

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

**SUPLEMENTO DIGITAL**

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

**Dossier N° 6**

**CÉSAR ARESE**

Director

**DIEGO GUIRADO**

Coordinador



**RUBINZAL - CULZONI**  
**EDITORES**

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

**Fechas de publicación:**

Dossier N° 1: 3 de abril de 2020

Dossier N° 2: 14 de abril de 2020

Dossier N° 3: 28 de abril de 2020

Dossier N° 4: 21 de mayo de 2020

Dossier N° 5: 2 de junio de 2022

Revista de Derecho Laboral Actualidad : Doctrina digital : Dossier N° 6 : La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 / Mario Eduardo Ackerman... [et al.] ; dirigido por César Arese. - 1ª ed. revisada. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2024.  
Libro digital, PDF - (Revista de Derecho Laboral Actualidad)

Archivo Digital: online  
ISBN 978-987-30-4901-9

I. Derecho. I. Ackerman, Mario Eduardo. II. Arese, César, dir.  
CDD 344.01

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

de Rubinzal y Asociados S. A.

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

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

## ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por CÉSAR ARESE .....	4
<i>Una ancha avenida de regresividad de derechos</i> , por CÉSAR ARESE .....	6
<i>Una reforma laboral impúdicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad</i> , por MARIO E. ACKERMAN.....	21
<i>Anticuerpos jurídicos defensivos contra el DNU 70/2023</i> , por JORGE ELÍAS.....	35
<i>Lo urgente y lo importante. Mafalda lectora del DNU 70/2023</i> , por GONZALO BARCIELA .....	46
<i>La estéril modificación del artículo 23 de la LCT a través del manifiestamente inconstitucional DNU 70/2023. Primera aproximación</i> , por DIEGO M. TOSCA .....	55
<i>El “trabajo” de entregar el “certificado” y las consecuencias de su omisión</i> , por DIEGO J. TULA.....	59
<i>Sobre la “licencia por gestación” en el DNU 70/2023</i> , por LILIANA HEBE LITTERIO .....	66
<i>Dos casos de disponibilidad colectiva en el DNU 70/2023: la jornada de trabajo y la indemnización por despido</i> , por LUIS ROA.....	73
<i>Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una revisita</i> , por ROLANDO E. GIALDINO .....	86

## PRESENTACIÓN

### UN DEBATE URGENTE, ABIERTO Y PROFUNDO

La irrupción del Decreto de Necesidad y Urgencia 70 de 2023 (B. O. del 21-12-2023) titulado *Bases para la reconstrucción de la economía argentina* generó una fuerte conmoción en el Derecho del Trabajo. El extenso, completo, complejo y controvertido Título IV relativo a *Trabajo*, con cuarenta y cuatro artículos derogatorios, modificatorios y complementarios de una decena de leyes de Derecho individual y colectivo, no dejó operador jurídico laboral alguno indiferente. Se generó un debate casi instantáneo que movilizó la expresión doctrinaria de forma espontánea. Decenas de causas se tramitan pidiendo la revisión sustancial general y particular sobre múltiples instituciones jurídicas comprometidas de esta legislación especial de emergencia.

Fueron las resoluciones emanadas del fuero especial, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de FERIA, en autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional” del 3 de enero de 2024 y “Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina (CTA) c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo” del 4 de enero de 2024, al acoger las medidas cautelares que suspenden la vigencia de aquella norma, las que sentaron un punto de cuestionamiento normativo sumamente trascendental. De hecho, dado que fueron dictadas con efectos hasta tanto se resuelva el fondo de los pedidos de su inconstitucionalidad, están significando un obvio *quietus* jurídico.

Sin embargo, al continuar el trámite ante el Congreso de la Nación destinado a la convalidación del DNU según el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional y ante la posibilidad de que esas resolu-

ciones judiciales sean revisadas, el análisis de la valoración de constitucionalidad/convencionalidad de ese DNU y de los múltiples impactos sobre las relaciones laborales, el mundo jurídico del trabajo nacional continúa en crisis.

La reforma laboral prevista en el DNU 70/2023 es de una dimensión histórica que sólo puede compararse con la revisión de la Ley de Contrato de Trabajo producida en 1976 por los aspectos formales y sustanciales. Pero hay una diferencia muy importante: se produce en una democracia que presume de adultez luego de más de inéditos 40 años de vida ininterrumpida. Tal vez hubiera sido deseable una mejor apertura del año del Cincuentenario de la Ley de Contrato de Trabajo.

Precisamente, las autoras y los autores reunidos en esta entrega editorial gestada en pocos días conforman una masa crítica de doctrina que inspira el intercambio democrático de ideas, la valoración ciudadana, la eventual aplicación y ejecución del DNU y la actividad procesal y jurisprudencial en marcha. Lo urgente, sin embargo, no opaca la profundidad técnica de las colaboraciones. Es una sana y espontánea reacción de los pensadores del Derecho del Trabajo que se pone aquí a disposición en forma abierta.

CÉSAR ARESE  
Director

# UNA ANCHA AVENIDA DE REGRESIVIDAD DE DERECHOS<sup>1</sup>

por CÉSAR ARESE<sup>2</sup>

SUMARIO: I. La reforma permanente. II. Una difícil prueba de constitucionalidad. III. *Tabula rasa* indemnizatoria registral. IV. El centrifugado de la LCT. A. Zócalos deslaboralizados. B. Eventualización. C. Relaciones laborales “colaborativas”. V. Inversión probatoria a favor del más fuerte. VI. Negociando lo legislado. VII. Mochila liviana pero negociada. VIII. La tarificación de los derechos humanos. IX. Lo insólito y lo ridículo. A. Una bicicleta a contramano. B. El milagro del trabajador banquero y financista. X. Otros guadañazos. XI. Bloqueos al Derecho Colectivo. XII. Arquitectura regresiva.

*Se realiza un análisis sinóptico de las principales disposiciones del DNU 70/2023 en materia de trabajo. La reforma involucra más de una decena de leyes y adopta una dirección regresiva respecto de derechos laborales reconocidos de larga data.*

## I. La reforma permanente

Un primer y urgente análisis del Título IV relativo a *Trabajo* dentro del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023 sobre *Bases*

<sup>1</sup> El presente artículo fue escrito el mismo día de publicación del DNU 70/2023 y editado en Rubinzal Online el día 22-12-2023 con el título *Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023*. Se publica ahora con algunas modificaciones.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Posdoctorado, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de Derechos Humanos Laborales, Universidad Nacional de Córdoba. Ejecutivo de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Secretario Académico de FOFETRA, integrante de ILTRASS y de la Comisión Directiva de la Asociación de ex Becarios de Bologna, Castilla La Mancha-OIT y Presidente del Círculo de Abogadas y Abogados Laboralistas.

*para la reconstrucción de la economía argentina* y su casi medio centenar de artículos obliga a varios cortes, a recordar los precedentes de reformas laborales. En apretada síntesis, por su impacto, alcances y completitud, y si se ahorra estudiar y referir a los cambios normativos fundacionales de la década de los años 40 y parte de los 50, la primera fue la aprobación de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT) (promulgada el 20-9-74). Sufrió una pronta y sustancial contrarreforma el 29 de abril de 1976 mediante la ley de facto 21.297. Su decreto 390/76 estableció el texto ordenado y a la vez modificó y derogó numerosas disposiciones, paradójicamente en vigencia, al menos parcial, desde entonces.

La otra reforma laboral puede encontrarse a comienzos de la década de los 90, con centro en la Ley Nacional de Empleo 24.013 (LNE) de 1991 y otros instrumentos especiales que culminaron años después con la ley 25.013 de 1998. Una tercera reforma fue la conocida como “Ley Banelco” 22.250 del año 2000, fundamentalmente modificatoria de temas de Derecho Colectivo como la Ley de Negociación Colectiva 14.250 y que estuvo acompañada posteriormente por la ley 25.345 que reformó varios temas de la LCT. *Corsi e ricorsi* de la historia, en 2004 se registró una revisión de esta reforma por ley 25.877, la última reforma laboral y cuarta conocida como tal hasta el presente.

Esta nueva y quinta reforma laboral 2023/2024 apeló a un instrumento de excepción, el DNU, emparentándose, o por lo menos haciendo recordar, con la reforma mediante legislación de facto de 1976. Vino a revisar prácticamente todas las leyes modificadas por aquellas reformas, nada menos que una decena de leyes grosso modo y, por lo tanto, se anota como una transformación estructural del instrumento central del sistema laboral argentino cuando la LCT, aquella primera reforma laboral, se apresta a cumplir medio siglo con un nuevo maltrato normativo.

## **II. Una difícil prueba de constitucionalidad**

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN) ordena construir un sistema legal dirigido a proteger al trabajador. Su evolución es producto de reclamos y conflictos históricos, pero también de debates

y acuerdos legislativos y autónomos como los convenios colectivos. En una noche, el DNU 70 de “reconstrucción de la economía”, sin necesidad ni urgencia, deconstruyó la reforma evolutiva, acumulativa y progresiva de una decena de leyes de trabajo elaboradas durante más de tres cuartos de siglo por gobiernos de distinto e inclusive contradictorio signo político.

En lo formal, no parece que pueda ni deba eludirse la discusión parlamentaria de cambios que afectan a millones de personas. Este signo antidemocrático no se condice con los ideales liberales respetuosos de la división de poderes y la formación de las leyes. Es obvio que el Poder Ejecutivo “participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar”, pero “no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99, inc. 3º, CN). Hay una excepción, claro está, y es aquella de los famosos DNU como recurso legislativo “cuando circunstancias excepcionales” “hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” para luego someterlos al Congreso Nacional y su Comisión Bicameral Permanente.

En primer lugar, no aparecen a la vista, por lo menos en materia laboral, circunstancias que justifiquen eludir el debate democrático y abierto sobre la vigencia de normas de trabajo que se han alcanzado en décadas de estudio, análisis y discusión legislativa, doctrinal y jurisprudencial. En segundo término, se encuentran bastante lejos los parámetros, algo cambiantes, eso sí, de la Corte Suprema en materia de leyes de emergencia. Si se toman los enunciados de “Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional (Ministerio de Economía. BCRA) s/Amparo”, del 27 de diciembre de 1990, se exige respetar: 1) “Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado amparar los intereses vitales de la comunidad”. La cuestión no está clarificada en el DNU en cuestión; 2) “Que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la comunidad y no a determinados individuos”. Aparece claro en el DNU que son los individuos trabajadores los perjudicados y nada hace pensar que se defiendan los intereses comunitarios; 3) “Que la moratoria debe ser razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias”. La naturaleza

de generalizada desprotección del DNU no aparece demasiado razonable, y 4) “Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”. Al parecer, la reforma laboral llegó para quedarse, definitivamente.

Estas cuestiones serán seguramente debatidas judicialmente, pero, por lo pronto, la justificación del avance estructural desmejorativo es claramente inaceptable y, si es opinable, debe pasar por el Congreso Nacional. Mientras tanto, el DNU tendrá vigencia según la disposición del artículo 5° del CCCN, salvo resolución judicial en contrario o la descalificación del Congreso de la Nación mediante la resolución de la Comisión Bicameral mencionada. Se afirma que es una reforma o contrarreforma laboral que se dirige a desestructurar buena parte del sistema de protección individual del trabajador y reducir la actuación colectiva organizacional, negocial y el accionar sindical de un trabajador.

### **III. *Tabula rasa* indemnizatoria registral**

Una de las preocupaciones esenciales del DNU 70/2023 fue eliminar todas las indemnizaciones o multas por registración deficiente, falta de ingreso de aportes y contribuciones o falta de pago de indemnizaciones de la Ley Nacional de Empleo 24.013, de la LCT y de leyes especiales como las 25.013, 25.323, 25.345 y las disposiciones de los Estatutos de Casas Particulares y Trabajo Agrario. Las modificaciones introducidas en la LNE no compensan ni mucho menos esa supresión de un sistema de persecución de la irregularidad registral y el incumplimiento con normas laborales.

Esta supresión debe interpretarse como un aliento, por lo menos indirecto, de las prácticas ilegales porque no se implementa ningún régimen sustitutivo. Tal vez se piensa en un cambio cultural por parte de los empleadores que sostienen un 35% de los trabajadores en algún tipo de irregularidad registral y se autoimpongan el cumplimiento fiel, permanente y definitivo de la ley laboral. Daría casi lo mismo jurídicamente mantener un trabajador registrado que sumergido en la indignidad de la opacidad registral. Y los empleadores que cumplen con

la ley también se perjudican con la competencia desleal. Ésta es la primera afrenta a la estructura regular del contrato de trabajo.

Tal vez el DNU “beatifica” esas ilegalidades del trabajo en negro que el Papa Francisco consideró ex cátedra como “pecado mortal” ya hace algunos años. Esta libertad no interesa a una sociedad que pretende ser normal, cumplir la ley y desarrollarse con respeto al Derecho.

#### **IV. El centrifugado de la LCT**

##### *A. Zócalos deslaborizados*

Las modificaciones a los artículos 2º, inciso d, y 23 de la LCT crean zonas liberadas laborales. Con la primera disposición se aparta del amparo de la ley a las “contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial”. Por la segunda se suprime la presunción de existencia de contrato de trabajo cuando existan relaciones de trabajo pero se trate “de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficio” y “se emitan los recibos o facturas correspondientes a dicha forma de contratación” o el pago se realice conforme los sistemas bancarios” reglamentados.

De lo que se trata es de “monotributarizar” las relaciones de trabajo con figuras autónomas. Podría discutirse la situación de profesionales universitarios que poseen su propia estructura y capacidad de negociación autónoma. Pero excluir en forma directa y sin atenuantes toda contratación que se vista con ropas contractuales del CCCN o apartar a “oficios” como electricista, albañil, mantenimiento, etcétera, que al emitir recibos o facturas se excluyen de la LCT, es francamente desmesurado e intenta volatilizar parte del sistema presuncional que opera en los casos de relaciones laborales encubiertas.

##### *B. Eventualización*

La modificación del artículo 29 de la LCT agrega al título anterior “*Mediación. Intermediación. Solidaridad*”, el de “*Subsidiariedad*”. Con fuente en la “Reforma Trabalhista” de Brasil de 2017 aunque de modo poco claro, de lo que se trataría es de que la empresa principal no sea imputada solidariamente por los incumplimientos de las empresas de

servicios eventuales sino en forma subsidiaria. Es coherente con la modificación del artículo 136 de la LCT sobre responsabilidad de contratistas e intermediarios al suprimirse toda alusión al artículo 29 en lo referente a pago directo de remuneraciones e indemnizaciones. Por lo tanto, no desaparece la solidaridad de la principal, pero se la escalona o mediatiza, por expresarlo de algún modo, alentando la eventualización de contratos de trabajo a través de las empresas especializadas en estas relaciones de modalidades especiales (arts. 99 y 100, LCT y 77 a 80, LNE).

### C. Relaciones laborales “colaborativas”

Es interesante presentar la creación de un enorme zócalo de trabajadores extradependientes, “*De los trabajadores independientes con colaboradores*” del artículo 96 del DNU. Es una nueva categoría laboral de trabajadores “independientes” y “autónomos” de algún modo coaligados entre sí, aunque tengan un empleador<sup>3</sup>. Extraña figura. Un trabajador puede reunir hasta otros cinco trabajadores constituyendo un grupo de trabajo, una sociedad de hecho o formal o una cooperativa de trabajo para prestar servicios para sí o para terceros como emprendimiento. Hasta ahí podría ser. Pero, a la vez, puede contratar a otros trabajadores para que trabajen bajo su dependencia, con la condición de que se manifiesten todos “independientes” y se inscriban como tales y hagan aportes. Enorme cantidad de comercios, por ejemplo, se podrían convertir en emprendimientos de trabajadores autónomos independientes. Escenario de pleitos o una zona liberada para todo tipo de fraude laboral y obvia desprotección laboral.

<sup>3</sup> Art. 96, DNU: “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros cinco (5) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación”.

## V. Inversión probatoria a favor del más fuerte

La revisión de la LCT por el DNU 70/2023 modifica parcialmente el sistema de norma más favorable del artículo 9° introduciendo ese principio-regla recién “cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio”, a la vez que descartando los sistemas de cargas diferenciales probatorias según la condición de las partes para acudir a la aplicación del *onus probandi* clásico. Se dice que “se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica”. En síntesis, un retorno al desequilibrio procesal entre desiguales, algo que el Derecho del Trabajo superó hace tiempo sobre la base del principio de acceso a tutela judicial efectiva e inclusive el mismo artículo 17 bis de la LCT. La obvia “igualdad de armas” procesales que procuran los sistemas probatorios entre desiguales volvió al armario de los antiguos paradigmas probatorios.

De otro lado, el principio basal de irrenunciabilidad del artículo 12 pierde la protección de las mejores condiciones incluidas en el contrato individual de trabajo cuando se supriman o reduzcan sus derechos adquiridos (jornada menor, plus remuneratorio, adicional), “ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”. Parece indicarse en este caso la necesidad y posibilidad de acudir a acuerdos individuales, mediante la homologación de acuerdos relativos a modificaciones “de elementos esenciales del contrato de trabajo” según el mecanismo del artículo 241 de la LCT.

## VI. Negociando lo legislado

Otra modificación llamativa, entre tantas, es la ampliación del período de prueba a ocho meses (art. 92 bis, LCT). Pero la incorporación del artículo 197 bis de la LCT es de particular preocupación por su amplio nivel de disponibilidad negocial del orden público general de la Ley de Jornada de Trabajo 11.544 y de la propia LCT en esta materia. Es que, dice, “las convenciones colectivas de trabajo, respe-

tando los mínimos indisponibles de 12 horas de descanso entre jornada y jornada por razones de salud y seguridad en el trabajo, así como los límites legales conforme la naturaleza de cada actividad, podrán establecer regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de producción, las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores. A tal efecto, se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral”.

De tal forma se establece la posibilidad de que las protecciones establecidas en la legislación sean derogadas *in peius* por medio de la negociación colectiva.

Dos observaciones de máximos tribunales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos criticó larga y expresamente esta posibilidad, también instrumentada por la reforma brasileña de 2017<sup>4</sup>. En la práctica, un CCT podría llevar la jornada hasta 12 horas diarias y reducir el monto de las horas extraordinarias. En “Cardone c/Be Enterprises”, del 1º de noviembre de 2022, la Corte Suprema estableció un doble límite a la jornada de trabajo: uno semanal, de cuarenta y ocho horas, y otro diario, de ocho horas (o nueve, según lo prevé el decreto reglamentario 16.115/1933 en el caso de distribución desigual de las horas), “independientes y autónomos entre sí” y que, obviamente, integran el orden público indisponible.

## VII. Mochila liviana pero negociada

En materia de protección contra el despido arbitrario, a priori, se

<sup>4</sup> CorteIDH, Opinión Consultiva 27/21 sobre *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*: “Permitir en general que los derechos reconocidos por la legislación laboral puedan ser derogados *in peius* por medio de la negociación colectiva, cuando esto implica una regresión en la protección del reconocimiento de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, debe ser considerado contrario al principio de la negociación libre y voluntaria protegida por los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en la medida en que podría poner en riesgo otros derechos laborales, como por ejemplo el derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias” (párrafo 149, con citas de resoluciones del Comité de Libertad Sindical de OIT).

marcha en forma contraria al ritmo regional de crecimiento de derechos relativos a la estabilidad. Desde el caso “Lagos del Campo”, de 2017, la CorteIDH remarca la garantía del derecho humano a la estabilidad en el empleo desde la interpretación del derecho al trabajo contenido en el artículo 45 de la OEA al que remite el artículo 26 de la CADH. Pues bien, la primera alteración del sistema de estabilidad está incluida en el alargamiento claramente desmesurado del período de prueba a ocho meses del artículo 92 bis de la LCT y el segundo es la reducción de la forma de cálculo de la base indemnizatoria por antigüedad o despido del artículo 245 de la LCT, descartándose la incidencia del sueldo anual complementario y, en el caso de “trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis (6) meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador”.

Pero la disposición “estrella” es aquí la posibilidad de crear un sistema de eliminación de la estabilidad laboral mediante la disponibilidad colectiva. Se dispone en el nuevo artículo 245: “...Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable”. Esta habilitación colectiva permitirá el despido libre o, la otra cara de moneda, la supresión de la estabilidad laboral, también protegida constitucionalmente. A mayor inestabilidad, menor formación profesional, más inseguridad jurídica e imposibilidad de imaginar un proyecto de vida laboral. A este sistema se le llama “mochila”, que, por más juvenil que se la presente, es una palabra que deriva del latín *mutilus*, “mutilado”. Pero, además, implica imponer una nueva carga al empleador que cumple con la registración, no piensa en despidos libres sino causados o justificados y no necesita un fondo especial.

