

“LOPEZ, LUCAS ARNALDO C/ SOLCAN S.R.L. S/ DESPIDO” Expte. Nº 37.505/14

En la ciudad de La Plata, a los 12 días del mes de octubre de 2017 se reúne el Tribunal del Trabajo 2 de esta ciudad, integrado en este acto por Federico Javier Escobares, Carlos Mariano Nuñez y Juan Ignacio Orsini, a efectos de dictar el **VEREDICTO** que prescribe el art. 44, inc. "d", ley 11.653 en los autos Nº 37.505, caratulados: **"LOPEZ, LUCAS ARNALDO C/ SOLCAN S.R.L. S/ DESPIDO"**. Practicada la desinsaculación establecida por el art. 44 inc. "c" de la ley 11.653, resultó el siguiente orden de votación: jueces Escobares-Orsini-Nuñez.-

(...)

A LA PRIMERA CUESTION, EL JUEZ ORSINI DIJO:

I. Con las siguientes excepciones, me pliego a la solución propuesta en el voto inicial.

1. En mi criterio, deben prosperar los reclamos por las indemnizaciones por despido injustificado, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

a. El actor planteó (subsidiariamente, para el caso de que no prosperase su pedido de que se encuadrara la relación en el ámbito de la L.C.T., reclamo éste desestimado en el voto inicial, al que en esa parcela adhiero) la inconstitucionalidad de la "ley" 22.250, en cuanto excluye a los trabajadores de la industria de la construcción del sistema de protección contra el despido previsto en la Ley de Contrato de Trabajo (fs. 43/45 vta.).

Alega, en lo sustancial, que el referido estatuto es inconstitucional porque: (i) es una norma dictada por el gobierno de facto, y el Poder Ejecutivo carece de potestades para dictar normas generales (fs. 43 vta.); (ii) es discriminatorio y viola el derecho constitucional a la igualdad, discriminando a los obreros de la construcción (en relación con el resto de los trabajadores), al conminarlos a percibir el "fondo de desempleo", privándolos de las indemnizaciones establecidas en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo; (iii) vulnera la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario, pues el régimen de fondo de desempleo no solo habilita a despedir sin causa, sino que no asegura una tarifa económica razonable para el trabajador despedido; (iv) los estatutos profesionales no pueden establecer derecho de menor intensidad que la legislación laboral general.

b. En mi criterio, asiste razón al trabajador en cuanto postula la inconstitucionalidad del estatuto de los trabajadores de la industria de la construcción, por lo que juzgo que el planteo debe prosperar.

(i) Desde la sanción de la norma de facto denominada "ley" 17.258 (sancionada por la anteúltima dictadura militar en el año 1967) los obreros de la construcción fueron sustraídos del régimen de protección contra el despido establecido para la generalidad de los trabajadores (por entonces reglada en la ley 11.729, y posteriormente, a partir de 1974, por la Ley de Contrato de Trabajo).

Ese estatuto fue reemplazado (esta vez durante la última dictadura militar) por la norma de facto llamada "ley" 22.250 (B.O. del 17/7/1980).

Ambas normas de facto reemplazaron el sistema de protección contra el despido injustificado que rige para la generalidad de los trabajadores del sector privado, a quienes la ley laboral general (antes, la ley 11.729; actualmente, la Ley de Contrato de Trabajo), les asegura no sólo la duración del contrato hasta que estén en condiciones de acceder a los regímenes previsionales de la seguridad social (art. 91, L.C.T.) y prohíbe despedirlos sin causa, sancionando al empleador que viola esa prohibición con el deber de pagar una indemnización por despido injustificado (art. 245, L.C.T.), sino que, además, obliga a la patronal a preavisar la extinción (castigando el incumplimiento con una indemnización sustitutiva, arts. 231/232, L.C.T.), así como a integrar los salarios que el trabajador despedido debería cobrar hasta el final del mes en el que se produce el distracto (art. 233, L.C.T.).

En cambio, el art. 15 del estatuto especial de la construcción, tras instituir el mecanismo del “fondo de cese laboral” (antiguamente llamado “fondo de desempleo”, mecanismo por el cual el empleador va depositando periódicamente en una cuenta un porcentaje del salario en favor del trabajador, quien tiene derecho a cobrarlo al momento en que se extinga el contrato, cualquiera sea la causa de la finalización), prescribe que *“El sistema a que se refiere el presente artículo para el trabajador de la industria de la construcción reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la Ley de Contrato de Trabajo”*.

A su vez, el art. 35 del mismo cuerpo normativo dispone que *“Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley”*, añadiendo que la L.C.T. *“será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico”*.

Más allá de los debates que en su momento existieron sobre el carácter jurídico intrínseco del fondo de cese o desempleo, es evidente que se trata de una indemnización por cese de empleo, es decir, un régimen diferente y especial para reparar la ruptura laboral del obrero de la construcción [Brusa, Carlos Alberto, *“Régimen de trabajo en la industria de la construcción. Ley 17.258”* en Nápoli, Rodolfo A., (Director), *“Aspectos de la estabilidad en el empleo”*, Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1972, p. 228].

De ello se colige que el estatuto bajo análisis **excluye a los operarios en él comprendidos de la protección contra la intemperividad y la arbitrariedad del despido consagrada en la ley general, reemplazándolo por uno menos protectorio**, puesto que: (i) no proscribiera el despido sin causa (el fondo de cese laboral del art. 15 de la “ley” 22.250 no solo no sanciona ni disuade el despido injustificado, sino que, además, procede, con idénticos alcances cuantitativos, cualquiera sea el motivo de la extinción); (ii) la magra compensación monetaria que asigna al trabajador despedido es inferior a la que le correspondería si estuviese amparado por la Ley de Contrato de Trabajo.

Aclarado ello, resta entonces analizar si ese régimen resulta o no compatible con las normas constitucionales vigentes que el actor reputa transgredidas.

(ii) Como bien lo destaca el actor a fs. 43 vta., la primera razón que torna moral y jurídicamente cuestionable el estatuto impugnado (“ley” 22.250, cuerpo normativo sancionado el 11/7/1980 *“en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional”*, suscripta por “Videla-Llamil Reston- Alberto Rodríguez Varela-José A. Martínez de Hoz”, ver <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27238/texact.htm>),

es que se trata de una norma de facto dictada por el gobierno que usurpó inconstitucionalmente las funciones del Estado en 1976.

