

La resiliencia de la norma social

(a propósito de las derogaciones de la ley 27.742)

Nicolás Menestrina y Eduardo E. Curutchet¹

Resumen: los autores plantean la posibilidad de la aplicación ultra activa de la norma de derecho social derogada a instancias del control difuso de constitucionalidad, como medida necesaria para mantener el piso de derechos alcanzados por la norma derogada y garantizar así la supremacía constitucional de los mandatos protectorios y de progresividad.

I. Presentación del tema

La ley 27.742, conocida también como de «*de Bases y Puntos de Partida para la libertad de los Argentinos*»², derogó el sistema de indemnizaciones y agravamientos indemnizatorios previstos por los artículos 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013, artículo 9 de la ley 25.013, artículo 45 de la ley 25.345, artículo 15 de la ley 26.727 y artículo 50 de la ley 26.844 e hizo lo propio con la sanción conminatoria prevista por el artículo 43 de la ley 25.345, al tiempo que abrogó la ley 25.323.

Se trata de medidas legislativas que ya habían sido adoptadas por el DNU 70/2023, de efímera vigencia efectiva en la materia, en virtud de la temprana suspensión de sus efectos por vía cautelar primero y por resolución de fondo posteriormente, hallándose en la actualidad el caso a estudio de la Corte Suprema de Justicia³.

¹ Estamos particularmente agradecidos al Dr., Miguel Benedetti y Dr. Diego Barreiro por aportarnos material de doctrina muy valioso para la elaboración de este artículo. Valoramos y agradecemos también los intercambios de opiniones que con motivo de las ideas que aquí se exponen hemos tenido con los Dres. Cesar Arese, Pablo Topet, Gastón Valente y Ricardo Cornaglia.

² La práctica de bautizar a la ley con un breve título había tenido hasta el momento y con excepción del empleo de algún adjetivo puntual, un tinte descriptivo de su contenido. Habrá que revisar la utilidad de hacerlo cuando el título empleado abandona esa finalidad y asume un propósito diferente.

³ La causa “*CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL S/ ACCIÓN DE AMPARO*” (Exp. 56862/2023), tuvo un vertiginoso trámite durante la feria de verano de 2024, que llevó a que se dictara una primera resolución cautelar por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -Sala de feria-, frente a la denegatoria en primera instancia, con fecha 3 de enero de 2024. Luego, el Juzgado de Feria, dictó sentencia definitiva el 24 de enero de 2024, en la que acogió parcialmente la acción de amparo, aunque limitándola a aquellos capítulos que afectaban en forma directa a las entidades sindicales (73, 79, 86, 87, 88 y 97 del DNU 70/2024). Esa decisión fue modificada poco menos de una semana después, el 30 de enero de 2024, por la Sala de Feria, que con carácter de sentencia definitiva, en la que declaró la invalidez constitucional del Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2024, por ser contrario al art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional y dejó sin efecto la “aclaración” formulada en el apartado 2 de la parte resolutive del fallo de primera instancia, que se refería a la validez del DNU para el caso que la Comisión Bicameral lo ratificara.

Nos proponemos en esta oportunidad examinar los efectos de la derogación de una regla de derecho por otra que es declarada inconstitucional -por resultar lesiva de los principios protectorios y de progresividad-, a través de la «teoría de la reviviscencia» de la regla derogada o abrogada⁴, que conduce a su aplicación en el caso concreto, como modo de mantener los estándares de protección alcanzados por el derecho social. En el caso de las derogaciones de la ley 27742 a las que nos estamos refiriendo, esta técnica de control de constitucionalidad tiene el efecto de tornar aplicables las indemnizaciones tarifadas derogadas a los supuestos de hecho que ellas contemplaban. Ello, sin perjuicio de la restante vía de reclamación, que tiene fuente directa en el derecho de daños laborales, para cuyo desarrollo remitimos al material específico⁵.

El tema pone en centro de nuestro análisis los principios protectorios y de progresividad, con su correlativa prohibición de regresividad y los efectos concretos que de ellos se derivan en el momento de efectuar el test de validez sustancial en nuestro sistema judicial-difuso de control de constitucionalidad

II. Control de constitucionalidad por violación del principio de progresividad y prohibición de regresión

2.1 Contenido normativo del principio de progresividad (faz positiva y faz negativa)

El principio de progresividad, tal como ha sido concebido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entraña una directiva dirigida a los poderes públicos del Estado, sobre el modo en que se debe alcanzar la plena efectividad de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales: la actividad del Estado debe procurar que los mismos se realicen gradual y sucesivamente, comprometiendo para ello los recursos necesarios. Este es su contenido positivo. Tiene a su vez un contenido normativo negativo y operativo inmediato: el Estado se debe abstener de retroceder en la situación de protección que ha alcanzado un determinado derecho social en su jurisdicción. Sostiene Gialdino que este efecto negativo se vincula con la obligación de «respetar» dado que si el Estado ha contraído la obligación de conducirse en un determinado sentido, con mayor razón aún está compelido a no hacerlo en sentido opuesto⁶. Este principio aparece consagrado en el sistema

⁴ Más adelante en este trabajo nos ocupamos de disentir con el término «reviviscencia». Aclaremos desde ahora al lector que en rigor nosotros nos referiremos al efecto jurídico del escrutinio de constitucionalidad como de «perduración de los efectos tuitivos de la norma derogada por regresión». Cuando utilicemos el vocablo «reviviscencia», lo hacemos en este preciso sentido. Nosotros preferimos sostener, aunque con el mismo alcance a fin de cuentas, que aquella doctrina de la reviviscencia, que se trata de un efecto de «supervivencia ultra activa» de las conquistas sociales alcanzadas por el mandato constitucional de no regresividad en la formulación Estatal de normas sociales protectorias, que no pueden ser derogadas si no son sustituidas simultáneamente por otras que garanticen idéntico o mayor nivel de protección del derecho en cuestión.

⁵ Juan J. Formaro, Reparación plena de los daños antes tarifados por las leyes 24.013 y 25.323, disponible en Rubinzal Culzoni, RC D 451/2024; Eduardo Curutchet, El derecho de daños laborales frente a la Ley de Bases, disponible en Microjuris MJ-DOC-17849-AR.