### **VIII. La tarificación de los derechos humanos**

Como se sabe, los derechos humanos poseen, entre otras características, el de ser universales, *erga omnes* e inalienables o irrenunciables, y entre los centrales se encuentran la libertad, la dignidad y

la igualdad (Declaración Universal de Derechos Humanos). Obvio, también rigen en las relaciones de trabajo de la mano de los derechos humanos laborales y que traen como consecuencia el principio *restitutio in integrum* en caso de su violación. Pero ahora, en Argentina, pretende capitalizarse tarifadamente. Un nuevo artículo 245 bis<sup>5</sup> establece el “Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio”, entendiéndose por tal el “originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial”. No aparecen hipótesis como el trato discriminatorio por razones de edad<sup>6</sup> o salud<sup>7</sup>, no obstante la Ley Antidiscriminatoria 23.592. Se reitera un sistema probatorio ya defenestrado de *onus probandi* clásico (“la prueba estará a cargo de quien invoque la causal”), tanto por los estudios de la OIT relativos al Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), como por la CEDAW, Belém do Pará o la ley 26.485, entre otros instrumentos. La tarifación es ponderativa porque puede ir de un 50 a un 100% de la indemnización por despido incausado, pero, además, se intenta impedir el acceso a otros sistemas indemnizatorios como el Derecho común (CCCN) o sancionatorios

<sup>5</sup> Art. 245 bis: “Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el art. 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 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”.

<sup>6</sup> Condenada por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por ejemplo.

<sup>7</sup> La igualdad de trato y el derecho a un entorno seguro y saludable, entre otros derechos, son receptados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT.

como medidas de remediación o no repetición. El Convenio 190 sobre violencia y acoso no fue alcanzado por estas normas.

## **IX. Lo insólito y lo ridículo**

### *A. Una bicicleta a contramano*

En respuesta a los reclamos empresariales de eliminación de intereses del acta de la CNAT 2764 del 7 de septiembre de 2022 con capitalización anual desde la fecha de notificación de traslado de la demanda, se pretende modificar el artículo 276 de la LCT estableciendo la indexación con tope en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) e intereses para créditos laborales de orden público nacional. Curiosamente, también parte de los operadores del Derecho Laboral del sector de trabajadores que no litigan en el fuero de CABA reclamaban la actualización de créditos laborales sobre bases objetivas de indexación. Se clausuró la etapa de aplicación de la Ley de Convertibilidad 23.928 que impedía la indexación de créditos, lo que resulta positivo, aunque la aplicación de un interés puro del 3% es claramente ínfimo si se entiende que abarca intereses moratorios y compensatorios (arts. 767 y 768, CCCN). Podría decirse que se trata de una bicicleta a contramano de la ancha avenida de regresividad en derechos por la que circula el DNU 70/2023.

### *B. El milagro del trabajador banquero y financiero*

La otra disposición llamativa y un tanto desopilante es la del artículo 277 de la LCT: “...Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la ley 24.467<sup>8</sup>, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce (12) cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente ley”. Ésta es una interesante e inédita fuente de financiamiento que otorga, no un banco, el Estado ni otro ente, sino obligatoriamente los trabajadores que han tenido la gran fortuna de transitar un juicio laboral, cualquiera

<sup>8</sup> Se alude a los empleadores de pequeñas y medianas empresas de hasta 40 trabajadores según el art. 83 de ese régimen especial.

sea su causa, como un despido nulo, discriminatorio, violento, etcétera, y resultan vencedores. A partir de allí, se pueden convertir en financistas que reciben su crédito en cómodas cuotas mensuales durante un año. Esta disposición no sólo es inconstitucional por afectar el obvio derecho de propiedad y el de acceso a tutela judicial efectiva, sino además porque es ridícula.

## **X. Otros guadañazos**

El DNU 70/2023 borra de un plumazo y sin anestesia el viejo Estatuto del Viajante de Comercio (ley 14.546) y revisa prescripciones del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo (ley 27.555) relativas a tareas de cuidados (art. 6°), reversibilidad (art. 8°), régimen de prestaciones transnacionales (art. 17) y registro (art. 18). El primero tiene 65 años de vigencia y una identidad profesional muy fuerte, sindicato y convenio colectivo propio que desaparecen. El estatuto de teletrabajo fue producto de la fusión de numerosos proyectos legislativos, discutido durante la pandemia de 2020 y aprobado por el Congreso de la Nación con un alto nivel de consenso. No se comprende tampoco aquí y en ninguno de los dos casos la emergencia, necesidad y urgencia de estas revisiones.

## **XI. Bloqueos al Derecho Colectivo**

Las disposiciones relativas a despido contienen la creación de la injuria especial por accionar sindical de un trabajador<sup>9</sup>. Al margen de advertirse el triunfo del Movimiento Empresarial Antibloqueo (MOEB)

<sup>9</sup> “...Configura injuria laboral grave la participación 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”.

que reivindica desde hace varios años la aplicación de mano dura (persecución penal) contra los conflictos sindicales, salta claramente una inconsistencia jurídica en la primera hipótesis. Se afecta la libertad de trabajo de quienes adhieran a una medida de fuerza mediante “actos” o “hechos”. Tal como está redactado, quien exhorta a alguien a adherir a la huelga, pide colaboración o realiza cualquier otra conducta vinculada con esa acción sindical, puede quedar despedido con causa...

El DNU modifica el artículo 132 de la Ley de Contrato de Trabajo indicando que los empleadores deben realizar los descuentos sindicales, convencionales y de mutuales y cooperativas, “sólo si existe un consentimiento explícito del empleado autorizando el mismo”. Esta norma rige para las relaciones futuras según el artículo 7° del Código Civil y Comercial, no es retroactivo y no comprende a los contratos de trabajo constituidos con anterioridad y cuyas pautas legales, estatutarias y convencionales constituyen situaciones jurídicas ya consolidadas, incluidas las relativas a las afiliaciones sindicales, cooperativas y mutuales y sus descuentos<sup>10</sup>. Para el futuro, los descuentos sindicales y convencionales siguen teniendo fuente en los artículos 37 y 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551 y 9° de la Ley de Convenios Colectivos 14.250. Estas normas derivan del artículo 14 bis de la CN y, al pactarse, se convierten en leyes profesionales. Los convenios colectivos son modificables sólo por las partes y no por imperio legal peyorativo, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema. Del mismo modo que un empleador o un trabajador no puede disponer individualmente de reglas colectivas legales u homologadas por la autoridad de aplicación de un convenio colectivo, tampoco se puede suprimir individualmente un descuento establecido legal o convencionalmente.

Menos aún se puede interpretar que, si no existe un consentimiento explícito, decaen esas obligaciones porque existe un orden público permanente superior constitucional. Es obvio, además, que si un trabajador está afiliado a una entidad sindical, legal y estatutariamente, se obligó a realizar aportes según procedimientos normados y no dis-

<sup>10</sup> Así lo entendió la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Capital Humano mediante dictamen del 27-12-2023.

ponibles individualmente, salvo que renuncie a su afiliación. Si el empleador interfiere o actúa en ese sentido, directa o indirectamente, está afectando la libertad sindical y, según el artículo 53 de la ley sindical, incurre en práctica desleal. Los descuentos mutuales y cooperativos tienen igualmente habilitación legal o convencional, y si el trabajador ha aceptado su afiliación a entidades sociales, se obligó a realizar los aportes.

Se acompaña esta reforma con la caída parcial de la ultraactividad de los convenios colectivos en lo relativo a las cláusulas obligacionales (art. 6º, ley 14.250) y con limitaciones a las actividades sindicales consideradas excesivas y el ejercicio de la huelga en gran cantidad de actividades como las alimentarias, educación, transporte (reforma a la ley 25.877) que son consideradas servicios esenciales por su “importancia trascendental”. Estas disposiciones aparecen en varios puntos como contrarias a los criterios del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Se estima que la mitad de los trabajadores estarían comprendidos en actividades de “importancia trascendental” como, por ejemplo, una panadería o un bar, y deben cubrir la mitad de servicios.

La libertad sindical y el derecho de huelga son derechos humanos laborales, según numerosos instrumentos internacionales, y medios no violentos y procesalizados para resolver conflictos y acordar una nueva condición colectiva. De allí surgen los convenios colectivos que son fuentes autónomas de Derecho. En Argentina son ejemplares por su riqueza y dinámica aun cuando necesiten actualización negociada. Debilitar o reglamentar un sistema autónomo de relaciones colectivas significa beneficiar la negociación particular, desregulada y desequilibrada de las partes.

## **XII. Arquitectura regresiva**

En fin, no existe en el DNU 70/2023 senda alguna de progresividad de derechos laborales, sino una amplia avenida de regresión y varias inconventionalidades e inconstitucionalidades. Se creía, como dice la CSJN, que en el marco de cuestiones relacionadas con el Derecho del Trabajo y el Derecho Previsional, el principio de progresividad o no

regresión “veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no sólo es un principio arquitectónico de los derechos humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia”<sup>11</sup>.

Si, como dicen los órganos de control de Naciones Unidas y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la OIT, “los derechos del trabajo son también derechos humanos”<sup>12</sup> y una sociedad democrática no admite retrocesos en derechos sociales. Por todo esto, la aplicación de un DNU regresivo en derechos recién comienza.

<sup>11</sup> *Fallos*: 338:1347; 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; 328:1602, voto del juez Maqueda; 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni. Agregó la CSJN que “el impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine*, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales” (“Escalona”, *Fallos*: 344:1070). Ver: CSJN, *Notas de jurisprudencia*, septiembre de 2021, jurisprudencia@csjn.gov.ar, pdf.

<sup>12</sup> Declaración conjunta de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y las presidencias de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, 2023.

# UNA REFORMA LABORAL IMPÚDICAMENTE PERVERSA Y VICIADA DE NULIDAD INSANABLE QUE LASTIMA A LA DEMOCRACIA Y AGREDE A LA LIBERTAD

por MARIO E. ACKERMAN

Oh libertad, cuántos crímenes  
se cometen en tu nombre!

Mme. ROLAND

SUMARIO: I. Así con la motosierra como con la guillotina. II. De libertades y falta de libertades. III. El *cómo* y los *porqués* de la reforma. La nulidad insanable del DNU 70/2023 y la precariedad de la justificación de sus reglas. IV. Los silenciados *paraqués* que surgen de las consecuencias *inmediatas previsibles*. V. En suma y para no perder la esperanza.

## I. Así con la motosierra como con la guillotina

Se llamaba *Marie-Jeanne Roland de la Platiere*, pero se la suele mencionar como *Madame Roland*.

Comprometida desde sus orígenes con el ideario y las acciones de la *Revolución Francesa*, y al igual que su marido –Jean Marie Roland–, estaba ella enrolada en la llamada tendencia *girondina* que, desde la moderación, rechazaba los excesos que llevaban a cabo los *jacobinos*.

Al imponerse estos últimos, Madame Roland denunció incansablemente los abusos del régimen de terror impuesto y que se acentuó a partir del asesinato de Jean Paul Marat<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Aquel médico devenido en periodista que –anticipándose en más de dos siglos al llamado *teorema de Baglini*– migró también de la férrea oposición a la pena de muerte que sostenía cuando estaba en el llano, a propiciar la ejecución de los enemigos

La muerte violenta de Marat, en julio de 1793, llevó también al crecimiento del poder de Maximilien Robespierre, quien desde el Comité lideró el llamado *régimen de terror*, caracterizado por una intolerancia sin fisuras de toda forma de crítica o cuestionamiento a las acciones revolucionarias, las que sin mayor trámite eran acalladas por la vía de la pena de muerte.

Fue así como Madame Roland, luego de ser encarcelada, fue rápidamente ejecutada en la entonces llamada *Plaza de la Revolución* –hoy *Place de la Concorde*–, donde estaba instalado ese terrorífico aparato que debe su nombre a la promoción de su uso por otro diputado de la Convención, quien al igual que Marat era médico e inicialmente opositor a la pena de muerte, y que se llamaba Joseph Ignace Guillotin.

No parece haber de esto testimonios escritos, pero la tradición oral cuenta que el 8 de noviembre de 1793, inclinada para colocar su cabeza en el cepo de la guillotina y al ver una estatua de arcilla de la libertad, pronunció Marie-Jeanne Roland de la Platiere las palabras por las que la recuerda la historia: *Oh libertad, cuántos crímenes se cometen en tu nombre!*

Como era razonablemente previsible, transcurridos unos pocos meses, en el mismo lugar y con el mismo procedimiento, rodó la cabeza de Maximilien Robespierre, de quien no se recuerda que en esas circunstancias haya pronunciado alguna frase célebre, pero sí su responsabilidad por los crímenes de la revolución.

Más de dos siglos han transcurrido ya desde aquellos días sangrientos con los que, según han convenido los historiadores, y al amparo de las banderas de la *libertad*, la *igualdad* y la *fraternidad*, comenzó lo que damos en llamar la *Edad Contemporánea*.

Es difícil, empero, reconocer en estos tiempos de una nueva *posmodernidad* –bien distinta de la originaria, cuando la edad *Contemporánea* sucedió a la edad *Moderna*– señales convincentes de esa tríada ideal e inescindible y siempre cargada de romanticismo.

de la revolución cuando llegó a diputado en la Convención Nacional, de la que dependía inicialmente el *Comité de Salvación Pública* –que, de hecho, en el fragor revolucionario, luego desplazó a la Convención y prevaleció con su crueldad–.

En algún momento, que podemos ubicar en los *treinta años gloriosos del Estado de Bienestar* transcurridos entre los últimos años de la década de los 40 y de los 70 del siglo pasado, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, con una equilibrada relación de normas heterónomas y autónomas, parecían haber diseñado un triángulo virtuoso de protección que, cuando menos en el mundo del trabajo, materializaba el ambicioso ideario de la revolución burguesa actualizado antes al amparo de la idea de la *Justicia Social*, cuyos primeros pasos habían sido dados en el año 1891 con la Encíclica *Rerum Novarum*.

No es necesario empero flagelarse con la lectura de los diarios o sufrir mirando un noticiero en la televisión para comprobar que apenas quedan hoy despojos de la pretendida *igualdad* y tal vez nada de la deseada *fraternidad*.

*¿Y la libertad?*

De los muchos *crímenes que se han cometido en su nombre*, probablemente a la cabeza del extenso y heterogéneo catálogo deba ponerse el de la *usurpación y malversación*, cuando no *humillación*, de su significado, al extremo de que se ha convertido en un sustantivo polisémico con cuya invocación se pretenden justificar conductas opuestas e incompatibles pero que, en la realidad de los hechos, y como consecuencia del variado y caprichoso uso que se ha hecho de él, ya nadie parece saber qué quiere decir.

Dado que todavía no perdí completamente lo que se da en llamar el *sano juicio* –aunque las circunstancias de tiempo y lugar con las que el azar de la vida me premia en estos días hacen que no esté lejos de lograrlo–, no voy a incurrir en esta oportunidad –ni probablemente en ninguna otra– en la insensatez de pretender aportar una definición con vocación de conformidad universal.

No. Todavía no llegué a tal nivel de imprudencia.

Sí puedo o, mejor, *debo* decir de qué estoy hablando aquí y ahora cuando me refiero a *la libertad* en el terreno de las relaciones de trabajo.

Porque el tema al que me estoy aproximando es al de una reforma laboral impulsada por un gobierno que, autodenominado *libertario* –apropiándose así y distorsionando el lenguaje anarquista– y armado

de una *motosierra*, dice aspirar a la eliminación de todos los obstáculos que se oponen –y se opongan– a *la libertad*.

No podría declarar que las afirmaciones de quienes se dicen hoy *libertarios* o *neoliberales* o *liberales* a secas sean el producto de una pujante y conmovedora ignorancia, pero sí me adelanto a decir que tengo la sensación –producto de la convicción– de que hablamos de cosas diferentes.

Digo esto porque en el terreno por el que en esta oportunidad estamos deambulando –y probablemente en algunos otros más–, *la libertad* es para mí al mismo tiempo *la posibilidad de elegir* y *la de decir que NO*.

Y es precisamente esta idea aspiracional la que se cancela, sin ambages ni pudor, y en un contexto de debates adelgazados por la indigencia argumental, con la nueva *reforma laboral* diseñada con el decreto en Acuerdo General de Ministros 70/2023.

Veamos.

## II. De libertades y falta de libertades

Frente a la salvaje ferocidad de la reforma instrumentada por el DNU 70/2023, no es inoportuno recordar aquí que lo que entendemos como *relación de trabajo* supone un vínculo jurídico *personal* en el que una de las partes, a quien convenimos en llamar *trabajador*, entrega una porción de su libertad a la otra, denominada *empleador*, a cambio de una prestación económica, que llamamos *salario*, al que se suman otros beneficios inmediatos y mediatos, algunos de ellos inseparables de la relación de trabajo y otros periféricos que, genéricamente, podemos designar como *protección social*.

Pero esa resignación de libertad que hace el trabajador tiene una triple expresión o, si se quiere, se manifiesta en tres momentos sucesivos de intensidad creciente, dado que él *no puede elegir* entre trabajar y no hacerlo –a menos que prefiera vivir en la indigencia–, normalmente *no elige* a su empleador –que es quien *lo contrata*–, y *la contratación por éste* –que transforma a aquél en *contratado*– supone la *subordinación* a los tres poderes jerárquicos del *contratante*, quien los ejerce

monopólicamente, y que son los de *organización, dirección y disciplinario* que, por cierto, se implican recíprocamente.

Expliqué ya en otras oportunidades<sup>2</sup> que, frente a esta triple y complementaria resignación de libertades que supone el vínculo laboral dependiente, la primera reacción de la sociedad humanista y liberal del siglo XIX consistió en excluir al *contrato de servicios* –en la calificación de Von Gierke<sup>3</sup>– de las regulaciones comunes contenidas en los códigos civiles y comerciales, en la inteligencia de que, si lo que se comprometía era una porción de *libertad*, y ese compromiso se asumía *sin libertad*, éste no era *un contrato más*. Y, tal vez, ni siquiera fuera un contrato.

El instrumento que se utilizó fue la norma de fuente estatal, con la que, en defensa de la libertad de aquellos cuyo único patrimonio eran ellos mismos y su capacidad de trabajo, se introdujeron limitaciones a la autonomía de la voluntad. A partir de entonces, habría materias sobre las que no se podía negociar, imponiéndose así límites al objeto del pacto laboral.

No es casual que el símbolo histórico de esa intervención normativa haya sido la limitación de la jornada de trabajo, con la fijación de un tope a su duración, lo que suponía, en los hechos, un acotamiento temporal a la libertad que el trabajador entregaba a cambio del salario.

Pero esta regulación del tiempo de trabajo –más aún que cualquier otro derecho de los trabajadores– fue también, si no principalmente –lo que la transformó por esto en expresión y producto emblemático de las luchas obreras–, el resultado del reclamo colectivo, que insinuó, desde sus primeras manifestaciones, la que habría de ser la segunda –y fundamental– etapa del iter protector.

En efecto, la organización sindical y los mecanismos de autotutela y autorregulación colectivos habrán de configurar el *sistema de relaciones colectivas de trabajo*, en cuyo ámbito los trabajadores al-

<sup>2</sup> Ver mi *Entre el exabrupto y la esperanza*, en ACKERMAN, Mario E., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, 2ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, Cap. III, ps. 77 y ss.

<sup>3</sup> VON GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Cívitas, Madrid, 1982.

canzaron un equilibrio en la capacidad de negociación al que, individualmente, rara vez podían acceder.

Y con estos dos grandes instrumentos –las regulaciones heterónomas de fuente estatal y el sistema de relaciones colectivas de trabajo– parecía haberse alcanzado un adecuado nivel de protección de los trabajadores.

Algo fundamental, sin embargo, estaba faltando.

Y tal carencia se evidenció antes de que terminara la primera mitad del siglo XX, cuando la sociedad advirtió que la protección a partir de la contratación y al interior del vínculo laboral nunca sería suficiente mientras éste estuviera sitiado por un contexto de *inseguridad social*. Porque también se erosiona la libertad, como en su momento advirtió Franklin Delano Roosevelt, cuando hay necesidades insatisfechas.

Se imponía entonces dar una respuesta a aquellos que, en el decir de Pessoa, *no están resguardados del viento de la suerte por el biombo de la riqueza*<sup>4</sup>.

Y tal respuesta la habría de aportar el *sistema de seguridad social*, que tendería a una equitativa distribución de la riqueza a partir del principio de *solidaridad*.