Más allá de que el arduo debate sobre la validez constitucional de las normas de facto en general debiera ser acaso ser revisado a la luz del art. 36 de la Constitución Nacional, precepto que, a partir de la reforma de 1994, establece que los actos de fuerza contra el sistema democrático son insanablemente nulos (nulidad que por tanto debería alcanzar a todas las normas dictadas por quien no era depositario de la soberanía popular y usurpó aquéllas funciones), máxime cuando, afortunadamente, en los últimos quince años la lucha por el respeto de los derechos humanos y la defensa del sistema republicano y democrático se ha convertido en una política de estado sostenida, además de por la sociedad civil, por los tres poderes estatales, lo igualmente relevante es que la inconstitucionalidad formal del art. 15 de la "ley" 22.250 se potencia con su inconstitucionalidad material, pues, como veremos, se trata de una norma regresiva y desprotectoria que reduce la tutela que la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la legislación laboral general aseguran a todos los trabajadores, sin que existan motivos objetivos que justifiquen esa distinción.

(iii) La primera razón sustancial que justifica la invalidación del sistema de extinción del contrato de trabajo previsto en la norma estatutaria examinada es que habilita el despido sin causa justificada y sin aviso previo, vulnerando el derecho constitucional a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, C.N.), el derecho humano al trabajo (arts. 75.22, C.N) y el principio de estabilidad en el empleo.

(iv) Al limitar el poder del empleador de "*matar al contrato sin decir por qué*" (Romagnoli, Umberto, "*El Derecho, el Trabajo y la Historia*", Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, p. 137), asegurando la permanencia del trabajador en el empleo -y, con ella, la continuidad del salario alimentario, única opción vital del asalariado- el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo surgieron como herramientas centrales creadas por el Derecho del Trabajo para compensar la desigualdad en la que se encuentran los trabajadores frente a los empresarios, actuando como contrapesos que limitan la propiedad privada de éstos con el objeto de asegurar una cierta garantía material de subsistencia a las mayorías desprovistas de esa propiedad.

Ello explica que todas las Constituciones imbuidas en los principios el constitucionalismo social (primero) y buena parte de los instrumentos internacionales que universalizaron los derechos humanos (después) hayan consagrado normas dirigidas a asegurar la protección de los empleos, por conducto de prohibir los despidos *ad nutum*, es decir, desnudos de una causa de justificación, elevando a la estabilidad al rango de un principio general del Derecho del Trabajo.

En efecto, el principio de estabilidad ha sido calificado en la doctrina española como "un principio clave en el derecho individual del trabajo" (Almansa Pastor, Jose M., "*El despido nulo*", Ed. Tecnos, Madrid, 1968), que tiene una doble proyección central: (i) la preferencia por los contratos de trabajo indefinidos sobre los temporales; y (ii) la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados (Montoya Melgar, "*La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 33, Madrid, 2001, p. 62).

De ese modo, el principio de estabilidad en el empleo impone imperativamente el contrato de trabajo de duración continua e indeterminada como figura tipo de la relación laboral (faceta-continuidad de la estabilidad) y exige que, durante toda su vigencia, se asegure al trabajador una adecuada protección contra el despido injustificado, de modo tal que éste tiene derecho a conservar el empleo mientras no se verifiquen circunstancias imputables a él que justifiquen su exclusión (faceta-seguridad de la estabilidad). Luego, la categorización de la estabilidad como principio de la disciplina es insoslayable a poco que se advierta su influencia transversal sobre todos

y cada uno de los aspectos relevantes de la relación de trabajo, al punto tal que, sin una cierta estabilidad del vínculo, una buena parte de las instituciones laborales carecería de relevancia alguna. Luego, en tanto la estabilidad es un principio que tiene un carácter decididamente instrumental, en el sentido que sirve para contribuir a la eficacia de la totalidad de los derechos de los trabajadores, no es pensable un ordenamiento jurídico laboral que prescindiera de algún grado de protección de la estabilidad (Orsini, Juan Ignacio, *“Los principios del Derecho del Trabajo”*, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, año 7, n° 40, págs. 489/506).

Consagrado entonces el principio de estabilidad como uno de los cimientos arquitectónicos del Derecho del Trabajo (principio receptado hace ya un siglo en la Constitución mexicana de 1917, la primera en llevar los derechos sociales a la máxima jerarquía normativa), quedó radicalmente expulsada del ámbito de la juridicidad la institución del despido injustificado, por lo que, de allí en más, no es jurídicamente posible -en los ordenamientos jurídicos que han incorporado el paradigma del constitucionalismo social- que existan relaciones de trabajo en las cuales no exista una cierta protección contra los despidos arbitrarios.

Por ese conducto, constitucionalizada la estabilidad, los despidos arbitrarios mutaron su carácter jurídico de derechos del empleador (como lo eran en el marco de los Estados Liberales del constitucionalismo clásico) a actos ilícitos (como lo son, sin discusión posible, en el marco de los Estados Sociales del constitucionalismo social).

(v) Bajando al ámbito nacional, en nuestro país ya la reforma de 1957 constitucionalizó el principio de estabilidad en el empleo cuando ordenó que las leyes garanticen al trabajador *protección contra el despido arbitrario*.

Más allá de los debates acerca de cuál sería el mecanismo más idóneo (nulidad del despido y reinstalación en los modelos de “estabilidad absoluta”; o indemnización dineraria que resarza los perjuicios derivados del despido, en los modelos de “estabilidad relativa”) para asegurar el objetivo constitucional (que no haya despidos arbitrarios), lo que está fuera de toda discusión es que nunca puede ser válida una norma infraconstitucional que no asegure ninguna tutela ante los despidos arbitrarios.

Tanto es ello así que los más calificados doctrinarios del país han señalado –en opinión que comparto plenamente- que la consagración en el art. 14 bis de la garantía de protección contra el despido arbitrario *“significa una valoración constitucional como ilícito del despido arbitrario, que es justamente el inmotivado o sin fundamento en alguna causa o motivo legalmente invocable”* (Fernández Madrid, Juan Carlos, *“Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, T° I, pág. 403). De esta posición se desprende que, mientras permanezca vigente la cláusula constitucional citada, ningún régimen legal podrá imponer la licitud del despido incausado o, en otras palabras, que todo régimen legal reglamentario de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario que no consagrara la ilicitud del despido sería inconstitucional.

Falencia esta última que sin dudas exhibe el art. 15 de la “ley” 22.250, pues en ese régimen es indiferente el motivo que provoque la extinción (despido sin causa, despido justificado, renuncia, etc.), porque en todos los casos el trabajador percibirá el mismo importe en concepto de “fondo de cese laboral”, pago que, por otra parte, en tanto es depositado periódicamente por el empleador, no disuade en forma alguna la arbitrariedad del despido (al empleador le “cuesta” lo mismo actuar o no con arbitrariedad, pues en ambos casos las consecuencias que recaigan sobre él serán idénticas) y, por lo tanto, **al no proteger contra el despido arbitrario no puede juzgarse compatible con la norma constitucional (art. 14 bis, C.N.) que ordena**

asegurar esta tutela al trabajo “en todas sus formas” (categoría la de que no corresponde por tanto excluir a los trabajadores de la industria de la construcción).

