

“Una Nueva Caja de Pandora”

Por CARLOS A. TOSELLI¹

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

Sumario: I. Introducción. II. De la nueva Registración Laboral. III. Las consecuencias de la eliminación de las multas. IV. De la modificación del ámbito de aplicación de la LCT y de la figura de los colaboradores independientes. V. De la excepción a la presunción del art. 23. VI. De la muerte del Plenario Vázquez. VII. De la Extensión del Período de Prueba. VIII De la modificación a la tipología de la injuria. IX. De la reivindicación de la discriminación como acto extintivo del contrato de trabajo. X. Conclusiones

I. Introducción:

El comienzo de este frío invierno del año 2024 trajo como novedad legislativa, finalmente la sanción de la ley 27.742 cuyo pomposo nombre es “Ley Bases y Punto de Partida para la libertad de los argentinos” pero cuyo contenido por el contrario, en materia laboral, parece implicar para los argentinos trabajadores, no su libertad, sino el retorno a la cuasi esclavitud de la precarización, sin sanciones o claramente amortiguadas para el incumplidor como desarrollaremos en este breve primer análisis.

Es que a semejanza de lo que le ocurriera a Prometeo, en su rebelión contra el dios Zeus, la nueva cajita mágica², al momento de abrirse, pareciera que va a derramar todos los males para los ciudadanos de preferente protección constitucional, como dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Vizzoti³, que quedarán convertidos en meros humanos, parias desprovistos de la protección que el Bloque de Constitucionalidad Federal incorporara en la reforma constitucional del año 1.994.

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

Estas son las únicas expresiones que justificaron la batería normativa, cuyo acotado y preliminar estudio se realiza en este trabajo, sin perjuicio de las profundizaciones ya realizadas por numerosos autores en el análisis del DNU 70/2023 como en los que se irán realizando al profundizar el estudio y con el devenir del paso del tiempo, que es el indiscutible evaluador de estas disposiciones que, prima facie, aparecen como claramente contrarias al sentido

² En realidad según parece no era tal, sino una ánfora o jarra, pero para el mito ha quedado inmortalizada como caja.

³ CSJN, Sentencia de fecha 14 de setiembre de 2004, autos: “Vizzoti Carlos c/ AMSA s/ Despido”

protectorio del Derecho Laboral como derecho social integrado al Bloque de Constitucionalidad Federal.

II. De la Nueva Registración Laboral

Los artículos 76 al 87 bajo el título de Promoción del Empleo Registrado y Modernización Laboral comienzan habilitando a regularizar relaciones laborales con contrataciones anteriores al entramado sancionado, tanto en aquellos casos que las mismas se encontraran en absoluta clandestinidad, como en los supuestos de registración defectuosa (art. 76). Las consecuencias de esta regularización están sujetas aún a reglamentación, pero el texto legal es suficientemente indicativo como para que ello implique: a) extinción de la acción penal, b) condonación de infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza conforme a la vasta tipología normativa allí enumerada; c) baja del registro de empleadores incumplidores con sanciones laborales (REPSAL) dispuesto por la ley 26.940, aunque aquí sí exigiendo la registración de quienes hubieran sido detectados con anterioridad y el abono de la multa allí prevista, que por ende queda subsistente d) condonación de deuda de capital e intereses por aportes y contribuciones no ingresados a los siguientes sistemas de la Seguridad Social: 1) SIPA 2) Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, 3) Fondo de Desempleo creado por la ley 24.013; 4) Régimen Nacional de Salud. 5) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares; 6) Régimen de la Industria de la Construcción y 7) cualquier otra omisión de pago o pago insuficiente que no se haya considerado y que surja de la reglamentación, La condonación no será total sino que tendrá un mínimo del 70% de las sumas adeudadas, los que podrán ser mayores en los casos de pago al contado o si se trata de empresas PYMES. Por el art. 78 se estipula que sólo para la P.B.U. en el caso de los trabajadores cuya relación laboral se regularice podrán computar hasta 5 años o el menor período si no alcanzara a tal, con el objetivo de obtener los años de servicios necesarios para la prestación previsional por edad, la prestación por edad avanzada y el Retiro por Invalidez, considerado a esos efectos el valor del Salario Mínimo Vital y Móvil, o para el subsidio por desempleo, en cuyo caso se considerarán como máximo sólo tres años, por ser tal el requisito normativo. Los meses regularizados no serán tenidos en cuenta ni para la PC ni para la PAP. Para que todo este mecanismo sea operativo el empleador con trabajadores clandestinos deberá blanquearlos dentro del lapso de 90 días corridos a contar desde la reglamentación de la presente norma.