De este modo, con las *normas de fuente estatal*, el *sistema de relaciones colectivas de trabajo* y la *seguridad social*, quedó conformado algo así como un *triángulo virtuoso de protección*.

Triángulo que, por el fuerte protagonismo que le cupo a las regulaciones, los organismos y los recursos estatales, se dio en llamar *Estado de Bienestar*, y que tenía, cuando menos, dos características notables.

La primera es una suerte de relación dinámica de compensación entre sus tres lados, de modo que la menor extensión de alguno de ellos reclamará o provocará un mayor desarrollo de los otros. Y, simétricamente, el crecimiento de uno admitirá la reducción de otro<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> PESSOA, Fernando, *El libro del desasosiego de Bernardo Soares*, Seix Barral, Barcelona, 1966, p. 118.

<sup>5</sup> Y tal vez ese funcionamiento dinámico provea una respuesta a los reclamos sincera y *sanamente flexibilizadores*.

Así, por ejemplo, si el sistema de relaciones colectivas funciona plenamente, en un marco de irrestricta libertad sindical, y existe un fuerte desarrollo de la seguridad social, las regulaciones estatales —especialmente en el territorio de las relaciones individuales de trabajo— podrían reducirse en su extensión y contenidos.

En cambio, una seguridad social precaria o la debilidad sindical reclamarían un mayor protagonismo de las normas de fuente estatal.

Pero hay algo más en el triángulo.

Con las normas de fuente estatal se intentó recuperar y poner límites a la *libertad* perdida, el sistema de relaciones colectivas de trabajo abrió la posibilidad de la *igualdad* en las negociaciones entre trabajadores y empleadores, y la seguridad social, apoyada en el principio de solidaridad, era la concreción moderna de la *fraternidad*.

*Libertad, igualdad y fraternidad*, nada menos que los postulados fundamentales de la revolución burguesa del siglo XVIII, que se materializaban en la mitad del siglo XX, abriendo las puertas a lo que, desde los fundamentos de la Encíclica *Rerum Novarum*, conocemos como *Justicia Social*.

Y es nada menos que este valor superior del humanismo lo que es puesto radicalmente en cuestión con esta nueva reforma laboral diseñada con el DNU 70/2023.

### **III. El cómo y los porqués de la reforma.**

#### **La nulidad insanable del DNU 70/2023 y**

#### **la precariedad de la justificación de sus reglas**

Las dos primeras grandes observaciones que se pueden hacer al DNU 70/2023 apuntan a la justificación de la vía normativa elegida y, junto con ésta, a los argumentos con los que se pretende dar fundamento a las mutilaciones estructurales producidas en la legislación laboral.

La facultad extrema que el artículo 99 de la Constitución Nacional otorga al Presidente de la Nación para apartarse de la categórica prohibición inicial de su inciso 3° —en cuanto establece que *el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo—*, está limi-

tada en la misma norma a la hipótesis de que *circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*, supuesto éste en el que aquél *podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros*.

En cuanto a la configuración de las *circunstancias excepcionales* que habilitan al ejercicio de esta anómala y extraordinaria atribución otorgada al Presidente de la Nación, reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que

*es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:*  
1) *Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes*<sup>6</sup>.

Cabe destacar que ante la no concurrencia de ninguna de estas dos circunstancias excepcionales, resultaría irrelevante la eventual convalidación por la Comisión Bicameral Permanente y las cámaras legislativas según lo previsto en el mismo inciso 3° del artículo 99 de la Carta Magna, de acuerdo con el procedimiento reglado por la ley 26.122, pues ello no podría *sanear* lo que la norma constitucional dice que es una *nulidad absoluta e insanable*.

Pues bien, siendo que, por ahora, el país no está en guerra ni se ha producido un desastre natural que suponga un impedimento para la reunión de las Cámaras del Congreso de la Nación, ¿podría inter-

<sup>6</sup> CSJN, 19-8-99, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional. Administración Nacional de Aduanas s/Acción de amparo”; 19-5-2010, “Consumidores Argentinos c/Estado Nacional. PEN. Decreto 558/02-SS. Ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”.

pretarse que la *situación* que requiere solución legislativa es de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes?

Sobre esta hipotética circunstancia de hecho excepcional, el Poder Ejecutivo apenas afirma, dogmáticamente, en los *considerandos* del DNU 70/2023, que tal situación *es precisamente la que existe en la actualidad en nuestro país, dado a (sic) la desesperante situación económica general, descrita en todos los Considerandos anteriores, no admite dilaciones y hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la República Argentina y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población.*

Ésta, sin embargo, como quedó antes dicho, no es sino una afirmación dogmática que, si bien pretende apoyarse en los datos que antes se exponen –no todos necesariamente exactos ni comprobables–, no explica la razón por la que la reforma laboral diseñada *no admite dilaciones* como lo supondría transitar el trámite normal de formación y sanción de las leyes.

Ese diagnóstico, además, es desmentido por el propio texto del DNU que, a la omisión de establecer una fecha de entrada en vigencia –lo que lleva de hecho a la necesaria *dilación* impuesta por el artículo 5° del Código Civil y Comercial de la Nación–, le agrega la del artículo 2° del Título I, en el que se establecen las *Bases para la reconstrucción de la economía argentina*, donde se indica que *la reglamentación determinará los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior.*

Plazos éstos por el momento *indeterminados* –puesto que no existe aún una reglamentación del DNU– que desmienten así la pretendida existencia de una *desesperante situación económica general* con la que se quiere legitimar la vía normativa extraordinaria y excepcional del inciso 3° del artículo 99 de la Constitución Nacional.

De cara a estas reglas, así como es difícil encontrar *urgencia* en el dictado de esta norma de excepción, sí en cambio parece haber una *necesidad*, pero que no es de la comunidad en su conjunto, sino tan

sólo del Poder Ejecutivo Nacional, que quiso evitar el tránsito de esta ambiciosa regulación por ambas Cámaras del Congreso de la Nación, donde su posición indisimuladamente minoritaria lo obligaría a las negociaciones, modificaciones y concesiones que son la expresión natural de la convivencia democrática, y a las que evidencia no estar dispuesto.

Y así como la *forma* –esto es un decreto en Acuerdo General de Ministros– no tiene fundamento o, por lo menos, no los que reclaman nuestra Carta Magna y la doctrina de la Corte Suprema, tampoco lo tienen las nuevas regulaciones que con ella se pretenden imponer.

En efecto, los únicos argumentos expuestos en los *considerandos* del DNU 70/2023 para explicar las modificaciones normativas que arrasan con instituciones fundamentales de la legislación laboral argentina son los siguientes:

*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.*

*Que el empleo formal registrado no crece desde el año 2011, y es un hecho demostrado que las medidas estructurales adoptadas por la Ley de Empleo 24.013 y por la ley 25.323 no han podido revertir el problema de la informalidad.*

*Que se modifican las leyes 14.250, 14.546, 20.744 (t. o. 1976), 23.551, 24.013, 25.345, 25.877, 26.727, 26.844 y 27.555 y se deroga la ley 25.323, a los efectos de mejorar y simplificar los procesos de registración, darle seguridad jurídica a la relación laboral, aumentar el período de prueba, redefinir la procedencia de los descuentos salariales convencionales, autorizar a las convenciones colectivas a explorar mecanismos de indemnización alternativos a cargo del empleador, tal como se ha implementado en algunas actividades, revisar los criterios de ultraactividad y evitar los bloqueos de actividades productivas.*

*Que en adición a ello, se ofrece un mecanismo para que los trabajadores independientes puedan operar un sistema flexible de colaboradores de hasta cinco (5) personas.*

En rigor, en la única materia en la que en estos escuetos cuatro párrafos –en los que prevalece la descripción y está ausente la justificación y con los que se quiere sustituir el debate parlamentario– se intenta fundamentar la reforma es en la referida a las leyes 24.013 y 25.323, a las que se imputa que *no han podido revertir el problema de la informalidad*, lo que lleva a la derogación de la segunda y a la eliminación del régimen de *indemnizaciones* –mal llamadas *multas*– por registro irregular de la primera.

Con un argumento similar podrían eliminarse los semáforos, las cámaras, los exámenes de alcoholemia y las multas, en razón de que no se ha logrado la reducción de los accidentes de tránsito.

En cualquier caso, es con esta precariedad argumentativa como el Poder Ejecutivo Nacional no sólo hace un uso abusivo y disfuncional de la vía normativa excepcional que contempla el inciso 3º del artículo 99 de la Constitución Nacional y se apropia de facultades legislativas a las que no tiene derecho sino, además y especialmente, lo hace para producir el más intenso e impúdico ataque estructural de la historia a las bases fundamentales de la normativa laboral argentina.

Pero más grave aún es que la debilidad de esos argumentos es el silencio absoluto sobre las consecuencias inevitables de esta demolición normativa, que no sólo no pudieron ser ignoradas por los ideólogos y diseñadores de esta reforma sino que, antes bien, en la cuidadosa articulación de sus instrumentos se evidencian sus verdaderos y mezquinos propósitos.

#### **IV. Los silenciados *paraqués* que surgen de las consecuencias *inmediatas previsibles***

Así como son apenas superficiales las razones invocadas como *causa* de la reforma, nada se dice sobre sus *propósitos*, pese a que éstos son más importantes que aquéllas.

Esto es, las acciones humanas inteligentes, a diferencia de las reacciones irracionales, no están motivadas solamente en la intención de modificar la situación existente sino, antes aún y especialmente, en el propósito de obtener un resultado.

Y es por esto que ya desde los tiempos del Derecho Romano la cuestión de la relación causal está instalada en el núcleo duro de la teoría general de la responsabilidad, que amén de considerar *consecuencias inmediatas* a aquellas *que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas* (art. 1727, CCCN), advierte que *cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias* (art. 1725, CCCN).

Pues bien, con las derogaciones y modificaciones introducidas con los 44 artículos que distribuidos en nueve *capítulos* conforman el *Título IV – Trabajo* del DNU 70/2023, y sin necesidad de introducirnos aquí en el análisis en detalle de cada una de las normas –a las que al margen de su contenido no podría imputarse calidad jurídica ni lingüística–, las *consecuencias previsibles* que sus *responsables*, en quienes la sociedad depositó una *confianza especial* (art. 1725, 2º párr., CCCN) para *promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para todos los habitantes* (Preámbulo de la Constitución Nacional), son las siguientes:

- *Reducción del ámbito de aplicación material y personal de la legislación laboral.*
- *Reducción de los niveles de protección en ese ya reducido ámbito.*
- *Debilitamiento de las organizaciones sindicales y de su poder de presión y negociación.*

La perversa combinación de este nuevo triángulo con el que se pretende la demolición de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo no puede tener otro resultado que la potenciación de los poderes jerárquicos del empleador, a quien, como si esto fuera poco, se favorece además con el alivio de las consecuencias del trabajo *en negro*.

Baste aquí con observar que, ya desde el desconocimiento de la relación de dependencia, que es la puerta de entrada a la ciudadela de protección que provee la normativa laboral, el DNU 70/2023 arrasa con institutos e instrumentos fundamentales como lo son, por ejemplo, la irrenunciabilidad, la protección contra el despido arbitrario, la limitación de la jornada de trabajo y la descalificación como *fraudulentas* de formas de contratación *no laborales* y, en general, con todo lo que

el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional asegura como *condiciones dignas y equitativas de labor*.

Se trata, así, de una reforma perversa, una encerrona en la que todas las nuevas reglas, sin siquiera simular moderación, buscan cancelar cualquier riesgo de *fuga* hacia un ámbito de protección de las personas que trabajan, quienes quedan emboscadas sin piedad y sin posibilidad real de defender ese limitado espacio de libertad que el Derecho del Trabajo intenta proteger cuando ellas deben resignarla en una relación laboral.

Y al mismo tiempo, simétricamente, se abren las puertas para que el empleador, *el mal empleador*, abuse de su posición jerárquica con prepotencia y arbitrariedad, doblegando la siempre débil posibilidad de resistencia del trabajador frente a las imposiciones de aquel que tiene en sus manos la única posibilidad de acceder a los recursos que le permitan llevar con su familia una vida digna.

Así de simple y brutal es la cosa.

Y si acaso no bastara con estos impúdicos propósitos, cual mueca irónica y patética del nuevo mundo del trabajo que se intenta construir, la fecha elegida para el DNU 70/2023 fue un 20 de diciembre, *Día Internacional de la Solidaridad Humana*.

## **V. En suma y para no perder la esperanza**

Sea con la guillotina o con la motosierra, la víctima, usurpada, malversada y mancillada en su lenguaje, es *la libertad*.

Pero no como abstracción ni como categoría conceptual, sino en la realidad de aquellos cuyo único patrimonio son ellos mismos y su capacidad de trabajo: *los trabajadores*, esto es, *las personas que trabajan*.

De cara al ideario de la Revolución Francesa, sigo creyendo que la libertad sin igualdad es prepotencia y sin solidaridad es egoísmo.

Y en cualquiera de las dos hipótesis es, inevitablemente, *antidemocrática*.

Por eso esta reforma, más allá de la insanable nulidad de la vía normativa elegida para eludir el debate y la negociación parlamentaria, es profundamente antidemocrática.

No quiero entonces terminar estas reflexiones sin decir que, si reponiéndome a la bronca, el dolor y la tristeza decidí escribir estas líneas es porque, a pesar de todo, no pierdo la esperanza de que, en defensa de las instituciones de la República y al amparo de la Constitución Nacional, esta reforma sea rechazada por el Congreso de la Nación o anulada por los tribunales.

# ANTICUERPOS JURÍDICOS DEFENSIVOS CONTRA EL DNU 70/2023

por JORGE ELÍAS

SUMARIO: Introducción. 1. Las respuestas del ordenamiento jurídico. 1.1. Una primera defensa: el principio de progresividad. 2. La colisión de esas reformas peyorativas con el *corpus iuris* de los derechos humanos y sociales. 2.1. Los tratados de DDHH incorporados a la parte dogmática de la Constitución. 2.2. Las normas de OIT y los criterios de sus órganos de aplicación. 2.3. Las normas del llamado “Derecho común”. 3. La confrontación entre las disposiciones del DNU y los anticuerpos del ordenamiento jurídico. 3.1. La “libertad” para tener trabajadores sin inscribir o mal registrados sin afrontar ninguna consecuencia. 3.2. Deslaboralización de relaciones laborales. 3.3. Abaratamiento del despido y precarización. 4. Conclusión.

## Introducción

El DNU 70/2023 está marcado por la voluntad presidencial de instalar de modo inmediato y drástico un nuevo orden social basado en la desaparición de toda intervención estatal en las relaciones sociales y económicas, dotando a las personas, las organizaciones y las empresas de una amplísima libertad, casi sin más límite que la ley –supuestamente suprema– de la oferta y la demanda.

El capítulo laboral de la iniciativa –quizás apenas un anticipo de medidas aún más drásticas– está enmarcado en la concepción de que la justicia social es una aberración que debe erradicarse: “Es robarle a alguien para darle a otro, un trato desigual frente a la ley, que además tiene consecuencias sobre el deterioro de los valores morales al punto tal que convierte a la sociedad en una sociedad de sa-

queadores”<sup>1</sup>. Una inédita transformación del pilar de equidad y justicia social en el que se basa cualquier sociedad moderna y que reconoce un fuerte arraigo en nuestro país.

Sin adentrarnos en el debate político o ideológico que la insólita iniciativa ha desatado, nos abocaremos, en lo estrictamente jurídico, a analizar los efectos de la decisión de cancelar leyes que hacen operativas normas constitucionales, y si de ello puede resultar que las garantías constitucionales pasen a ser letra muerta por el solo hecho de la derogación de normas que las implementan. Dicho en otras palabras: la desaparición total o parcial de una ley ya incorporada al ordenamiento jurídico, que asegura un derecho de rango constitucional, ¿torna ineficaz la garantía?

## 1. Las respuestas del ordenamiento jurídico

Quienes defendemos intereses de trabajadores nos vemos expuestos al desafío de articular de modo *urgente* las *necesarias* respuestas y recursos tendientes a revertir el efecto negativo de estas *reformas*. El ordenamiento jurídico, que en nuestro país es robusto y desarrollado, genera, frente a una agresión externa, respuestas inmunológicas tal como el cuerpo humano lo hace frente a una infección viral u otra forma de ataque.

Con las limitaciones propias de la invitación de emergencia que se nos ha hecho para abordar esta inédita situación, pasaremos a esbozar los recursos –anticuerpos en el símil médico– destinados a defender el orden jurídico agredido.

### 1.1. Una primera defensa: el principio de progresividad

La primera respuesta que brinda nuestro sistema jurídico la constituye el concepto de *progresividad o de no regresión*, esto es la regla “que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas”. La Corte Suprema ha sostenido que esta garantía “no sólo es un principio arquitectónico del Derecho Inter-

<sup>1</sup> Discurso ante el Consejo de las Américas, *Ámbito Financiero*, edición del 23-8-2023.

nacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia”<sup>2</sup>, y que ha inspirado variados precedentes en situaciones concretas<sup>3</sup>.

En la larga cincuentena de modificaciones que pretende instituir el DNU, no hay ninguna norma que implique un avance o mejora en la tutela de los derechos sociales. La regla invariable –acorde con la filosofía del autor– es la regresión.

La no regresividad se erige entonces como un primer vallado para la aplicación de las normas proyectadas y nos somete al desafío de postular judicialmente las respuestas que el orden jurídico ofrece para llenar el vacío que deja la derogación de normas que reconocen rai-gambre constitucional.

## **2. La colisión de esas reformas peyorativas con el *corpus iuris* de los derechos humanos y sociales**

La derogación de normas que hacen efectivos derechos de rango constitucional deja un vacío en el ordenamiento jurídico, que puede volver abstractas las garantías.

De ello resulta la *necesidad* de llenar ese vacío e impone a los operadores jurídicos buscar una *urgente* respuesta para asegurar la eficacia de derechos que el legislador ordinario (o peor aún, el Poder Ejecutivo en uso de dudosas facultades extraordinarias) pretende suprimir. La evolución de las instituciones jurídicas en nuestro país –que preceden y exceden al Derecho Laboral– constituye una fuente de inspiración que reconoce antecedentes concretos y puede iluminar el camino en busca de respuestas. Pasemos ahora a enunciar –con miras a un futuro desarrollo argumental con aportes de todos– los institutos de los que es posible valerse para llenar ese vacío.

<sup>2</sup> CSJN, 24-11-2015, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/PEN y otro”, *Fallos*: 338:1347.

<sup>3</sup> Ver la recopilación de precedentes en ARESE, César, *Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, RC D 733/2023.

### *2.1. Los tratados de DDHH incorporados a la parte dogmática de la Constitución*

La recepción de los tratados de Derechos Humanos al texto constitucional tiene efectos concretos en relaciones laborales individuales.

La garantía de no discriminación, incorporada por ley 23.592, encontró posteriormente anclaje en dichos instrumentos internacionales, articulando el texto y la profusa jurisprudencia argentina con criterios de los tribunales supranacionales. Nuestra Corte ha reconocido que “el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”<sup>4</sup>. Posteriormente el alto tribunal en “Pellicori” se remitió al contenido de estos tratados y a la aplicación que de los mismos han hecho la Corte Interamericana y los órganos de aplicación de tales instrumentos en cuanto a las cuestiones procedimentales, en particular la regla sobre la carga de la prueba.

### *2.2. Las normas de OIT y los criterios de sus órganos de aplicación*

Aunque un escalón más abajo que los tratados enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la CN, los convenios OIT –de rango superior a las leyes– han sido aplicados en precedentes jurisprudenciales que los incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico. Recordemos que la aplicación de lo dispuesto en el Convenio 95 OIT sobre el concepto de remuneración inspiró fallos de nuestra Corte que reconocieron naturaleza salarial a prestaciones arbitrariamente consideradas como *no remunerativas*, y encontró reconocimiento a texto expreso en el artículo 12 de la LRT reformado por la ley 27.348. Ello sin dejar de destacar los fallos de la Corte que impugnaron aspectos de la LAS con fundamento en lo dispuesto en convenios ratificados por nuestro país y la interpretación de los mismos que hicieron los órganos de

<sup>4</sup> CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, *Fallos*: 333:2306.

control del organismo<sup>5</sup>, como los que fundaron la tutela de representantes sindicales en caso de despido<sup>6</sup>.