Llegados a este punto, es importante advertir que la inconstitucionalidad que afecta al régimen estatutario no se reduce a un mero cotejo comparativo entre las compensaciones que asignan el régimen general (arts. 231, 232, 233 y 245, L.C.T.) y la que establece el régimen especial (art. 15, “ley” 22.550).

En este sentido, cabe recordar que la indemnización por despido injustificado persigue una triple finalidad: a) *punitiva*: del comportamiento antisocial del empleador que priva al trabajador de su empleo; b) *reparadora*: de los daños y perjuicios causados por el comportamiento antijurídico y c) *disuasiva*: de la tentación del empleador de abusar de su supremacía en la relación contractual, en tanto el costo económico que supone el pago de la indemnización debería desalentar tanto la ruptura del contrato, como el abuso dirigido a que sea el trabajador quien se coloque en situación de despido (Ackerman, Mario E., “*Validez constitucional de tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia*”, en Revista de Derecho Laboral. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T° 2000-I, pp. 154/155).

Luego, teniendo en cuenta que las indemnizaciones derivadas del despido (mecanismo con el que la legislación general ha reglamentado la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario) es una sanción resarcitoria que tiene, a la vez, la función de reparar los daños derivados del despido incausado y disuadir y sancionar al autor de dicho acto ilícito contractual (todo ello como medio de alcanzar la finalidad constitucional de erradicar los despidos arbitrarios), es evidente que todo régimen que –como el contemplado en el art. 15 del estatuto examinado- no disuada al empleador de despedir injustificadamente, ni lo sancione por cometer ese acto constitucionalmente ilícito, deviene por ese solo motivo en inconstitucional y ello es así con prescindencia de la cuantía económica del fondo de cese laboral, mecanismo que, en tanto no coloca ningún freno disuasorio al antisocial acto patronal de despedir sin causa, no puede considerarse compatible con la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario.

Cuadra, por si quedasen dudas, transcribir las palabras de uno de los miembros informantes de la Convención Constituyente que incorporó el art. 14 bis a la Constitución Nacional, Carlos Bravo: “*la estabilidad es una aspiración de amplios sectores de trabajadores que se proponen conseguir mediante ella cierta seguridad en el empleo. Los despidos arbitrarios originados por caprichos o motivos fútiles, que pueden hundir al trabajador y a su familia en la miseria y la desesperación, deben ser evitados y la estabilidad importa, con la seguridad del trabajo al asalariado, un factor de tranquilidad y seguridad social*” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Buenos Aires, 1957, T° II, p. 1226).

Ergo, en la medida en que una norma que, como el art. 15 de la ley 22.250, lisa y llanamente habilita –como un derecho del empleador- el despido sin causa, es indudable que no puede brindar al asalariado esa “cierta seguridad en el empleo” que exige el código genético del art. 14 bis de la Constitución, por lo que su incompatibilidad con ésta norma es manifiesta.

Es que, recorriendo a contramano, de manera regresiva, le evolución histórica del Derecho del Trabajo, el reemplazo de la indemnización por despido por el “fondo de desempleo” vuelve a convertir el despido arbitrario en un derecho del empleador, soslayando nada menos que la garantía constitucional que obliga a proteger a todos los trabajadores contra ese tipo de actos ilícitos.

(vi) Precisamente por los motivos que venimos señalando, calificada doctrina nacional ha postulado la inconstitucionalidad del sistema de extinción del contrato de trabajo reglado por el estatuto de la industria de la construcción.

En ese sentido, el recordado Norberto Centeno (autor del anteproyecto de la L.C.T., posteriormente asesinado, según se acreditó mediante sentencia firme de la justicia federal, por la misma dictadura que sancionó por la fuerza la “ley” 22.250), tras recordar que la idea que informa la garantía de protección contra el despido arbitrario en el art. 14 bis de la Constitución, es la eliminación de la arbitrariedad en el acto del despido, finalidad que lógicamente no es respetada por las normas que no sancionan el despido arbitrario, destaca que el fondo de desempleo del estatuto de la construcción es una indemnización por cese de empleo que no contempla la reparación del despido arbitrario que sanciona la norma constitucional, por lo que *“difícilmente se concilia con el alcance que asignamos a la protección constitucional frente al despido arbitrario”* (Centeno, Norberto O., *“Despido arbitrario y riesgo de desempleo”*, en revista Derecho del Trabajo, T° XXVII, 1967, p. 641). Con maestría anticipaba ese autor hace exactamente 50 años, cuando el art. 14 bis recién estaba cumpliendo una década de vigencia, que la garantía de protección contra el despido arbitrario es directamente operativa, de modo tal que *“no se adecuarían al texto y al espíritu de la Constitución las leyes que eventualmente se dictaran y por las cuales se dejara sin sanción el ‘despido arbitrario’ pudiendo el trabajador encontrar ‘protección’ frente al mismo por la directa vía del amparo constitucional, apelando a los principios de derecho que descalifican un acto de esa naturaleza –el acto arbitrario-responsabilizando a quien lo provoca”* (Centeno, *op. cit.*, p. 648). Luego, esas atinadas reflexiones (escritas 13 años antes de la sanción de la “ley” 22.250) son plenamente aplicables para descalificar este último cuerpo normativo.

Por su parte, otro de los más reconocidos iuslaboralistas nacionales (y tal vez el que mejor haya escrito en el país sobre la estabilidad en el empleo en general), como Justo López, sostiene que el sistema del llamado fondo de desempleo tiene todos los inconvenientes de la desprotección contra el despido arbitrario sin las ventajas de un seguro social contra el desempleo, de modo tal que no es un sucedáneo factible de la “protección contra el despido arbitrario”, pues no puede reemplazarla válidamente en la función de posibilitar la protección del trabajador contra el abuso de los poderes jerárquicos del empleador (López, Justo, *“El derecho a la estabilidad y la estructura económica de la empresa”*, en revista Legislación del Trabajo, T° XV, pp. 665 y 672).

A su vez, el régimen bajo análisis es censurado en su validez constitucional por Guillermo A. F. López. Sostiene el ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el primer problema que plantea el sistema de “fondo de desempleo” establecido en la “ley” 22.250 es su constitucionalidad, porque, mientras el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los trabajadores protección contra el despido arbitrario, el fondo de desempleo, por el contrario, constituye un sistema resarcitorio uniforme para todos los supuestos de cese de la relación laboral, justificados o injustificados, por lo que *“el personal obrero de la industria de la construcción viene a carecer, como consecuencia de dicho sistema, de esa protección contra el despido arbitrario, que constituye una garantía constitucional”* (López, Guillermo A. F., *“Nuevo régimen laboral para la industria de la construcción”*, en revista Derecho del Trabajo, 1980-p. 1437).

