

**Dictamen de la Comisión de Derecho del Trabajo de la F.A.C.A. sobre:**

**“VIAS DE REPARACION DE DAÑOS LABORALES FRENTE A LA DEROGACION DE LAS LEYES 24.013 y 25.323”**

**1. Introducción.** En otras ocasiones tanto la Sección de Derecho del Trabajo del I.D.E.L. como la Comisión de Derecho de Trabajo de la F.A.C.A han elaborado dictámenes jurídicos evidenciando los derechos, principios y garantías constitucionales agraviados por la reforma laboral que implementaran el DNU 70/23 y la ley 27.472 .

En esta oportunidad el objeto de estudio ha sido puntualmente las derogaciones de los artículos 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013, así como la ley 25.323.

**2. Naturaleza jurídica: constituyen verdaderas indemnizaciones tarifadas, no son multas:** A favor de esta afirmación opera el argumento literal, conforme el cual en primera instancia las leyes debe ser interpretadas teniendo en cuenta *sus palabras* (art 2 C.C.yC.) y en este caso las normas en análisis se refieren expresamente a “*indemnizaciones*” ( en sus arts 8, 9, 10, 11, 13 14, 15, 16 y 17 ley 24013, arts 1 y 2 ley 25323). Mas allá de ello, la *finalidad* indemnizatoria se deduce también de los elementos que conforman la tarifa (una proporción al salario -25%- , o de la indemnización por despido -100% o 50%- y el tiempo de trabajo). En cualquier caso su esencia nos llevan a reconocer que todas ellas operan en el marco de incumplimientos patronales, ilícitos contractuales, que engendran responsabilidad y dan lugar a la reparación. Además *no son multas* porque el “régimen general de sanciones por infracciones laborales” previsto en la ley 25212 (Anexo II del Pacto Federal del Trabajo) es el cuerpo normativo específico que prevé las penalidades aplicables por el Estado, a dichos incumplimientos patronales y en su beneficio (no del trabajador).

Como indemnizaciones laborales se aplica el principio de hermenéutica “*in dubio pro operario*”; (SCBA, L 92297 S 23-3-2010, Ferreyra Miguel Angel c/ Rectificadora Atla S.R.L. s/ Despido, SCBA, L 90485 S 7-6-2010, Liencura, Adrián Andrés c/ Demario, Miguel Angel s/ Despido ) y siendo “*e/*

*trabajador (...) sujeto de preferente atención constitucional” (CSJN “Vizzoti” , Fallos 327:3677)*

En orden a las reglas del derecho intertemporal, se debe descartar de plano la aplicación retroactiva de las derogaciones por cuanto sería violatoria de garantías constitucionales, cuyos presupuestos de procedencia fueron íntegramente cumplidos bajo la vigencia de norma anterior, ingresando en la esfera del derecho de propiedad de la víctima.

**3. Vías de reparación ante la derogación de las indemnizaciones tarifadas:** Existen al menos dos propuestas que la doctrina se encuentra explorando para reparar los daños que contemplaban las normas derogadas mediante sus indemnizaciones tarifadas: (i) una de ellas sugiere que a partir del control de constitucionalidad de las normas derogatorias el juez de la causa podría construir para el caso concreto una solución reparatoria idéntica o similar a la contemplada en las normas derogadas ; y la otra (ii) postula la reparación plena de los daños con arreglo a derecho común. Ambas vías podrían incluso articularse en forma acumulativa simple o subsidiarias.

El objeto de este dictamen es examinar brevemente los argumentos jurídicos en que se basan cada una de esas alternativas.

**3.1 Control de constitucionalidad de las normas derogatorias y las facultades jurisdiccionales para suplir la indemnización tarifada derogada:**

Resulta indudablemente inherente a la actividad legislativa la facultad para dictar o de abrogar normas, sustituyéndolas o no por otras. Sin embargo es preciso reconocer también que esa prerrogativa debe ser ejercida observando algunas limitaciones constitucionales que condicionan su validez sustancial. En ese sentido es claro que las normas deben ser razonables (art 28 C.N.), no pueden ser discriminatorias (art 16 y art 75 inc 22CN), y en materia social, resulta ineludible considerar -al evaluar el contenido de la norma- el mandato protectorio contenido en art. 14 bis C.N. y el deber del legislador de abstenerse de incurrir en retrocesos respecto del nivel de protección alcanzado (Art 75 inc. 22 y 23 C.N, art 26 CADH, art 1. Protocolo san salvador, art. 2.1 PIDESC)