### 2.3. Las normas del llamado “Derecho común”

El Código Civil y Comercial incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en 2015, además de receptar expresamente como fuentes a las normas supraconstitucionales, contiene numerosas disposiciones que son el fruto de una progresista producción doctrinal y jurisprudencial. El deber de obrar de buena fe (art. 9º), tanto como la figura del abuso de derecho (art. 10), constituyen herramientas a las que se podrá recurrir para cuestionar actos del empleador ejecutados al amparo de las *libertades* que le confiere el DNU. Podría también explorarse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del CCyC en cuanto hace aplicable lo normado en los artículos 9º y 10 al supuesto de abuso de posición dominante en el mercado, entendiendo la posición de poder del empleador como una asimetría que lesiona los derechos del trabajador<sup>7</sup>.

En relación con el Derecho de Daños, la Corte ha sostenido que “las normas previstas en el Código Civil, reglamentarias del principio constitucional *alterum non laedere*, consagran la reparación integral del daño”<sup>8</sup> colocando a la referida regla en un lugar central del ordenamiento legal. El Código, por su parte, consagra institutos como la acción preventiva tendiente a evitar un daño (art. 1711), aplicable a situaciones en las que se procure evitar la consumación de un perjuicio en todas las contrataciones abusivas, irregulares o en fraude a la ley<sup>9</sup>. Por otra parte, la amplitud con que el artículo 1738 enuncia

<sup>5</sup> CSJN, 2008, “ATE”, *Fallos*: 331:2499; 2013, “ATE II”, *Fallos*: 336:672; “N.Or.T.E.”, 143/2012 (48-N) CS/1.

<sup>6</sup> CSJN, 9-12-2009, “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina”, *Fallos*: 332:2715.

<sup>7</sup> No se me escapa que la disposición no fue concebida para las relaciones de naturaleza laboral, aunque las nuevas condiciones sociales que podrían llegar a imponerse podrían habilitar esta figura.

<sup>8</sup> CSJN, 2-9-2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Acuña, Claudia y otros”, *Fallos*: 344:2256.

<sup>9</sup> Aquí también cabe reconocer que este instituto aún no ha tenido aplicación en el escenario laboral, si bien se han sugerido estrategias fundadas en el mismo, y es

los alcances de la reparación del daño, en especial en lo relativo a “los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”, da fundamento a reclamos destinados a reparar situaciones que la mezquindad de la reforma intenta dejar sin respuesta.

### **3. La confrontación entre las disposiciones del DNU y los anticuerpos del ordenamiento jurídico**

Sin perder de vista conceptos que, no por reiterados dejan de ser relevantes en estas circunstancias, tales como que “el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional”, y que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente–, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>10</sup>, pasemos ahora a hacer un breve repaso de algunas vías de impugnación de las disposiciones contenidas en el DNU a la luz de las reglas del *corpus iuris* del Derecho argentino para postular el desarrollo de argumentos que invaliden esas disposiciones.

#### *3.1. La “libertad” para tener trabajadores sin inscribir o mal registrados sin afrontar ninguna consecuencia*

En Argentina, más de un tercio de los trabajadores están “en negro”, para usar la expresión con la que se designa al empleo no registrado. Además, otro porcentaje (más difícil de cuantificar) está en lo que se llama “en gris”, es decir: declarado con una remuneración o una antigüedad menor de la que percibe. Una mención especial la constituye la verdadera plaga de registrar al personal por media jornada.

probable que las situaciones de desamparo que se verifiquen habiliten intentos de carácter si se quiere experimental que –ante la magnitud de los efectos dañosos– podrían dar lugar a respuestas jurisdiccionales.

<sup>10</sup> CSJN, “Aquino”, *Fallos*: 327:3753.

Con el curioso argumento de que las leyes 24.013 (arts. 8º, 9º, 10 y 15) y 25.323 (art. 1º) no han logrado revertir esta situación, el DNU, sin sonrojarse, propone eliminar esas disposiciones. Tan absurdo como eliminar las penas por exceso de alcohol al volante o las del tráfico de estupefacientes o personas por el fracaso de tales medidas, invocando dicha ineficacia como principal fundamento, sin indagar sobre las causas de tal frustración, ni procurar otras fórmulas para lograr el fin propuesto.

Intencionadamente se califica al contenido de esas disposiciones como “multas”, cuando en realidad son *indemnizaciones* con la triple finalidad sancionatoria, disuasiva para prevenir la reiteración de esas conductas y resarcitoria del daño que la situación le causa al trabajador<sup>11</sup>. Sin detenernos aquí a examinar las razones por las que el objetivo de tales disposiciones no logró su propósito, corresponde considerar las posibles repuestas jurídicas frente a este abuso patronal. Ackerman ve en esta situación un caso de discriminación que habilita una reparación por daños y perjuicios<sup>12</sup>. Nos remitimos a lo expresado más arriba sobre la tutela antidiscriminatoria y la reparación de daños contemplada en el CCyC, en particular en lo relativo a la lesión a las afecciones espirituales legítimas y el daño al proyecto de vida.

La eliminación del recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 deja lugar a la aplicación de una reparación de daños emergente de la mala fe del empleador que sin causa justificada resiste el cumplimiento de su obligación de abonar las indemnizaciones, con posibilidad de expandirse a otras indemnizaciones (por caso, las que resultan de los arts. 182, 212, 247 y 248, LCT).

### 3.2. *Deslaborización de relaciones laborales*

Varias normas del DNU procuran arbitrariamente sustraer del ám-

<sup>11</sup> ACKERMAN, M., *Propuesta novedosa, imaginativa y audaz para terminar con la diabólica industria del juicio*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2023-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, RC D 235/2023, quien señala que estas siempre mal llamadas “multas laborales” en rigor son recargos indemnizatorios por trabajo no registrado.

<sup>12</sup> ACKERMAN, M., *El trabajo “en negro” es una forma de discriminación*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2019-1, *Igualdad de oportunidades y de trato*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 11.

bito de la LCT relaciones de clara naturaleza laboral en base a una mera decisión patronal. Ello se advierte en el nuevo artículo 2º, inciso d, de la LCT relativo a las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación; en la nueva redacción del artículo 23 respecto a contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios que quedan fuera de tutela por el sólo hecho de emitir recibos o facturas, y en la figura de los *colaboradores no dependientes* que instituye el artículo 96 del DNU.

Estas tentativas colisionan con el concepto de contrato de trabajo plasmado en el artículo 21 de la LCT, que debe prevalecer frente a la chapuza legal ensayada por contrariar una definición que se sustenta en el principio protectorio contenido en el artículo 14 bis de la CN.

### 3.3. *Abaratamiento del despido y precarización*

El irrazonable plazo de ocho meses previsto como período de prueba configura una situación de privación de todo derecho para el trabajador que, durante ese tiempo tan prolongado, quedará privado del ejercicio de cualquier derecho, expuesto al riesgo de un despido represalia ante cualquier reclamo con un costo mínimo para el empleador. Esto puede abordarse como una violación de la garantía de protección contra el despido arbitrario, resultando aplicables los argumentos que en su momento dieron sustento a la impugnación del tope que culminara con el fallo “Vizzoti”, tanto como un abuso de derecho en caso de empresas que rotan continuamente trabajadores precarios.

Otra situación prevista en el DNU es la de habilitar por convenio colectivo la implementación de un fondo de cese laboral que sustituya el mecanismo indemnizatorio del artículo 245 de la LCT, cuya viabilidad constitucional se encuentra muy cuestionada.

Tanto la ampliación del período de prueba como la posibilidad de establecer un sistema de precarización total a través del fondo de cese laboral al estilo del que la ley 22.250 impone para la industria de la construcción tienen en común una absoluta discrecionalidad patronal para operar la extinción del contrato de trabajo, sin mecanismo sancionatorio ni disuasivo ni una irrisoria reparación del daño

causado por el acto. Es allí donde –en caso de que estos sistemas entren en vigencia– la tutela antidiscriminatoria podría dar adecuada respuesta a la arbitrariedad del despido<sup>13</sup>.

Un rasgo característico de nuestro régimen legal antidiscriminatorio lo constituye la definición contenida en el artículo 1º de la ley 23.592 en cuanto expresa: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional...” Es una conceptualización que prescinde de los típicos enunciados contenidos en los tratados de Derechos Humanos, que sujetan la discriminación a una condición o circunstancia que moviliza el impulso del discriminador<sup>14</sup>. En el debate parlamentario de la ley se sostuvo que la discriminación “se define en un único texto que parte del concepto de igualdad, y se refiere a los actos arbitrarios que impidan el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos que constituyen el concepto esencial de la discriminación como acto arbitrario irrazonable de privación de derechos fundamentales”. “Toda diferencia que implique una desigualdad para las personas arbitrariamente impuesta por alguien es contraria a la ley”<sup>15</sup>.

Si bien la jurisprudencia nacional sobre discriminación laboral –aplicada principalmente al despido– ha requerido en general la invocación de un posible móvil discriminatorio, se registran precedentes en los que el solo hecho de recibir un trato diferente del resto pone

<sup>13</sup> En homenaje a la brevedad nos remitidos a los trabajos de GNECCO, L., *Perspectivas de análisis en torno a una posible reforma del régimen de indemnización por despido. Primera y segunda partes*, en RC D 489/2023 y 491/2023; GARCÍA, H., *Fondo de cese de servicios, Ley de Contrato de Trabajo y convenio colectivo*, en L. L. del 18-12-2023; CONFALONIERI, J. (h), *Anotaciones de “necesidad y urgencia” sobre el “fondo o sistema de cese laboral” incorporado al DNU 70/2023*, en SANTARELLI, Fulvio G., *DNU 70-2023: “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”*, en L. L. Online, 2024.

<sup>14</sup> Presumimos que esta fórmula *abierto* por oposición a la enunciación casuística del Derecho Comparado obedece al hecho de que la ley 23.592 fue sancionada como consecuencia de la discriminación a que eran sometidos los jóvenes en los locales bailables. Al discriminado no se le exige que invoque la causa por la que le negaron el acceso (caracteres físicos, vestimenta), sino el mero hecho de la prohibición.

<sup>15</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión del 24-3-88, p. 2877.

en movimiento una presunción de arbitrariedad que el empleador debe destruir. En los casos de discriminación salarial la jurisprudencia ha sostenido que el trabajador debe acreditar su circunstancia, es decir, sus condiciones personales y el trato desigual, y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a los méritos del dependiente o a motivos de bien común debe probar estas afirmaciones<sup>16</sup>.

En un contexto en el que el empleador pasa a tener una amplia libertad para despedir, ese acto privado de toda justificación o razonabilidad podría aplicarse al empleador que dispone poner fin al contrato de un trabajador sin razón que legitime el haberlo elegido entre el resto, podría determinar un ensanchamiento del ámbito de aplicación del instituto –en base al texto expreso de la ley– como ya ocurre en materia de discriminación salarial.

#### 4. Conclusión

No es ésta la primera ocasión en que debemos batirnos en defensa de los principios del Derecho social. Podríamos remontarnos a la impugnación judicial de la mutilación del texto original de la LCT dispuesto por la norma de facto 21.297, que diera lugar a una intensa producción tendiente a revertir sus alcances, cuya manifestación más relevante fue la declaración de inconstitucionalidad de la Corte del mecanismo de actualización del artículo 276 de la LCT<sup>17</sup>. En épocas más recientes, cabe recordar la intensa labor desplegada en todo el país por letrados que impugnaron el llamado “tope” indemnizatorio establecido en el artículo 245 de la LCT por la ley 24.013 que culminó con el recordado y celebrado fallo “Vizzoti”.

Aunque sin duda la gran cruzada de los laboristas la constituyó la tarea de impugnación constitucional de la Ley de Riesgos del Trabajo en su versión original. Esa norma, considerada *hermética*,

<sup>16</sup> CNAT, sala I, 23-5-2008, “Aquino, Ariel Donato c/Argencard SA”, L. L. Online; sala III, “Milán c/La Delicia Felipe Fort”, *Trabajo y Seguridad Social* 1991-1001; íd., “Molina, Nélica L. y otros c/Bonafide SA”, TySS 1999-894; sala VII, 8-11-2007, “Frangella c/HSBC”, TySS 2008-237.

<sup>17</sup> CSJN, 3-5-79, “Valdez, Julio H. c/Cintioni, Alberto D.”, *Fallos*: 301:319.

eterna e inmutable, destinada a evitar para siempre los litigios, sucumbió a la persistente labor de académicos y litigantes, y a la respuesta jurisdiccional, con la Corte cerrando cada uno de los episodios de la saga.

Inspirados en ese ejemplo, es tarea de las mujeres y hombres que cultivamos esta disciplina el poner en alerta los linfocitos que resistan la peste que amenaza las instituciones del Derecho del Trabajo.

# **LO URGENTE Y LO IMPORTANTE. MAFALDA LECTORA DEL DNU 70/2023**

por GONZALO BARCIELA

El *demos* debe luchar por  
la ley más aún que por las  
murallas de la ciudad.

HERÁCLITO, DK 22 B 44

SUMARIO: I. Introducción. II. La Corte Suprema frente a lo necesario y urgente. III. La respuesta jurisdiccional ante el DNU 70/2023. IV. A modo de recapitulación.

## **I. Introducción**

El Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 70/2023<sup>1</sup> abre un nuevo capítulo del incesante debate sobre los contornos y limitaciones del poder administrador para el ejercicio de las competencias legislativas de excepción.

A los fines de esta breve contribución, nos limitaremos a exponer los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia, para luego examinar su impacto en la más reciente jurisprudencia del fuero nacional del Trabajo.

## **II. La Corte Suprema frente a lo necesario y urgente**

A partir del precedente “Verrocchi”<sup>2</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación retomó la tradición jurisprudencial del precedente “Soria

<sup>1</sup> B. O. del 21-12-2023.

<sup>2</sup> *Fallos*: 322:1726.

de Guerrero”<sup>3</sup>, a partir de la cual se establece que no se encuentra exenta del contralor judicial la eventual violación de normas constitucionales que informan el proceso de formación y sanción de las normas, ciñendo el examen jurisdiccional a determinar la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que resultan exigibles y condicionan su vigencia<sup>4</sup>.

Los términos de la Corte resultan contundentes al manifestarse a favor de la facultad de contralor jurisdiccional de los Decretos de Necesidad y Urgencia:

Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto<sup>5</sup>.

El examen judicial se circunscribe si concurre un conjunto de circunstancias que la propia Corte federal ratificó en “Consumidores Argentinos”<sup>6</sup>. A saber:

- 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o
- 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

<sup>3</sup> Fallos: 256:556.

<sup>4</sup> Fallos: 268:352, 318:445, 319:1479, 321:3487.

<sup>5</sup> Fallos: 322:1726, considerando 9º, párrafo 2º.

<sup>6</sup> Fallos: 333:633.

Se advierte, entonces, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un criterio sumamente restrictivo a la hora de pronunciarse por la validez de los Decretos de Necesidad y Urgencia que, eventualmente, dicte el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 99, inciso 3° de la CN. La más reciente doctrina constitucionalista concluye así que

El tipo de situación que da lugar a un DNU –para la Corte– es sumamente acotado, pues aquella sólo se verifica ante un “estado de necesidad” (donde es impostergable la adopción de una medida inmediata), conjugado con un supuesto de “fuerza mayor” consistente en el impedimento fáctico absoluto para que las cámaras del Congreso se reúnan y sancionen una ley en tiempo útil. De ello debe derivarse que quedan excluidas como causas justificantes las meras dificultades, o los impedimentos *jurídicos* (v. gr., que el Congreso se encuentre en receso) y mucho más que los *políticos* (v. gr., que no se logre el quórum para sesionar o que el presidente no cuente con apoyo en una o en las dos cámaras).

De modo que el presupuesto que la Constitución establece en el artículo 99, inciso 3° –al menos de acuerdo con la interpretación actual de la Corte– no es meramente la genérica “emergencia” (como lo es en el caso de la delegación legislativa prevista y regulada en el art. 76, CN), la cual ciertamente supone una situación excepcional que requiere medidas rápidas, sino un estado particularísimo de urgencia donde concurren dos circunstancias: a) el Congreso no puede reunirse; b) hace falta arbitrar una solución (de contenido legislativo) inmediata a un problema grave<sup>7</sup>.

De allí que se postule una presunción de constitucionalidad inferior de los mencionados decretos respecto a las leyes sancionadas por el Congreso federal:

Una de las razones por las que le asignamos presunción de constitucionalidad a las leyes es que en ellas hay un proceso deliberativo que involucra dos poderes, dos cámaras, representación federal, etcétera. Un DNU no tiene nada de eso. Mi postulación es que un

<sup>7</sup> SÁENZ, Juan Ignacio, *Comentario al artículo 99, inciso 3°*, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 697.

DNU tiene una presunción de constitucionalidad inferior a la de una ley formal. Sabido es que “es carga del que alega la inconstitucionalidad probarla”, pero esa carga no es fija sino relativa y dependiente de la forma. Dinámica<sup>8</sup>.

En tal sentido, y con posterioridad a los precedentes ya individualizados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Pino”<sup>9</sup>, tuvo la oportunidad de tachar de inconstitucionalidad un Decreto de Necesidad y Urgencia, puesto que los fundamentos expuestos por el Poder Ejecutivo traducían la vocación de modificar en forma permanente un régimen previsional sin evidencia alguna de que la medida estuviera dirigida a paliar una situación de “rigurosa excepcionalidad y urgencia”:

Los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que, por el contrario, traducen la decisión de modificarlo de manera permanente, sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé<sup>10</sup>.

Particularmente, en materia de derechos sociales, las medidas de urgencia que eventualmente los afecten deben encontrarse limitadas en el tiempo y no pueden conllevar una mutación de régimen jurídico alguno, tal como se enfatizó en “Tobar”<sup>11</sup>:

Las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la

<sup>8</sup> ARBALLO, Gustavo, *Cargas dinámicas en el control de constitucionalidad: DNUs y regresividad*, recuperado de: <http://www.saberderecho.com/2019/09/cargas-dinamicas-en-el-control-de.html>.

<sup>9</sup> Fallos: 344:2690.

<sup>10</sup> Fallos: 344:2690, considerando 12.

<sup>11</sup> Fallos: 325:2059.

emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales<sup>12</sup>.

La lectura conjunta de “Tobar” y “Pino” permite concluir, sin hesitación alguna, que la excepcionalidad que porta la “necesidad y urgencia” no puede resultar jamás en una transformación permanente de régimen jurídico alguno, sino por vía de una ley proveniente del Congreso de la Nación.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es dable recordar que el profesor Jorge Eugenio Dotti, en un texto ya clásico, había indicado:

En rigor, la evaluación jurisdiccional de la normalidad o anormalidad de la *realidad* para evaluar las consideraciones aducidas por el decreto y así controlar su validez, es independiente de la calidad que pueda tener la descripción de esas condiciones que hace el mismo decreto. Más precisamente: si la opinión del Poder Judicial es decisiva en el tema que estamos tratando, si en el caso de la necesidad y urgencia corresponde semejante control jurisdiccional, entonces este Poder debe intervenir con tal presunta potestad tanto cuando el decreto se explaya meticolosa y detalladamente sobre sus causas, como también cuando alude de manera breve y escueta, o aun vaga, a tales elementos *reales* para justificarse. Esta diferencia retórica y argumental es secundaria, no afecta la presunta necesidad de intervención judicial. Cualquiera fuera la legitimación que esta medida ejecutiva con fuerza de ley presente de sí misma, el *primer* paso que debe dar siempre la Corte Suprema para ejercer su control no depende *a priori* del texto del decreto (cualquiera fuere su calidad), sino que, inversamente, consiste en interpretar la realidad (*conceptual, no cronológicamente*) antes de atender al decreto, para que el resultado de esta hermeneusis autónoma pueda funcionar como criterio para evaluar *después* la argumentación presentada en la medida extraordinaria. Si estos argumentos con que el decreto presenta las condiciones contemporáneas como de “necesidad y urgencia” no coincidieran con los de la lectura que la Corte hace de esas mismas condiciones, el decreto ofrecería el flanco a ser declarado inválido por el tribunal jurisdiccional. Lo cual sería el segundo paso a dar por el Poder Judicial<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Fallos: 325:2059, considerando 8°.

<sup>13</sup> DOTTI, Jorge Eugenio, *La cuadratura del círculo. La Constitución argentina*

En última instancia, tal como pone de resalto Dotti, lo que aquí se encuentra en juego es una interpretación y no una operación de inferencia analítica, puesto que la comprensión de la realidad se realiza desde posiciones existenciales que inevitablemente comprometen un posicionamiento ideológico, ya que se reflexiona desde un contexto práctico teñido de creencias políticas, éticas y religiosas<sup>14</sup>.