En la misma línea, analizando comparativamente los regímenes de estabilidad en los distintos estatutos profesionales, tras puntualizar que *“en determinadas circunstancias, al trabajador se le acuerda una protección menor”*, sostiene Brito Peret que *“para los obreros de la construcción no rige el preaviso, quedando librada la ruptura del vínculo al sólo arbitrio del empleador”* (Brito Peret, José E., *“Aspectos del principio de la estabilidad en los estatutos profesionales”*, en Nápoli, Rodolfo A.,

(Director), *“Aspectos de la estabilidad en el empleo”*, Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1972, p. 228. p. 190), acertada afirmación que demuestra sin dudas la inconstitucionalidad de la regulación estatutaria, porque si -de un lado- el art. 14 bis de la Constitución Nacional establece que “el trabajo en todas sus formas” (lo que incluye al prestado por los obreros de la construcción) debe ser protegido por la leyes, que deben asegurarle a los trabajadores **protección contra el despido arbitrario**, y -del otro- en el estatuto respectivo la ruptura del vínculo queda librada **al sólo arbitrio del empleador**, la conclusión se impone nítida: la norma estatutaria es inconstitucional.

En consecuencia, como dice el autor citado, en el estatuto de la construcción *“la idea de la estabilidad ha merecido una realización imperfecta si advertimos que los trabajadores comprendidos en sus disposiciones no llegan a gozar de los mismos beneficios y derechos que se les acuerda a los obreros y empleados de la industria y el comercio”*, de allí que –añade, citando a Ossorio y Florit- *“los trabajadores de la construcción van a quedar notoriamente perjudicados en relación los demás trabajadores”* de modo que *“se habrá roto la igualdad de derechos que, por iguales circunstancias, deben amparar a todos los que realizan sus labores en condiciones de subordinación al empleador”* (Brito Peret. José E., *op. cit.*, p. 191).

Cuadra destacar asimismo que, como bien ha sido señalado, el sistema de fondo de desempleo vulnera la cláusula de protección contra el despido arbitrario, toda vez que *“al no distinguir entre la resolución del contrato por decisión del empleador, con independencia de la existencia de causa para ello, la arbitrariedad tiene su plena vigencia, conculcándose de ese modo, la garantía constitucional mencionada”* [Rocha, Armando B., en Vázquez Vialard (Director), *“Tratado de Derecho del Trabajo”*, Ed Astrea, Buenos Aires, 1985, T° VI, p. 53].

En paralela dirección, García Martínez sostiene (refiriéndose a la “ley” 17.258, en afirmación plenamente aplicable a su sucesora, la “ley” 22.250) que la sanción del régimen de la construcción supuso *“el olvido de esos principios básicos del derecho del trabajo”*, toda vez que *“so pretexto de abaratar los costos, se hizo tabla rasa con casi toda la legislación laboral vigente”*, incluyendo el *“régimen general del despido”* (García Martínez, Roberto, *“Inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley N° 17.258”*, en revista Legislación del Trabajo, T° XVII, 1967, p. 318).

Finalmente, la normativa analizada ha sido severamente objetada por otros autores (ver, Baamonde de Bermúdez, Diana y Spinelli de González Gartland, Edda B., *“La ley 17.258 y la estabilidad del trabajador en el empleo. Inconstitucionalidad de la ley 17.258”*, en revista Derecho del Trabajo, T° XXXIII, p. 625; Ossorio y Florit, Manuel, *“Reflexiones comparativas sobre el nuevo régimen de la industria de la construcción”*, en revista Legislación del Trabajo, T° XV, p. 401).

(vii) Para más, si (como lo destacó la calificada doctrina arriba reseñada) esa regulación legal podía ser considerada inconstitucional ya desde la vigencia de la Constitución de 1957, **con mucha mayor razón lo es a partir de la reforma constitucional de 1994**, que elevó a la máxima jerarquía el *derecho humano al trabajo*.

En efecto, el derecho al trabajo constituye un derecho humano reconocido en varias de las normas internacionales constitucionalizadas por la República Argentina en la reforma de 1994 (art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 11.1.a. de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) que, según lo ha señalado en forma concordante en el ámbito europeo la mejor doctrina (Mancini, Federico, *“Il diritto al lavoro rivisitato”*, Política e Diritto, N° 6, 1973, pp. 687/740; Baylos Grau, Antonio, *“El derecho al trabajo como derecho*

constitucional”, en “*La protección de los derechos fundamentales en el orden social*”, Cuadernos de Derecho Judicial, N° 21, 2003, pp. 13/54; Sastre Ibarreche, Rafael, “*El derecho al trabajo*”, Ed. Trotta, Madrid, 1996) y jurisprudencia (Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 22/81 del 2/7/1981, entre otras), contiene el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, *el derecho a no ser privado del empleo si no existe una justa causa*.

Tesis que, para más, fue respaldada en forma reiterada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando señaló que el derecho al trabajo receptado en tales instrumentos internacionales incorporados al art. 75.22 de nuestra Constitución, “*es comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de éste*” (C.S.J.N., “*Vizotti, c/ Amsa S.A.*”, revista La Ley, suplemento especial del 17/9/2004, considerandos 8° y 10°; “*Alvarez, c. Cencosud S.A.*”, sent. del 7/12/2010).

De allí que, como lo hemos anticipado en el plano académico, a partir de la reforma de 1994 el derecho al trabajo se ha convertido en un insoslayable *límite constitucional al despido injusto*, quedando fuera de discusión que la estabilidad no es una forma coyuntural de regular las relaciones laborales, sino un principio fundamental que no puede estar ausente de los ordenamientos jurídicos laborales, resultando constitucionalmente imposible que el ordenamiento legal prescinda de alguna forma efectiva y adecuada de protección contra los despidos injustificados (Orsini, Juan Ignacio, “*El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto*”, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, año 9, n° 42, pp. 364/380).

En ese contexto, es a todas luces evidente que una norma para la cual resulta indiferente privar arbitrariamente del empleo a una persona (pues cualquiera fuese la causa de extinción las consecuencias para el empleador serían las mismas) viola el derecho al trabajo, el cual, en tanto derecho humano, rige para todos los trabajadores, cualquiera sea la clase de empleo que ostenten, incluyendo a los trabajadores de la construcción.

Siendo ello así, el art. 15 de la “ley” 22.250 es inconventional e inconstitucional por violar los arts. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 75.22, C.N.).

(viii) Por otra parte, aun cuando -en mi opinión- las razones arriba mencionadas (es decir, el hecho de que el estatuto habilite el despido sin causa, sin proteger contra el despido arbitrario) justifican sobradamente la invalidez constitucional del régimen estatutario, el interés económico que tiene el trabajador para reclamar la inconstitucionalidad del estatuto en el presente caso es indudable, ya que -a contrario de lo que señala mi estimado colega en su voto- la reparación económica que le correspondería por aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo es notoriamente superior a la que percibiría de aplicarse la “ley” 22.250.