En orden a la exigencia de razonabilidad de las leyes (Art 28 C.N.) la doctrina consolidada de la CSJN sostiene que *“las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando*

*los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”* (CSJN, “Azar”, Fallos 299:428, 430; CSJN “Vizzoti”, Fallos 327:3677 y CSJN “Ascuá”, Fallos 333:1361, y más próximo en el tiempo: CSJN 25/02/2021, Fallos: 344:126; 29/03/2005; Fallos: 328:566.)

En el caso que las derogaciones que estamos analizando el análisis de la constitucionalidad de las normas bajo el prisma de la razonabilidad obliga al intérprete a ponderar de qué manera la eliminación de las indemnizaciones y agravantes indemnizatorios previstos en las normas derogadas es una medida idónea para promover los “fines” que persigue la norma. Si la finalidad perseguida por el legislador ha sido la de *“revertir el problema de la informalidad”* o *“darle seguridad jurídica a la relación laboral”* (en forma concordante con lo expresado en los considerandos del DNU 70/23), resulta indescifrable el razonamiento lógico que postulara que esas derogaciones podrían ser consideradas medidas razonablemente adecuadas para alcanzar esos fines. Al contrario, parecieran promover una mayor tasa informalidad laboral futura y también un mayor grado de inseguridad jurídica al seno de las relaciones de trabajo.

Asimismo se ha argumentado también que se trata de medidas regresivas en relación a la obligación estatal de garantizar “condiciones dignas y equitativas de labor” (art 14 bis CN), también llamadas “condiciones equitativas y satisfactorias de labor” (art 7 P.I.D.E.S.C., art 7 Protocolo San Salvador, art 23 D.U.D.H.), con relación a la protección de los derechos vulnerados que las indemnizaciones derogadas pretendían resarcir (a trabajar en un marco de formalidad registral, a no ser despedido en represalia a reclamar al empleador el debido registro, a percibir en tiempo y forma la indemnización por despido).

En el marco de cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y el derecho previsional, la CSJN ha sostenido que el principio de progresividad o no regresión veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, y que constituye un principio arquitectónico de los Derechos Humanos que además emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional (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).

Respecto de las medidas regresivas se ha exigido una justificación mucho más severa para sostener su validez, que la mera adecuación del test de razonabilidad. En ese marco sostiene invariablemente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que *“todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración mas cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, Observación General 15 y 18 ) *“Los Estados partes deberían evitar adoptar deliberadamente cualquier medida regresiva sin una cuidadosa consideración y justificación. Cuando un Estado parte trata de introducir medidas regresivas, por ejemplo en respuesta a una crisis económica, tiene que demostrar que esas medidas son temporales, necesarias, no discriminatorias y que respetan al menos sus obligaciones básica...”* (Comité DESC O.G. 23 del año 2016)

Las opinión de dicho Comité cobra particular relevancia, en relación al PIDESC, para determinar *“las condiciones de su vigencia”* (conf art 75 inc 22 CN) y especialmente a partir de la ratificación por la Republica Argentina al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional D.E.S.C. (mediante ley 26.663, del 12.4.2011) por cuanto habilita a dicho Comité a conocer de reclamaciones individuales por violaciones al PIDESC.

Ahora bien en el caso en que bajo cualquiera de estos test de control constitucionalidad (ya bajo clásico bajo el test de adecuación o el escrutinio mas estricto que se asocia a las normas regresivas), el juez de la causa declarase la inconstitucionalidad de la normas derogatorias previstas en los art. 99 y 100 de la ley 27742 deberá complementar su sentencia declarativa con la condena que considere más adecuada al caso y que resulte respetuosa del principio de congruencia.

