

LA LEY “BASES” Y EL AGRAVAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DESPIDOS DISCRIMINATORIOS, SI SE PAGA UN POCO MÁS SE PUEDE DISCRIMINAR

Ricardo Francisco Seco¹

Sumario: I.-Introducción. II.-Lo que se entiende por discriminación. III.-Derecho a no ser discriminado. IV.-Concepto de despido discriminatorio. V.-Carga de la prueba en los despidos discriminatorios. VI.-Agravamiento indemnizatorio en caso de despido discriminatorio en el DNU N°70/2023. VII.- Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, ley 27.742 (B.O.,8/7/2024). VIII.- Conclusión.

Palabras claves: Bases - Discriminación - Tarifa - Agravamiento - Indemnización.

I. Introducción

Desde fines de 2023, como resultado de los comicios nacionales de ese año y cumpliendo sus promesas de campaña, el nuevo gobierno nacional ha propiciado la sanción de normas que afectan de raíz el derecho de las relaciones individuales de trabajo, básicamente el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 que con varias reformas rige desde 1974, esto es hace cincuenta años. También se pretendió modificar seriamente el derecho de las relaciones colectivas de trabajo.

El primer intento operado con el DNU N°70/2023(B.O.,21/12/23) fue truncado provisoriamente en materia laboral por los tribunales del trabajo debido al activo cuestionamiento por parte de la CGT.

Un segundo intento, hecho en dos tiempos, ha tenido reciente aprobación.

La doctrina laboralista rápidamente tomó partido en defensa del derecho del trabajo tal cual lo recibe la Constitución Nacional reformada en 1957 y 1994, ahora convencionalizada.

¹ Abogado y notario (UCC); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); profesor de grado de DTySS (UCC y de la UBP); profesor de posgrado de varias universidades argentinas y una extranjera; exvocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba; investigador de la Universidad Blas Pascal de Córdoba y presidente de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal, publicista.

La ley aprobada luego de varios avatares mantiene algunas normas pasibles de serios cuestionamientos por ser inconstitucionales e inconventionales.

Ahora examinaremos seguidamente sólo un artículo de la ley 27.742 (B.O.,8/7/2024).

II.-Lo que se entiende por discriminación

El concepto de discriminación se presenta inicialmente como neutro. Designa a la acción y el efecto de separar, distinguir o diferenciar.²

Jurídicamente la mayoría de las veces se la entiende como una *diferenciación peyorativa* de una persona o grupo de personas respecto de la generalidad.

En las relaciones personales, la discriminación significa un modo de relación expresado en un acto o varios que implican *tratar como inferior o descalificar a una persona o colectividad en razón de alguna característica propia de ellas*. En el contrato de trabajo, donde se da una relación jerárquica desigual, hay un campo fértil para la discriminación, fundamentalmente por actos del empleador respecto del trabajador. Ellos refieren la descalificación del trabajador por alguna característica de éste que es ajena al marco objetivo de la relación contractual.³

Se distingue la discriminación *normativa*. Ella se da cuando ella aparece plasmada en normas que por ello son consideradas discriminatorias.

La discriminación *fáctica* es la que se da en los hechos. Por ende, se busca la protección de normas antidiscriminatorias para remediar la situación.

Se considera discriminación a “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo o razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”⁴

El Comité de Derechos Humanos de la ONU define a la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, en nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales de todas la personas”.⁵

La Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes, el 22 de abril de 2021, en autos: “Latyn Karina Elsa c/ UNNE s/ Amparo- Ley 16.986”, a partir de lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos instrumentos, refirió: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio;

2 FERA, Mario S., *El Derecho del Trabajo en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, Tomo I,2020, p.443, con citas de la Real Academia Española, Diccionario de la lengua española.

3 FERA, ob.cit.

4 CIDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19/1/1984, citada por ZAS, Oscar, “El despido discriminatorio”, en *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, Tomo I, p. 771.

5 Observación General 18, No discriminación, 10/11/1989.

o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

Agregó: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso al hablar de igualdad ante la ley este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que [e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Opinión Consultiva OC-18/03, citada, párrafo 83)”.

Apuntó: “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias’ y -establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. *Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable-* (Opinión Consultiva OC-18/03, citada, párrafo 88; caso ‘Yatama Vs. Nicaragua’ (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de junio de 2005, párrafo 185)”.