⁶ Gialdino, Rolando E. *“El derecho internacional de los derechos humanos. Principios, fuentes, interpretación y obligaciones”*, año 2013, p. 105, Ed. Abeledo Perrot. Existe entonces un principio de prohibición de retroceso en materia de derecho social conforme el cual consagrada legalmente una cierta prestación o tutela, el legislador no puede volver sobre sus pasos sin manejar otras alternativas o compensaciones (aut. y ob. cit., citando a JJ Gómez Canotilho, p. 110).

interamericano de Derechos Humanos, en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica⁷, en el artículo 1° del protocolo de San Salvador⁸ y en el sistema universal de protección de Derechos Humanos, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹

Entraña también una directiva constitucional expresa dirigida al Congreso de la Nación en el artículo 75, inciso 23, al disponer que corresponde al Congreso «*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos(...)*».

En la Provincia de Buenos Aires el principio fue expresamente consagrado en la Constitución Provincial en su art. 39.3¹⁰.

En el derecho del trabajo este principio impide que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias del trabajador alcanzados en un determinado ordenamiento jurídico «*y se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa*»¹¹.

2.2 Pautas hermenéuticas para determinar la regresión normativa

Una norma jurídica es regresiva cuando el nivel o grado de reconocimiento, protección y garantías de tutela efectiva que ha alcanzado el derecho en cuestión, en un momento dado, queda reducido, restringido, retaceado o denegado con el nuevo escenario normativo.

⁷ También llamada Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en Costa Rica el 22-11-1969. Aprobada por Argentina mediante ley 23.054, e incorporada al bloque de constitucionalidad por conducto del art. 75 inc. 22 de la CN desde la reforma del año 1994. El precepto dice: «*Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*».

⁸ «*(...) adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*»

⁹ Firmado en Nueva York el 19-12-1966, aprobado por Argentina mediante ley 23.313 e incorporado al bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22, párr.2° CN) desde la reforma del año 1994. El artículo 2.1 dice «*Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y 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*».

¹⁰ El art. 39. 3 dispone «*En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador*».

¹¹ Cornaglia, Ricardo. "El ataque al principio de progresividad." Errepar DLE., T. VIII, p. 178; y especialmente: Cornaglia, Ricardo, "Reforma Laboral. Análisis Crítico...", ed. La Ley, Bs As, 2001, en donde dicho jurista desarrolla plenamente los alcances del principio de progresividad.

Esta situación de regresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales no solo resulta *justiciable*¹², sino que en ese proceso de control judicial la medida regresiva estará sometida a un test estricto de constitucionalidad, tal como se verá.

Existen amplios catálogos descriptivos de situaciones que pueden considerarse regresivas, sobre todo cuando remiten a una confrontación entre unas nuevas reglas de derecho con otras anteriores que fueron sustituidas. En ese sentido, dice Courtis «*para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior*»¹³.

La forma de comparación de las unidades legislativas -la derogada y aquella que la deroga-, determina la conveniencia -tal como lo señalan Abramovich y Courtis- recurrir al método del conglobamiento por instituciones, sobradamente conocido como técnica de comparación por el iuslaboralismo, en virtud de lo que establecen los artículos 9 de la LCT y 6 de la ley 14.250¹⁴.

Si bien este método resulta adecuado para el cotejo de niveles de beneficios entre dos cuerpos normativos que lleven diferentes grados de tuición, pareciera existir un amplio consenso acerca de que el caso más paradigmático de regresividad está dado por la derogación de una norma jurídica que consagraba un determinado derecho o tutela de un derecho social, que no es sustituida por ninguna otra que la reemplace.

En ese sentido se suele citar las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵, que en su apartado 14 “a” reconoce como regresiva : «*la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza*».

2.3 Control de constitucionalidad y justificación posible de la medida regresiva

Para que una norma jurídica pueda ser considerada constitucionalmente válida debe no solo respetar los procedimientos formales para su sanción, sino también los mandatos de producción referidos a su contenido sustancial. Ratificando esta idea, Luigi Ferrajoli denominaba críticamente como concepción «paleopositivista» de la validez de las leyes a aquella que identificaba validez con existencia porque la asociaba a sus condiciones formales de creación, ignorando las normas sustanciales de producción que emergen de la Constitución Nacional¹⁶.

Por lo tanto, si la norma jurídica no respeta los mandatos constitucionales en cuanto a su contenido esencial, puede por esa sola razón ser declarada su inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, no puede la norma social válidamente desconocer el sentido protectorio que la debe guiar por mandato del art 14 bis C.N.

¹² Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. [Serie C No. 198](#), párr. 102.

¹³ Christian Courtis (compilador) “*Ni Un Paso Atrás*”, 1ra. ed., 2006, CABA, p. 4, Editores del Puerto.

¹⁴ Aut. cit., “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, 1ra. ed., 2da. reimp. Madrid, 2014, p. 102-105, ed. Trotta.

¹⁵ Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, “*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*”. ed., Trotta, quinta edición, 2006, p. 21.

ni tampoco la prohibición de regresividad a la que nos hemos referido antes (art 75 incs. 22 y 23 C.N.)

Nos referimos a mandatos y a principios fundamentales con igual alcance, pues como lo ha afirmado Robert Alexy, «*Los principios son mandatos de optimización*». Es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las «*posibilidades jurídicas y fácticas*»¹⁷.

Agrega el autor que el carácter de principio «*significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir. es deducible de él*»¹⁸.

En otras palabras, el test de constitucionalidad en relación a la posible violación de uno de estos principios debe ser particularmente estricto, y exige ponderar no sólo la debida adecuación (idoneidad de los medios para alcanzar los fines), sino también su necesidad (que entre todos los medios posibles se hubiera escogido el que resulte mejor perjudicial a los derechos en juego) y la proporcionalidad o razonabilidad en sentido estricto (que el medio logre efectivamente promover el fin buscado).

Incluso ante la constatación inicial acerca de la confrontación entre la norma y estos principios se debe presumir la invalidez de la norma.