En relación a la Modernización Laboral ello implica en concreto la modificación de diversos artículos de la ley de empleo, para hacer más simple, inmediato, expeditivo y por medios electrónicos la inscripción de los trabajadores generando además una contribución unificada de los empleadores de hasta 12 trabajadores. El art. 7 bis de la ley 24.013 considera válida cualquier inscripción que se haga a favor del trabajador, no pudiendo discutirse la calidad de empleador de quien así lo haya efectuado, pudiendo el trabajador denunciar la

falta de registraci3n adecuada, pero sin que ello acarree consecuencia alguna para el incumplidor, m1s all1 de la certificaci3n de denuncia que deber1 otorg1rsele al denunciante (art. 7 ter). La novedad que incorpora el art1culo siguiente (quater) es que si una sentencia judicial reconociera la obligaci3n de registrar una relaci3n clandestina, en la cual se hubieran utilizado figuras no laborales, deber1 descontarse del total de deuda determinada, lo abonado al r1gimen de que se trate (se supone que hace referencia al Monotributo ya que abarca a contratos de obras o de servicios). De igual manera se modifica el art. 18 de la ley 24.013 estableciendo un nuevo Sistema Unico de Registraci3n Laboral donde debe figurar la inscripci3n del empleador y la afiliaci3n del trabajador al sistema previsional argentino, a la caja de asignaciones familiares que corresponda y la designaci3n del prestador de la obra social para las prestaciones m1dico asistenciales, determin1ndose igualmente quienes son los trabajadores beneficiarios del subsidio por desempleo.

III. Las Consecuencias de la Eliminaci3n de las Multas⁴

El art. 99 establece: Der3ganse los art1culos 8° a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el art1culo 9° de la ley 25.013; los art1culos 43 a 48 de la ley 25.345; el art1culo 15 de la ley 26.727 y el art1culo 50 de la ley 26.844 y ello se complementa con el art. 100 que deroga a su vez la ley 25.323.

En consonancia con el blanqueo dispuesto para la registraci3n laboral y la condonaci3n de todas las deudas cuyo acreedor sea el Estado Nacional o sus entes aut1rquicos, se dispone la derogaci3n de toda la artiller1a normativa que justificaba tal actuaci3n represora estatal, cuyo beneficiario era el trabajador. Ello incluye no s3lo las derivadas de ausencia o defectuosa registraci3n, sino tambi3n la que surge como despido represalia prevista en el art. 15 de la ley de empleo, para aquel trabajador que hubiera exigido su correcta registraci3n y que como consecuencia de tal accionar hubiera sido despedido por la patronal. Continuando con esa l3gica tambi3n se deroga el art. 1 de la ley 25.323, cuya sanci3n no exig1a que el v1nculo laboral estuviera subsistente a la fecha de la intimaci3n. Tambi3n id3nticas sanciones previstas en los r1gimenes especiales del trabajador agrario y la duplicaci3n indemnizatoria del estatuto del personal de casas particulares.

Estas derogaciones incluyen aquellas relacionadas con la ley de prevenci3n de la evasi3n fiscal, que en lo concreto dejan sin sanci3n la falta de entrega de los certificados del art. 80 de la LCT y el hecho que los empleadores hubieran retenido aportes de los trabajadores a diversos entes con los cuales interactu1an y donde la patronal es agente de retenci3n (p.ej. obra social, mutuales, etc)

Una norma que no tiene consonancia con aquella es la derogaci3n del art. 2 de la ley 25.323 que sancionaba la sinraz3n de litigar en casos de despidos

⁴ Ver sobre el particular: ACKERMAN, Mario: Algunas posibles consecuencias de la eliminaci3n o cambio de destino de las mal llamadas multas de las leyes 24013 y 25323 y del art1culo 80 de la LCT, Revista De Derecho Laboral, Actualidad, 2018, 1, p. 119 y siguientes, Rubinzal Culzoni Editores

patronales sin abono de indemnización sin justificación o descalificada la misma judicialmente o en aquellos despidos indirectos comunicados por el trabajador ante injurias realizadas por la parte empleadora que tornaba imposible la prosecución del vínculo laboral (art. 246 LCT). En realidad dicha disposición tenía un doble objetivo: a) evitar el abarrotamiento de causas judiciales donde el accionar procesal patronal se asemejaba a la situación de temeridad y malicia y b) el efecto moralizador que implica alguna consecuencia patrimonial adicional para quien conociendo las necesidades alimentarias y asistenciales que tienen el salario (y su indemnización correspondiente cuando el vínculo se ha extinguido sin responsabilidad directa o indirecta del trabajador) ante la falta de pago, que en muchos casos asumía consecuencias extorsivas.

