

# EL DESPIDO DISCRIMINATORIO A PARTIR DE LA LEY 27.742

---

**Laura Cociglio**<sup>1</sup>

---

**Sumario:** I. I. Introducción. II. Discriminación en la ley Bases. III. Conclusión.

**Palabras clave:** Despido - Discriminatorio - Carga de la prueba - Reinstalación

---

## I. Introducción

Si entendemos a la relación de trabajo como una relación de poder entre desiguales, entonces podemos afirmar que existe una situación latente de discriminación entre la parte más fuerte y la parte más débil de dicha relación. Y es allí donde el Derecho Laboral interviene, salvaguardando el principio de no discriminación.

Si bien el marco constitucional vigente en nuestro país obliga a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75.23 CN), la reciente aprobación de la ley 27.742<sup>2</sup>, comúnmente llamada “Ley Bases”, parece haber desconocido estos preceptos, al menos en el Capítulo Laboral<sup>3</sup>.

Hasta la sanción de la ley 27.742, que modifica, entre otras normas, la Ley de Contrato de Trabajo, existía un marco protectorio del derecho del trabajo, fundado en los principios de progresividad, irrenunciabilidad, buena fe, entre otros.

Fue a partir de la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional en el año 1994, que nuestro país incorporó los principios de progresividad y prohibición de regresividad en su ordenamiento jurídico.

Uno de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que receptan este principio, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 2.1 expresa: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

---

1 Abogada especialista.

2 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/310189/20240708>

3 Ley 27.742, TÍTULO V, Modernización laboral.

Se trata de una obligación que contraen los Estados parte, de mejorar progresivamente el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, con la consecuente prohibición de adoptar políticas que disminuyan estos derechos, esto es, la prohibición de regresividad.

El principio de progresividad también es recibido, de manera indirecta, en el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional<sup>4</sup>, en tanto veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas.

El referido principio también se encuentra consagrado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento del que la Argentina también es parte, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a nuestra Constitución.

La protección integral del trabajador y la trabajadora, se logran a través del reconocimiento de su igualdad, la protección del más débil y la dignidad de la persona humana. Estos principios son custodiados, a su vez, por el principio de no discriminación, que forma parte de los derechos humanos laborales.

El Derecho Laboral prohíbe la discriminación, entonces, porque ésta contradice dichos principios fundamentales.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) ha definido en el artículo 1° del Convenio N° 111 del año 1958 a la discriminación laboral como *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*, y luego aclara que *"las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"*.

En nuestro país es la ley 23.592 del año 1988 la que define el concepto de discriminación, estableciendo una serie de pautas antidiscriminatorias, y previendo las consecuencias a la violación de las mismas. Así, refiere que el infractor *"será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados..."*

Si la "no discriminación" es considerada como un principio o derecho fundamental, el orden jurídico debe reaccionar ante su violación, prohibiéndola, sancionándola con la nulidad y la criminalización del acto discriminatorio y mediante un sistema de presunciones. En palabras del Prof. Oscar Ermida Uriarte, "el acto discriminatorio es nulo, en concordancia con el objetivo de eliminar la desigualdad injustificada o, como dice el art. 2 de la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, *'la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación'*. Claro que la nulidad opera sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, pero lo esencial es la nulidad del acto prohibido y violatorio de varios derechos fundamentales, más aún, de los funda-

---

4 C.N. "Artículo 75.- Corresponde al Congreso:...23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..."

mentos de todos los derechos humanos, como es el caso de la igualdad y la dignidad”<sup>5</sup>.

El 07/12/2010 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en un fallo emblemático (“Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo”), estableció que ante un despido por discriminación laboral procede disponer la reinstalación y el pago de una indemnización con motivo de un despido discriminatorio; es decir, le reconoce al trabajador, además del derecho a ser reinstalado, volver a trabajar en la empresa, el derecho a una “compensación adicional”, que comprende la indemnización por antigüedad o despido (art.245 de la Ley de Contrato de Trabajo), con más un año de remuneraciones (art. 182 LCT) incluyendo el aguinaldo, es decir, trece sueldos en total, en concepto de daño moral. Se dispone mediante este fallo la aplicabilidad de la ley 23.592 a las relaciones laborales y el reingreso del trabajador a su puesto de trabajo, es decir dejando sin efecto el acto discriminatorio.

En el mencionado fallo la CSJN dispuso: *“el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: 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”. “Este se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometido a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.”*

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su antigua composición fue que, ante una violación de un derecho humano (como la prohibición de discriminar), la única vía reparatoria era volver las cosas a su estado anterior.