Al invocarse una situación de “necesidad y urgencia” no puede dejar de recordarse que, desde una perspectiva histórico-conceptual, fue Reinhardt Koselleck quien advirtió que en el uso político del término “crisis”, el espacio de juego para la acción queda restringido a una situación de necesidad, “en la que los agentes sólo pueden escoger entre alternativas totalmente opuestas entre sí”<sup>15</sup>. Lo cual exige, al menos, un mínimo de prudente deliberación, puesto que la nota propia del ejercicio democrático del poder delegado es la autolimitación.

### III. La respuesta jurisdiccional ante el DNU 70/2023

En este apartado nos abocaremos a examinar un aspecto de los pronunciamientos formulados por la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en las causas “CGT”<sup>16</sup> y “CTA”<sup>17</sup> que consideramos fundamental.

Tal es el que refiere a la clara delimitación de la clase implicada en los procesos, en orden al interés colectivo comprometido, su detracción de otras “clases” en litigio, y la consecuente competencia de la justicia nacional del trabajo.

*como testimonio de la imposible normativización de lo político*, en *Las vetas del texto*, 2ª ed. ampl., Las Cuarenta, Buenos Aires, 2011, p. 197. Las itálicas pertenecen al original.

<sup>14</sup> DOTTI, ob. cit., p. 199.

<sup>15</sup> KOSELLECK, Reinhardt, *Crisis*, en *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Trotta, Madrid, 2007, p. 249.

<sup>16</sup> CNAT, Sala de FERIA, 3-1-2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Incidente”, expte. 56.862/2023/1, sentencia interlocutoria 1.

<sup>17</sup> CNAT, Sala de FERIA, 4-1-2024, “Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina (CTA) c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo s/Acción de amparo”, expte. 56.687/2023, sentencia interlocutoria 2.

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación tuvo oportunidad de recordar que

La definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo.

Ello es así ya que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Sólo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva<sup>18</sup>.

Bajo tales premisas, el colectivo de trabajadores y trabajadoras argentinos, cuya carta de ciudadanía resulta incontestable, constituye un subconjunto del conjunto de ciudadanos, cuya propiedad, identificada por los jueces como “vulnerabilidad”, desvirtúa cualquier tipo de homogeneidad, no sólo fáctica, por su posición al interior del proceso productivo, sino jurídica, puesto que las normas que integran el Título IV del DNU 70/2023 regulan aspectos claramente diferenciados de otros regímenes jurídicos a los que se busca modificar.

A quien pretenda alegar homogeneidad alguna de orden normativo, corresponde recordarle que ha sido la propia Corte federal quien ha situado a las y los trabajadores como “sujetos de preferente tutela constitucional” desde el reconocido precedente “Vizzoti”<sup>19</sup>, posicionamiento reiterado en “Aquino”<sup>20</sup>, “Pérez”<sup>21</sup>, “Ascuá”<sup>22</sup>, “ATE II”<sup>23</sup>, “Ortiz”<sup>24</sup> y,

<sup>18</sup> Fallos: 338:40, considerando 9º, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur”.

<sup>19</sup> Fallos: 327:3677.

<sup>20</sup> Fallos: 327:3753.

<sup>21</sup> Fallos: 332:2043.

<sup>22</sup> Fallos: 333:1361.

<sup>23</sup> Fallos: 336:672.

<sup>24</sup> Fallos: 341:954.

en fecha más reciente, en la causa “Escalona”<sup>25</sup>. Tal preferencia exige una respuesta jurisdiccional diferenciada frente al eventual impacto normativo desigual, y potencialmente desproporcionado, sobre el colectivo de trabajadores y trabajadoras.

#### IV. A modo de recapitulación

Los lineamientos expuestos en el apartado II dan cuenta de un criterio claramente restrictivo al momento de efectuarse el contralor jurisdiccional de los Decretos de Necesidad y Urgencia. A ello se suma que la intervención legislativa del Poder Ejecutivo debe quedar circunscripta a remediar situaciones de excepción y no procurar o buscar la modificación o mutación permanente de régimen jurídico alguno.

Las respuestas jurisdiccionales del fuero nacional del trabajo se han alineado a esta consolidada jurisprudencia, como así también han identificado el interés colectivo claramente diferenciado y eventualmente comprometido por el DNU 70/2023.

Las bases que evocan tanto el título del DNU como la exposición de sus considerandos traslucen un propósito refundacional. En este punto resulta prioritario recordar que la lengua alemana receipta dos acepciones del vocablo “constitución”. La primera, como *Verfassung*, atiende a la realidad *fáctica* de una nación, el conjunto de prácticas y hábitos que la sostienen. La segunda, en tanto *Konstitution*, alude a la idealidad *formal*, a un cuerpo legislativo apriorístico que muchas veces encuentra en la constitución como hábito y práctica un valladar insalvable<sup>26</sup>. Ejemplos abundan en nuestra historia de esta verdadera rotura de lo real; basta recordar, para el caso, la suerte corrida por la “Constitución rivadaviana” de 1826.

Los programas democráticos de gobierno no se proyectan sobre tábula rasa alguna, ni menos aún parten de grado cero alguno.

<sup>25</sup> Fallos: 344:1070.

<sup>26</sup> Véase DUQUE, Félix, 1812: *El sujeto de la constitución/la constitución del sujeto*, en DUQUE, Félix (ed.), *Hegel. Lógica y constitución*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2019, ps. 72 y ss.

Resulta imperioso, entonces, evocar aquí las palabras de Enrique Santiago Petracchi al pronunciar su voto en disidencia en la causa “Cocchia”<sup>27</sup>:

Ninguna norma cede ante “programas de gobierno”, sino ante otras normas, y, en primer lugar, ante la Constitución, la cual –a su vez– no cede ante nada ni nadie.

<sup>27</sup> Fallos: 316:2624.

## **LA ESTÉRIL MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LCT A TRAVÉS DEL MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONAL DNU 70/2023. PRIMERA APROXIMACIÓN**

por DIEGO M. TOSCA\*

El DNU 70/2023, dictado por el Presidente Milei el 20 de diciembre de 2023 (publicado en el B. O. el 21-12-2023), pretende a través del Título IV –artículos 53 a 97– introducir gravitantes reformas estructurales en el Derecho Individual y Colectivo del Trabajo.

Existe confianza –y esperanza, por cierto– en la inmensa mayoría de la comunidad forense en que tal acto de avasallamiento institucional no tendrá en definitiva relevancia jurídica, ya sea por efecto del rechazo que ambas cámaras del Congreso de la Nación efectúen, ya sea por la impugnación constitucional que la justicia declare, en los casos que se sometan a su decisión, ante la evidente carencia de los requisitos que el artículo 99, inciso 3º, de la CN impone para habilitar excepcionalmente al presidente a legislar. Los fallos dictados por la Sala de FERIA de la Cámara de Apelaciones del Trabajo durante los primeros días de enero de 2024, que admiten las medidas cautelares peticionadas por la CGT y por la CTA, que provocaron por ahora la suspensión de los efectos del DNU en los aspectos jurídicos laborales, son un buen indicio en el sentido esperado.

No obstante, a fin de comenzar a cimentar la interpretación que, en cualquier caso, corresponde asignar a las modificaciones puntuales

\* Abogado laboralista. Profesor adjunto regular de Derecho del Trabajo (UBA).  
Publicista.

que el acto autoritario del presidente de la Nación propone, se realizará en el presente una breve consideración respecto del alcance de la modificación que se introduce en el artículo 23 de la LCT.

De acuerdo al artículo 68 del DNU 70/2023, el artículo 23 quedaría redactado con el siguiente texto:

*Art. 23 – Presunción de la existencia del contrato de trabajo.* El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

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 modificación, claro está, aparece en el párrafo segundo.

Más allá de la inadecuada redacción –debió haber dicho, en su caso, “cuando se trate de una relación que constituya objeto de un contrato de obra o de servicios”–, lo cierto y definitorio es que, por lo que seguidamente se intentará transmitir, la aventura modificatoria no parece tener efectos prácticos ni, menos aún, útiles.

El contrato de servicios y el de obra se encuentran normados por el artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación, que declara que “Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución...”, y por la norma siguiente, contenida en el artículo 1252, que luego de establecer reglas para distinguir el contrato de servicios del contrato de obra, dispone que “...Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral...”

Podrían presentarse entonces, de acuerdo a las previsiones normativas de Derecho común, situaciones en las cuales una persona

física preste un servicio personal a favor de otra, a cambio de una retribución, sin que el vínculo llegue a configurar un contrato de trabajo. Pero la condición insoslayable para que eso suceda es que actúe en forma independiente, es decir, sin dependencia del prestador del servicio en relación a quien lo recibe. La clave sigue estando, en consecuencia, en la presencia o no de dependencia, de acuerdo a los parámetros habitualmente considerados para aceptar su configuración.

Siendo así, toda vez que el artículo 23, por un lado, no ha modificado su premisa básica, esto es, que la mera *prestación de servicios* –tal como pacífica opinión jurisprudencial y doctrinal actual sostiene– hace presumir la existencia de contrato de trabajo, y *dado que el segundo párrafo de dicha norma, de acuerdo a la nueva redacción que se le pretende asignar, no dice que por el hecho de que las partes hayan suscripto formalmente un contrato de obra o de servicios la presunción no tiene operatividad, sino que esta alentada limitación de la presunción sólo tendrá lugar cuando efectivamente “se trate” de una contratación de obra o de servicios profesionales, la cuestión no parece tener ninguna relevancia práctica.*

Desde ya que ante una contratación de obra o de servicios genuina, en la cual el locador actúa en forma independiente, sin insertarse de manera subordinada en una estructura ajena, de titularidad de quien dirige su trabajo y paga su remuneración, no se estará en presencia de un contrato de trabajo.

En definitiva, toda vez que la novedosa redacción del artículo 23 no se detiene en las formas, *no dice que la instrumentación formal de un contrato, o la emisión de facturas por parte de quien realiza el trabajo, tornan inaplicable la presunción del primer párrafo, sino que tal consecuencia recién tendrá lugar cuando “se trate”, efectivamente, de una relación genuina, auténtica, propia de un contrato de obra o de servicios, no parece tener efectos prácticos relevantes la sorprendente modificación.*

En todo caso, si por hipótesis se interpretase que el simple hecho de la materialización de un instrumento contractual o la emisión de facturas por parte del prestador de trabajo hace caer la regla presuncional, cabría afincar la preeminencia de la regla general que emana

del primer párrafo del mismo dispositivo, haciendo primar la regla de primacía de la realidad sobre las formas, para llegar de este modo al único resultado aceptable en la disciplina jurídica laboral, la protección del trabajo prestado en forma subordinada, con irrelevancia del modo en que las partes puedan haber calificado la relación.

## EL “TRABAJO” DE ENTREGAR EL “CERTIFICADO” Y LAS CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN

por DIEGO J. TULA

En el Capítulo VII de la LCT (*De los derechos y deberes de las partes*), dentro del Título I (*Disposiciones generales*), se consignaba el texto anterior del artículo 80 titulado: *Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social. Certificados de trabajo.*

Se establecían allí, tal como rezaba el acápite, una serie de obligaciones contractuales específicas que integraban el deber de previsión del empleador, a saber:

- (i) Ingresar los fondos de la seguridad social y los sindicales, ya sea como obligado directo o como agente de retención (contribución y aporte), de modo que se posibilite al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios sociales (art. 79, LCT).
- (ii) Otorgar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la *época de la extinción de la relación*, constancia documentada de los ingresos de los fondos de seguridad social y los sindicales a su cargo, como obligado directo o como agente de retención. *Durante el tiempo de la relación*, debía otorgar tal constancia cuando hubieren mediado causas razonables.
- (iii) Dar al trabajador, cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa y sin más, un certificado de trabajo con las siguientes indicaciones: tiempo de prestación de servicios, naturaleza de los servicios, constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino

a los organismos de la seguridad social y la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación<sup>1</sup>.

La confección y entrega de dicho documento se inscribe en el marco de las obligaciones contractuales. Consiste, esencialmente, en una obligación de hacer que se encuentra a cargo del empleador. Está llamado a cumplir la función de acreditar los antecedentes del trabajador, con miras al logro de un nuevo empleo, aunque también puede abarcar otros objetivos tales como acreditar antigüedad y puesto de trabajo para alquilar un inmueble, tramitar un crédito bancario, acreditar condiciones para realizar el cursado de determinadas carreras, etcétera.

La antigua redacción no preveía sanción alguna en favor del trabajador ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador. Esto fue modificado por el artículo 45 de la ley 25.345 (B. O. del 17-11-2000) que indicaba: “Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del

<sup>1</sup> Si bien el acreedor y el obligado, en ambos casos son, respectivamente, el trabajador y el empleador, el art. 80 de la LCT disponía dos obligaciones *instrumentales* (contractuales) claramente diferenciadas por su objeto, a las que debía dar cumplimiento el empleador, a exigencia del trabajador:

1) *Entrega al dependiente de la constancia documentada del pago de los fondos de la seguridad social y sindicales a su cargo;*

2) *La entrega de un certificado de trabajo (certificaciones laborales), con las indicaciones que prevé el segundo párrafo del mismo artículo, a las que debe adicionarse la información sobre la formación profesional adquirida por el dependiente, de acuerdo a la modificación introducida por la ley 24.576.*

Precisa Ackerman que la identificación –y diferenciación– del objeto de las dos obligaciones impuestas por el art. 80 tiene particular trascendencia, no sólo en orden a su cumplimiento –que de no producirse se proyectaba sobre las consecuencias indemnizatorias previstas en el párrafo agregado por el art. 45 de la ley 25.345–, sino también frente al sujeto obligado y, a partir de éste, de cara a los distintos supuestos de responsabilidad solidaria que surgen de la legislación laboral. ACKERMAN, Mario E., *Responsabilidad solidaria en las obligaciones del art. 80 de la LCT (t. o.)*, RC D 106/2015.

requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente”.

El párrafo introducido por la citada ley, si bien no modificaba las obligaciones impuestas por las legislaciones precedentes, agregaba la posibilidad de que el dependiente se erija en acreedor a una indemnización especial y tarifada legalmente cuando, intimado formalmente el empleador al cumplimiento de aquéllas, no lo hiciera en el plazo de dos días hábiles. Este agregado obedecía a la intención del legislador de sumar un instrumento más de lucha contra la evasión fiscal. Finalmente, con la sanción del decreto 146/2001 (B. O. del 13-2-2001), el Poder Ejecutivo adicionaba un requisito para la operatividad de la regla incorporada por el artículo 45 de la ley 25.345, limitando el ámbito de aplicación temporal del citado párrafo.

La reforma introducida por el DNU 70/2023 (art. 70) hace tabla rasa y sustituye el artículo 80 de la LCT y sus modificatorias, por el siguiente:

Art. 80 – *Entrega de certificados*. El Poder Ejecutivo Nacional establecerá en orden a la obligación de entrega de los certificados del artículo 80 de la ley 20.744, un mecanismo opcional de cumplimiento de entrega a través de una plataforma virtual.

Se considera efectivamente cumplida dicha obligación por parte de los empleadores cuando se hubieran incorporado a la plataforma virtual los certificados pertinentes. Asimismo, también se considera cumplimentada cuando la información se encuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social.

Veamos.

Aquí se evidencia el primer escenario de conflicto. El texto dispuesto por el DNU no individualiza ni precisa cuáles serían las cons-

tancias documentadas que componen el núcleo obligacional en cabeza de los empleadores (identificadas en el sustituido art. 80 de la ley 20.744), sino que se limita a indicar un recurso alternativo (plataforma virtual) a través del cual aquéllos podrían cumplir con su cometido. Al no estar identificado el objeto de la obligación (es decir, la prestación –art. 725, CCCN–), los parámetros para considerarla efectivamente cumplida no podrían determinarse, motivando, precisamente, lo que se quiere evitar: la judicialización del conflicto.

La reforma elimina también la oportunidad en la cual nace la obligación del empleador, lo que pone de manifiesto un segundo escenario de conflicto. En líneas generales, puede afirmarse que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley o el contrato exijan que el acreedor deba requerir primero al deudor el cumplimiento para constituirlo en mora (art. 886, CCCN). Dada la redacción actual, ¿la mora se generará en forma automática con la extinción del contrato de trabajo? ¿Podría requerir el trabajador, aun vigente el vínculo obligacional, la entrega de los certificados laborales?

Dicho ello, parece auspiciosa la disposición en cuanto prevé, a texto expreso, un mecanismo informático opcional para el cumplimiento de la obligación de entrega de las certificaciones laborales. Vale recordar que, actualmente, la información sobre el cumplimiento por parte de los empleadores del ingreso de los fondos de la seguridad social y los sindicales puede ser perfectamente constatada por el trabajador a través del sitio web de Anses o Afip, al igual que la obtención de un certificado digital de ingresos laborales (remuneraciones declaradas por el empleador)<sup>2</sup>, motivo por el cual algunos tribunales laborales del país han indicado en sus sentencias que la sanción prevista en el artículo 45 de la ley 25.345 carecía de aplicación en la práctica. Precisamente, el nuevo texto del artículo 80 –aunque utilizando una inadecuada técnica legislativa– también considera cumplimentada la obligación cuando la información se en-

<sup>2</sup> <https://www.argentina.gob.ar/servicio/obtener-certificado-digital-de-ingresos-laborales-cdil>.

cuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social.

El cambio de paradigma radica en que, a partir de la reforma, la obligación del empleador se consideraría cumplida con la adecuada confección y puesta a disposición de los certificados en la plataforma digital que el Poder Ejecutivo disponga a tal fin, o bien en el sitio web respectivo –en la medida que se encuentren debidamente actualizados–, sin la necesidad de acreditar, en su caso, que el trabajador finalmente pudo hacerse materialmente de los mismos.

Tratándose de vías o mecanismos opcionales para el cumplimiento de la obligación, subsiste la posibilidad de que los empleadores escojan hacer entrega física de las certificaciones laborales al trabajador, lo que conlleva la vieja discusión respecto a la necesidad o no de promover un juicio por consignación frente a la imposibilidad (por la razón que fuere) de que el trabajador se haga de dichas constancias en forma extrajudicial<sup>3</sup>. En caso de optar por este mecanismo, continuaría la carga del empleador de acreditar no sólo la confección en tiempo y forma de los certificados, sino también la debida entrega de los mismos al trabajador.

La falta de alguno de los elementos oportunamente enunciados (o su falsedad o inexactitud) generaría el incumplimiento de la obligación a cargo del empleador. De igual manera, cuando las circunstancias que deben especificarse en la respectiva certificación fueran objeto de

<sup>3</sup> Resulta claro que la adecuada observancia de la obligación será el lugar de prestación de servicios, entendido como el domicilio del empleador deudor, excepto que este último fehacientemente comunique al trabajador otro domicilio. Si bien es cierto que, en cumplimiento del deber de cooperación que impera en todo vínculo contractual laboral (arts. 62 y 63, LCT), el trabajador deberá hacerse presente allí a los fines de recibir la documentación prevista en el art. 80 de la LCT, tal cumplimiento no puede sujetarse necesariamente a que el trabajador concurra a la empresa a retirarlo. En caso que el dependiente omita tal conducta, el empleador –para liberarse de la obligación– deberá consignarlo judicialmente. Precisamente por ello la comunicación fehaciente efectuada por la empresa en virtud de la cual pone en conocimiento del trabajador la puesta a disposición de dicha documentación no resulta suficiente para tener por cumplida la manda legal. De igual modo resultará irrelevante que la empleadora los acompañe recién al contestar la demanda (aun cuando la fecha de certificación de firma sea contemporánea a la extinción del contrato de trabajo).

debate (en punto a su propia existencia, contenido o alcance), la controversia será dirimida en sede judicial.

El tercer escenario de conflicto se vislumbra a partir del texto del artículo 56 del DNU, que promueve la derogación de los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; vale decir, elimina la indemnización operada en favor del trabajador en caso de incumplimiento del empleador (o cumplimiento parcial) de los deberes impuestos por el artículo 80 de la LCT. El último párrafo del citado artículo, incorporado por el artículo 45 de la ley 25.345, establecía una indemnización en favor del dependiente y a cargo del empleador equivalente al triple de la mejor remuneración mensual, normal y habitual *percibida* durante el último año de prestación o período inferior si la vinculación no hubiere alcanzado tal antigüedad.

Operada la mora del empleador en el cumplimiento de la obligación, el trabajador que pretendía obtener las certificaciones laborales (obligación de hacer) debía requerir judicialmente su ejecución forzada y, llegado el caso, el juez podía determinar las condenaciones conminatorias de carácter precunario respectivas (art. 804, CCCN). Nada de ello ha cambiado con la reforma.