Un tema procesal no menor es que sucede con las causas judiciales en curso donde se reclaman tales rubros y con aquellas otras aún no iniciadas pero con derecho consolidado antes de la promulgación de la presente norma.

Participo del concepto de que si una situación jurídica se ha cumplido bajo el imperio de determinada norma, ésta ha de ser la que ha de regir el caso, más allá de cuándo la justicia se expida sobre el particular, ya que considero que una correcta hermenéutica de la disposición del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, así lo consagra, por cuanto entiendo que en tales casos no hay contratos en curso de ejecución, sino que simplemente ya ha culminado el vínculo laboral y queda pendiente la resolución de temas patrimoniales que aún no han sido saldados pero que se encuentran dentro del período prescriptivos para reclamarlos o con acción judicial desarrollada en alguna de las instancias previas a la ejecución.

Si bien las sanciones laborales exigen una tipología precisa y algunos lo ubican dentro de un mecanismo de régimen penal laboral, no considero que se pueda aplicar analógicamente el principio de la norma más favorable al imputado, ya que en estos casos de sanciones litigiosas o en vías de serlas por estar dentro del plazo legal, el Estado no puede disponer sobre derechos ya consolidados a favor de terceros, en este caso los trabajadores.

Por el contrario si la situación no se consolidó jurídicamente con la extinción del vínculo por la causal ahora derogada, entiendo que no es posible traspolar sus efectos para abarcar otras situaciones que la actual legislación no permitiría. Obvio que en tales casos los trabajadores perjudicados por ausencia de registración, retención de aportes u otras causas similares podrán plantear las acciones de daños y perjuicios que pudieran corresponder p.ej. por no haber podido contar con obra social ante la falta de pago de la patronal, pero en esos casos la carga probatoria deberá atenerse a las reglas del onus probandi.

IV. De la modificación del ámbito de aplicación de la LCT y de la figura de los colaboradores independientes

El art. 88 de la norma en análisis modifica el art. 2 de la LCT agregando un inciso d) que establece la inaplicabilidad del marco normativo de la misma a las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Este aspecto nos retrotrae al año 2015 y a las discusiones doctrinarias respecto de las disposiciones de los distintos contratos civiles y comerciales planteados en aquel Código⁵ que invariablemente coincidían en señalar la inexistencia de vinculación laboral de las personas vinculadas en franquicias, agencias de comercio, fideicomiso y otras relaciones allí normadas, pero debiendo señalarse que siempre en todo caso quedó supeditado a lo señalado por los arts. 958 y 960 del CCN, que implicaba la prevalencia del orden público (entre ellos el laboral) a la libre posibilidad de contratación y las facultades judiciales que permite de oficio modificar las estipulaciones contractuales cuando se afecte de modo manifiesto el orden público, en cuyo caso podrá hacer valer principios propios de la disciplina como son el protectorio y la primacía de la realidad, desplazando aquellas figuras que pretenden sustraer la contratación del régimen regulatorio específico.

Completando este esquema normativo novedoso, el art. 97 de la ley 27.742 incorpora la figura de los colaboradores independientes. Más allá de la intención claramente deslaborizadora de los autores del proyecto, debe analizarse detenidamente cada uno de sus párrafos. Así el primer párrafo hace mención que aquel trabajador independiente podrá contar con otros tres trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo. Parece claro que en el actual esquema impositivo únicamente abarcaría a aquel trabajador que está inscripto en la categoría del Monotributo y que, como él o ella, quienes se incorporen deben detentar el mismo estatus jurídico y se supone que las relaciones entre ellos deberían ser asociativas o vinculadas por etapas dentro de ese emprendimiento productivo que habrá de comenzarse ya que de lo contrario la dependencia tornaría inaplicable a la aludida figura.