En nuestro país, el principio de la inversión de la carga de la prueba resulta una presunción de veracidad *“iuris tantum”*, por la cual no es el trabajador que reclama el cumplimiento de la ley, sino quien afirma que la obligación fue cumplida o que no tiene la obligación de responder, quien debe probarlo. Esto implica que deberá demostrar que los hechos no son como los que se expresan en la demanda.

Este principio, plenamente vigente en materia de discriminación, fue eliminado tras la sanción de la ley 27.742 importando una evidente violación a los principios de progresividad, prohibición de regresividad, entre otros.

## **II.- La discriminación en la ley Bases**

La ley 27.742, pero antes, el DNU 70/2023, incorporó el art. 245 bis a la Ley de Contrato de Trabajo.

Recordemos que, en relación al citado decreto de necesidad y urgencia, y a tenor de los fallos “Expte. 56862/2023 - Incidente No 1 - CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DEMANDADO: PODER EJECUTIVO NACIONAL s/INCIDENTE”, de fecha 2 de enero de 2024, Expte 56.687/2023 “CENTRAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA ARGENTINA CTA C/ ESTADO NACIONAL PODER EJECUTIVO S /ACCIÓN DE AMPARO” del 4 de enero de 2024, ambas de la Sala de FERIA de la CNAT, y “Expte. N°

---

5 PROTECCIÓN, IGUALDAD, DIGNIDAD, LIBERTAD Y NO DISCRIMINACIÓN, Versión publicada en rev. Derecho Laboral t.LIV núm. 241, Montevideo 2011 y en la revista digital Vadenuevo, por Oscar Ermida Uriarte.

56862/2023 CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCIÓN DE AMPARO”, del 30 de enero de 2024, se resolvió suspender provisoriamente la vigencia del título IV sobre Trabajo, y declarar la invalidez constitucional del Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2023, respectivamente<sup>6</sup>.

En relación a la recientemente sancionada ley 27.742, el Título V “Modernización laboral”, Capítulo II, Artículo 95, dispone:

“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.*”

A través de la incorporación de este artículo a la Ley de Contrato de Trabajo se avasalla el principio de progresividad en la medida que el marco protectorio laboral se modifica peyorativamente en perjuicio de los trabajadores.

Se violenta el art.17 LCT<sup>7</sup> y el art.81 LCT<sup>8</sup>; vulnera el art.1 de la ley 23.592 que otorga derecho a la víctima de un acto discriminatorio a pedir judicialmente que se deje sin efecto el acto discriminatorio, o cesar en su realización, y a reparar el daño moral y material ocasionados.

Esto, porque a través del art.245 bis LCT, se permite concretar actos discriminatorios mediante la aplicación de una sanción ínfima, pecuniaria, e inferior a las ya existentes legal y jurisprudencialmente<sup>9</sup>. Es decir, se permite “sanear” el acto discriminatorio, a través de un pago evidentemente insuficiente.

Además, se fulmina el principio de inversión de la carga de la prueba. Si bien en función de los artículos 17, 72, 81 y 172 de la LCT, y la ley 23.592, el trabajador debía probar con “*indicios fuertes*” las circunstancias del diferente trato ilegítimamente recibido, era el em-

6 La CSJN ha resuelto (cfr., entre otras, sent. del 24/02/2009, H. 270. XLII. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley 25873-dtp.1563/04 s/amparo ley 16.986, Fallos: 332:111) que si el amparo es colectivo, los efectos de la sentencia son “*erga omnes*”, al entender que se estaba allí ante una acción de amparo colectivo, es decir, frente a derechos de incidencia colectiva referentes a la defensa de intereses individuales homogéneos sujetos a una lesión futura causalmente previsible, reconocida por el art. 43 de la Constitución Nacional, tal como ocurre en los casos resueltos por la CNAT y otros citados, mismo argumento citado por la Sala de FERIA en la sentencia definitiva del 30/01/2024 del caso instado por la CGT.

7 Art. 17 LCT. Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

8 Art. 81 LCT. Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustenta en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

9 Vgr. “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de Amparo”, CSJN, Sentencia de fecha 07/12/2010.

pleador quien debía probar las “razones objetivas” que pudieran justificarlo.

La necesidad de aportar indicios del trato discriminatorio por parte del trabajador había sido plasmado por la CSJN en diversos fallos<sup>10</sup>.

A su vez, el artículo 1735 del CCCN impuso la llamada “carga probatoria dinámica”, por medio de la cual, tiene obligación de probar sus afirmaciones, quien se encuentra “en mejores condiciones” técnicas, profesionales o fácticas, o en posición “más favorable” para obtener la prueba.

Se evidencia, con la incorporación del art.245 bis a la LCT, que el andamiaje jurídico laboral ha retrocedido en materia probatoria, poniendo la obligación de la prueba, en cabeza de quien invoca la causa discriminatoria del despido.