Por el contrario, sí se ha efectuado un cambio en lo que refiere a la obligación de dar sumas de dinero. El artículo 777 del CCCN prevé que el incumplimiento imputable de la prestación le otorga al acreedor el derecho a reclamar los daños y perjuicios correspondientes. En lo que nos ocupa, dicha norma se complementa con lo dispuesto por el artículo 79 de la LCT. Y ello así por cuanto el incumplimiento injustificado de las obligaciones que resulten de la citada ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de imposibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan, hace al empleador responsable de los daños y perjuicios que su conducta haya podido causar.

La sanción por el incumplimiento a tal normativa, propio de un sistema tarifado, era la prevista legalmente por el artículo 45 de la ley 25.345. Es decir, la tarifa era legal (con presunción de daño) y operaba como una cuantificación predeterminada del perjuicio causado por el

ilícito contractual que supone la omisión de entrega de las constancias documentadas o del otorgamiento del certificado de trabajo.

Eliminada la presunción legal del daño, el trabajador se verá obligado a identificar y acreditar los daños que el incumplimiento patronal le ha inferido; vale decir, demostrar que, como consecuencia de la no entrega oportuna y completa de las certificaciones laborales, sufrió algún perjuicio. En suma, probar los presupuestos generales de la responsabilidad civil (incumplimiento material, daño, relación de causalidad y factor de atribución) colocándolo –en materia probatoria– en una situación similar a las exigencias impuestas a un acreedor civil (art. 1734, CCCN), olvidando el carácter de sujeto de preferente tutela constitucional de que gozan las personas que trabajan (art. 14 bis, CN).

Se nos ha encomendado realizar unas primeras –y breves– reflexiones sobre los alcances y las consecuencias de la reforma introducida por el DNU 70/2023 en este aspecto. Vayan, a modo de ensayo, estas sucintas líneas, asumiendo el compromiso frente al calificado lector de continuar y profundizar el análisis de los institutos bajo estudio.

## **SOBRE LA “LICENCIA POR GESTACIÓN” EN EL DNU 70/2023**

por LILIANA HEBE LITTERIO

SUMARIO: I. Ligera introducción a la norma sustituta. II. La persona gestante. III. La posible reducción del plazo de licencia previa al parto. IV. Algunas reflexiones finales.

### **I. Ligera introducción a la norma sustituta**

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70, que el 20 de diciembre de 2023 irrumpió con todas sus fuerzas en el Boletín Oficial, superó aun las previsiones más audaces.

Su lectura y análisis atento y sostenido requiere tiempo, más allá de la inconstitucionalidad que lo invade.

Entre la cantidad de leyes que modifica, lo hace con la propia LCT. En tal contexto de cambios por doquier, a través de su artículo 78 sustituye el artículo 177 de dicho cuerpo legal, del que nos vamos a ocupar.

Aclaremos de entrada que, a pesar de los trascendidos que circularon a gran velocidad según los cuales parecería que toda la conocida “licencia por maternidad” se habría trastocado, la mayor parte de la norma se mantiene intacta.

Por eso, no analizaremos la disposición en su totalidad<sup>1</sup>, sino que

<sup>1</sup> Sobre la prohibición de trabajar y conservación del empleo, entre otras muchas obras puede verse, ACKERMAN, M. E., *La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades*, en LT, XXXI, A, p. 289; PODETTI, Humberto y BANCHS, Ireneo, *Trabajo de mujeres*, Hammurabi, Buenos Aires, 1980; CARCAVALLO, Hugo, *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Antonio Vázquez Vialard,

en este breve artículo nos referiremos exclusivamente a los *únicos dos cambios* que contiene.

Más aún, nos parece que la modificación sustancial pasó bastante desapercibida, y es la atinente a la denominación que se le otorga a la persona protegida y, en consecuencia, la que debería conferirse a la licencia.

El segundo cambio introducido se relaciona con la posibilidad de reducción del período de permiso anterior al parto.

Al momento de escribir estas anotaciones se ignoraba el destino jurídico del DNU. Por eso lo abordaremos en total desconocimiento de cómo se resolverá la cuestión de su inconstitucionalidad, cuya consideración dejamos en manos de los especialistas en la materia.

Sin perjuicio de ello, procuraremos introducirnos en los contenidos de fondo de la disposición, que al día de terminar de escribir el presente artículo ya estaba vigente.

El texto del artículo 177 de la LCT, según el DNU en cuestión, es el siguiente:

*Prohibición de trabajar. Conservación del empleo.* Queda prohibido el trabajo del personal femenino o persona gestante durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo.

Sin embargo, la persona interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a diez (10) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora o persona gestante deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador.

Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 4, ps. 186 y ss.; ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, comentario al art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, Astrea, Buenos Aires; LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 179 y ss.

La misma conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer o persona gestante durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo, el que tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la misma practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlos vencidos aquellos plazos, la mujer o persona gestante será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

En los próximos acápite nos acercaremos brevemente a los dos temas objeto de modificación.

## **II. La persona gestante**

Tal como anteriormente hemos hecho notar, el artículo 177 de la LCT, en su texto según el DNU 70/2023, ya no habla de la mujer como destinataria específica de la protección que brinda en materia de licencias con motivo de embarazo y nacimiento.

Con toda intencionalidad se refiere a la persona protegida como *personal femenino o persona gestante, persona interesada, trabajadora o persona gestante, mujer o persona gestante*.

De tal modo, la norma tiene en cuenta, como corresponde, la situación de las personas transgénero, de las no binarias o de aquellas que se identifican con un sexo o género diferente a aquel con el cual nacieron al amparo de la ley 26.343 de identidad de género.

Claro que la única que puede gestar es la especie humana perteneciente al sexo femenino, pero parece conveniente hablar de persona gestante porque la *expresión resulta más amplia y no discriminatoria*. Más todavía, a nuestro modesto entender la norma podría haberse re-

ferido en todo momento exclusivamente a la persona gestante, porque esta expresión incluye a la mujer, la trabajadora y al personal femenino.

Es que puede suceder que quien gesta se sienta mujer, pero también que se sienta identificada con otro sexo, que sea queer, transgénero, o se corresponda con otra identidad sexual o de género. Estas o cualquier otra caracterización sexo-genérica que la persona decida encarar no le impiden procrear si conserva los órganos reproductivos femeninos, ni tampoco gozar de una licencia pre y posparto, necesarias desde el punto de vista biológico y psicológico, no sólo para quien gesta sino también para la persona por nacer y nacida.

Sabido es que hay personas que a pesar de que se autoperciben varones, y se comportan como tales en la vida diaria, conservan sus órganos reproductivos femeninos y, por lo tanto, se embarazan, procrean hijos y, en ocasiones, esos comportamientos sorprenden a la sociedad.

Recordamos al respecto que en tanto el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, muchas personas de sexo femenino llegan a procrear a través de estos procedimientos (arts. 560, 561 y 562). Obviamente, cualesquiera sean ellas están encuadradas en la misma protección que las madres que procrean naturalmente (filiación por naturaleza en los términos del Código Civil y Comercial).

Por lo tanto, en los hechos nacen bebés a través de la filiación biológica o a través de las técnicas de fertilización asistida, que en algunos casos se utilizan en forma casera (no reconocida legalmente) y, en otros, con intervención médica profesional.

Una de esas técnicas es la gestación por sustitución, no regulada ni prohibida por nuestro Derecho, a través de la cual la gestante, que no es la madre del nacido, procrea un niño.

Insistimos, a nuestro modo de ver hubiera bastado con consignar “persona gestante” y, así, quedaban cubiertos todos los supuestos, es decir, el de quien gesta sintiéndose mujer, varón, no binario, queer, transgénero, y también quien gesta para otra persona en tanto no se convierte en madre del nacido (sino que lo hace el o la comitente).

### III. La posible reducción del plazo de licencia previa al parto

Con excepción de la terminología elegida para referirse a la persona protegida, los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del nuevo texto del mencionado artículo 177 no difieren de lo dispuesto por la norma sustituida. Nada ha cambiado.

Por lo tanto, el nuevo artículo mantiene la prohibición de trabajar durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después de ocurrido.

Eso sí, recordemos que en los términos del texto original del artículo 177 de la LCT, la mujer tiene derecho a reducir el plazo de permiso de cuarenta y cinco días anteriores al parto, el cual no podrá ser inferior a treinta días, acumulándose el resto del período a la licencia posterior al parto.

El DNU, en su párrafo 2°, ha venido a modificar la extensión de la reducción del plazo de licencia previo al parto, que, en sus nuevos términos, *no podrá ser inferior a diez días*.

En tanto la persona gestante puede reducir el permiso anterior al parto a una cantidad no inferior a diez días, el resto se acumula al lapso posterior, es decir, goza de ochenta días de licencia después del parto.

Esto es lo que cambió. Tal adaptación de los plazos viene muy bien cuando la persona lleva adelante un embarazo sin dificultades, porque le permite permanecer más tiempo con su hijo después del nacimiento.

En verdad, se trata de un deseo generalizado de las personas embarazadas, que la nueva redacción del artículo 177 ha captado.

Lo dispuesto en el DNU no afecta la situación del nacimiento pre-término, es decir, producido antes de la fecha consignada en el certificado médico correspondiente, en tanto de la misma manera que lo hace el artículo 177 en su texto original, el período de licencia anterior al parto que no se hubiese gozado se acumula al permiso posterior al parto hasta completar los noventa días.

Respecto del texto de la LCT anterior a esta reforma, los autores han hecho notar que no contempla la hipótesis de *atraso del parto* y concuerdan, tal como corresponde, en que no debería limitarse la li-

cencia, sino que tendría que seguir hasta el parto, sin reducción del descanso posterior<sup>2</sup>. Esta previsión no fue incorporada a través del DNU. Sin embargo, nos parece que al respecto habría que mantener el criterio apuntado.

#### IV. Algunas reflexiones finales

Sin perjuicio de los reparos que merece el DNU en cuanto a su constitucionalidad, y a pesar de la cantidad de normas merecedoras de una severa crítica –de algunas de las cuales por nuestra parte nos hemos ocupado en otros lugares<sup>3</sup>– particularmente ésta, la del artículo 177, nos parece que ha constituido una iniciativa que hasta el momento sería acertada.

Tal como señalamos, es importante que se haya optado por una denominación amplia, la de “persona gestante”, que bien podría haber sido la única utilizada.

Advertimos, asimismo, que más allá de la referencia a la calidad de quien procrea, la única modificación que introduce la norma del nuevo decreto es la reducción del número de días de permiso anteriores al parto de que puede disfrutarse.

Hemos visto que la persona gestante podrá optar por que se le reduzca la licencia preparto a diez días (no ya a treinta días como en el texto de la LCT).

Esta diferencia no nos parece que sea sustancial para el empleador, pero sí lo es para la persona que gesta.

Tal disminución beneficia a quien gesta en tanto puede disfrutar de más días de proximidad con su hijo recién nacido. Eso suele ser muy ponderado por las personas. En cualquier caso, si no lo desean, pueden no solicitar tal reducción.

<sup>2</sup> PODETTI y BANCHS, *Trabajo de mujeres* cit., p. 105; MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 236; CARCAVALLO, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. 4, p. 186.

<sup>3</sup> En: *Los “cinco colaboradores independientes” del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?*, 2ª ed., en L. L., diario del 26-12-2023; *La “presunción de no existencia de contrato de trabajo” del DNU 70/2023*, en prensa en editorial La Ley para su publicación.

Corresponde señalar asimismo que, a pesar de su visión amplia, el DNU no ha reparado en los casos de los nacimientos con particularidades (v. gr., múltiples o con anomalías físicas o psíquicas), ni tampoco en la adopción, ni en la consideración de una licencia digna para el padre, entre otras múltiples situaciones que siguen sin generar derecho a licencia familiar alguna. No es el momento de explayarnos sobre estos temas de interés relevante, que hemos tratado en otros lugares a los que remitimos al lector<sup>4</sup>.

Como corolario de lo expuesto en este breve comentario, a nuestro modo de ver resultaría que la tradicional licencia del artículo 177 de la LCT, si bien sería “por maternidad” en la mayoría de los casos, en general, pasaría a ser una “licencia por gestación”.

<sup>4</sup> Con relación a las licencias familiares en general puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *Las licencias paternas en el empleo privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; ídem, *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 139 a 246; ídem, Capítulo *Familia*, en *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, dir. por Jorge Rodríguez Mancini, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 759; ídem, Capítulo *Responsabilidades familiares y licencias paternas*, en *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho del Trabajo*, dir. por Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Silvia Fernández, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 185; ídem, *Despido por fertilización humana asistida. Una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, en L. L. del 2-6-2021, p. 6, L. L. Online AR/DOC/1562/2021; ídem, *Aproximación a algunas licencias familiares en el proyecto de ley sobre políticas de cuidados*, Rubinzal-Culzoni, RC D 200/2022; ídem, *La imprescindible reforma de las licencias familiares en el empleo privado*, en *Pensar en Derecho*, N° 23, Eudeba, UBA, Buenos Aires, 2023, p. 89, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-23.php>.

# **DOS CASOS DE DISPONIBILIDAD COLECTIVA EN EL DNU 70/2023: LA JORNADA DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO**

por LUIS ROA<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Disponibilidad colectiva. 3. Disponibilidad colectiva en la jornada de trabajo. 4. Disponibilidad colectiva en la indemnización por despido. 5. Breve corolario.

## **1. Introducción**

Hay dos artículos del controvertido Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023<sup>2</sup> que despiertan la atención de los analistas no sólo por su contenido, sino también por la técnica normativa utilizada, que si bien no es novedosa, tampoco es frecuente, al menos desde los atisbos flexibilizadores de la década de los noventa y de principios de siglo. Nos referimos al artículo 79, relativo a la implementación de esquemas de flexibilidad de la jornada de trabajo, y al artículo 81, referido a la posibilidad de sustituir el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo por un fondo o sistema de cese laboral, ambos por la vía de la disponibilidad colectiva.

## **2. Disponibilidad colectiva**

La disponibilidad colectiva es una técnica que ha coexistido históricamente con el Derecho del Trabajo, entendiéndose como tal a la

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de grado y posgrado en las Facultades de Derecho, Ciencias Sociales y Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Moreno. Ex secretario académico de la Carrera de Relaciones del Trabajo en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA.

<sup>2</sup> Publicado en el B. O. del 21-12-2023, N° 35.326, p. 3.

capacidad reconocida a los convenios colectivos de trabajo de modificar los términos de la ley. En un sentido clásico, ello se correspondía con las características propias que presentaba el orden público laboral, en el que las normas producidas en el marco de la negociación colectiva presentaban una relación de *suplementariedad* con relación a la ley, es decir que expresaban un *plus beneficio* por sobre los beneficios establecidos legalmente. Este rasgo atravesó la estructura del orden público laboral, y dio sentido a las reglas clásicas del principio protectorio, tales como la de las condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo (art. 8º, LCT).

Esta inteligencia se explica en los límites que surgen de la lectura del artículo 7º de la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo al establecer: “Las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores...”

Fernández Madrid<sup>3</sup> dice que “por disponibilidad colectiva se entiende la delegación por ley del tratamiento de ciertas materias a lo que dispongan los convenios colectivos de trabajo”. Ahora bien, qué sucede cuando la propia ley habilita a la negociación colectiva a modificar la norma legal *en cualquier sentido*, es decir, autorizando incluso a perforar los mínimos de la ley con carácter peyorativo. Ése fue el debate nacido durante los noventa, en el que un sector de la doctrina comenzó a resignificar el sentido de la disponibilidad colectiva, impactando de pleno en la estructura del orden público laboral, admitiendo entre el convenio colectivo y la ley una relación de *supletoriedad*, por la cual el convenio colectivo de trabajo podía *suplir* a la ley derogando los beneficios por ella reconocidos.

Esto llevó a algunos autores a sostener criterios abrogatorios de la norma legal con carácter regresivo. Tal el caso de Carlos Alberto Etala<sup>4</sup>, para quien “*por disponibilidad colectiva debe entenderse la posi-*

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo, La Ley*, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 516.

<sup>4</sup> ETALA, Carlos Alberto, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 322.

*bilidad que tienen las partes de un convenio colectivo de trabajo de pactar condiciones de trabajo que sean menos favorables al trabajador que las dispuestas en las normas legales.* Mediante tal recurso se abre el campo para eliminar la rigidez de ciertas normas legales y adaptarlas a las posibilidades concretas de cada actividad o sector productivo. Se entiende que la presencia del sindicato –parte necesaria en la negociación colectiva– ha de permitir equilibrar la superioridad negociadora del empleador y garantizar que esa adaptación no se haga en desmedro del trabajador, sino en resguardo de la actividad en su conjunto” (la cursiva me pertenece).

### **3. Disponibilidad colectiva en la jornada de trabajo**

Alineándose con la inteligencia del artículo 198 de la LCT oportunamente modificado por la ley 24.013<sup>5</sup>, que bajo el eufemismo de la reducción de la jornada permite, mediante la negociación colectiva y de acuerdo con las características de la actividad, establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, el artículo 79 del DNU 70/2023 incorpora el artículo 197 bis al texto de ley 20.744, estableciendo:

Art. 197 bis – Las convenciones colectivas de trabajo, respetando los mínimos indisponibles de 12 horas de descanso entre jornada y jornada por razones de salud y seguridad en el trabajo, así como los límites legales conforme la naturaleza de cada actividad, podrán establecer regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de producción, las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores.

A tal efecto, se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral.

La modificación abre las puertas a la negociación colectiva, para barrer con la limitación de la jornada de trabajo reconocida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, supralegalmente a través de

<sup>5</sup> Art. modificado por el art. 25 de la ley 24.013 (B. O. del 17-12-91).

la ratificación del Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo formulada por el Estado argentino en noviembre de 1933, y mediante la promulgación de la ley 11.544, que ya en el año 1929 dispuso en su artículo 1° que “la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales”.

El DNU en cuestión habilita a superar ampliamente los límites diarios de trabajo sin otros límites que los establecidos en los estatutos profesionales y el de 12 horas entre jornada y jornada ya previsto en el artículo 197 de la LCT *in fine*, aclarando que ello es *por razones de salud y seguridad en el trabajo*. La flexibilidad propuesta se fundaría en la adecuación de la jornada a los cambios en las modalidades de producción, y a las especificidades de cada actividad, lo que *resulta incongruente con lo que el mismo artículo señala*, porque más allá de los particularismos y los cambios de las modalidades de producción, no sólo el límite entre jornada y jornada, sino la noción misma de la limitación horaria tienen sus claros fundamentos en razones de salud y seguridad en el trabajo.

Señala la nueva norma la posibilidad de *disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral*, lo que expresa una enumeración abierta y meramente enunciativa que puede implicar una flexibilización estructural de todo el Título IX de la Ley de Contrato de Trabajo, Capítulo I, *Jornada de trabajo* (arts. 196 a 203), que en estos términos es susceptible de ser disponible: jornada normal de distribución igual y desigual, jornada nocturna, jornada insalubre, horas extras (suplementarias), régimen de trabajo rotativo o por equipos, la obligación de prestar servicios en horas extraordinarias, etcétera. Incluso, esto podría tener impacto en otros institutos tales como el de la modalidad de *Contrato de trabajo a tiempo parcial* del artículo 92 ter de la LCT.

En el caso de las *horas extras*, que las enuncia explícitamente, se podría disponer la eliminación o flexibilidad de la cantidad de horas diarias, semanales y anuales, el monto o porcentaje de su retribución, o incluso la no compensación de las horas suplementarias por su articulación con la implementación del banco de horas o jornada calculada sobre base del promedio de horas.

En cuanto a la posibilidad de disponer de un sistema de *banco de horas* (también conocidas como cuentas de ahorro del tiempo trabajado), hace posible que los empleados acumulen hasta un límite máximo de “créditos” o de “débitos” de horas trabajadas. En estos sistemas, las horas que se trabajan en exceso de las horas convenidas legal o contractualmente pueden tomarse como simple tiempo libre remunerado y no como horas extras, y generan un *crédito en horas* para el trabajador, que puede ser utilizado en otro momento.

En el particular ecumenismo que suele presentar la Organización Internacional del Trabajo, ésta ha dicho que “se atiende así a los dos principios que caracterizan a estos acuerdos, puesto que éstas se han ideado, por una parte, para facilitar el equilibrio trabajo-vida, como sucede en el caso del tiempo flexible, y, por otra, para ayudar a las empresas a ajustar más adecuadamente las horas trabajadas a las variaciones de la carga de trabajo del establecimiento. La cuestión acerca de cuál de estos objetivos predomina sobre el otro, depende de la estructura del sistema de cuentas de ahorro del tiempo trabajado que se elija...” Pero también ha advertido la OIT que “*en ciertos casos se imponen importantes restricciones a la utilización de estas cuentas, a la vista de las necesidades de funcionamiento de las empresas [...] por lo tanto, en la práctica, los trabajadores tienen dificultades para tomar períodos libres prolongados con las cuentas de ahorro a largo plazo del tiempo trabajado*”<sup>6</sup>.