El segundo párrafo ratifica esta idea primigenia al estipular que habrá una relación autónoma entre los integrantes (máximo 4, como dispone el artículo reformado por el Senado), pero extiende esa consecuencia autonómica a las vinculaciones con los contratantes de servicios u obras que produzcan o provean. Con ello surge que el emprendimiento abarcaría tanto producción de bienes como prestación de servicios, es decir como contratos de servicios o de obras en la esfera del Código Civil y Comercial. Dicho párrafo también señala que para dar un marco protectorio a sus integrantes, cada uno de ellos deberá realizar un aporte individual mensual que le de cobertura al Régimen Previsional, al Sistema Nacional de Salud, a las prestaciones de Obra Social y al sistema de Riesgos del Trabajo. Este aspecto deberá surgir claramente de la reglamentación porque si bien la posibilidad de incorporar a los trabajadores autónomos a la cobertura de la ley 24.557 estaba prevista desde hace tiempo, en los hechos ello no ha ocurrido por las dificultades de control que implica para las ART y por no poder precisar con certidumbre el valor de las alícuotas que se deberán fijar a fin de considerar el riesgo creado.

El tercer párrafo contempla una disposición anti fraude, al menos parcial, ya que prohíbe a los empresarios la posibilidad de fragmentar o dividir los establecimientos actuales para adecuarse a esta figura que aquí se crea, en

⁵ Ver TOSELLI, Carlos A: Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en materia contractual – Revista de Derecho Laboral, 2015 -2, pág. 203-219, Rubinzal Culzoni, Editores

fraude a la ley laboral. Es decir, si una empresa constructora decide dividirse en secciones de 4 trabajadores, encargados de las áreas de electricidad, plomería, albañilería y así sucesivamente ello estaría vedado por el ordenamiento aquí sancionado. Sin embargo ello no impediría futuras fragmentaciones artificiales en nuevos emprendimientos que al amparo de esta legislación se creen.

El último párrafo se centra en el carácter independiente del vínculo entre los contratantes destacando que deben estar ausentes las notas de la dependencia técnica, jurídica y económica, ya que lo contrario aplicaría (aunque la norma no lo dice) el mecanismo de la conversión del art. 14 de la LCT que dispondría que aunque se intente utilizar una figura no laboral, ello sería desplazado por el ámbito protectorio de la LCT si se pueden acreditar las notas típicas de la dependencia, lo cual indudablemente generará un sinnúmero de litigios, en especial en las disputas entre los supuestos colaboradores independientes entre sí, en función del mayor poder económico que pueda detentar algunos de sus integrantes o bien de la denuncia de vinculación laboral con alguna empresa denunciando el fraude a la ley laboral y la vigencia del concepto de primacía de la realidad.

V. De la excepción a la presunción del art. 23

El art. 23 de la LCT siempre ha sido el mecanismo utilizado por el legislador, como mandato de optimización, para procurar otorgarle a los Jueces la posibilidad de resolver casos cuando no hubiera certeza al respecto. Ese mandato transforma en jurídicamente viable determinadas posturas, que en el caso laboral será el hecho de la prestación de servicios y puede generar inversión de carga probatoria. Es por ello que la presunción de laboriosidad derivada de la prestación de tareas puede ceder cuando por las circunstancias, las causas o las relaciones se demostrase lo contrario procediendo a desactivar tal presunción. Este aspecto ha quedado redactado de manera similar, aunque eliminando el segundo párrafo que señalaba que la presunción sería igualmente aplicable cuando se utilizaran figuras no laborales para caracterizar el contrato y también que la presunción no era aplicable si por las circunstancias se podía considerar empresario a quien prestaba el servicio⁶.

La reforma operada genera una novación radical, al establecer normativamente un cambio en la aplicación presuncional al disponer que “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”.

La nueva regla presenta dos variantes de inaplicabilidad: a) se trate de contrataciones de obra, servicios profesionales u oficios y se emitan recibos o

⁶ Ver TOSELLI, Carlos A.: La Relación de Dependencia, en Libro de Ponencias del 1er Congreso Latinoamericano de Derecho Laboral, Córdoba, Agosto de 2003, p. 49 a 72.

facturas correspondientes, se supone (aunque la norma no lo dice) habilitadas por la AFIP y b) cuando el pago se realice de manera bancarizada, aunque allí no se hubieran emitidos los comprobantes impositivos, al menos ello pareciera surgir del texto, aún sujeto a variantes por vía de la reglamentación.