En efecto, como surge del voto del juez preopinante, al actor le corresponde percibir, en concepto de fondo de desempleo, por aplicación del art. 15 de dicho cuerpo normativo, la suma de **\$45.014,67**, cifra que aparece sustancialmente inferior a la que tendría derecho a cobrar por aplicación de la L.C.T.

Así, por aplicación de la ley laboral general, le correspondería percibir por la indemnización por despido injustificado (art. 245 L.C.T.), tomando en cuenta un salario de \$5.741,66 (\$5.300 + \$461,66 de SAC proporcional, conf. S.C.B.A, causa L. 116.437, “*Verdera, Amelia Mónica c/Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires s/Despido*”, sent. del 4/6/2014) y los ocho períodos indemnizables, una suma de **\$45.933,33** (5.741,66 x 8), a las que cabe añadirles las sumas de **\$11.483,32** (5.741,66 x 2) por la indemnización sustitutiva del preaviso (art. 232,

L.C.T.) y de **\$1.666,93** $[(5.741,66 / 31) \times 9]$ por la indemnización por integración del mes de despido (art. 233 de la L.C.T.), que -ponderando que el contrato se extinguió el 22/7/2013- debe prosperar por los 9 días que corrieron desde esa fecha hasta el 31/7/2013.

Es decir que, frente a una reparación económica estatutaria de **\$45.014,67** (que el párrafo 7° del art. 15, de la "ley" 22.250 expresamente establece como sustitutiva de las indemnizaciones por despido injustificado y preaviso), la ley general le garantiza un importe de **\$59.083,58** (45.933,33 + 11.483,32 + 1.666,93), es decir el estatuto le expropia al trabajador la suma de **\$14.068,91** (con más sus intereses), lo que implica una quita cercana al 24% que en modo alguno puede juzgarse insignificante.

Si a ello le sumamos que en el voto inicial se ha resuelto rechazar la procedencia de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323 (cuyo importe sería de \$29.541,79) por el exclusivo argumento de que ésta solo procedería en los casos en los que se aplique el art. 245 de la L.C.T., las reparaciones serían de **\$88.625,37** (L.C.T. + ley 25.323) y de **\$45.014,67** ("ley" 22.250), por lo que la quita se elevaría a **\$43.610,70** (más sus intereses), o sea, una diferencia superior al 49%.

En consecuencia, es indudable el perjuicio económico que la aplicación de la norma especial le provoca al trabajador, lo que refuerza su invalidez constitucional al colocar a los trabajadores de la construcción fuera del ámbito del sistema de protección contra el despido establecido en la legislación laboral general, pues, amén de eliminar las funciones sancionatoria y disuasoria que necesariamente debe cumplir todo mecanismo de protección contra el despido, tampoco cumple en forma acabada con la función reparatoria, desde que el monto dinerario que ofrece al trabajador despedido es sumamente inferior al que contempla la legislación laboral general.

(ix) A tenor de lo expuesto, al excluirlos de la protección contra la arbitrariedad e intempestividad del despido, la regulación estatutaria desprotege a los obreros de la construcción en comparación con los demás trabajadores del sector privado, discriminándolos por su condición de tales y desnaturalizando la función de los estatutos profesionales, sin que exista razón objetiva alguna vinculada a la naturaleza de la actividad por ellos desempeñada que justifique el tratamiento diferencial.

De ello se colige que el estatuto bajo análisis debe reputarse discriminatorio y, por ende, inconstitucional (arts. 16 y 75.22, C.N.).

En efecto, más allá de que esa defensa no fue profundizada por la demandada, suele señalarse dogmática y acriticamente que el régimen especial que el estatuto de la construcción establece en materia de extinción del contrato de trabajo encontraría un fundamento objetivo en el hecho de que las relaciones de trabajo en esa actividad pueden ser -en algunos casos- de escasa extensión, en la medida en que se encuentren vinculadas a la duración de las obras en construcción para las cuales son contratados (por lo que, en tales hipótesis, los trabajadores van rotando hacia distintos empleadores).

Con todo (y aun dejando de lado que el argumento es más que endeble, pues en tales casos bien podía recurrirse a las modalidades contractuales a plazo que estipula la legislación general, en particular el contrato de trabajo eventual, arg. art. 99, L.C.T., sin necesidad de desproteger contra el despido a todos los trabajadores, con prescindencia del carácter de su vinculación), esa hipotética justificación nunca podría ser válidamente aplicable a los supuestos en los cuales -como ocurre en la especie- se trata de trabajadores que (lejos de rotar por obras de construcción y empleadores diferentes) han trabajado durante un extenso lapso, de manera ininterrumpida, en favor del mismo empleador, **caso en el cual la detracción de los obreros del ámbito**

del régimen general, para reemplazarlo por uno menos favorable a ellos, no encuentra apoyo alguno en la naturaleza objetiva de la actividad, sino que reconoce su origen en una decisión de política “legislativa” que no tiene otra justificación que beneficiar a las empresas de la construcción, discriminando por ese conducto a los obreros de la actividad.

Como lo ha establecido calificada doctrina en el derecho comparado, la creación de relaciones laborales especiales es una operación delicada, porque suelen traducirse en una regulación diferente a la del trabajador común, por lo que se introducen diversidades y desigualdades de tratamiento que deben justificarse para no vulnerar el principio constitucional de igualdad. En consecuencia, el intérprete debe valorar si la diferencia de tratamiento es razonable y justificada y no resulta desproporcionada, y si las especialidades introducidas son coherentes con las razones alegadas para justificar la sanción de un estatuto especial, de modo tal que no cabe limitarse a dar por válida sin más la especialidad como si fuera algo natural u obvio, sin entrar a valorar si las razones que se alegan para crear el régimen especial son convincentes y suficientes para justificar el desigual tratamiento (ver López Gandía, Juan, *“Las relaciones laborales especiales”*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 8/9).

Partiendo de esa base, no encuentro justificación atendible alguna que me convenza de que los trabajadores de la construcción que trabajan largos períodos para un mismo empleador deban ser privados de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario.

No otra cosa es lo que ocurrió en la especie, donde el actor trabajó de manera ininterrumpida durante casi ocho años para la demandada (dedicándose a tareas propias del giro ordinario de ésta), sin que exista entonces razón alguna que justifique despedirlo intempestiva e injustificadamente, sin ser preavisado ni debidamente indemnizado.