Añadió: “*Una diferencia de trato es discriminatoria cuando no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido-* (caso ‘Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile’ (Fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 200)”.

Señaló que “el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales...”.

Siguió diciendo que la Convención Americana “dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”

También afirmó que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus 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. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre

en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición' (Opinión Consultiva OC-18/03, citada, párrafo 101)".

III.-Derecho a no ser discriminado

El derecho no ser discriminado y trato igual del ciudadano trabajador, que surge de los instrumentos constitucionales y convencionales, es un *derecho fundamental inespecífico laboralizado* porque es un derecho de todos los habitantes conectado con los derechos propios de los trabajadores.

Tiene asiento en las siguientes normas: CN arts.14 bis, 16,75 inc.22 y 23 de la CN; 2.1., Declaración Universal de Derechos Humanos, art.7º, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art.II , Convención Americana de Derechos Humanos, arts.1 y 24; PIDESC, art.2.2; PIDCyP, arts.2.1. y 26; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art.5 y conc.; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts.1,11 y 12; Convención de los Derechos del Niño, art. 13, Carta de la OEA, arts.2, 26 y concs.;Protocolo de San Salvador, art.3; Convenio 100 de la OIT y Recomendación 90 igualdad de remuneración entre hombres y mujeres; Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo, arts.1,2 y 3; Declaración de la OIT 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento; Declaración Sociolaboral del Mercosur versión 1998 y versión 2015.

A ello se le agrega el art.5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art.11, de raigambre constitucional como también el Convenio 87 de la OIT. Añadimos la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, aprobada por la ley 27.360(B.O.,31/5/2017) supralegal y ahora de raigambre constitucional en virtud de la ley 27.700 (B.O., 30/11/2022).

IV.-Concepto de despido discriminatorio

Consideramos despido discriminatorio a aquel acto unilateral del empleador que extingue el contrato de trabajo "cuyo motivo no está vinculado a la funcionalidad de la empresa, ni a la laboriosidad o eficiencia del trabajador, sino que *su móvil son prejuicios irracionales sobre ciertos grupos especialmente protegidos, o categorías de situaciones que el sistema legal antidiscriminatorio protege para evitar que se vulnere el derecho a la igualdad de trato u oportunidades*. Si la decisión patronal obedece a una cuestión sesgada a deseos personales irracionales, apetitos sensibles de conveniencia o prejuicio ajenos a la funcionalidad, dinámica o finalidad de la empresa, estamos en presencia de un móvil discriminatorio."⁶

El despido discriminatorio afecta el derecho fundamental de todo ciudadano de no ser discriminado, el que ha sido consagrado por normas constitucionales y convencionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrantes del *ius cogens*.⁷

6 SAMUEL, Osvaldo Mario, *Discriminación laboral*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p.75.

7 ZAS, Oscar, "El despido discriminatorio", en *En debate, Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C., (director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, p.771.

El derecho a no ser discriminado lleva a “excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto y sin una razón válida o legítima”.⁸

El despido discriminatorio es un acto prohibido por el ordenamiento jurídico. Es de nulidad absoluta, arts.386 y 387 del CCyCom., y debe ser reparado *in natura*, arts. 390 y 391 del CCyCom.

En la discriminación existen tres elementos: uno es una *diferencia en el tratamiento* (elemento de hecho) sin justificación suficiente, sin motivo objetivo y razonable; un *motivo prohibido* determinante de la diferencia de trato de una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría y un *resultado objetivo* de tal diferenciación por ese motivo, destinado a anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.⁹

“La interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar la dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue en el punto anterior, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la *interpretación de ésta que hagan los tribunales, por otro.*”¹⁰

En este último caso el principio que debe guiar la interpretación es el pro persona. Implica que “de producirse una concurrencia de normas, siempre se ha de estar a la más protectora de la persona humana”, debiendo los jueces realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio* como lo hizo la CSJN en el caso “Banco Comercial de Finanzas SA”, Fallos 327:3117-2004.¹¹

Compartimos la afirmación de Guibourg que “hoy en día, es comúnmente aceptado que, en caso de despido discriminatorio, proceden la reincorporación del trabajador afectado, el pago de salarios caídos y una adecuada compensación por daño moral”.¹²

V.-Carga de la prueba en los despidos discriminatorios

La CSJN el 15/11/2011, en el caso “Pellicori, Lilitiana S. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”¹³, elaboró pretorianamente un criterio que hoy goza de mayoritario consenso doctrinario y jurisprudencial.