Reitero que la eliminación de la presunción del art. 23 de la LCT para estas figuras contractuales explícitas en muchos casos colisionarán con lo establecido por el art. 14 de la LCT cuando dispone: “será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro modo. En tal caso la relación quedará regida por esta ley”. El mecanismo de la conversión es la mejor respuesta antifraude que plantea el régimen protectorio de la LCT y ello será dirimido en última instancia por los jueces laborales, ya que por ej. en la provincia de Córdoba, el art. 6 de la ley procesal 7987 dispone en el aspecto vinculado con la incompetencia material que “la controversia sobre la naturaleza del vínculo sólo podrá ser resuelta en la sentencia definitiva”, por lo que en ese sentido se tramitará todo el proceso en sede laboral, ya que no están permitidas las excepciones de previo y especial pronunciamiento, si p.ej. el actor denuncia que se dan las notas tipificantes de la relación de dependencia laboral y el demandado pretendiera excepcionarse fundado en la existencia de un contrato de servicios o de algunos de los tantos contratos comerciales que el nuevo Código Civil y Comercial ha establecido y fuera mencionado precedentemente⁷.

VI. De la muerte del Plenario Vázquez

El avance reformista en la idea de dismantelar algunas ideas fuerza de la legislación protectoria procede al cuestionamiento al texto del artículo 29.

La nueva redacción señala:

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

El primer aspecto de la reforma habilita la reaparición de una figura que al amparo de la LCT había caído en desuso, que es el testaferra u hombre de paja, como se lo llamaba antaño, que era aquella persona insolvente que aparecía figurando nominalmente como dador de trabajo pero que en los hechos actuaba simplemente por interposición de personas para “tapar” o esconder la figura del verdadero empleador, que era quien utilizaba su prestación y que conforme el primer párrafo del artículo derogado pasaba a ser considerado empleador directo. El nuevo párrafo engloba tanto a trabajadores

⁷ Ver comentario a este artículo en TOSELLI, Carlos A., ULLA, Alicia: Código Procesal del Trabajo – Ley 7987 – 3ra edición ampliada y actualizada, Ed. Alveroni, Córdoba, año 2022

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

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

La excepción estaría dada si la jurisprudencia interpreta que la provisión de trabajadores a otra empresa, no requiere necesariamente de la participación de las empresas de servicios eventuales, en cuyo caso el empleador aparente y el verdadero recuperarían su responsabilidad solidaria del texto originario. En ese sentido en un precedente judicial con la anterior redacción se señaló: “El Juzgador en primer lugar estimó que la injuria del dependiente -negativa del vínculo ante su pedido de registración a la aceitera-, resultaba causa suficiente para despedirse. Luego, al tratar las sanciones de la ley de empleo, tuvo especialmente en cuenta la posición que hoy invoca el casacionista, pero concluyó que la respuesta legal más acertada no era sólo perseguir la evasión, sino también el fraude laboral que verificó en el sub examen: la empresa decidió interponer a un tercero como empleador formal ocultando la verdadera relación que tuvo con el trabajador (ver fs.370 vta./371). Frente a ello, la postura recursiva sólo constituye una interpretación parcial y subjetiva de los preceptos de que se trata, pero en modo alguno evidencia el apartamiento legal denunciado.⁸”

Por otra parte del nuevo articulado, no surge cuál sería el supuesto de subsidiariedad allí referenciado en el título, ya que de su texto no se abarca ninguna hipótesis de responsabilidad subsidiaria para la empresa verdadera o para la usuaria.

Una limitación que estipula la norma es que en los casos de contrataciones a través de Empresas de Servicios Eventuales, la responsabilidad laboral y de la seguridad social de las empresas usuarias con aquella que le proveyó de los trabajadores se limita al período en que usufructuó el servicio del trabajador eventual.

Con relación al Fallo Plenario de la CNAT en los autos: “Vázquez María Laura c/ Telefónica de Argentina” (Plenario 323 de fecha 30 de junio de 2.010) donde por mayoría se sostuvo que el cambio de la figura del empleador real por un empleador aparente modifica uno de los elementos centrales del contrato de trabajo y que la respuesta del art. 29 de la LCT “por imperio legal” determina que el dependiente es empleado de quien utilizó efectivamente sus servicios y por lo tanto si ese empleador no lo registró, y consecuentemente corresponde la sanción prescripta por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, por más que el

⁸ TSJ Córdoba – Auto Interlocutorio 43 de fecha 22 de marzo de 2.016, Autos: TORANZO RODOLFO C/ ACEITERA GENERAL DEHEZA S.A. Y OTROS ORDINARIO- DESPIDO” RECURSO DE CASACION 112859/37

contrato de trabajo haya sido inscripto por el intermediario a quien la ley designa como deudor solidario, el mismo ha tenido muerte súbita, ya que por un lado el trabajador será dependiente de quien formalmente lo contrató, aunque haya cedido su prestación laboral y por otro lado se eliminaron las multas tanto de la ley de empleo como las del art. 80, las que justificaban en casos como el analizado la respuesta solidaria establecida por la norma.