No advierto por qué motivo (que no sea la mera voluntad del legislador de facto), luego de trabajar ese extenso lapso, que le generó la razonable expectativa de continuar haciéndolo por tiempo indeterminado, el actor debiese ser excluido del derecho a ser indemnizado y preavisado, ya que también él (del mismo modo que cualquier trabajador por tiempo indeterminado alcanzado por la L.C.T., de cuyo ámbito no están excluidos los operarios de la construcción, arg. art. 2, L.C.T.) tuvo la necesidad de disponer de tiempo y dinero para buscar un nuevo empleo para reemplazar al que perdió sin su culpa, por una decisión injustificada del empleador.

Por otra parte, la circunstancia de que no existe impedimento objetivo (es decir, vinculado a las características de la actividad) alguno que obste a incluir a los obreros de la construcción en el régimen general de protección contra el despido injustificado e intempestivo, se comprueba con solo advertir que el art. 34 de la “ley” 22.250 (norma de derecho transitorio destinada a regular la situación de los trabajadores ingresados con anterioridad a la entrada en vigencia del estatuto), les aseguraba el derecho a percibir, en caso de despido, además del fondo de desempleo, una reparación similar a la prevista en el art. 245 de la L.C.T. (1 mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses trabajados), lo que evidencia que el reemplazo del sistema general de protección se orientó -antes que en las particularidades de la naturaleza de la actividad- en una regresiva decisión de política “legislativa” implementada por el gobierno de facto.

(x) Para más, como anticipé, la normativa **impugnada discrimina a los trabajadores de la construcción en comparación con todos los demás trabajadores del sector privado**, pues, de convalidarse la validez del estatuto, serían los únicos trabajadores de todas las actividades productivas del país que, amén de no

estar amparados contra los despidos arbitrarios e intempestivos, gozarían de una compensación económica menor que la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo.

En ese contexto, es acertada la argumentación del actor fincada en que los estatutos profesionales tienen como finalidad ampliar el piso de derechos laborales asegurados por la legislación general, por lo que no pueden reducirlos (fs. 45). Luego, en caso de que concurran conflictivamente una norma de la ley general y otra de la ley especial, debe prevalecer la norma general más protectoria por aplicación de la regla de la norma más favorable (art. 9, L.C.T.), siendo válido apartarse de la regla de la teoría general del Derecho que indica que la norma posterior no deroga la especial anterior, en la medida en que medie compatibilidad entre ambas (S.C.B.A, causa L. 80.076, "*García, Ricardo Claudio y otro c/Club Atlético Aldosivi Asociación Civil s/Despido*", sent. del 12/12/2007), compatibilidad que juzgo sin dudas verificada en la especie, ya que -como anticipé- dado que la relación laboral que vinculó al actor con la demandada se extendió de manera interrumpida durante casi ocho años, no existe razón objetiva alguna que justifique exceptuar el caso del régimen general.

En relación a lo expuesto, cabe destacar que, consolidadas las instituciones republicanas y democráticas en nuestro país, las normas laborales han galvanizado la idea de que los estatutos profesionales solo pueden mejorar el piso de derechos laborales establecidos por la legislación laboral general, mas nunca reducirlos.

Así, desactivando las inconstitucionales normas de facto que regulaban las relaciones de trabajo en la actividad agraria ("ley" 22.248 -B.O. del 18/7/1980-, sancionada conjuntamente con la "ley" 22.250 -B.O. del 17/7/1980- aquí analizada) y en el servicio doméstico (decreto-ley 326/56, B.O. del 20/1/1956), las leyes 26.727 (B.O. del 28/12/2011) y 26.844 (B.O. del 12/4/2013) han establecido nuevos regímenes estatutarios que, amén de no impedir la aplicación subsidiaria de la L.C.T. (art. 2, L.C.T.; art. 2, ley 26.727), consagran en algunas instituciones un nivel de tutela superior al establecido en la ley laboral general (v.g., los arts. 12/15 y 40 de la ley 26.727 establecen un régimen de solidaridad y jornada de trabajo más favorable que el contenido en los arts. 29/31 y 197 de la L.C.T; el art. 48 de la ley 26.844 consagra una tutela contra el despido más intensa que la establecida en el art. 245 de la L.C.T, pues elimina el tope a la base salarial).

Además -en lo que aquí interesa- ambos estatutos establecen el derecho a la indemnización por despido, al preaviso y a la indemnización sustitutiva (arts. 44/48, ley 26.844, para el trabajo en casas particulares; en el estatuto agrario directamente se aplica la L.C.T. para regular esas cuestiones, ya que la ley especial no contiene régimen diferencial).

De ello se colige que -de validarse la normativa impugnada- los trabajadores de la construcción (incluyendo a los que se vinculan por tiempo extenso e indeterminado a un mismo empleador) **serían los únicos operarios de todas las actividades económicas del país que quedarían excluidos de la protección contra el despido arbitrario que -como piso protectorio- establece la legislación laboral general** (derecho a la integración del mes de despido, al preaviso o su indemnización sustitutiva y a la indemnización por despido injustificado, arts. 231, 232, 234 y 245, L.C.T.), lo que demuestra -sin hesitación- el carácter inconstitucional -por discriminatorio- del régimen legal.

Luego, si incluso en los estatutos profesionales (servicio doméstico, trabajo agrario) que históricamente se consideraron autosuficientes (en los que se excluía la aplicación incluso subsidiaria de la ley general, conf. art. 2, L.C.T., antes de la reforma implementada por las leyes 26.727 y 26.844.), actualmente -y por aplicación de políticas legislativas progresivas y reparadoras de derechos amputados por las sucesivas dictaduras- se admite no solo la aplicación de la L.C.T, sino incluso, la

vigencia de disposiciones más favorables que las que contiene dicha ley general, con mayor razón aún debe ser así en el estatuto de los trabajadores de la construcción, cuerpo legal no excluido del ámbito de la L.C.T., salvo en relación a tópicos particulares (régimen de extinción del contrato), exclusión parcial que -al menos en este caso, en el que se comprobó una relación laboral ininterrumpida de 8 años- no es constitucionalmente válida (arts. 14 bis, 75.22 y 75.23, C.N.).

De otro modo -insisto- el estatuto de la construcción sería el único régimen especial en el cual subsistiría un anacrónico y desprotectorio régimen de tutela inferior al previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, lo que constituiría, a la par que una injustificada discriminación negativa de los trabajadores de esa actividad, un inexplicable privilegio en favor de los empleadores de ese ámbito, diferencias que no pueden ser admitidas en la vigencia de un sistema constitucional basado en el paradigma de los derechos humanos (art. 75.22, C.N.).

Precisamente, razones similares (establecimiento de un régimen de protección contra el despido menos favorable que el régimen general) han llevado a este Tribunal del Trabajo a declarar la inconstitucionalidad del régimen indemnizatorio establecido en el derogado estatuto del servicio doméstico (decreto-ley 326/56), así como la antigua redacción del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo (causa N° 36.020, "*Urriolagoitia, Laura E. c/ Maceroni, Constanza s/ Despido*", sent. del 29/8/2016, voto en segundo término del suscripto que hizo mayoría), por lo que no advierto razones que puedan justificar una solución distinta en este caso.