En ese sentido el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General 18 relativo al derecho al trabajo sostuvo que «... 21. *Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes*».

Al respecto y con referencia a una observación general anterior con el mismo alcance, decían Abramovich y Curtis que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha fijado los términos del posible marco argumental del Estado, cuando pretende justificar la validez de una norma regresiva:

«(...) *por un lado, la medida regresiva solo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquella [...]. Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone (...)*»¹⁹.

Concluyen los autores citados sosteniendo que:

«(...) *la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados:*

¹⁷ Robert Alexy «*Teoría de los Derechos Fundamentales*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 86, p. 111-112.

¹⁸ *ibidem*, p. 112.

¹⁹ Abramovich, Víctor -Curtis, Christian. «*Los Derechos sociales como derechos exigibles*», Madrid, Trotta, 2002, pág. 109 a 111.

conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justiciabilidad.”²⁰

De modo que, siguiendo a los mencionados autores:

«(...) el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar prima facie que dicha norma es regresiva...” agregando que “lo será, en principio, partiendo de la definición del art. 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma»²¹.

El órgano jurisdiccional que ha trabajado más intensa, fundada y productivamente este asunto fue sin dudas la Corte Constitucional de Colombia quien llegara a afirmar que:

«(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto (...)»²².

Es decir que, incluso desde un punto de vista procesal constitucional, la sola constatación del carácter regresivo de una norma social, hace presumir su inconstitucionalidad. Y es el Estado -o quien defienda la constitucionalidad de la norma- quien debe esforzarse, si quiere sostener su validez constitucional, por justificar la medida de acuerdo al estándar estricto referido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo al respecto que la implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales «(...) podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos»²³.

Este criterio fue recogido por la CSJN en el caso “ATE” al sostener que «el principio de progresividad (...) impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivas en materia de derechos humanos... requieran la consideración “más cuidadosa”, y deban “justificarse plenamente”, v.gr., con referencia a la “totalidad de los derechos previstos” en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del “máximo de los recursos de que el Estado disponga (...) En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC»²⁴

Este control estricto de constitucionalidad de toda norma regresiva en materia de derechos sociales no solo implica entonces una presunción contraria a su validez, sino que para revertir esa presunción se debe presentar una cuidadosa justificación de *fin*es y *medios* que la norma regresiva ha tenido en vista. En cuanto a los fines, no pueden ser de cualquier tipo, sino que deben estar orientados a

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem, pág. 112.

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/02, del 20-8-2002, párrafo VI, “Consideraciones y fundamentos” punto 13.

²³ Causa “Acevedo Buendía”, cit., párr. 102.

²⁴ Fallos, 336:672, del 18 de junio de 2013.

«promover el bienestar general en una sociedad democrática»²⁵ y en particular en nuestro sistema constitucional, deben estar enfocados a satisfacer los mandatos que emergen del art 14 bis de la Constitución Nacional, es decir, debe perseguir una finalidad protectoria del trabajo, propender al establecimiento de condiciones justas y equitativas de labor, a reducir la jornada de labor, a sostener la estabilidad y la protección contra el despido arbitrario, a garantizar el derecho de huelga, etc.

En cuanto los medios que se utilicen para alcanzar ese fin, deben ser sometidos a un test de proporcionalidad, en el sentido de verificar que realmente las medidas adoptadas son eficaces en términos abstractos para alcanzar esos fines. No basta una relación de mera adecuación o de simple razonabilidad entre medio y fin. Además se exige, para valorar esta razonabilidad intensa, que la medida adoptada sea, entre otras que pudieran implementarse, la que menor retroceso producirá al derecho en cuestión.

Si falla cualquiera de esas dos líneas argumentales, la presunción de inconstitucionalidad se impone, lo que determina la declaración de regresión y la consecuente inconstitucionalidad e inconvencionalidad del precepto sujeto a escrutinio.

El sistema de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales estructurado a partir del principio de progresividad, funciona entonces con dos mecanismos o «válvulas» que lo equilibran y le hacen avanzar. En primer lugar como dice con elocuencia Ricardo Cornaglia, este principio funciona como válvula de retención dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados e impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos superados.²⁶ Nosotros consideramos que, además de esa válvula antirretorno, que permite el flujo de ingreso, pero bloquea el de salida, se debe reconocer la existencia de una válvula de liberación o escape, que opera bajo el sistema que estamos explicando, de presunción de invalidez y solo permite ese regreso o salida del sistema si se satisface el escrutinio estricto que hemos descrito.

2.4. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad por violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad: aplicación de la norma anterior

Tal como lo afirma Ricardo Cornaglia, «Es evidente que el progreso es instrumento de realización de los derechos humanos y que la orientación que en tal sentido debe guardar el orden jurídico en general, crea una obligación. La dificultad actual está en la distinguir naturaleza de la obligación, sus destinatarios, su objeto y el tipo de sanciones que reconoce»²⁷.

Prohijando sus enseñanzas, estamos en condiciones de avanzar con el núcleo de nuestro aporte, es decir, el examen de los efectos jurídicos que provoca la

²⁵ Ello se desprende del art 4 del PIDESC al establecer que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática»

²⁶ CORNAGLIA, Ricardo, "El principio de progresividad y su conceptualización en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema" Publicado en Doctrina Laboral. Errepar. No. 234, febrero del 2005, p. 107 y ss.

²⁷ Véase "El principio de progresividad", publicado en el Tomo de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Abogados: "Hacia nuevas formas de defensa de los trabajadores", celebrado en el Salón Germán Abdala, Buenos Aires, los días 10 y 11 de octubre de 1997, pág. 11, disponible para su consulta en el sitio web <https://www.rjcornaglia.com.ar/>.

declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso, por afectación del principio de progresividad -por regresión normativa-, principio que como hemos visto, tiene para nosotros un sentido hermenéutico fuerte.

Como primera medida, es necesario recordar una vez más que nuestro análisis estriba en nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad, de carácter difuso, contencioso y oficioso²⁸. Con esto queremos significar que las ideas que anotamos funcionan en el ámbito de un conflicto jurídico específico que deba ser resuelto en los tribunales y no constituye en modo alguno un alzamiento respecto de nuestro sistema republicano de pesos y contrapesos.