En ese terreno la doctrina discurre sobre diversas ideas, entre las cuales podrían hallarse: (i) el ejercicio de la atribución que poseen los jueces de la causa para fijar con la sentencia el “monto de condena”, siempre que su existencia este comprobada y aunque no resultare justificado su monto (art 165 del CPCCN). En ese marco podría el juzgador recurrir como parámetro razonable de evaluación,

a falta de otras pruebas de mayores daños, a una solución idéntica o similar a la indemnización tarifada que rigiera hasta entonces; **(ii)** el recurso a la indemnización en equidad, práctica también utilizada en materia laboral por la CSJN y diversos tribunales, donde también podría recurrirse como parámetro a lo que preceptuaban las normas anteriores o por analogía a lo que disponen otras disposiciones que contemplan agravamientos indemnizatorios o reparan daños ajenos a la ruptura del vínculo; **(iii)** la eventual aplicación ultra-activa de la ley anterior derogada por una norma que es a su vez declarada inconstitucional, que para casos especiales no ha sido del todo ajena a la praxis de la CSJN, conforme lo testimonian los precedentes “Colella” Fallos 268:352, “Medina”, Fallos: 331:250 “RENATRE”, Fallos, 338:1347; “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” Fallos, 344:3636;

Se trata de meras alternativas que en definitiva procuran que daños evidentes no queden sin resarcimiento, para evitar la violación constitucional ante la irrazonable e injustificada abrogación de normas de derecho social (arts. 14 bis, 19, 28, 75 inc. 22 y cctes. CN).

### **3.3 Reparación plena de daños y perjuicios**

Asimismo ante la derogación de las indemnizaciones tarifadas por trabajo sin registrar, por despido represalia por reclamo de registro, por falta de pago en termino de las indemnizaciones, se ha planteado la ineludible necesidad de acudir al principio general establecido en el **art. 19 de la Constitución Nacional**, *alterum non laedere*, que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero, y consecuencia conduce a la obligatoriedad de reparar los daños laborales sufridos por la parte trabajadora que ha sido víctima de los ilícitos que aquellas normas ahora derogadas tendían a indemnizar.

La ausencia de tasación legal de los daños ante ilícitos, lleva la cuestión al terreno de la reparación plena del derecho común (art. 1740, CCC).

Incluso en los supuestos en que el empleador se acoja a un plan de regularización como el previsto en el art. 76 y sstes de la ley 27.742, ello no resarce los daños padecidos por la persona trabajadora, sobre todo previsionales futuros y extrapatrimoniales pasados.

Resulta inobjetable que la persona trabajadora, cuyo contrato de trabajo ha sido mantenido (total o parcialmente) en la clandestinidad, ha sido víctima de daños patrimoniales y extra-patrimoniales. De la misma manera el trabajador despedido arbitrariamente a quien se le niega el pago oportuno de la indemnización tarifada por despido, padece daños adicionales a los mensurados por la indemnización tarifada del art 245 LCT, que presupone su pago dentro de los 4 días posteriores al distracto.

Los daños que la clandestinidad laboral genera fueron reiteradamente señalados por la jurisprudencia laboral al reconocer que *“al no ser registrado (o siendo falsas, incompletas o incorrecta la registración) el dependiente no accede a los servicios de una obra social, no está cubierto por el régimen de la Ley 24.557, no recibe asignaciones familiares, y eventualmente se verá privado del subsidio por desempleo en caso de pérdida del trabajo”* (CNAT Sala II *“Butcher, Sandra Judith c/ Atento Argentina S.A. y otro s/ despido”* 21/12/2012), ello además de los daños en sus derechos previsionales por años que no podrá computar para sus futuros derechos jubilatorios, y que aún pudiendo hacerlos, si los aportes no reflejan la real cuantía de la remuneración percibida, sólo computará para una jubilación mínima, la que a valores actuales ni siquiera cubre una canasta básica alimentaria.

El daño extra-patrimonial, de mayúscula significación y de toda evidencia, refiere a los sufrimientos espirituales que ha afrontado una persona sometida a condiciones precarias e informal de labor, bajo el temor constante de perder la fuente de ingresos ante su reclamo de regularización, temor que inhibe sus posibilidades de hacer valer sus derechos reconocidos en el orden jurídico legal y convencional. La incertidumbre que provoca la precariedad es fuente de padecimientos extra-patrimoniales que ameritan una adecuada reparación. El monto de esta indemnización *debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas* (conf art 1741 CCyC)

En el mismo sentido, deberá ordenarse la reparación de los daños que genera en no pago en término de la indemnización legal ante el despido incausado, situación que era regulada por el artículo 2 de la Ley 25.323, ahora derogado, lo que no queda subsanado con la condena al pago de intereses moratorios. Es que la indemnización establecida en el art. 2 de la ley 25.323 no

tiene por finalidad resarcir los daños derivados del despido incausado -sino los provenientes de un incumplimiento posterior y distinto-, cual es el que consiste en no pagar en tiempo y forma las indemnizaciones derivadas del despido, obligando al trabajador a recurrir ante la autoridad judicial para percibir las- (S.C.B.A., causa L. 97.035, "Yotti, María Silvia c/Camino del Abra S.A.C.V. s/Indemnización por despido", sent. del 6/6/2012).