VII. De la Extensión del Período de Prueba

Mucho se ha hablado de esta norma que amplía el período de prueba en el régimen general a seis meses, posibilitando además por negociación colectiva la ampliación a ocho meses para empresas de seis a cien trabajadores y a doce meses para empresas de hasta cinco trabajadores.

En general comparto que no es realmente una prueba, lo que regula el instituto, en el sentido que el común de los humanos le da a tal palabra, ya que ello implicaría un examen de conocimiento adquirido al finalizar el período de prueba o al menos alguna justificación si se decide no transformar esa relación precaria y acotada en una temporalmente indeterminada al amparo de la legislación laboral común.

De hecho se ha señalado que el referido período debiera ser considerado como una modalidad temporal de contratación, más allá que la norma estipule que es tiempo de servicio en el contrato permanente del art. 90 y que una vez superada la prueba dicho contrato pasa a ser de tiempo indeterminado

La reforma sobre el particular genera un mayor plazo para todos los trabajadores contratados como regla general, pero luego permite por vía de la negociación colectiva, con los límites que establece para cada caso una mayor ampliación temporal cuando se trate de microempresas (de hasta 5 trabajadores) y empresas pequeñas y medianas (de 6 a 100 trabajadores). Como ello dependerá de la negociación colectiva sectorial es prematuro marcar la incidencia que tendrá en el futuro de las relaciones laborales.

Como particularidad del texto sancionado se advierte que no figura más la obligación de preaviso, sin perjuicio de lo cual entiendo que subsiste, ya que el art. 231 inc. b) de la LCT señala que el empleador deberá otorgar un preaviso de quince días cuando el contrato estuviere en período de prueba, con lo que sostengo que tal eliminación carece de eficacia ya que el artículo específico que regula el instituto del preaviso es el art. 231 y su indemnización sustitutiva está contemplada en el art. 232 de la LCT.

El otro párrafo que tiene importancia es que sin querer, se ha ampliado la protección en caso de accidente y enfermedad inculpable, ya que el empleador en tales hipótesis deberá mantener el vínculo hasta la finalización del período de prueba o hasta el alta médica lo que ocurra primero. Ello era conteste con el menor período de licencia paga de un trabajador sin antigüedad, es decir de menos de 5 años computables. Como ahora el período de prueba es de 6 meses, si el trabajador recién ingresante, aunque haya desempeñado sus tareas por un solo día y tiene cargas de familia, sufre un siniestro de relevancia (p. ej. politraumatismos por un accidente vehicular que le demandan más de 6

meses de curación) su vínculo a prueba debe perdurar por lo menos por esos 6 meses con licencia paga si sufriera un hecho traumático que por todo el período de prueba le impidiera continuar prestando sus labores. De la misma manera si fuera un trabajador sin carga de familia por el mismo evento hipotético, el vínculo debería ser mantenido por el término de tres meses con licencia paga y el resto del período hasta finalizar los 6 meses de prueba con reserva de puesto laboral. Evidentemente en el apuro legislativo ese aspecto no fue debidamente considerado, pero de su lectura surge que es la única solución legal derivada de la ampliación del plazo a prueba.

VIII De la modificación a la tipología de la injuria.

El art. 242 de la LCT siempre se ha caracterizado por ser una norma de amplia lectura que permite al Juzgador, usando criterios de prudencia, graduar la gravedad del hecho injurioso ya sea patronal (supuesto del despido indirecto del art. 246) o del trabajador (para la justa causa extintiva) sobre la base de la perdurabilidad del vínculo en atención al principio de continuidad (art. 10 LCT) que sólo cedería cuando el hecho denunciado, en ese juicio de valoración, tendría suficiente entidad como para impedir en el futuro la continuidad normal de la relación laboral. En realidad la norma es más contundente ya que afirma que la gravedad del hecho “no consienta la prosecución de la relación”.