Es bueno aclarar este punto, que ya había preocupado a Hans Kelsen al comparar los efectos de la decisión de un Tribunal Constitucional como el existente en Austria en relación a las consecuencias de la decisión en el ámbito de la constitución norteamericana, que guarda algunas semejanzas con la nuestra en este punto. Afirmaba Kelsen que en el caso del sistema constitucional austríaco, la decisión del Tribunal Constitucional importa un acto de legislación positiva, en tanto que en el caso de la práctica norteamericana, esa decisión está limitada al caso en particular²⁹. Al igual que el filósofo vienés, resulta para nosotros del mayor interés dejar debidamente aclarado el asunto, puesto que en otro caso el razonamiento que estimamos correcto entra en interferencia conflictiva con principios eminentes de nuestro derecho constitucional, tales como el sistema republicano de gobierno, que se construye a partir de unos equilibrios competenciales delicados.

Aclarado qué nos referimos a los efectos del caso en particular, lo que presupone una pretensión concreta que inexorablemente imponga el escrutinio constitucional, afirmamos que la declaración de inconstitucionalidad por regresión peyorativa acarrea la nulidad absoluta de la norma, que implica la restitución al estado de cosas anterior *ex tunc*. Esta es la única interpretación consistente del sistema de control de constitucionalidad con el principio de progresividad, puesto que en cualquier otra alternativa hermenéutica, este principio quedaría de inmediato vaciado de un contenido jurídico exigible, lo que implicaría *per se* la negación de su condición axiológica como mandato de optimización.

En definitiva, la interpretación antes postulada es la que mejor comulga y resulta compatible con una interpretación conforme del texto constitucional en su actual dimensión y de cara a un caso concreto³⁰.

En este punto, el propio Kelsen había afirmado en su estudio constitucional comparativo, antes citado, que «*En los casos donde una ley que ha sido anulada por ser inconstitucional, ha reemplazado a una ley anterior o a una norma del common*

²⁸ Sobre este punto, véase Barreiro, Diego, "Control de constitucionalidad de oficio y congruencia", en Formaro, Juan J., "*Jurisprudencia laboral*", N° 5, 2017, p. 61, ed. Hammurabi.

²⁹ Hans Kelsen, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana", pub. en *Dereito*, 1995 vol. IV. N° 1, p. 213-231, disponible para su consulta en el sitio web de la Universidad de Santiago de Compostela, en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/2226/pg_215-236_dereito4-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

³⁰ Definido como «(...) *la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección*» (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9(2), 531-622. Recuperado en 09 de julio de 2024, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=es).

law que regulan el mismo asunto, es mejor dejar que la primera ley o la previa norma del common law anteriormente válidas, sean restauradas antes de tener un status legal que deja al asunto libre de toda regulación»³¹.

Así, consideramos que cuando se ha declarado judicialmente que una norma es inconstitucional por implicar un retroceso vedado en el nivel de protección alcanzado por un determinado derecho social, la judicatura debe mantener el estándar de protección imperante hasta el momento, que constituye un piso de marcha impenetrable, a excepción de que se tenga por satisfecha la exigencia del escrutinio estricto de control de constitucionalidad que hemos referido.

Al respecto sostiene Courtis que *«desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces»³².*

Lo que estamos sosteniendo podría homologarse con el supuesto de «reviviscencia de la norma abrogada», lo que por cierto ha sido un recurso frecuentemente utilizado por la CSJN, al que nosotros hemos preferido denominar como de *«resiliencia de la norma de derecho social»*.

Cristian Abritta realizó un minucioso estudio de las variopintas circunstancias en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ensanchado sus atribuciones constitucionales y entre ellas, encontramos una práctica constitucional compatible con la reviviscencia, que se ha reiterado en numerosas oportunidades y que da pábulo a nuestra lectura favorable a la conservación del nivel de beneficios recortado por la norma regresiva³³. Abritta cita los casos “Colella”³⁴, “Famyl”³⁵ y “Martinez”³⁶, en los que aparece nítida la reviviscencia judicial, lo que permite abrir paso a la interpretación antes señalada.

Es necesario destacar que en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad por regresión normativa, la reviviscencia o la aplicación ultra activa de la norma de derecho social derogada, constituye el nervio central del principio en el que se apoya la declaración de inconstitucionalidad, por lo que lejos de ser un efecto anómalo del control de constitucionalidad, constituye el ámbito exacto e inherente de actuación del principio de progresividad.

Pues bien, el resultado hermenéutico arroja que la declaración de inconstitucionalidad por regresión implica para el caso concreto, la ultraactividad del nivel de beneficios de la norma derogada. A este efecto se lo denomina, pensamos que impropriamente, *«reviviscencia judicial»*. Expresa el distinguido y recientemente

³¹ Aut y ob. cit., p. 230. Es importante aclarar que preocupaba a Kelsen desde el punto de vista estructural, la diferencia entre la «anulación» y la «nulidad ab initio» como efectos de la descalificación constitucional. Nosotros adscribimos a la noción de la nulidad ab initio.

³² Christian Courtis, *Ni un paso atrás*, ob. cit., p. 17.

³³ Aut. cit., *“La (última) anomalía que (vanamente) se pregona sobre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, en *“Suplemento Constitucional N° 2”*, dirigido por María Angélica Gelli, 2022, ed. La Ley.

³⁴ Fallos, 268:352, del 9 de agosto de 1967, en donde declaró la invalidez de la ley 16.881 por ausencia de promulgación, lo que significó la reviviscencia de la ley 11.729.

³⁵ Fallos, 323:2256, del 29 de agosto de 2000, en donde declaró inválida la promulgación de una norma inescindiblemente ligada a otra observada por el PEN.