De ese modo, así como respecto de las normas de facto que regían los estatutos del servicio doméstico y del trabajo agrario, la imprescindible adecuación constitucional y convencional fue correctamente efectuada (con carácter general) por el Poder Legislativo al dictar las leyes 26.727 y 26.844, en lo que respecta al estatuto de facto que regula el trabajo en la industria de la construcción esa adecuación debe ser efectuada (con carácter particular, y en la medida en que las concretas circunstancias del caso lo ameriten, como ocurre en la especie) por los jueces laborales competentes, habida cuenta que los tres poderes del estado son responsables de asegurar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En ese sentido, bien ha podido señalar la Suprema Corte provincial que la responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se encuentra receptada positivamente en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica y que, como consecuencia de todo ello, los Estados deben respetar y garantizar el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún vacío tutelar, deben adoptar los mecanismos pertinentes para llenarlo. Entre otros deberes de la función de garantía aludida, se destaca aquél consistente en aplicar las disposiciones de derecho interno con adecuación a las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional. Bajo tal esquema, queda establecida una necesaria relación de correspondencia entre la exigencia internacional de realizar acciones positivas para evitar y sancionar la violación de derechos humanos, y la actividad funcional del Estado, tanto en la órbita de la legislación, a través del dictado de normas generales, *como también en el ámbito de la Justicia, por medio de la interpretación que, de tales leyes, efectúen los jueces que integran tal poder del Estado* (S.C.B.A., causa C. 116.420, "*Iuale, Angela y otros c/Hernández, Rafael y otros s/Indemnización de daños y perjuicios*", sent. del 30/10/2013, entre muchas).

Siendo así, en tanto no hay dudas de que -por las razones arriba expuestas- el art. 15 de la norma de facto denominada "ley" 22.250 vulnera los derechos humanos al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, corresponde a este Tribunal declarar la inconvencionalidad e inconstitucionalidad de esa norma para asegurar la supremacía

de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque federal de constitucionalidad (arts. 31 y 75.22, C.N).

Máxime cuando del art. 6 del PIDESC obliga expresamente a los estados a *tomar medidas adecuadas para garantizar el derecho al trabajo*, obligación que, como se desprende de la doctrina legal arriba citada, recae sobre los tres poderes del estado, incluyendo a los jueces.

(xi) Por todo lo dicho, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 15 de la "ley" 22.250 y condenar a la demandada a pagarle al actor las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

2. También debe prosperar la indemnización establecida en el art. 2 de la ley 25.323.

a. De un lado, a tenor de lo que señalé en el apartado anterior, en mi criterio las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. son aplicables al caso, por lo que -verificada la intimación a pagarlas, y el resultado estéril de ese requerimiento- la procedencia de la sanción del art. 2 de la ley 25.323 es incuestionable.

b. Del otro, y como aval de corrección de lo anterior, no advierto que pueda predicarse la ajenidad de dicha sanción al ámbito de aplicación del estatuto de la construcción por el solo hecho de que el referido precepto legal haga referencia al impago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T (conf. lo resuelto por este Tribunal -por mayoría- en la causa N° 35.096, "*González, Luis A. c/ RYT S.A. y ot. s/ Fondo de desempleo*", sent. del 14/9/2017).

(i) Ello, porque, como lo destaqué allí, la finalidad de la norma es reprimir la conducta del empleador que se niega a pagar en tiempo y forma las indemnizaciones derivadas del despido, obligando al trabajador a deducir un reclamo para poder percibir las (conf. S.C.B.A, causa L. 90.473, "*Dolcini*", sent. del 23/4/2008), incumplimiento que claramente se ha verificado en el caso, en el que, pese a la intimación cursada por el trabajador a fs. 20, el empleador no le ha pagado suma alguna en tal concepto.

(ii) No obsta a ello el hecho de que en dicho requerimiento el trabajador haya reclamado las indemnizaciones previstas en la L.C.T. (y no el fondo de desempleo de la "ley" 22.250), porque (aun dejando de lado que dichas indemnizaciones sí son aplicables al caso), lo relevante es que la patronal, debidamente intimada, no le pagó (ni puso a su disposición) suma alguna (ni la tarifa del art. 245 de la L.C.T., ni el fondo de desempleo), razón por la cual, denegar la sanción por el hecho de que se haya reclamado la reparación al amparo de una norma supuestamente inaplicable, constituiría en mi criterio un exceso ritual en contra del sujeto constitucionalmente protegido y en favor del autor del acto ilícito reprimido por el art. 2 de la ley 25.323. Máxime cuando -en la especie- la intimación fue efectuada con base en las normas de la L.C.T. porque el actor pensaba que esa norma era aplicable al caso (y así lo postuló en la demanda, ver fs. 41, pidiendo solo de manera subsidiaria el fondo de desempleo de la "ley" 22.250, ver fs. 46).

Más aún: en tanto el fondo de desempleo debe depositarse mensualmente por el empleador, la omisión de pagarlo en tiempo y forma cuando se extingue el contrato, es incluso más reprobable que el impago de la indemnización por despido, por lo que no albergo dudas acerca de su procedencia en la especie.

(iii) Por otra parte, de seguirse un disvalioso criterio exegético apegado a la letra de la ley, tampoco resultaría procedente en el caso la indemnización del art. 1 de la ley 25.323 (la cual también hace referencia a la indemnización del art. 245 de la Ley

de Contrato de Trabajo, sin mencionar al fondo de desempleo de la "ley" 22.250), la cual, sin embargo, ha sido declarada procedente en el voto inicial.

(iv) Lo señalado encuentra categórico respaldo en la doctrina legal de la Suprema Corte, que ha extendido el deber de pagar la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323 a estatutos profesionales que contemplan sistemas indemnizatorios diferentes al regulados en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (S.C.B.A., causas L. 102.600, "*Di Dío, Osvaldo Jesús c/Editorial La Capital S.A. s/Despido*", sent. del 2/11/2011; L. 114.142, "*Ripodas, Jesica Vanesa c/ Turcuman, Emilio Floro s/ Despido*", sent. del 22/10/2014; L. 117.458, "*Vidal, María Gabriela c/ El Día S.A.C.I.F. Despido*", sent. del 27/5/2015).

Tal como lo señaló la casación provincial en el precedente "Di Dío", citado –a partir de un valioso voto de la Jueza Hilda Kogan- el art. 2 de la ley 25.323 contempla un agravamiento de las indemnizaciones por despido injustificado generado por la dilación en el pago de éstas. Es decir que la sanción se vincula con la conducta morosa del principal que, fehacientemente intimado, no abona en término dichos conceptos, obligando al trabajador a iniciar acciones judiciales o instancias previas obligatorias para percibir las, con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo.