La reforma operada avanza sobre el particular al señalar en el tercer párrafo que podrá configurar grave injuria laboral, como objetiva causal de extinción del contrato de trabajo, la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento. El texto originario era imperativo -configurará- pero fue morigerado en la Cámara de Senadores, pero dándole carácter de causal objetiva, es decir, en principio eliminando la posibilidad del Juzgador de analizar y meritar las circunstancias personales que rodearon al caso.

Posteriormente avanza de manera significativa sobre los alcances al establecer una consecuencia presuncional cuyo corset estricto conduce al despido con invocación de causa, previa intimación en el caso de los incisos a) y b) y en forma directa sin contemplación subjetiva ni derecho al descargo cuando se de la hipótesis del inciso c)

Así se dispone que: “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 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”.

Es real que, como he señalado en numerosos cursos sobre el tema, el primer y principal juez de la injuria es la parte que decide cortar el vínculo, ya que al ser el despido irrevocable no hay vuelta atrás, salvo en las hipótesis de las acciones sindicales de reinstalación, pero también resulta claro que emana una enorme presión hacia el Magistrado al condicionarlo en la prudencial evaluación la presunción de injuria grave, máxime con la ambigüedad terminológica que implican los conceptos enumerados y que conforma un notorio ataque a las medidas de acción directa que puedan realizar los sindicatos en defensa de sus derechos profesionales.

Es de esperar que al menos la intimación allí prevista reúna los requisitos de claridad del art. 243 de la LCT para conformar de algún modo la fijeza prejudicial de la causa, que será al momento de proceder luego a la carga probatoria, ya que ante la mera denuncia de una obstrucción parcial para el ingreso en medio de un conflicto colectivo (salarial o de condiciones de trabajo) le bastará a la patronal realizar enunciados genéricos y el trabajador tendrá luego que desvirtuar vía probatoria el contenido de la denuncia.

Parece un retroceso peligroso, al menos en el frío texto de la norma y si bien no se comparte la posibilidad de destrucción o de daños a bienes o personas vinculadas con la demandada o con terceros, nos preocupa el contexto en el que es enunciada la reforma, que parece claramente direccionada a algunos conflictos del pasado y no pensada en su proyección como norma que sirva como reguladora de conductas tendientes a la armonía entre la parte obrera y patronal, sino que seguramente exacerbará el conflicto.

IX. De la reivindicación de la discriminación como acto extintivo del contrato de trabajo

En otra norma que afecta la jurisprudencia mayoritaria imperante y que ignora lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a que la reinstalación en casos de despidos discriminatorios es lo que mejor se ajusta, a los estándares del Bloque de Constitucionalidad Federal, ya que como se ha señalado en el precedente “Alvarez”⁹ el Protocolo de San Salvador contempla a la readmisión en el empleo como una de las consecuencias admisibles en la legislación interna en casos de despido injustificados y que además la reinstalación guarda coherencia con las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos tendientes a la plena reparación de los daños irrogados, se sanciona el texto que patrimonializa la discriminación en una clara disposición favorable al victimario, que poseyendo suficiente capital podrá deshacerse de todos aquellos trabajadores que posean situaciones de vulnerabilidad conforme lo que se ha dado en denominar “categorías sospechosas” o que representen justamente la posibilidad de renovación sindical por la que tanto se declama pero poco se ejercita.

El texto en cuestión señala:

Artículo 245 bis: *Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio.* Sera considerado despido por un acto de discriminación

⁹ CSJN – Voto de la mayoría en autos: “Alvarez y otros c/ Cencosud s/ Amparo” (Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010”

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.

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

El primer párrafo hace referencia a diversas hipótesis de discriminación pero sobre el particular sostengo, que es una mera enunciación no taxativa y que se pueden agregar otras diversas causales de discriminación que no figuran en las mencionadas, como es, una de las comunes que es la discriminación por causas del estado de salud del dependiente. De igual manera tampoco la discriminación por edad, ni el despido represalia, que indudablemente conforman un abanico de posibilidades sobre el particular obviado en el texto agregado en el contexto de la LCT, que trae a referencia lo que acontecía con la ley 25.013 y que fuera luego derogado por la ley 25.877.