³⁶ Fallos, 312:826, del 6 de junio de 1989. Al declarar inválido el agravamiento del monto de una pena, recobró efectos la ley anterior.

fallecido constitucionalista, Sagües, con su habitual claridad docente, que cuando un tribunal reputa inconstitucional una norma, caben al menos cuatro alternativas básicas, según esa declaración lleve efectos generales o entre partes, en función del sistema jurídico. Por las razones que ya hemos apuntado, sólo nos interesan las consecuencias atingentes a nuestro propio modelo constitucional, que se resumen así: a. La inaplicación al caso concreto, sin evaluación de los efectos; b. Midiendo las consecuencias de la decisión, inaplicarla, pero agregar la realización de una exhortación al Congreso de la Nación, para que dicte una norma compatible con la Constitución; c. Descalificar la norma por inconstitucional, con aplazamiento de los efectos de la resolución, en casos extremos; d. En la variable más audaz, declarar la inconstitucionalidad y restablecer el texto abolido, esto es, la reviviscencia judicial.³⁷

Esta última alternativa es la que tuvo lugar en la resonada causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”³⁸, que fue objeto de numerosas críticas, por cuanto el debate encerraba el escrutinio constitucional de una norma que había regido durante más de quince años, respecto de la composición de una institución constitucional como lo es el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Sin abrir juicio de valor positivo sobre esa aplicación puntual de la reviviscencia judicial -que desarrollada por la Corte Federal como última palabra de cierre, podría asimilarse a la actividad de legislar-, consideramos que ese fallo deja dos enseñanzas específicas, como lo son que la reviviscencia judicial no está reñida con nuestro diseño constitucional y que si la Corte Suprema, en las condiciones en que lo hizo, echó mano a esa herramienta de solución, tanto más válido supone su recurso para la resolución de los conflictos individuales. Ninguna diferencia de tratamiento debería existir para determinar la aplicación ultra activa de la norma de derecho social derogada, cuando media una demostrada hipótesis de regresión.

2.5 ¿Es correcto tratar este supuesto como un caso de Reviviscencia Judicial?

La doctrina que se ha enfocado en los efectos de la «doble derogación», es decir de la situación que se da cuando una norma (c) deroga a otra norma (b) que a su vez había derogado a una norma anterior (a), explican este efecto como un supuesto de reviviscencia normativa (de la norma “a”)³⁹.

La reviviscencia judicial, por analogía, sería la que ocurre no ya cuando una norma deroga a otra, sino cuando es declarada inconstitucional una norma

³⁷ Nosotros nos permitimos agregar una quinta alternativa a las expuestas por el constitucionalista rosarino, que es aquella que la CSJN desarrolló en el caso “Vizzoti” (Fallos 327:3677, del 14 de septiembre de 2004). En este caso, lejos de limitarse a declarar la invalidez constitucional, erigió un estándar de tolerancia constitucional por remisión a los principios que gobiernan los límites de la presión tributaria. Así, la solución pretoriana (que paradójicamente rige hasta hoy por cuanto fue positivizada mediante el DNU 70/2023, regla formal ¡declarada inconstitucional por transgredir el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional!), implica en la práctica la alteración de la regla del Congreso, lo que se parece bastante a legislar en forma positiva.

³⁸ Fallos, 344:3636, del 16 de diciembre de 2021.

³⁹ No siempre se reconoce ese efecto, pues si la ley que deroga la derogante anterior trae una regulación distinta del asunto, se aplica esta. Díez Picazo sostenía: «*hay que asumir que, cuando la disposición derogatoria está recogida en una ley con regulación sustantiva, existe una norma implícita en la ley nueva que excluye la reviviscencia... La pura derogación de la derogación no puede sino implicar la cesación del efecto derogatorio.... En suma, ... la derogación de la derogación no puede sino equivaler a una nueva aprobación tácita de una ley que había sido derogada*» DIEZ PICAZO, Luis María, “La Derogación de las Leyes”, editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 243, 246, 248.

derogante de otra, lo que hace regir en forma ultraactiva a la norma anterior derogada⁴⁰.

Explicaba Sagües que «a favor de la tesis de la reviviscencia judicial obra el argumento de que si una ley inconstitucional resulta jurídicamente nula (decisión aplicable ya para todos, ya solamente para las partes de un proceso, de acuerdo con el sistema operante en cada Estado), dicha norma carece —en su orden— de efectos jurídicos, y mal podría derogar a una norma preexistente (*quod nullum est nullum effectum producit*). A esta última, por ende, se la debería considerar (*erga omnes o inter partes, según el caso*) como no derogada»⁴¹.

A este fenómeno jurídico se lo ha denominado de diversas formas: supervivencia, revivificación, revalidación, restauración, reversibilidad, etc. pero quizás el término que cobró mayor popularidad en la comunidad jurídica es el de «*reviviscencia judicial*», (*reviviscenza* en la doctrina italiana), vocablo que fue acuñado en el ámbito del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad, con eficacia *erga omnes*⁴², pues en tal sistema declarada la inconstitucionalidad de la norma, esta pierde vigencia. Es decir el término fue concebido allí donde el control de constitucionalidad opera en la *dimensión de la vigencia de la ley*⁴³.

En cambio, en el sistema difuso de control de constitucionalidad, como el Argentino, la declaración de invalidez de la norma se limita al “caso” concreto y *opera en la dimensión de la eficacia* de la norma, es decir, en el ámbito de su aplicabilidad, al supuesto que es sometido a control de constitucionalidad.

Por lo expuesto consideramos que no es correcto en nuestro ordenamiento jurídico explicar el efecto de la aplicación de la ley anterior en un caso concreto en

⁴⁰ “La declaración de inconstitucionalidad de la ley derogatoria, de este modo, sería un supuesto de reviviscencia de la ley en sentido propio, ya que aquí la recuperación de la vigencia no procede de un nuevo acto positivo de ejercicio de la potestad legislativa --como ocurre en la derogación de la disposición derogatoria-, sino de la propia ley derogada. Al desaparecer el efecto derogatorio, la ley derogada, por sí sola, recupera la vigencia que aquél había hecho cesar” Diez Picazo, obra citada. p. 251.