La CSJN lo repitió en autos “Varela, José Gilberto c/Disco S.A.-Amparo sindical”, del 4/9/2018,

8 BARRETO GHIONE, Hugo, “Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la teoría del derecho y en la dogmática jurídica*, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p.70.

9 PISACCO, Marina, *El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.78.

10 CSJN, “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332:433,439-2010).

11 Ídem nota anterior.

12 GUIBOURG, Ricardo A., “Vulnerabilidad discriminatoria”, en *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, Tomo I, p. 729.

Ver CORNAGLIA, Ricardo J. y ORSINI, Juan Ignacio, “Licencia patronal para discriminar. Nulidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2023 y su regulación del despido discriminatorio”,*RDL-Actualidad*,2024-1,Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024,p.143 y sgtes. Ver también FABICHE, Aldana, “Una regresión de los derechos de las personas que trabajan: el art. 245 Bis ¿Agravamiento o desgravamiento a favor del empleador? Cuando el Estado discrimina habilita a discriminar”, *Dossier de Actualidad - Derecho del Trabajo DNU 70/23 - Análisis y Crisis N° 1 / Marzo 2024 N° 01 / Marzo 2024* Directores: Mario Daniel Stolarczyk y Guillermo Unzaga Domínguez, Microiuris.com.

13 CSJN, Fallos 334:1387.

aunque -como dijimos- con un ligero matiz interpretativo en relación al primero.¹⁴

Originalmente fue sustentado por el vocal Dr. Oscar Zas en el caso “Parra Vera c/San Timoteo” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V.¹⁵

El principio de la “prueba compartida” y la existencia en cabeza de la parte más débil de la carga de incorporar indicios cobran relevancia para quien debe analizar las probanzas existentes en los autos en que se discute la existencia de tratos discriminatorios.¹⁶

El trabajador víctima de discriminación tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba destinado a poner de manifiesto el motivo oculto de ese acto.

Cumplido ese umbral mínimo, basado en indicios suficientes, racionales, graves, concordantes, se invierte la carga de la prueba y será el demandado empleador quien deberá probar que el despido no se debió a motivo discriminatorio. La CSJN lo había anticipado en el caso “Pellejero” resuelto de manera unánime.¹⁷

El criterio que indicamos tiene anclaje en la directiva 97/80 de la Comunidad Europea y en la doctrina del Tribunal Constitucional español.¹⁸ Es una forma específica de la genérica teoría de las cargas probatorias dinámicas.

La CSJN ha repetido dicho criterio en casos como “Farrel, Ricardo Domingo c/Libertad S.A. s/despido”¹⁹ y “Bibby, Nicolás c/Libertad S.A.”²⁰ ambos del 6/2/2018.

Una de las principales consecuencias que se derivan de la presunción de inconstitucionalidad para la Corte Suprema es que la presencia de las categorías sospechosas en una norma traslada al Estado demandado la carga de la prueba.²¹ Sin embargo, la doctrina cuestiona esta exigencia, al menos desde el plano apriorístico. Es que en la mayoría de los casos se trata de asuntos de puro derecho en donde no debe desplegarse material probatorio alguno. *Lo que se traslada a la autoridad pública es la responsabilidad de justificar constitucionalmente la normativa bajo examen.*²²

La demandada debe argumentar sobre los siguientes aspectos: 1) que la regulación que hace la diferenciación persigue fines sustanciales; 2) que los medios elegidos promueven efectivamente esos fines y 3) que no existen medios alternativos menos gravosos para el interesado para alcanzar dichos fines.²³

14 GASQUET, Pablo A., *Una nueva interpretación en materia de discriminación*, DT 2018, Año LXXVIII, p.2657.

15 SAMUEL, ob.cit.

16 GABET, Emiliano A.-GABET, Alejandro, “El precedente ‘Pellicori’ de la CSJN y la carga dinámica de la prueba (o prueba compartida) en el ámbito de los reclamos laborales por discriminación”, *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2017, Tomo II, p.95.