En el sentido del valor que se le debe dar a disposiciones de dicho tenor la jurisprudencia ha señalado: **“La enumeración de los motivos de discriminación que formula la L.C.T. es meramente enunciativa y no taxativa, lo cual significa que está incluida en la prohibición toda distinción que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato fundado en un motivo arbitrario que puede ser el aspecto físico o el hecho de que el dependiente padeciese una enfermedad con la eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral” (CNAT, Sala IX, Autos: Rossi c/ Orígenes – Sentencia de fecha 6-5-2005)**

De igual manera y al tratar un despido represalia se aplicó al respecto la ley 23.592, ordenando la reincorporación de la trabajadora así despedida. En efecto allí se señaló: “Se ha acreditado que la demandada, si bien no alegó una causa que fundara la decisión, la existencia de ella surgió plenamente acreditada, dado que no abrigo dudas en cuanto a que existió en el caso, una represalia por la actitud asumida por la accionante al iniciar el juicio mencionado. Tal como señalara en el veredicto, la decisión de despedir a la trabajadora se produce el mismo día en que el Consejo de Administración de la Cooperativa demandada toma conocimiento de las actuaciones caratuladas “SFFAEIR, CAROLINA por si y en nombre y representación de su hija menor c/ GONZALEZ, Francisco y COOPERATIVA ELECTRICA DE CHACABUCO

LIMITADA s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, EXPTE. N° 47.066. En ese momento se decide el despido¹⁰.

El segundo aspecto que no puede ignorarse tiene que ver con la carga probatoria desconociendo el standard probatorio de la causa “Pellicori¹¹” y los fundamentos que avalan esa postura jurídica.

En efecto allí se señaló: La carga de la prueba en materia de discriminación parte de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. Atendiendo a ese dato realista, en las demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales, que una vez, que el reclamante hubiese acreditado “prima facie” que ha sido víctima de discriminación, deberá ser la parte demandada la que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente. Dichas pautas procesales no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia, por lo que tributan al combate contra la impunidad, que es lo que propicia la repetición crónica de violaciones de los Derechos Humanos.

Por último en esta temática merece destacarse el hecho de la no acumulación de regímenes indemnizatorios agravados con lo cual no queda claro que sucederá con las discriminaciones tasadas que en la actualidad existen respecto de matrimonio y maternidad (un año de remuneraciones, es decir trece meses de sueldos) que en diversos supuestos resultará económicamente más significativo que la duplicación de la indemnización por antigüedad en aquellos casos que se gradúe con el máximo permitido por la nueva norma. Obvio que mucho más se profundizará esta diferencia de cuantificación económica si el Juzgador resuelve aplicar un agravamiento equivalente al 50%. Reitero que la decisión normativa de no permitir la posibilidad de reincorporación, agravarán en muchos casos la situación de vulnerabilidad e indefensión de trabajadores que quedarán sujetos a abusos y que ignorará las claras disposiciones de los arts. 1738 y 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la reparación integral del daño causado.

X. Conclusiones

Lamentablemente nuestros legisladores han perdido una magnífica oportunidad para avanzar en actualizar diversos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo que originados en la visión del año 1974, es decir de 50 años atrás, hoy no contemplan muchas realidades de la vida cotidiana, en especial en aspectos que tienen que ver con las relaciones de familia y su correlato vinculado con el derecho previsional.

¹⁰.SCJBA, Sentencia de fecha 8 de Agosto de 2012, Autos: “SFFAEIR, CAROLINA c/COOPERATIVA ELECTRICA DE CHACABUCO LIMITADA - Despido”

¹¹ CSJN – Sentencia de fecha 15 de Noviembre de 2.011, Autos: “PELLICORI, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”.

Han cedido a la tentación de creer que los derechos de los trabajadores representaban todos los males para la ausencia de crecimiento real de la economía y acusaron nuevamente al Derecho del Trabajo de atentar contra el progreso social. Esta visión maniquea, marcha a contramano de lo que ha estado sucediendo en el mundo y con la normativa que nuestro país debe acatar tal como los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT que vedan la discriminación en el empleo, que por esta reforma legal, se justifica y patrimonializa (además de manera mezquina e insuficiente)

Al amparo de la “modernización laboral” proclamada, se vuelve a retrógradas discusiones, cuya respuesta nuevamente quedará en la resolución judicial y donde el principio de primacía de la realidad va a ser dirimente a la hora de encuadramiento y resolución de los casos analizados.

Es por ello que esperamos que en esta ocasión, Pandora no cierre su caja y permita salir al último de los bienes en ella encerrada, que es la esperanza y de esta manera, a pesar de los tiempos hostiles y destemplados que estamos viviendo, sigamos creyendo que es posible que nuestro país, a través de su legislación y sobre todo de su jurisprudencia siga marcando el rumbo que hasta no hace mucho tiempo atrás era el faro que iluminaba a muchas de las naciones libres.