La obligación de resarcir estos daños reconoce un fundamento constitucional y otro complementario de orden infra-constitucional.

En el primer orden la Corte Suprema ha reconocido el sustento constitucional del derecho a la reparación que extrajo del art. 19 de la CN (CSJN, 5/8/86, "Santa Coloma", Fallos, 308:1160; ídem, 5/8/86, "Gunther", Fallos, 308:1118; ídem, 5/8/86, "Luján", Fallos, 308:1109. ), y que también se ha considerado inferido de los arts. 14 y 17 de la CN [CSJN, 9/5/89, "Motor Once" Fallos 312:649], derivado del fin de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo [CSJN, 5/8/86, "Santa Coloma" Fallos, 308:1160), y 14 bis de la C.N, como necesaria consecuencia del postulado explícito de condiciones "equitativas de labor (CSJN "Aquino" 21-9-2004 Fallos: 327:3753)

El principio de la justa indemnización tiene consagración normativa expresa de jerarquía constitucional, pues con claridad el art 21.2 del Convención Americana de Derechos Humanos.

En esta dimensión constitucional la C.S.J.N. ha dicho que "resulta inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que indemnizar es ... eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento... lo cual no se logra si el daño o perjuicio subsisten en cualquier medida"(CSJN "Provincia de Santa Fe c/Nicchi, Carlos A." Fallos 268, 112, 114, cons 4 y 5 ,sent. del 26/6/1967)

En el orden infra constitucional, el reclamo de reparación se puede apoyar en normas propias del derecho del trabajo, como las previstas en:

(i) los arts 62, 63, 76, 79 y cctes. LCT, normas que brindan fundamento más que suficiente para atribuir responsabilidad por los incumplimientos a obligaciones expresas de conducta impuestas por la ley de contrato de trabajo y daños causados a la persona trabajadora con motivo u

ocasión de los mismos. Ofrece además este marco normativo la ventaja de aventar los fantasmas de la incompetencia del fuero del trabajo;

(ii) en la ley antidiscriminación cuyo art 1 de la ley 25.392 ordena el cese de la conducta discriminatoria y la reparación de los daños causados, ello en el entendimiento que una persona sometida a trabajo sin registro ha sido objeto de una forma de discriminación alcanzada por el ámbito de aplicación de esa norma, cuya interpretación – en tanto norma federal- siempre habilitaría el recurso federal.

La discriminación en el empleo consiste en dar a un trabajador un trato diferenciado y menos favorable que el que se le dé o deba dar a cualquier otro trabajador en una situación similar. Los discriminados se encuentran en peor situación que quienes lo hacen con un contrato registrado con todos los derechos laborales. La Ley 23.592 claramente reconoce a la “*posición económica, condición social*” como causales de discriminación, con lo cual dicha norma es enteramente aplicable al caso.

La discriminación fundada en la clandestinidad laboral debe ser reparado con fundamento en el derecho común. Sin perjuicio de ello la propia Ley 27.742 (art. 95) otorga un agravamiento para el despido motivado en un acto discriminatorio. Aun cuando no contempla expresamente en trabajo clandestino los motivos de discriminación deben interpretarse en forma amplia y que abrace a “cualquier condición social” (conf. art 1.1 CDH, 2.1 PIDCP, 2.1 PIDESC).

(iii) y en normas de derecho civil (arts 1716, 1740 y ccmts. CCyC).

En particular el art 1716 del CCyC establece el deber de reparar por *la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, lo que nos coloca en el ámbito de la responsabilidad contractual laboral.*

A su turno el art 1740 establece el alcance la reparación sentado el principio conforme el cual *“la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”.*

La más pura normativa civil no deja margen para que los daños injustamente sufridos por los trabajadores queden sin resarcimiento, configurándose en estos casos todos los elementos de la responsabilidad.