17 CSJN, “Pellejero, María Mabel s/ amparo s/apelación”, 7/12/2010, Fallos 333:2296.

18 SAMUEL, ob.cit., p.189; ZAS, ob.cit., p.806.

19 CSJN, Fallos 341:29.

20 FERA, ob.cit., p.582.

21 BUTELER, Alfonso, *Régimen jurídico de las Universidades Nacionales*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019, p.236.

22 GARAY, Alberto, *Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas*, La Ley 1989-B,931.

23 BUTELER, ob.cit.

Éste es el estado del arte hasta fines de 2023.

VI.-Agravamiento indemnizatorio en caso de despido discriminatorio en el DNU N°70/2023.

El contenido del DNU N°70/2023, llamado “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, implica lo que hemos llamado la “recontrarreforma laboral”, a la que calificamos anticipadamente como mucho más regresiva y brutal respecto de los derechos de los trabajadores que la de abril de 1976.

El DNU aludido, dentro de más de tres centenares de normas afectadas, en su Título IV dispuso una profunda reforma de la legislación laboral argentina. Ésta alcanza tanto al derecho de las relaciones individuales como de las relaciones colectivas de trabajo. Ese instrumento entró a regir el 29 de diciembre de 2023.

El art.82 del DNU incorpora como art.245 bis a la ley N°20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias al siguiente:

“ARTÍCULO 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 artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

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

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

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

Muy pronto criticamos el contenido del DNU²⁴ y dijimos que había:

“a) Monetización de la reparación en casos de despidos discriminatorios. Se vuelve a un texto parecido al que contenía el art.11 de la ley 25.013 (B.O.,24/9/1998) que fue derogado por el art.41 de la ley 25.877 (B.O.,19/3/2004).

La problemática de los despidos discriminatorios, desarrollada por la jurisprudencia y doctrina al comienzo del nuevo siglo, tuvo su punto culminante con la sentencia del 7/12/2010 dictada por la CSJN en autos: “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, criterio ratificado el 9/9/2014 en autos “Ledesma, Florencio c/ Citrus Batalla S.A. Sumarísimo”.

24 SECO, Ricardo Francisco, “La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT por el DNU 70/2023”, *Doctrina Laboral y Previsional* N°461, Errepar, Buenos Aires, enero 2024, p.9.

Como antes referimos, siguiendo a Guibourg, que “hoy en día, es comúnmente aceptado que en caso de despido discriminatorio, proceden la reincorporación del trabajador afectado, el pago de salarios caídos y una adecuada compensación por daño moral”²⁵, aunque una reducida parte de la doctrina sigue debatiendo el tema y se resiste al criterio de la mayoría de la Corte en el caso “Álvarez”.

Todos los ministros de la CSJN admitieron en “Álvarez c/Cencosud” la aplicación a los trabajadores privados de la ley 23.592 antidiscriminatoria. Difieron en la reparación. Para la mayoría cabía la reinstalación, el pago de salarios caídos y daño moral. Para la minoría cabía una tarifa agravada.²⁶

EL DNU asumió que puede haber una reparación consistente en una indemnización tarifada agravada. Descartó la nulidad absoluta del acto discriminatorio y la consiguiente reinstalación.

Consideramos que colisiona el DNU con el derecho internacional de los derechos humanos que prefiere la reparación *in natura*. Contradice la *restitutio in integrum* que rige en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la reparación integral prevista en el art.1740 del CCyCom.²⁷

Calificamos de deleznable e inmoral otorgar sólo una indemnización tarifada en el tema discriminatorio, aunque sea agravada, porque permite discriminar, total se paga la tarifa y listo.²⁸

b) La imposición de la carga de la prueba totalmente en cabeza del trabajador. Apuntamos que el tema de la carga de la prueba en los despidos discriminatorios fue resuelto por la CSJN el 15/11/2011 en el caso “Pellicori, Liliana S. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, elaborando pretorianamente un criterio que hoy goza de mayoritario consenso doctrinario y jurisprudencial.

