna de las indemnizaciones por despido.

Palabras finales:

Poder determinar qué casos entran dentro de la órbita temporal de aplicación de la ley 27.742 y cuáles no, resulta fundamental en este momento de repentino cambio de legislación. Lograr esta distinción, permite orientar los planteos que se puedan realizar respecto de la nueva normativa, plagada de inconstitucionalidades y de derogaciones que obligan tener que recurrir a disposiciones previstas en otros regímenes legales, para obtener la protección que manda el art. 14 bis de la CN y que, claramente, la reciente reforma no proporciona en lo más mínimo.

En ese sentido, poder continuar aplicando la anterior legislación para aquellos casos que no hayan sido alcanzados por la aplicación temporal de la nueva ley, creemos resulta un aporte urgente e inmediato para lograr eludir los efectos perjudiciales que la reciente reforma laboral trae para los derechos e intereses fundamentales de la clase que vive de su trabajo. De aquí en más, será el imperio de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los demás Tratados Internacionales con jerarquía supra-legal, los que deberán poner límite a los efectos perjudiciales de esa reforma regresiva y aniquiladora de los fundamentos básicos del derecho social.