Pues bien, ahí está el *quid* de la cuestión. Estos sistemas suelen funcionar *equilibradamente* en los países centrales donde el ejercicio del poder de dirección en la empresa es compartido o colaborado a través de la gestión de órganos paritarios obrero-patronales, como lo son los consejos de empresa, y no como en nuestro país donde la ley establece que *la distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador* (art. 197, LCT). Esta unilateralidad en el ejercicio del poder de dirección, combinada con la hiposuficiencia negocial individual que le da sustento epistemológico al derecho del trabajo, no hace posible un equilibrio de poderes, sino que da lugar a la pre-

<sup>6</sup> *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2019.

valencia de los intereses de las empresas, aún más, en épocas en que la producción sigue los ritmos del *just in time*<sup>7</sup>.

Por otra parte, el DNU da cuenta de *la posibilidad de disponer colectivamente de los francos compensatorios*, lo que abre el juego a flexibilizar también el Capítulo II del Título IX de la Ley de Contrato de Trabajo relativo al descanso semanal, como también en días feriados y no laborables, impactando ello en la modificación de todo el régimen si lo articulamos con el diseño del banco de horas, pues éstos estarían supeditados a la organización y distribución del empleador, y de tal modo provocarían una virtual supresión del recargo remuneratorio cuando el empresario omite otorgar el franco el primer día hábil subsiguiente como actualmente lo dice el artículo 207 de la LCT.

Estos cambios propuestos, al margen de todo tipo de consulta a la sociedad, se dan en momentos en que está vivo el debate en torno a la reducción de la jornada de trabajo<sup>8</sup>, lo que ha dado lugar a un intenso debate en ambas Cámaras del Congreso de la Nación en procura de la merma de las horas de trabajo diarias y semanales, y en que la Corte Suprema de Justicia ha fijado posición sobre un debate que llevaba décadas, cual es el de determinar que de *la normativa nacional aplicable se desprende en forma clara y precisa que existen dos límites de jornada, uno diario y otro semanal, independientes y autónomos entre sí*<sup>9</sup>.

*El artículo en cuestión atrasa.* Sienta las bases para barrer con todo límite de la jornada de trabajo, profundizando un problema que sí existe en la Argentina: es uno de los países en que es más prolongada la jornada máxima legal, y progresivamente desde hace más de medio lustro se viene incrementando la tasa de trabajadores ocupados demandantes, es decir, trabajadores que ya están empleados a

<sup>7</sup> El método *just in time* tiende a reducir el *stock* de las empresas, acortando los tiempos de fabricación y venta conforme a los ritmos del mercado.

<sup>8</sup> Debate que lleva a pensar una jornada inferior a la actual sin mengua de la remuneración, reducida en cantidad de días por semana, pero también en cantidad de horas por día.

<sup>9</sup> CSJN, 1-11-2022, “Cardone, Lorena de los Ángeles c/Be Enterprises SA s/Despido. Recurso de hecho”.

jornada completa pero buscan intensamente más trabajo, lo que demandaría medidas urgentes para limitar el tiempo de trabajo, no flexibilizarlo.

#### **4. Disponibilidad colectiva en la indemnización por despido**

*El DNU modifica el régimen de indemnización por despido o antigüedad establecido en el artículo 245, LCT, reduciendo las indemnizaciones al alterar la base de cálculo de las mismas, promediando haberes para el caso de percepción de remuneraciones variables y al no computar ni el sueldo anual complementario, ni conceptos de pago semestral. Pero sin adentrarnos en esta disposición inconstitucional –por afectar el principio de indemnidad (art. 19, CN), la protección frente al despido arbitrario (art. 14 bis, CN) y ser regresiva (art. 75, incs. 19 y 22, CN)–, nos vamos a detener en la habilitación que hace la norma para sustituir la indemnización por despido a través de la negociación colectiva.*

La modificación la realiza el artículo 81 del DNU, el que en su parte pertinente (7° párrafo) dice:

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

*La idea de sustituir la indemnización por despido por un fondo de cese laboral no es nueva.* Es anterior a la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando aún estaba vigente la ley 11.729.

El primer antecedente de peso fue sancionado durante el gobierno de facto del Gral. Onganía, quien mediante el *decreto-ley 17.258*, también llamado “Ley Coria”, dispuso la creación del Fondo de Desempleo para los Obreros de la Construcción. Este régimen fue flexibilizado aún más, años más tarde, durante otro gobierno de facto, cuando en el año 1980 se dictó *la ley 22.250* que instituyó un nuevo régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la cons-

trucción. El sistema se integraba con el aporte obligatorio a cargo del empleador, que debía realizarlo mensualmente desde el comienzo de la relación laboral, en la que durante el primer año de prestación de servicios el aporte era el equivalente al 12% de la remuneración mensual, y superada dicha antigüedad, del 8%. En el año 2001, dicho “fondo de desempleo” pasó a denominarse *Fondo de Cese Laboral*<sup>10</sup>.

Durante la década de los noventa la idea reverdeció a partir del impulso que quisieron darle los organismos multilaterales de crédito (FMI y Banco Mundial)<sup>11</sup>, quienes impulsaban la idea de que debía estimularse el mercado de capitales a través de la creación de tres subsistemas del mercado de seguros, que surgirían de la privatización del sistema previsional, de la cobertura por accidentes y enfermedades de trabajo, y de las indemnizaciones por despido. Los dos primeros fueron creados en nuestro país mediante las leyes 24.241 y 24.557, pero el tercer subsistema nunca se llevó a cabo, fundamentalmente ante la fuerte incompatibilidad que presentaba tal iniciativa bajo el escrutinio de la Constitución Nacional.

No obstante hubo un ensayo que tuvo concreción legal: la *ley 24.467*<sup>12</sup> de pequeñas y medianas empresas dictada en el año 1995, la que en su *artículo 92* decía: “Los convenios colectivos de trabajo referidos a la pequeña empresa podrán modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo. Para los casos en que dichos convenios introduzcan, en el régimen de extinción, cuentas de capitalización individual, el Poder Ejecutivo Nacional habilitará la utilización de los instrumentos de gestión previstos en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones o en el régimen de seguros”.

Si bien en la práctica tal habilitación no se generalizó, y luego –en el año 2004– dicho artículo fue derogado, aún se recuerda el único antecedente en ese sentido, cual es el artículo 50 del Convenio Colectivo de Trabajo 277/96 de la Industria Plástica, firmado por su exsecretario general, Jorge Triaca, que establecía un aporte mensual

<sup>10</sup> Ley 25.371, B. O. del 2-1-2001.

<sup>11</sup> *Estimating the benefits of Labors Reform in Argentina*, Resumen Ejecutivo, Banco Mundial, 1996.

<sup>12</sup> Ley 24.467 (B. O. del 28-3-95).

a cargo del empleador del 6% (lo que implicaba una merma en las indemnizaciones reales).

Este modelo tuvo eco en el proyecto de reforma laboral promovido por el Ministerio de Trabajo de la Nación en septiembre de 1996<sup>13</sup>, en el que se concibió un sistema que reemplazara a la indemnización por despido mediante un fondo depositado por el empleador en una cuenta de capitalización individual (CCI), que era aplicable también para el caso de renuncia, jubilación, fallecimiento, etcétera. Entre sus fundamentos se explicaba que aquel diseño traería aparejada *la reducción sustancial de la litigiosidad (al hacer que buena parte de los beneficios no requieran calificar como despidos)*, del mismo modo que *los empleadores verían reducirse determinados sobrecostos con la consiguiente ganancia de competitividad*, y que, además, *se asegura el incremento de la capacidad de adaptación de las empresas frente al cambio, al provisionarse buena parte de los costos del despido*.

Los últimos antecedentes importantes los constituyen las iniciativas del Poder Ejecutivo Nacional durante los años 2017 y 2018, mediante el mensaje del PEN 130/2017, y el proyecto de ley 1381-S-2018, que proponía un régimen muy similar al actual, pero más reglamentado en cuanto a su constitución y funcionamiento<sup>14</sup>.

Ahora, analicemos los términos de la reforma indemnizatoria introducida por el artículo 81 del DNU 70/2023.

a) *La sustitución del sistema indemnizatorio sólo se podrá implementar mediante el mecanismo de la disponibilidad colectiva*. Si bien una primera lectura nos lleva a colegir que existe libertad de las autonomías colectivas para instrumentar el sistema, es necesario advertir que la producción normativa en el marco de la negociación colectiva

<sup>13</sup> Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, Documento *Propuesta de Reformas a los Sistemas de Relaciones de Trabajo y de Seguridad Social*, septiembre de 1996.

<sup>14</sup> Art. 21 del proyecto de ley 1381-S-2018: *“Fondo de Cese Laboral. Creación*. Las entidades representativas de los empleadores junto con las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores, signatarias de convenios colectivos de trabajo, podrán establecer a nivel convencional la constitución de un Fondo de Cese Laboral Sectorial para la actividad, con el objeto de asumir la cobertura en materia de preaviso y despido sin causa contempladas en los artículos 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976 y sus modificatorias).

(como en toda relación social) no se define por el mero decisionismo de las partes, sino que está atravesada por una serie de factores que van determinando la capacidad negociadora de los actores (relaciones de poder, hegemonías, contrahegemonías). Los convenios colectivos, como normas, no son sólo texto, sino contexto. Todos los analistas coinciden en un escenario económico-social de corto plazo, de estancamiento económico, inflación y desempleo: por definición éste es un marco poco propicio para la negociación colectiva, sobre todo para los sindicatos, que verán ostensiblemente mermada su capacidad negociadora, y a la vez en un ámbito de alta vulnerabilidad frente a los mecanismos de la disponibilidad colectiva<sup>15</sup>.

b) *El fondo de cese laboral es sustitutivo del régimen indemnizatorio.* Viene a eliminar la indemnización por despido del artículo 245 de la LCT, que tiene su fundamento en la segunda regla de Ulpiano, el principio constitucional del *alterum non laedere*, “no dañar a los demás”, amparado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, cuya violación hace nacer la obligación reparatoria. Pero esta colisión del DNU con el artículo 19 de la CN presenta un obstáculo constitucional aún mayor, que es el del artículo 14 bis de la CN, que ordena a las leyes proteger frente al despido arbitrario, es decir no sólo que cumpla una función reparatoria frente al daño, sino también disuasiva y punitiva frente al acto unilateral y despótico del despido. Claramente, la función que buscan tales fondos no es la de evitar la arbitrariedad del despido, sino amortizar las consecuencias del mismo, previsionando gastos, y naturalizándolo.

c) *La implementación del fondo de cese promovería la rotación laboral.* En el actual contexto que plantea el DNU, de realizar una reforma estructural aplicable a las relaciones laborales nuevas, la implementación de este tipo de mecanismos actúa como incentivo

<sup>15</sup> La pregunta sería: ¿Por qué un sindicato se sentaría a negociar colectivamente en un contexto desfavorable? Primero, por obligación legal; pero en una coyuntura de bajos salarios y alta inflación, las organizaciones obreras deberán hacerlo para mantener el poder adquisitivo de sus representados. Si a ello le sumamos la pérdida de poder real de negociación derivado del desempleo, y la vocación gubernamental de desarticular la ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo, se convierte en un escenario propicio para la negociación a la baja, y negociar bajo mecanismos de disponibilidad.

de la inestabilidad laboral y al empleo de nuevos trabajadores bajo otras condiciones de trabajo.

d) *Estos sistemas –similares al ya empleado en la industria de la construcción<sup>16</sup>– desdibujan las funciones propias de las indemnizaciones por despido que debieran proteger a los trabajadores frente a la arbitrariedad empresarial en el distracto.* El debate que pone en tensión el carácter indemnizatorio de tales sumas, o el sentido sustitutivo del fondo, es un impulso que *va borrando los límites conceptuales entre lo lícito y lo ilícito, y por ende conspira contra la definición precisa del bien jurídicamente protegido: la protección frente al despido arbitrario.*

Asimismo, este régimen, articulado con la opción de la última parte del artículo 81 del DNU, que habilita a los empleadores a contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar las sumas que libremente se pacten entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la LCT, *va disolviendo las fronteras entre los distintos tipos de extinción<sup>17</sup>, vaciando de contenido el mandato constitucional frente al despido ad nutum.*

e) *El fondo de cese laboral no es un seguro de desempleo.* Su naturaleza jurídica no se enrola con la seguridad social. Constituirá un sistema insuficiente –y por ende violatorio del principio de indemnidad–, y su objetivo será previsionar los daños derivados del despido arbitrario, pero no pareciera perder su naturaleza indemnizatoria. *No es una prestación de la seguridad social.* Una indemnización repara un daño, en este caso la ruptura arbitraria del vínculo laboral, mientras que una prestación de la seguridad social es un derecho económico frente a una contingencia social, como puede ser el desempleo. El desempleo es una condición de actividad de carácter contingente, es decir que puede suceder o no suceder. El despido arbitrario no es contingente: sucede por la voluntad unilateral y caprichosa del empleador.

<sup>16</sup> Actividad que por sus características y naturaleza admitiría una alta rotación del personal.

<sup>17</sup> El art. 64 del DNU incorpora a los trabajadores que hayan extinguido sus contratos de trabajo en los términos del art. 241 de la LCT como beneficiarios del seguro de desempleo previsto en el art. 114 de la ley 24.013.

Nótese que el sistema modelo que se toma como referencia, el burdamente denominado “sistema UOCRA”, surgió con el decreto-ley 17.258 que lo denominó *Fondo de Desempleo para el Personal de la Construcción*, nominación mantenida con la reforma del mismo realizada por la ley 22.250, para cambiar de nombre a partir del año 2001<sup>18</sup>, en que se creó el Sistema Integrado de Prestaciones por Desempleo para los Trabajadores Comprendidos en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción, razón por la cual el sistema se comenzó a llamar *Fondo de Cese Laboral*. Ello por una razón muy sencilla: no es lo mismo una reparación frente a la ruptura del contrato de trabajo que una prestación de la seguridad social.

f) *Las sumas que eventualmente perciban los trabajadores comprendidos dentro de los futuros Fondos o Sistemas de Cese Laboral serán inferiores a las que hoy garantiza el artículo 245 de la LCT.* Esto viola los principios de indemnidad (art. 19, CN) y de progresividad y no regresividad (art. 75, incs. 19 y 22, CN). Previo al DNU, la fórmula reconocía como monto indemnizatorio el equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada. En cambio, la reforma dispone que el fondo se financiará con un aporte a cargo del empleador, que no podrá ser superior al 8% de la remuneración computable.

Digo que las sumas serán inferiores porque: 1. Las remuneraciones computables son inferiores; 2. El aporte no podrá superar el 8% de tales remuneraciones, cuando para conservar el estándar de un mes de sueldo por año de servicio debiera aportarse al menos el 8,33% por cada mes, y 3. *El aporte mensual no podrá ser superior al 8% pero puede ser inferior.* Estos elementos nos hacen comprender que la naturaleza de la reforma no es sólo la de eliminar el artículo 245 de la LCT, sino también la de bajar ostensiblemente las indemnizaciones a efectos de *reducir el costo laboral directo*.

g) *El fondo abre las puertas a su articulación con el sistema financiero.* Ello se infiere de sus antecedentes de los años 2017 y 2018, y de las recurrentes manifestaciones en ese sentido realizadas por el

<sup>18</sup> Ley 25.371, B. O. del 2-1-2001.

titular del Poder Ejecutivo Nacional, quien sostiene la vocación de ir hacia un sistema similar al de los obreros de la construcción, con un *esquema de seguros de desempleo (sic) con mayor profundidad financiera*<sup>19</sup>. En tal orden, pareciera ser que el fondo actuaría como un fideicomiso que no sólo tendría como finalidad brindar una mayor previsibilidad a los empresarios en el pago de las indemnizaciones, sino también articular su funcionamiento en el mercado de capitales, lo que le daría un mayor anclaje en el sistema financiero, como lo fuera el antiguo sistema de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) creado por la ley 24.241, que funcionaba como un régimen de capitalización individual sobre cuyos fondos se realizaban todo tipo de inversiones, incluso de riesgo, y donde no se garantizaba la intangibilidad del capital. Estos señalamientos son congruentes con el sentido del último párrafo del artículo 81 del DNU, que autoriza a los empleadores *a contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley.*

## 5. Breve corolario

De lo expuesto, se advierte en el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 la reaparición de un viejo y polémico recurso, cual es el de la disponibilidad colectiva, esta vez habilitando a la flexibilización de la jornada de trabajo y a la eliminación de la indemnización por despido reconocida en el artículo 245 de la LCT. Bajo la pátina de una técnica que puede ser presentada como más participativa y democrática, y como un incentivo de la negociación colectiva apelando a la libertad de los antagonistas sociales, se abren las puertas a una reforma laboral mucho más profunda, por goteo, y en cada unidad de negociación de los convenios colectivos de trabajo.

<sup>19</sup> *La Nación*, 16-8-2023, *Javier Milei y la reforma laboral: cómo funciona el fondo de desempleo que quiere implementar para reemplazar a las indemnizaciones*, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/javier-milei-y-la-reforma-laboral-como-funciona-el-fondo-de-desempleo-que-quiere-implementar-para-nid16082023/>.

# DERECHO DE REUNIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

UNA REVISITA

por ROLANDO E. GIALDINO

*Nadie debería ser acosado o sufrir otras represalias por su presencia en una reunión pacífica o su adhesión a ella.*

*La imposición de cualquier restricción se debería guiar por el objetivo de facilitar el derecho, en vez de intentar limitarlo innecesaria y desproporcionadamente.*

A. “Las reuniones pacíficas pueden, en principio, realizarse en todos los espacios a los que la población tenga o debería tener acceso, como las plazas y las calles públicas. Si bien las normas relativas al acceso de la población a algunos espacios, como los edificios y los parques, también pueden limitar el derecho de reunión en esos lugares, la aplicación de esas restricciones a las reuniones pacíficas se debe poder justificar en virtud del artículo 21. Las reuniones pacíficas no se deberían relegar a zonas remotas en las que no puedan captar eficazmente la atención de los destinatarios o del público en general. Por norma, no puede haber una interdicción general de todas las reuniones en la capital, en todos los lugares públicos excepto un lugar específico dentro de una ciudad o fuera del centro de la ciudad, o en todas las calles de una ciudad”. Así lo sostiene el intérprete más autorizado en el plano internacional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC), *i. e.*, el Comité de Derechos Humanos (Comité DH)<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Pellicori”, *Fallos*: 334:1387, § 5 –2011–.

en su *Observación general 37. Derecho de reunión pacífica (art. 21)*<sup>2</sup>, y en una de sus más recientes decisiones<sup>3</sup>. Este instrumento de 2020 y, en lo principal, la cruda realidad que hoy nos rodea, nos ha llevado a revisitar, bien que de manera parcial y breve, algunos trabajos que elaboramos con motivo, desafortunadamente, de análogas circunstancias, a los que remitimos<sup>4</sup>.

**B.** Por cierto, lo que terminamos de transcribir guarda acabada sintonía con premisas fundamentales puestas en cabeza del Estado, verbigracia:

- a) evitar la designación de los perímetros de lugares como los tribunales, los parlamentos, los lugares de importancia histórica u otros edificios oficiales como zonas en las que “no se pueden celebrar reuniones”, entre otros motivos, porque se trata de espacios públicos. Toda restricción a las reuniones en esos lugares y alrededor de ellos se debe justificar específicamente y restringir estrictamente (*Obs. gral. 37, § 56*);
- b) el artículo 21 del PIDESC protege las reuniones pacíficas “dondequiera que tengan lugar: al aire libre, en el interior y en línea; en espacios públicos y privados; o una combinación de las anteriores” (*íd.*, § 6);
- c) las reuniones pueden adoptar muchas formas, incluidas las manifestaciones, las protestas, las reuniones propiamente dichas, las procesiones, los mítines, las sentadas, las vigiliadas a la luz de las velas y los *flashmobs*, al paso que pueden resultar “estáticas, como los piquetes, o en movimiento, como las procesiones o las marchas” (*íd.*)<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Observación general 37 relativa al derecho de reunión pacífica (art. 21)*, 2020, CCPR/C/GC/37, § 55, citas omitidas; en adelante, *Obs. gral. 37*; la cita de párrafos (§) referirá a este instrumento salvo indicación en contrario. El epígrafe responde a este texto: §§ 33 y 36.