Sobre esa base, señaló la Corte que el hecho de que un estatuto profesional no haya sido referenciado expresamente en el texto del art. 2 de la ley 25.323 no constituye obstáculo para que, cumplidos los presupuestos fácticos establecidos por el dispositivo, éste se aplique a la relación laboral normada por la ley especial.

Ello, pues para la interpretación de la ley no se puede prescindir de la finalidad perseguida por la norma de que se trate (con cita de las causas L. 93.221, "Avila", sent. del 2-XII-2009; L. 33.233, "Ozan", sent. del 1-VI-1984).

Destacó, asimismo, que en los fundamentos del respectivo proyecto que culminó con la sanción de la ley 25.323, se manifestó que la norma en cuestión "*sanciona al empleador reticente en el cumplimiento de sus obligaciones cuando despide al trabajador o lo coloca en esa situación*" y continuó diciendo que "*a través de ella se intenta evitar la presión que se ejerce sobre el trabajador con la amenaza de que para cobrar indemnizaciones tenga que iniciar engorrosas y prolongadas acciones judiciales*". Como asimismo, que "*el agravamiento indemnizatorio tendrá un efecto disuasivo en la utilización de esas conductas antisociales y, en el caso de no lograrlo, resarcirán al trabajador del esfuerzo que le va a significar acceder al merecido crédito que le confiere la ley*", y que "*es nuestro propósito a través de este proyecto de ley, lograr la efectiva protección contra el despido arbitrario consagrada en la Constitución Nacional*".

Sobre esa base –dijo el Alto Tribunal- si bien es cierto que el art. 2 de la ley 25.323 se limita a mencionar expresamente las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y 6 y 7 de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen, no lo es menos que la voluntad del legislador, expuesta con claridad meridiana en las motivaciones que le dieron origen, fue sancionar la mora en que incurriera el principal en cancelar las indemnizaciones por despido sin causa.

Luego -concluyó- frente a tal reprochable conducta, el efecto legalmente previsto (agravación indemnizatoria) "*debe alcanzar tanto a los trabajadores a quienes se les aplica el régimen general, como a aquellos otros cuyos vínculos caen bajo la órbita de actuación de una legislación especial contenedora de una reparación específica en materia de despido*", toda vez que "*la exclusión de un determinado conjunto de trabajadores importaría la consagración de una abierta e irritante desigualdad, contrapuesta con derechos y garantías constitucionales, en detrimento de la efectiva protección que inspiró su génesis*".

Para finalmente señalar que “no hay razón atendible para sustraer de su ámbito personal de aplicación a aquellos sectores de trabajadores cuyos vínculos estén regidos por un marco normativo especial (...) desde que ello -insisto- importaría colocarlos en una situación peyorativa frente a la de otros dependientes a los cuales no les resultara aplicable dicho estatuto **u otro -añado- que contenga una regulación propia de las consecuencias indemnizatorias del despido sin causa**” (SCBA, causa L. 102.600, “Di Dío”, citada, ap. III.5.d. del voto de la Jueza Kogan, al que adhirieron los Jueces de Lázari, Pettigiani e Hitters; el destacado no es del original).

En suma -tal como se dijo en el fallo citado- corresponde declarar aplicable la sanción prevista en el art. 2 de la ley 25.323 al ámbito de los estatutos especiales que contienen un régimen diferencial de extinción del contrato de trabajo, hermenéutica que se adecua a la ratio legis, en armonía con el principio protectorio que infunde su espíritu a la legislación laboral, siendo compatible con la garantía constitucional de igualdad (arts. 14 bis y 16, Constitución Nacional).

c. Por lo expuesto, considero que resulta procedente la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323, cuyo importe, representativo del 50% de las indemnizaciones por despido, por falta de preaviso e integrativa del mes de despido, asciende a la suma de **\$29.541,79** [45.933,33 + 11.483,32 + 1.666,93= 59083,58 x 50%].

3. En lo que respecta a la indemnización por daño moral derivado del carácter discriminatorio del despido (fs. 42), concuerdo con el juez preopinante en que debe ser desestimada.

Ello, porque si bien se probó que el actor padeció un accidente de trabajo (así lo admitió la patronal en la misiva de fs. 22, y surge de la documental de fs. 24/32), no es menos cierto que ello ocurrió en el año 2008 (existiendo constancias de atención médica hasta el año 2010), sin que se haya acreditado conexión temporal o causal alguna con el despido dispuesto el día 22/7/2013 (fs. 19), lo que impide considerar probados siquiera indicios que permitieran eventualmente presumir la discriminación que se invoca.

4. A tenor de lo señalado, adicionando al importe de condena determinado en el voto inicial (\$114.718) los rubros cuya procedencia considero viable (indemnización por despido injustificado: \$45.933,33 + indemnización sustitutiva de preaviso: \$11.483,32 + integración del mes de despido: \$1.666,93 + indemnización del art. 2 de la ley 25.323: \$29.541,7= \$88.625,37), y restándole a esta última cifra el importe en concepto de fondo de desempleo (\$45.014,67), la demanda debe prosperar por la suma de **\$158.328,70** (114.718 + 88.625,37 - 45.014,67), a la que corresponde añadirle (con arreglo a la doctrina legal establecida por la Suprema Corte en la causa L.118.587, “Trofe, Evangelina Beatriz c/ Fisco de la Provincia de Bs. As. s/ Enfermedad profesional”, sent. del 15/6/2016) los intereses calculados con arreglo a la tasa determinada en el voto inaugural.

II. En virtud de lo expuesto, si mi voto es compartido corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 15 de la “ley” 22.250 y hacer lugar parcialmente a la demanda deducida por Lucas Arnaldo López contra “Solcan S.R.L.”, condenando a ésta a pagarle a aquél, en el plazo de diez días de notificada la sentencia, la suma de **\$158.328,70 (pesos ciento cincuenta y ocho mil trescientos veintiocho con setenta centavos)** en concepto de indemnizaciones por despido injustificado, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido, así como las previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y 53 ter de la ley 11.653, con más la suma de **\$145.454,23 (pesos ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y cuatro con veintitrés centavos)** por intereses

moratorios calculados con arreglo a la tasa pasiva digital que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones de plazo fijo a treinta días (arts. 1, 14 bis, 31, 36 y 75.22, C.N.; art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 80, 231, 232, 233, 245 y 277, L.C.T.; arts. 1 y 2, ley 25.323; arts. 39, 44 y 53 ter, ley 11.653).

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

El Doctor NUÑEZ, compartiendo fundamentos, adhiere al voto del Doctor ORSINI.