c) Afirmamos que la decisión normativa de que ese tipo de despido extingue el contrato de trabajo en todos los casos e impide la reinstalación contraría palmariamente normas internacionales vigentes como el art.6° del PIDESC, el Protocolo de San Salvador, el Convenio 158 de la OIT (a pesar de que no ha sido ratificado por Argentina, pero aplicado por la CSJN y la Corte IDH), y los criterios jurisprudenciales internacionales. Concluimos que el DNU en el tema que nos ocupa es inconstitucional e inconvencional.²⁹

En contra del DNU se dedujeron muchas acciones judiciales por parte de innumerables afectados por sus normas ante tribunales de distinta competencia y de diversas partes del país.³⁰

25 GUIBOURG, Ricardo A., “Vulnerabilidad discriminatoria”, en *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, Tomo I, p. 729.

26 CARCAVALLO, Esteban, “La representación de los trabajadores ampliada en el marco de la garantía de la libertad sindical y sus derivaciones en caso de despido injustificado”, *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, Tomo I, p. 891.

27 ARESE, ob.cit.; GIALDINO, ob.cit.,p.129 y sgtes..

28 LUPINACCI, Iván Gabriel, “Análisis del art.82 DNU 70/23, art.245 bis LCT Despido discriminatorio”, *TySS, Especial DNU 70/2023*,29/12/2023.tTtTy

29 SECO, Ricardo Francisco, “La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT por el DNU 70/2023”, *Doctrina Laboral y Previsional* N°461, Errepar, Buenos Aires, enero 2024, p.9.

30 SECO, Ricardo Francisco, La nueva reforma laboral argentina. Su cuestionamiento judicial y los fallos que la

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de FERIA, en sentencia del 30 de enero de 2024, trató las apelaciones deducidas en autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo”.³¹

La Cámara resolvió que el Título IV del DNU N°70/2023 debe ser declarado inválido constitucionalmente por razones formales.

La sentencia, que tiene un alcance colectivo y difusivo, no se encuentra firme. El Estado Nacional dedujo recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Éste sido concedido con efecto devolutivo.

En consecuencia, por ahora no rige el Título IV del DNU.

VII.- Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, ley 27.742 (B.O.,8/7/2024)

El tema, incluido por el Senado al proyecto aprobado por Diputados y luego aceptado por la Cámara de origen, se convirtió en el art.95 de la reciente ley “Bases” que dice: “Artículo 95.- Incorpórase como artículo 245 bis a la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias el siguiente:

Artículo 245 bis: Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio.

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

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

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

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

Al respecto nos permitimos hacer las siguientes consideraciones reiterando algunas y agregando otras:

a) La norma aprobada contiene un agravamiento indemnizatorio por un despido motivado por un acto discriminatorio y realiza una enumeración de lo que considera despido

acogieron”, *Derecho Laboral*, Tomo LXVI N°292, octubre-diciembre 2023, p.739-782, fcu, Montevideo, Uruguay.

31 SECO, Ricardo Francisco, “La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT por el DNU 70/2023”, *Doctrina Laboral y Previsional* N°461, Errepar, Buenos Aires, enero 2024, p.9.

discriminatorio sin aclarar si ella es taxativa o enunciativa.³² La enumeración de los motivos de discriminación que expresa la ley "Bases" aprobada es más limitada que la que contiene la ley 23.592 (B.O.,5/9/1988), ley antidiscriminatoria general, enumeración que incluso es reconocida como enunciativa. Entonces todo despido discriminatorio puede encuadrar en el plexo amplio de la antigua ley. La ley Bases deja fuera de la enumeración de los motivos de discriminación a la edad o el viejísimo.

b) Cuando la nueva norma expresa que "el despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos" confiere fuerza extintiva irrevocable a esos despidos.

Implica un regreso a un texto parecido al del art.11 de la ley 25.013 (B.O.,24/9/1998) derogado por el art.41 de la ley 25.877 (B.O.,19/3/2004).

El texto de la nueva ley contradice palmariamente normas constitucionales como el art.75 inc.22 de la CN, normas legales nacionales como el art.1° de la ley 23.592 y art.47 de la ley 23.551, las que no han sido derogadas. Pero además contradice el art.1° Convenio 98 de la OIT ratificado, que es suprallegal.