⁴¹ Sagües, Néstor P, “ Sobre la reviviscencia judicial de las leyes”, LA LEY 11/05/2022, 1 - LA LEY 2022-C, 248

⁴² Explica Pineda Mazariego que «*Empezó a conceptualizarse el efecto de reviviscencia desde que se creó el primer tribunal constitucional con competencia exclusiva para conocer del control constitucional en el sistema concentrado*”. El autor afirma que “*incluso Kelsen indicaba que podría darse una excepción a la regla y se refiere a «efectos retroactivos limitados» de la anulación de una norma por declaración de inconstitucionalidad general, de la siguiente forma: «Debería, quizá, hacerse la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley –la abrogación de la ley anterior-; es decir, la entrada en vigor de esta última.*». En tal sentido, indicaba Kelsen, el pronunciamiento no debería ser que «se anula la ley» sino que «la ley es inconstitucional», y como su único efecto es derogar otra, entonces debe evitarse su aplicación conllevando a que el tribunal constitucional pueda restablecer la vigencia de la ley derogada. Carlos Humberto Pineda Mazariego, “Análisis del efecto de reviviscencia, sus alcances y límites en el caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas”, Campus central Guatemala de la Asunción, Septiembre de 2017, p. 148.

⁴³ Se comprende entonces por qué en aquellos sistemas concentrados de control de constitucionalidad suele ser muy estricta la aplicación de la doctrina que acepta la reviviscencia judicial. Al respecto decía Diez Picazo «*Existe a este respecto un notable grado de consenso en el sentido de que, en principio, no es posible la reviviscencia de las leyes derogadas, incluso en aquellos ordenamientos en que no hay una norma prohibitiva expresa*» Op. cit., p. 236.

que su abrogación resulte inconstitucional, como un supuesto de reviviscencia normativa, más allá de las críticas que este término ha recibido⁴⁴.

Preferimos explicar este fenómeno como un caso de *aplicación ultraactiva de la ley derogada*, en el sentido que, a instancias del control difuso de constitucionalidad, podría resultar aplicable para regir el caso, a pesar de haber sido derogada por otra norma, cuando esta norma derogatoria resulta a su vez inconstitucional.

La norma no renace, porque no recobra vigencia normativa en términos abstractos y generales, sino que sólo recobra efectividad para ser aplicada en el caso individual y concreto. Son dos planos claramente distintos de actuación. La norma derogada continúa derogada, pero se aplica a la situación jurídica concreta que regulaba la norma derogada en un caso concreto.

Que la magistratura en un caso concreto decrete la inconstitucionalidad de una norma que deroga un beneficio social, no quiere decir que esa norma recobra vigencia erga omnes. Por lo tanto descartamos para nuestra tesis la teoría de la reviviscencia, pues como ha dicho un autor que ha estudiado en profundidad el tema «muerto el cazador, no revive la liebre»⁴⁵.

Siguiendo a Díez Picazo, diremos que desde nuestro punto de vista la norma no recobra vigencia pero sí mantiene su eficacia jurídica para regir el caso concreto. Hablamos de eficacia como sinónimo de aplicación⁴⁶.

Llegados a este punto, queremos destacar, además, que los juristas que hemos citado no centran sus estudios en el derecho social, y por tanto sus conclusiones podrían no coincidir con las que corresponden a esta disciplina, que tiene sus propios principios rectores, así como también los tienen el derecho civil, el comercial, el derecho penal o el derecho administrativo, etc. En efecto, rige en nuestra disciplina el principio de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad y ello resulta sumamente relevante para la solución que proponemos.

Sostenemos entonces que a instancias de esa prohibición de regresividad en el nivel de protección alcanzado de un derecho social, no es posible, al menos en principio, que una norma infra constitucional derogue ese piso de protección o beneficios sin sustituirlo por otro de similar o superior alcance: nuestra tesis en ese sentido es que la amplia potestad legislativa de derogar normas, llamada «*facultas abrogandi*» no opera con absoluta libertad en el campo de los derechos sociales.

No es posible aquí pensar en normas derogatorias que tienen por finalidad simplemente generar un vacío (desregulatorio) que resulte menos protectorio al sujeto social protegido y libere al sujeto social pasivo de esa carga.

Tampoco cabe aquí el argumento contrario según el cual derogada la ley rige el principio de reserva, y por lo tanto el empleador - en nuestro caso- nada adeudaría sin ley que se lo imponga, porque si esa derogación es constitucionalmente inválida sigue rigiendo la solución la prevista en una norma sancionada por el

⁴⁴ La reviviscencia fue acuñada bajo el «mito de la muerte de la ley» «Según una creencia bastante difusa, la derogación sería irreversible porque una ley que ha dejado de existir y, en este sentido, que ha muerto no puede por sí sola resucitar. El carácter cuasi-biológico que subyace a semejante concepción del efecto derogatorio es evidente y resuena en la propia palabra empleada al respecto: *reviviscencia*» (Díez Picazo, cit., p. 236).

⁴⁵ Carlos Humberto Pineda Mazariego, cit., p. 145.

⁴⁶ DIEZ PICAZO, Luis María, *La Derogación de las Leyes*, editorial Civitas, Madrid, 1990, Pag 171

Congreso, por lo que la conducta captada por la norma no ingresa en el principio constitucional de reserva del art 19 C.N.

Es que no se trata que la derogación genere un vacío que hay que llenar, sino que se trata de reconocer la *resiliencia de la norma social* que aún derogada puede continuar proveyendo la solución del caso a instancias del control difuso de constitucionalidad y justamente por el mandato protectorio y de no regresividad.

En efecto estamos convencidos que las normas sociales gozan de cierta *resiliencia*⁴⁷ que les permiten reponerse incluso a su derogación expresa para regir la solución en un caso concreto, previo control de constitucionalidad de la norma derogatoria, al menos mientras no sea sustituida por otra que resulte en su contenido respetuosa del principio constitucional y convencional de progresividad.

Esa vocación para continuar rigiendo el caso es necesaria para garantizar la supremacía constitucional (Art 14 bis art 75 incisos 22 y 23 CN).