Resulta llamativo que, en tanto la ley 23.592 reprime penalmente la comisión de delitos en virtud de actos discriminatorios, el art.245 bis LCT sólo sanciona el hecho discriminatorio con multas económicas, violentando de manera evidente el principio de progresividad y no regresividad.

Existe entonces una alteración del orden social, en tanto el derecho laboral castiga con una multa económica exigua, lo que el derecho penal sanciona con pena de prisión<sup>11</sup>.

Más aún, no se dice nada respecto del acto discriminatorio en sí, que es el que debe ser castigado por el ordenamiento jurídico, en base a nuestra Carta Magna, tratados internacionales, leyes y jurisprudencia citados.

En su diseño original, nuestro sistema de relaciones laborales reconoce la potestad del empleador o la empleadora, de despedir a un dependiente sin causa alguna, obligándose a abonar una indemnización tarifada.

Sin embargo, a tenor de la normativa y jurisprudencia citadas, en los casos de despidos discriminatorios, los efectos jurídicos comprendían no sólo una indemnización por daños, sino también la nulidad del despido y la consiguiente obligación de reintegrar al dependiente.

Hasta hace poco, esa respuesta jurídica se encontraba condicionada a que el trabajador o la trabajadora aportaran una hipótesis verosímil de discriminación, según el fallo “Pellicori”<sup>12</sup>, para hacer operativa la presunción que el empleador o empleadora debería desactivar, probando la existencia de una legítima razón para ese despido sin causa.

---

10 CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo” (15-11-2011), “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/Amparo” (20-5-2014), “Varela, José Gilberto c/Disco SA s/Amparo sindical” (4-9-2018), “Fontana, Edith Fabiana c/Cibie Argentina SA s/Juicio sumarísimo” (8-4-2021) y “Caminos, Graciela Edith c/Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/Despido” (10-6-2021).

11 Ley 23.592, “Art. 2º.- Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Art. 3º.- Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

12 “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo” (15-11-2011).

Sin embargo, posteriores fallos de la renovada Corte Suprema de Justicia de la Nación dan cuenta del viraje jurídico –e ideológico– que abonan las modificaciones introducidas en materia laboral por la ley 27.742.

Así, en las sentencias "Varela c. Disco", de septiembre de 2018, y en "Fontana c. Cibie", de abril de 2021, la Corte modificó su propia doctrina sobre la prueba de la discriminación sentada en los precedentes "Pellicori c. Colegio Público de Abogados" (de noviembre de 2011) y sostenidas en "Sisnero c. Tadelva" (de mayo de 2014), aún remitiéndose expresamente a ellos.

Esas reglas del estándar probatorio de la discriminación en las relaciones de trabajo, accesorias de la aplicación de la ley 23.592, fueron abandonadas en las sentencias "Varela" y "Fontana".

En "Pellicori" y "Sisnero", la Corte aplicó el criterio de la inversión de la carga probatoria, afirmando que: "para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente "la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia (de discriminación), caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

Cuatro años después, en septiembre de 2018, la misma Corte, en los autos "Varela", cambia notoriamente su criterio, y exige que se "demuestre, de modo verosímil, que la medida –en este caso, el despido– fue dispuesta por un móvil discriminatorio". Lo mismo ocurrió en mayo de 2021, para el citado caso "Fontana".

Como bien señala Guillermo Gianibelli<sup>13</sup>, "en sus orígenes, el capitalismo dispuso que el trabajo, como el resto de los intercambios, lo sea en carácter mercantil, despojado de cualquier regulación más allá de la unilateralidad patronal, derivada de la radical desigualdad de las partes", en tanto lo que se verifica actualmente es "una continua contrarreforma de la legislación y presiones sobre el actor colectivo para debilitarlo".

### III. Conclusión

Las reformas introducidas al plexo normativo laboral a raíz de la sanción de la ley 27.742, en su Capítulo V, no sólo redundan en un perjuicio ostensible para las y los trabajadores, quienes siendo sujetos de preferente tutela, ven afectados, entre otros, los principios de progresividad y no discriminación, sino que además, vulneran el derecho a contar con condiciones dignas y equitativas de trabajo, y con la protección contra el despido arbitrario; las que se encuentran tuteladas por el art.14 bis de la Constitución Nacional.

En resguardo del orden público, la seguridad jurídica y la paz social, el desafío será lograr una justicia imparcial, que brinde las respuestas necesarias en el marco de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, sin apartarse de los principios rectores del Derecho Laboral, que protege primordialmente a los sujetos cada vez más vulnerables de la sociedad: los trabajadores.

---

13 Reforma y contrarreforma laboral en un ciclo sin fin - Pulso Laboral N° 4 – Observatorio de Condiciones de Trabajo.