Hemos anticipado que el acto discriminatorio es considerado de nulidad absoluta y, en consecuencia, el trabajador debe ser repuesto en su puesto de trabajo.

Así ha sido resuelto por la jurisprudencia de la CSJN en los casos "Álvarez c/Cencosud",7/12/2010; "Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/ Sumarísimo",23/6/2011; "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA s/acción de amparo",23/8/2011; "Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/ Juicio sumarísimo", 26/3/2013 y "Ledesma Florencio c /Citrus Batalla SA s/Sumarísimo",9/9/2014.³³

La jurisprudencia de la CIDH admite la reinstalación de trabajadores despedidos por vulnerarse derechos fundamentales como sucedió en reconocido el caso "Baena, Ricardo y otros v. Panamá" del 2/2/2001.

Importante doctrina nacional asume esta postura, como asimismo lo hacen los órganos de control de la OIT como el Comité de Libertad Sindical.

Éste ha afirmado que en caso de discriminación antisindical la primera medida reparatoria debe ser el reintegro de los sindicalistas discriminados en sus puestos de trabajo. La indemnización sólo procede cuando el reintegro no fuere posible en la práctica dado el largo lapso transcurrido desde el despido o que la empresa no exista. En ese caso la indemnización debe ser completa. Si el puesto del trabajador ha desaparecido debe reintegrárselo en un puesto similar.³⁴

El mismo criterio, aunque más amplio, ha sido expuesto por la Comisión de Expertos de la OIT³⁵

32 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

33 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

34 Oficina Internacional del Trabajo, *La Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición revisada, Ginebra, 2006.p.178.

35 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

La norma aprobada contradice el principio de la *restitutio in integrum* que rige en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la reparación integral prevista en el art.1740 del CCyCom.³⁶

Implica una monetización de la reparación en casos de despidos discriminatorios. Es deleznable e inmoral una indemnización tarifada en el tema discriminatorio, aunque sea agravada, porque permite discriminar, total se paga la tarifa agravada y listo. No resulta jurídicamente posible transar violaciones de derechos fundamentales cambiadas por dinero.³⁷

c)El contenido de la norma aprobada por el Congreso que comentamos significa a su vez una flagrante discriminación del trabajador respecto de otros sujetos discriminados. Estos, en el marco de la ley 23.592, pueden obtener su reparación *in natura*, lo que al trabajador ahora se le niega en la nueva ley.

d) La norma vuelve a tarifar el despido discriminatorio monetizando de esta forma la discriminación.³⁸ Aunque sea una tarifa agravada es calificada correctamente como irrisoria.³⁹

Las referencias antedichas de que la reparación de un derecho fundamental debe ser completa equivale a la reparación integral prevista en el art.1740 del CCyCom., esto es todos los daños materiales y morales que el acto discriminatorio causa al trabajador. La tarifa es el piso, pero no es el techo. Como está planteada la norma implica un abaratamiento del deber reparatorio del empleador discriminador.

No cambia la situación la previsión de la norma que prevé que "...Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente."

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

e) La norma bajo comentario prevé que en caso de despido discriminatorio "la prueba estará a cargo de quien invoque la causal". Es ésa la regla del derecho procesal civil. Pero no es la adecuada en el caso de los despidos discriminatorios.

El trabajador pasa a tener a su cargo la prueba de que el distracto obedeció a un acto discriminatorio. Recién una vez que haya podido acreditar el hecho y la causa de la discriminación, la reparación del daño que se ha producido por el acto ilícito dependerá de la valoración del juez que entienda en la causa.⁴⁰

La imposición de la carga de la prueba totalmente en cabeza del trabajador, reiteramos, es contrario a la jurisprudencia de la CSJN, a la directiva 97/80 de la Comunidad Europea

36 ARESE, ob.cit.; GIALDINO, ob.cit., p.129 y sgtes..

37 Cita del fallo de la CSJN en autos: "Álvarez c/Cencosud", Considerando 8º del voto de la mayoría que hacen CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

38 FABICHE, ob.cit.

39 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

40 FABICHE, ob.cit.

y en la doctrina del Tribunal Constitucional español.⁴¹

Hace más de una década el tema de la carga de la prueba en los despidos discriminatorios fue resuelto por la CSJN. Fue el 15/11/2011 en el caso “Pellicori, Liliana S. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”.⁴² Se repitió en otros precedentes. El Parlamento no atendió a esa asentada jurisprudencia.