Se trata a fin de cuentas de reconocer que en derecho social el margen de libertad de configuración normativa de los poderes públicos se encuentra limitado al menos en un aspecto: no se puede retroceder en el nivel de tutela alcanzado en un momento histórico dado. Las mejoras alcanzadas tienen vocación de permanencia, y sólo pueden ser sustituidas por otras que sean superadoras en términos de protección y efectividad del derecho social en cuestión.

2.6. La aplicación práctica del control de constitucionalidad de normas regresivas del derecho del trabajo por las C.S.J.N.:

En la práctica, sin entrar a teorizar al respecto, la CSJN ha aplicado esta solución (la resiliencia de la norma anterior) en varios casos laborales en los que declaró la inconstitucionalidad de una norma por violar el principio de progresividad y en particular la prohibición de regreso. Así lo hizo por ejemplo en los siguientes supuestos:

1. Caso “**Milone**” (Fallos, 327:4607) donde reconociendo que el pago en forma de renta implicaba un retroceso respecto del régimen jurídico anterior, dispuso que el pago de la indemnización se haga en forma de un único capital, otorgando en la práctica la misma solución que venía impuesta por la anterior ley 9688 (modificada por ley 18913).

2. Caso “**Aquino**” (Fallos, 327:3753) en el que invalidó la prohibición de perseguir una reparación plena con arreglo al derecho común, como había regido prácticamente desde 1915 (ley 9688 a 24028), restableciéndola desde entonces.

3. Caso “**Medina**” (Fallos, 331:250) donde se resolvió que la exclusión de los padres como beneficiarios de las indemnizaciones por fallecimiento de sus hijos en el esquema original de la ley 24557 era inconstitucional por violatoria del principio de progresividad, en relación a la anterior norma (ley 24028), que se remitía a la nómina de beneficiarios del artículo 38 del decreto ley 18037, donde sí estaban comprendidos los progenitores.

4. Caso “**ATE**” (Fallos, 336:672), donde al margen de reconocer la aptitud de la entidad sindical para representar los intereses colectivos aun sin personería

⁴⁷ Según la 2da acepción que reconoce al término la RAE, la resiliencia es la “Capacidad de un material, mecanismo o sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que ha estado sometido.” La solución prevista en la norma derogada recupera su capacidad de regir la solución del caso cuando la norma derogante (perturbadora de su eficacia) cesa en su aplicación por efectos del control de constitucionalidad.

gremial, decidió que la rebaja de sueldos operada por una norma provincial era inconstitucional por violar el principio de progresividad, lo que el definitiva mantuvo aplicable la norma anterior.

5. Causa “**RENATRE**” (Fallos, 338:1347), donde luego de afirmar el carácter constitucional y convencional del principio de progresividad y no regresión, declaró la invalidez de los artículos 106 y 107 de la ley 26.727 y dejó así en pie en los hechos la ley 25.191⁴⁸, que hasta hoy continúa resiliente -por imperio judicial entre febrero de 2016, con efectos *ex tunc* al 27 de diciembre de 2011 y por imperio del artículo 61 de la ley 27.341 a partir del 1 de febrero de 2017. Este caso es sumamente significativo, por cuanto muestra el punto que hemos trazado, en orden a la operatividad de la supervivencia ultractiva y la forma en que ella opera, frente a la afectación del principio de progresividad. En este caso, el mandato que la Corte Suprema emitió al descalificar al fallo emitido originalmente por la Sala VII de la CNAT, fue el de una hipótesis de «reviviscencia», puesto que su propia sentencia no podía ser interpretada en otro sentido -y no lo fue- por la Sala IV de esa misma Cámara a la que le tocó zanjar nuevamente el asunto.

III. CARÁCTER REGRESIVO DE LAS DEROGACIONES DE LA LEY DE BASES

En este apartado vamos a fundamentar por qué estamos convencidos que las derogaciones que estamos tratando constituyen claras regresiones vedadas en materia de derecho del trabajo y que no existe una justificación argumental de fines y medios, según los estándares de control que hemos relatado, que pueda justificarlas:

3.1 La derogación de las indemnizaciones de la ley 24013 por trabajo sin registro⁴⁹. Resulta oportuno recordar que el mensaje de elevación del P.E.N que acompañó al proyecto de ley que se convirtiera en la Ley Nacional de Empleo (L. 24.013) explicaba que las disposiciones de la misma «*se dirigen a concretar los mandatos constitucionales de protección del trabajo y del otorgamiento de los beneficios de la seguridad social (artículo 14 bis Constitución Nacional)*». Claramente se trata de una norma concebida como herramienta de lucha contra la evasión previsional, que tendía a promover el trabajo registrado y decente en las relaciones de empleo.

Se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los agravantes y recargos que implementara la ley 24.013 ante situaciones de trabajo irregularmente registrado.

⁴⁸ Corroborar este aserto la Resolución 68/2017 del RENATRE, que en sus considerandos describe la secuela de éste pronunciamiento, a partir del cual la Sala IV de la CNAT decretó el 22 de febrero de 2016 la inconstitucionalidad de los artículos 106 y 107 de la ley 26.727, lo que implicó el restablecimiento del RENATRE y la reviviscencia de la ley 25.191.

⁴⁹ El art. 99 de la ley 27.742 deroga los arts. 8 a 17 de la ley 24013, es decir, la indemnización en favor del trabajador equivalente al 25 % de las remuneraciones mensuales devengadas sin registro durante toda la relación, (art. 8), o sobre el menor período comprendido hasta que se concretó el registro (art. 9) o sobre la parte de la remuneración no registrada (art 10). Eliminando el procedimiento que regulaba la intimación extrajudicial al registro de la relación, la forma de hacer efectivo ese registro o en su caso el pago de las indemnizaciones pertinentes en favor de la persona trabajadora (arts. 11 a 14, 16 y 17), así como la duplicación de las indemnizaciones por despido en el caso de padecer un despido represalia con posterioridad a la intimación de registro de la relación (art 15). Así como también por medio del mismo art 99 de la ley 27742 se deroga el artículo 50 de la Ley N° 26.844, norma que implementaba idéntica duplicación indemnizatoria en perjuicio de las trabajadoras de Casas Particulares que al momento del despido no estén registradas o lo estén de forma deficiente.