<sup>3</sup> Comité DH, 7-7-2023, “Andrey Strizhak and others vs. Belarus”, communications 2579/2015, 2968/2017, § 8.4.

<sup>4</sup> GIALDINO, Rolando E., *Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en L. L 2016-C; *Protesta social. Derecho de reunión. En clave del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *La defensa*, 2017, N° 6.

<sup>5</sup> Por *flashmobs* suele entenderse una acción organizada por un grupo de personas y

C. Advirtamos, desde un comienzo, que hablar del derecho de reunión implica adentrarse en un campo jurídico más vasto y delicado de lo que esa expresión pueda significar a primera vista: “[l]a plena protección del derecho de reunión pacífica sólo es posible cuando se protegen otros derechos que a menudo se superponen, como los de libertad de expresión, libertad de asociación y participación política” (*Obs. gral. 37, § 9*). En sentido concorde se han expresado, por ejemplo:

- a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual tiene “reconocido la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático”<sup>6</sup>;
- b) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)<sup>7</sup>, y
- c) la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea DH): no obstante su autonomía y la especificidad de su esfera de aplicación, la libertad de reunión y de asociación (art. 11, Convención Europea de Derechos Humanos) también debe ser considerada a la luz de la libertad de expresión (art. 10, *íd.*)<sup>8</sup>, además de:

convocada normalmente a través de las redes sociales para promocionar algo que se ejecuta por sorpresa y con cotidianidad en un lugar público y durante un breve espacio de tiempo. El derecho a la libertad de reunión, incluye “el derecho de reunión espontánea” (Comité DH, *Observaciones finales: Suiza, 2017, CCPR/C/CHE/CO/4, § 49*).

<sup>6</sup> “López Lone y otros vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, 5-10-2015, Serie C N° 302, § 55.

<sup>7</sup> *Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser. L/V/II, 2019, § 17 y ss.

<sup>8</sup> “Vogt c/Allemagne”, Gran Sala, 26-9-98, § 64, sus citas y otros. El derecho a la libertad de reunión consagrado en el art. 11 de la Convención es un derecho fundamental en una sociedad democrática y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, uno de los fundamentos de dicha sociedad. Por tanto, no debe interpretarse restrictivamente. Como tal, este derecho abarca tanto las reuniones privadas como las reuniones en lugares públicos, ya sean estáticas o en forma de procesión; además, puede ser ejercido por participantes individuales y por las personas que organizan la reunión (*íd.*, 6-3-2018, “Chumak vs. Ukraine”, 4ª sección, § 36).

d) la CSJN: “Las libertades de reunión, de expresión y de asociación son «esenciales del estado constitucional vigente en la República»”<sup>9</sup>.

Es en este cruce de derechos, incluso más complejo que lo antes indicado, en el que se emplaza, verbigracia, la “protesta social”<sup>10</sup>. Mayormente cuando, si un aspecto está prohibido, es precisamente prohibir las manifestaciones de oposición al gobierno<sup>11</sup>, o las que implican “desafíos a la autoridad, incluidos los llamamientos en favor de cambios democráticos de gobierno, la constitución o el régimen político” (*Obs. gral.* 37, § 49), o en las que se hace “uso de carteles, pancartas o banderas que «insulten el honor y la dignidad de funcionarios de órganos del Estado»”<sup>12</sup>. No puede considerarse que estas restricciones “sean necesarias en una sociedad democrática para proteger los valores mencionados en el artículo 21 [PIDCP]” (íd., § 18). Más todavía: dado que el “discurso político goza de una protección especial como forma de expresión, se deduce que las reuniones con un mensaje político se deberían facilitar y proteger en mayor medida” (íd., § 32). En suma: toda restricción ha de resultar “neutral” en cuanto al contenido de la reunión: impedir la organización de una reunión pública por girar en torno de un tema concreto, “supone una de las injerencias más graves

<sup>9</sup> “Farfán, Julio Antonio y otros s/Amenazas agravadas”, *Fallos*: 342:654, § 5 y su cita –2019–. “...en materia de libertad de asociación es patente la interacción existente, al igual de lo que ocurre con el derecho de reunión, con la libertad de expresión o de prensa” (íd., “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/Inspección General de Justicia”, *Fallos*: 329:5266, § 7 –2006–). Sumemos al contexto normativo ya enunciado, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXI).

<sup>10</sup> *Vide* en general: Comisión IDH, *Protesta y Derechos Humanos...*, cit.

<sup>11</sup> *Vide* Comité DH: *Observaciones finales: Madagascar*, 2017, CCPR/C/MDG/CO/4, §§ 51 y 52; *Obs. gral.* 37, § 49.

<sup>12</sup> Íd., *Observaciones finales: Belarus*, 1997, CCPR/C/79/Add.86, § 18. Asimismo; *Obs. gral.* 37, § 49 y sus citas, y § 51; las normas aplicables a la “libertad de expresión se deberían cumplir en lo que respecta a los elementos expresivos de las reuniones” (íd.). Según el art. 20 del PIDCP, las reuniones pacíficas no se pueden utilizar con fines de propaganda en favor de la guerra (inc. 1º) o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (inc. 2º). En la medida de lo posible se deberían adoptar medidas en esos casos contra los autores individuales y no contra la reunión en su conjunto (*Obs. gral.* 37, § 50).

que pueden concebirse con respecto al derecho a la libertad de reunión pacífica”<sup>13</sup>. Y más lo sería, acotaríamos, cuando el principal objetivo de la crítica fuese la misma autoridad que tiene el poder de autorizar o denegar la reunión pública<sup>14</sup>.

**D.** Desde luego, lo protegido es la reunión “pacífica”, vale decir, no violenta, lo cual se presume<sup>15</sup>, y la violencia suele implicar “el uso por los participantes de una fuerza física contra otros que pueda provocar lesiones, la muerte o daños graves a los bienes” (*Obs. gral. 37*, § 15 y sus citas). Los empujones o la interrupción del tráfico de vehículos o peatones o de las actividades diarias no constituye “violencia” (í.d.). Es que las perturbaciones, verbigracia, a la circulación de vehículos o peatones o a la actividad económica, fuesen intencionadas o no, “no ponen en entredicho la protección de la que gozan esas reuniones” (í.d., § 7)<sup>16</sup>. En palabras de la Comisión IDH, las “protestas son indis-

<sup>13</sup> Íd., 25-10-2013, “Nicolai Alekseev c/Federación de Rusia”, comunicación 1873/2009, § 9.6; en el caso, las autoridades habían negado “el permiso para celebrar el piquete propuesto por el autor [...] porque, dado el tema que trataba [la promoción del respeto de los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías sexuales], habría provocado una reacción negativa que habría podido llevar a alteraciones del orden público” (í.d.). En algunos casos, las reuniones pacíficas pueden tener un efecto perturbador inherente o deliberado y requerir un grado de tolerancia considerable (*Obs. gral. 37*, § 44; asimismo: §§ 22 y 48).

<sup>14</sup> Conforme al art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los eventos públicos relacionados con la vida política en el país o a nivel local deben gozar de una fuerte protección bajo esa disposición, y son raras las situaciones en las que una reunión puede ser legítimamente prohibida en relación con la sustancia del mensaje que sus participantes desean transmitir. El Gobierno no debería tener el poder de prohibir una manifestación porque considera que el “mensaje” de los manifestantes es incorrecto. Esto es especialmente cierto cuando el principal objetivo de la crítica es la misma autoridad que tiene el poder de autorizar o denegar la reunión pública (Corte Europea DH, 12-6-2014, “Primov and Others vs. Russia”, § 135).

<sup>15</sup> Comité DH, 14-3-2023, “Carles Puigdemont i Casamajó c/España”, comunicación 3165/2018, § 16.10. Y añade con cita de *Obs. gral. 37*, § 17: “los actos de violencia aislados de algunos participantes no se deberían atribuir a otros, a los organizadores o a la reunión como tal” (í.d.).

<sup>16</sup> “[L]as reuniones entrañan un uso legítimo de los espacios públicos y de otros lugares, y dado que pueden causar, por su propia naturaleza, cierto grado de perturbación de la normalidad, se deben permitir esos trastornos, a menos que impongan una carga desproporcionada, en cuyo caso las autoridades deben poder justificar de-

pensables para la consolidación democrática y, por lo tanto, constituyen un uso tan legítimo del espacio público como cualquier otro. De esa manera, no pueden suprimirse como forma de garantizar otros usos más rutinarios de estos espacios, como la actividad comercial o la circulación de personas y vehículos. En ese sentido [...] ha destacado que las calles y plazas son lugares privilegiados para la expresión pública”<sup>17</sup>. Se trata de un lugar de encuentros: dada la importancia de la libertad de reunión en una sociedad democrática, las asambleas deben ser consideradas como un medio igualmente legítimo de uso del espacio público como otros usos más rutinarios de dicho espacio, como la actividad comercial o el tránsito peatonal y vehicular<sup>18</sup>. Con acierto ha juzgado el Tribunal Constitucional de España: “[e]n una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”<sup>19</sup>. Tampoco se configuraría la aludida ilegitimidad si los participantes se cubrieran la cara o se disfrazaran de otra manera, como con capuchas o máscaras, o tomaran otras medidas para participar anónimamente, pues ello “puede formar

talladamente las restricciones” (*Obs. gral. 37, § 47*). “[E]ste tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse” (Comisión IDH, *Protesta y...* cit., § 41 y sus citas de Corte IDH).

<sup>17</sup> Comisión IDH, *Protesta social y...* cit., § 72, citas omitidas. La Comisión IDH “también ha observado la manipulación del derecho penal para detener arbitrariamente e iniciar acciones penales sin fundamento a personas que participan, convocan u organizan manifestaciones públicas [y] ha señalado que tipos penales relacionados a la garantía del orden público, como la ‘inducción a la rebelión’, ‘terrorismo’, ‘sabotaje’, ‘apología del delito’ y ‘ataque o resistencia a la autoridad pública’ ‘obstrucción de las vías de circulación’ etc., tienden a ser aplicados de forma arbitraria por las autoridades para criminalizar a las y los defensores de derechos humanos. De modo general, los operadores de justicia tienen el deber de abstenerse de aplicar estos tipos penal[es] a esas conductas [...]” (íd., § 210; asimismo § 371). “Los órganos legislativos deben abstenerse de crear tipos penales vagos o que criminalizan conductas propias de una protesta social, como sucede con las sanciones penales por falta de autorización o el desacato, o la afectación de la circulación. Estos tipos penales resultan violatorios del principio de legalidad y de los estándares interamericanos” (íd., § 365; asimismo: *Obs. gral. 37, § 67*).

<sup>18</sup> Comisión de Venecia – OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 3ª ed., p. 19 y los numerosos antecedentes que cita.

<sup>19</sup> Sentencia 66/1995, 8-5-95, f.j. 3.

parte del elemento expresivo de una reunión pacífica o servir para contrarrestar las represalias o proteger la intimidad, en particular en el contexto de las nuevas tecnologías de vigilancia” (íd., § 60)<sup>20</sup>. Al respecto, la recopilación de información y datos por las autoridades “no debe dar lugar a la supresión de derechos o tener un efecto disuasorio”; dicha recopilación debe “ajustarse estrictamente a las normas internacionales aplicables, especialmente sobre el derecho a la intimidad, y nunca pueden tener por objeto intimidar u hostigar a los participantes o los posibles participantes en las reuniones” (íd., § 61).

E. A su vez, la posibilidad de que una reunión pacífica pueda provocar reacciones adversas o incluso violentas en algunos ciudadanos no es motivo suficiente para prohibirla o restringirla (*Obs. gral. 37, § 27*)<sup>21</sup>. A todo evento, es “responsabilidad de las autoridades justificar toda restricción caso por caso” (íd., § 53; asimismo: § 36).

F. No hay duda de que requerimientos tales como que los participantes u organizadores se ocupen de la seguridad, la asistencia médica, la limpieza u otros servicios públicos relacionados con las reuniones pacíficas o participen en esos gastos, “no son compatibles” con el artículo 21 del PIDCP (*Obs. gral. 37, § 64 y sus citas*)<sup>22</sup>. Asimismo,

<sup>20</sup> El derecho a la intimidad se puede infringir, por ej., “con el reconocimiento facial y otras tecnologías que pueden identificar a los miembros de una multitud” (*Obs. gral. 37, § 62*). También se debería dejar que los participantes decidan si desean utilizar equipo como carteles, megáfonos, instrumentos musicales u otros medios técnicos, como equipo de proyección, para transmitir su mensaje. Las reuniones pueden implicar el levantamiento temporal de estructuras, incluidos los sistemas de sonido, para llegar a su público o lograr su propósito de alguna otra manera (íd., § 58).

<sup>21</sup> “La prohibición de una reunión concreta sólo se puede considerar como una medida de último recurso [...] Los Estados también deberían considerar la posibilidad de permitir que se celebre una reunión y decidir posteriormente si se deberían adoptar medidas con respecto a posibles transgresiones durante el evento, en lugar de imponer restricciones previas en un intento de eliminar todos los riesgos” (*Obs. gral. 37, § 37*).

<sup>22</sup> En “Yury Belenky vs. Belarus”, el Comité DH aplicó estos criterios para censurar la condena impuesta al autor al pago de importantes multas administrativas por no cumplir con la obligación, conforme a la legislación nacional, de celebrar contratos con las autoridades nacionales pertinentes para la prestación de servicios de seguridad

el hecho de tener que solicitar “permiso” a las autoridades “socava” la idea de que la reunión pacífica es un derecho fundamental (íd., § 70)<sup>23</sup>. Nos hallamos ante un “derecho” no ante un “privilegio”<sup>24</sup>.

**G.** En cuanto a las obligaciones estatales, son de índole negativa y positiva, antes, durante y después de la celebración de la reunión. Las primeras implican evitar injerencias injustificadas en las reuniones pacíficas. Las segundas requieren facilitar dichas reuniones y “hacer posible que los participantes logren sus objetivos” mediante, *inter alia*, cerrar calles, desviar el tráfico o garantizar la seguridad, proteger a los participantes contra posibles abusos por parte de agentes no estatales, como la injerencia o la violencia de otros ciudadanos, los contramanifestantes y los proveedores de seguridad privada (*Obs. gral. 37, §§ 23/24*). Por ende, toda restricción debe cumplir con el requisito de “legalidad” y ser “necesaria y proporcionada” en relación con al menos una de las causas de la lista exhaustiva (íd., § 41) de restricciones admisibles que figuran en el artículo 21 del PIDCP (íd., § 36), *i. e.*, “necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger

pública durante los eventos y para abonar dichos servicios (communication 2860/2016, 8-7-2022, § 9.4). “[N]o se debe considerar responsables o exigir cuentas a los organizadores y participantes en las reuniones por el comportamiento ilícito de otras personas, ni se les debe encomendar la responsabilidad de proteger el orden público a ellos, ni al personal encargado de velar por el buen desarrollo de las reuniones” (CSJN, “Arregui c/Estado Nacional –PFA–”, *Fallos*: 340:1940, voto del juez Maqueda, § 8 y su cita –2017–).

<sup>23</sup> Distinto es el supuesto de los procedimientos de *notificación*, los cuales, a todo evento, deberían ser transparentes, no excesivamente burocráticos y gratuitos, y sus exigencias a los organizadores, ser proporcionales a la posible repercusión pública de la reunión en juego (*Obs. gral. 37, § 70*). Quede en claro, eso sí, que la “falta de notificación a las autoridades de una reunión cuando sea necesario no hace que la participación en ella sea ilegal y no se debe utilizar en sí misma como fundamento para dispersar la reunión, detener a los participantes o los organizadores o imponerles sanciones indebidas, como acusarlos de un delito” (íd., § 71), Quedan excluidas de toda notificación las reuniones espontáneas (íd., § 72; *vide supra* nota 5). Los regímenes de notificación no deben equivaler en la práctica a sistemas de autorización (íd., § 73).

<sup>24</sup> Comité DH, 10-3-2023, “Georgiy Arkhangelskiy and Others vs. Kazakhstan”, communications 2538/2015, 2539/2015, § 8.5.

la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”<sup>25</sup>. Y ley, si de restricciones a los derechos se trata, “significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”<sup>26</sup>. Además, han de estar previstas en la ley en “forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara, tanto en el sentido formal como material”<sup>27</sup>.

**H.** Quede en claro que las restricciones deben:

- a) Ser “necesarias en una sociedad democrática”, vale decir, “necesarias y proporcionadas en el contexto de una sociedad basada en la democracia, el respeto de la ley, el pluralismo político y los derechos humanos, en lugar de ser meramente razonables o convenientes” (*Obs. gral. 37, § 40*)<sup>28</sup>;

<sup>25</sup> El ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas “sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15). “Se puede presumir que las restricciones generales de las reuniones pacíficas son desproporcionadas” (*Obs. gral. 37, § 38*).

<sup>26</sup> Corte IDH, *La expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-86, Serie A N° 6, opinión. Asimismo: Comisión IDH, *Protesta social y...* cit., § 34. El Comité DH “observa que, de conformidad con el párrafo 2 del art. 22, para que la injerencia en la libertad de asociación se justifique, las restricciones de este derecho deben reunir todas las condiciones siguientes: a) deben estar previstas por la ley...” (24-7-2007, “Aleksander Belyatsky y otros c/Belarus”, comunicación 1296/2004, § 7.3).

<sup>27</sup> Comisión IDH, *Protesta social y...* cit., § 34.

<sup>28</sup> La Corte Europea DH, “al interpretar el art. 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’. Este concepto de ‘necesidad social imperiosa’ fue hecho suyo por la Corte en su Opinión Consultiva OC-5/85”, 2-7-2004, Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, Serie C N° 107, § 122; *vide Obs. gral. 37, §§ 23, 60 y 73*).

- b) constituir “una respuesta adecuada a una necesidad social apremiante” (íd.);
- c) adoptar la medida menos “perturbadora” entre las que podrían permitir lograr la función protectora pertinente (íd.);
- d) generar un “beneficio” que supere al “perjuicio” que irrogan (íd.). Por otro lado:
- e) “seguridad nacional” implica medidas “necesarias para preservar la capacidad del Estado de proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra una amenaza creíble o el uso de la fuerza” (íd., § 42);
- f) “seguridad pública” exige establecer que la reunión crea un “riesgo real y significativo para la seguridad de las personas (la vida o la seguridad personal) o un riesgo similar de daños graves a los bienes” (íd., § 43);
- g) “orden público” supone el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales en que se basa dicha sociedad, que incluye el derecho de reunión pacífica (íd., § 44)<sup>29</sup>;
- h) “salud pública” presume, por ejemplo, el brote de una “enfermedad infecciosa y las reuniones son peligrosas” o, en casos extremos, que la situación sanitaria durante una reunión presente un riesgo importante para la salud de la población o de los propios participantes (íd., § 45);
- i) la “moral”, amén de hipótesis de excepción, impide ser invocada con base en una sola tradición social, filosófica o religiosa y ha de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos, el pluralismo y el principio de no discriminación (íd., § 46);
- j) los “derechos y libertades de los demás” pueden estar relacionadas con la protección de los derechos amparados por el PIDCP o de otros derechos humanos de personas que no participen en la reunión. Empero, las reuniones entrañan un uso legítimo de

<sup>29</sup> “«Orden público» y «ley y orden» no son sinónimos y la prohibición de los «desórdenes públicos» en el Derecho interno no se debería utilizar indebidamente para restringir las reuniones pacíficas” (*Obs. gral.* 37, § 44).

los espacios públicos y de otros lugares, y dado que pueden causar, por su propia naturaleza, cierto grado de perturbación de la normalidad, se deben permitir esos trastornos, a menos que impongan una carga desproporcionada, en cuyo caso las autoridades deben poder justificar detalladamente las restricciones (íd., § 47). Agreguemos que:

- k) no basta con un riesgo no especificado de violencia o la mera posibilidad de que las autoridades no tengan la capacidad para evitar o neutralizar la violencia de quienes se opongan a la reunión. El Estado debe poder demostrar, sobre la base de una evaluación concreta del riesgo, que no sería capaz de contener la situación, ni siquiera si se desplegara un número considerable de agentes del orden. Antes de recurrir a la prohibición se deben considerar restricciones menos intrusivas, como el aplazamiento o la reubicación de la reunión (íd., § 52), y
- l) las reuniones no se deberían limitar únicamente por su frecuencia (íd., § 54).

**I.** Finalmente, paremos mientes en que, tal como lo anuncia la tantas veces recordada *Observación general 37*, a lo que sólo añadido la itálica, “la falta de respeto y garantía del derecho de reunión pacífica suele ser un indicio de *represión*” (§ 2).