Es justo decir que originalmente esta postura fue sustentada por el vocal Dr. Oscar Zas en el caso “Parra Vera c/ San Timoteo” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V.⁴³ El principio de la “prueba compartida” y la existencia en cabeza de la parte más débil de la carga de incorporar indicios cobran relevancia para quien debe analizar las probanzas existentes en los autos en que se discute la existencia de tratos discriminatorios.⁴⁴

Repetimos el axioma: El trabajador víctima de discriminación tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba destinado a poner de manifiesto el motivo oculto de ese acto. Cumplido ese umbral mínimo, basado en indicios suficientes, racionales, graves, concordantes, se invierte la carga de la prueba y será el demandado empleador quien deberá probar que el despido no se debió a motivo discriminatorio.

La CSJN lo había anticipado en el caso “Pellejero” resuelto de manera unánime.⁴⁵ Es una forma específica de la genérica teoría de las cargas probatorias dinámicas.

La norma aprobada es contraria a lo expuesto en los estudios de OIT relativos al Convenio 111 de OIT sobre discriminación (empleo y ocupación), como por la CEDAW, Belén Do Pará o la ley 26.485, entre otros instrumentos, como dice Arese.⁴⁶ Además Cornaglia y Orsini indican que ése es el criterio de la Corte Constitucional de Italia en varias sentencias que incluso la doctrina española comenta.⁴⁷

f) La norma que examinamos además es inconstitucional porque contraría claramente el principio protectorio del art.14 bis de la CN, que manda a proteger y no a perjudicar al trabajador.

Es además inconvencional porque contraviene también el principio de progresividad y no regresividad, art.75, incs. 22 y 23 C.N., art.26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y arts.2, 11 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consideran que la progresividad es unidireccional y que manda que ningún cambio se pueda realizar en el marco del contrato de trabajo que implique una disminución o pérdida de un derecho.⁴⁸

41 SAMUEL, ob.cit., p.189; ZAS, ob.cit., p.806.

42 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit. citan varios precedentes más de la CSJN acerca del punto.

43 SAMUEL, Osvaldo Mario, *Discriminación laboral*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

44 GABET, Emiliano A.-GABET, Alejandro, “El precedente ‘Pellicori’ de la CSJN y la carga dinámica de la prueba (o prueba compartida) en el ámbito de los reclamos laborales por discriminación”, *En Debate-Derecho Laboral*, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017, Tomo II, p. 95.

45 CSJN, “Pellejero, María Mabel s/ amparo s/apelación”, 7/12/2010.

46 ARESE, ob.cit.

47 CORNAGLIA y ORSINI, Juan Ignacio, ob.cit.

48 GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y*

VIII.-Conclusiones

Todas las razones expuestas con asiento en normas constitucionales y convencionales internacionales, como en jurisprudencia de la CSJN, de la CIDH y de tribunales europeos concluyen en sólo hay para el tema una conclusión sin duda alguna: el art.245 bis de las LCT incorporado por la ley "Bases" es inconstitucional e inconvencional.

Confiamos que los abogados así lo requieran y que los tribunales respondan en ese sentido. No hay margen para otra cosa, en nuestra opinión.

Reiteramos nuestra confianza en los jueces.

El eterno enfrentamiento entre el poderoso (el Estado en este caso) y el débil (los trabajadores) como el que sucedió en el siglo XVIII en Sans Souci, Potsdam, cerca de Berlín, entre un simple molinero cuyo molino estaba situado junto al palacio del emperador Federico El Grande, que reinó en Prusia entre 1740 y 1786, se repite.

El molinero se atrevió a deducir un pleito judicial para defender sus derechos y lo ganó. El Poder Judicial supo enfrentarse al Ejecutivo de entonces que, además, no era cualquier Ejecutivo.⁴⁹

Por ello: "Mientras haya jueces en Berlín, el Emperador no se quedará con mi molino".

obligaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.97.

⁴⁹ Ver https://www.revistadelibros.com/Hay_jueces_en_Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder - RdL - Revista de Libros, consultada el 10 de febrero de 2024.