Para nosotros no son meras multas, sino propiamente indemnizaciones tarifadas que operan como pisos reparatorios en favor de la parte trabajadora que ha sido víctima de los daños causados por tal irregularidad⁵⁰. Se trata de un obrar ilícito del empleador, que ciertamente causa daños a los derechos subjetivos e intereses legítimos del trabajador.

La tarifa (calculada con base en el salario y el tiempo de trabajo en los arts. 7, 8 y 9 y sobre las indemnizaciones por despido en el art 15 LNE) dispensa a la persona trabajadora de la prueba concreta de los daños padecidos. Esta es la postura también de la Suprema Corte de la Provincia de Bs As que no solo reiteradamente se refiere a las «*indemnizaciones*» de la ley 24.013, sino que además ha descartado que se deba aplicar un criterio de interpretación restrictivo a su respecto (regla de hermenéutica de aplicación respecto de las multas y otras penalidades)⁵¹. También hay quienes sostienen que se trata de «*daños punitivos*» de carácter disuasorio⁵².

En cualquier caso es claro para nosotros, que su eliminación constituye un retroceso en la protección del derecho de toda persona trabajadora a un empleo decente (con seguridad social, prevención y reparación de riesgos del trabajo), debidamente registrado y a no ser despedido por reclamar justamente que se cumpla esa obligación patronal.

La derogación de una forma de reparación tarifada podría conducir al equívoco de sostener que esa medida no es regresiva porque habilita las reclamaciones plenas con arreglo al principio constitucional del art. 19 C.N. Si bien resulta incuestionable la aplicación del principio constitucional de la reparación en las relaciones de trabajo, ese principio ya regía con anterioridad, porque no existía bajo la ley 24013 un sistema de opción excluyente al respecto. De modo que la percepción de la tarifa operaba como piso indemnizatorio dispensando la prueba de los daños y en ningún momento se ha vedado a quienes han sido sometidos a esas condiciones de trabajo clandestino reclamar por la vía de la reparación integral, todos los daños que invocare y pudiese acreditar. La derogación de los pisos indemnizatorios tarifados constituye de por sí una regresión, por exponer a la persona trabajadora a vías procesales de resultados inciertos en cauces procesales más complejos.

Ante esta derogación, el argumento de la ineficiencia de ese elenco normativo para revertir el flagelo del empleo carente de registración⁵³ es insuficiente

⁵⁰ Hablamos de daños laborales en su sentido técnico jurídico como lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona del trabajador en el marco de una relación de trabajo, su patrimonio, o un derecho laboral de incidencia colectiva (conf., artículo 1737 CCyC).

⁵¹ Ha resuelto la SCBA que la ley 24.013 no puede ser interpretada, «*con criterio restrictivo en beneficio de los evasores, pues ello contraría la finalidad de la ley y el principio sentado en el art. 9 segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo*» (SCBA causa L. 90.485, "Liencura", sent. de 7-VI-2010; . SCBA causa L. 120095 S 18/10/2017 "Simari"; SCBA causa L. 117039 S 13/05/2015 "Dietrich". SCBA causa . 119782 S 07/09/2016 "Galarza") Y que «*Mediante la ley 24.013 se persiguió desalentar eventuales conductas evasivas del empleador, por lo que éste no puede verse premiado mediante la eximición del pago de las indemnizaciones allí previstas a tenor de un rigorismo extremo en la aplicación del texto de la norma*» (SCBA Causa L 116891 S 30/03/2016, "Ortemberg").

⁵² Así lo interpreta la Dra. Graciela A. Vázquez en el plenario de la CNAT N° 323 (del 30-6-2010) al sostener que en a su criterio el art 8 LNE «*constituye en esencia una versión particular del Derecho del Trabajo de lo que en la doctrina civilista se denomina "daño punitivo", traducción literal del inglés "punitive damages"*».

⁵³ No estamos convencidos que pueda hablarse con certeza de un fracaso de esas medidas para combatir el flagelo del trabajo informa, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto regional, Al respecto estima la OIT para América Latina y el Caribe que «La tasa de informalidad promedio en los mercados laborales de la región se situó en un 48 por ciento a mediados del 2023, sin embargo, en algunos

para justificar su derogación, mientras no sea reemplazado por otras normas que procuren el mismo objetivo. Imaginamos una batería de medidas que podrían ser consideradas adecuadas a fin de promover el empleo formal y desalentar las prácticas de trabajo informal, como por ejemplo:

1. Reducción de los costos del trabajo formal para el empleador, sin merma de derechos para el trabajador⁵⁴;
2. Inspección más activa por parte de la autoridad del trabajo;
3. Regular los derechos de las personas que trabajan en nuevas modalidades de empleo, como los trabajadores de plataformas;
4. Tipificar penalmente el delito en que incurre un empleador que se sirve de trabajadores sin darles de alta formalmente;
5. Recrudescer las indemnizaciones legales en favor de los trabajadores que son sometidos a trabajo informal y sobre todo la protección del despido de quien reclama la regularización de la relación;
6. Una política estatal efectiva de transformación de planes sociales en trabajo formal;
7. Una norma que consagre la invalidez sustancial (ineficacia extintiva opcional para el trabajador) del despido sin causa de la persona trabajadora no registrada⁵⁵.

Todas esas medidas -y aun tantas otras más- podrían resultar adecuadas al propósito de luchar contra el flagelo del trabajo informal y ninguna implica «desregular» la situación, sino todo lo contrario.

3.2. La derogación de los recargos indemnizatorios de la ley 25.323 y del artículo 50 de la ley 26.844

Esta norma persigue un doble propósito. En su artículo 1º, el de combatir el trabajo sin registrar o deficientemente registrado, operando con carácter complementario a la ley 24.013, cuando el trabajador es despedido sin haber podido realizar en forma previa el reclamo de regularización del vínculo en el marco del procedimiento extrajudicial contemplado en el art 11 de la ley 24.013 e inclusive en un contexto de mayor amplitud en relación a las tres situaciones que recepta la Ley Nacional de Empleo. En cambio, su artículo 2º tiene por propósito de promover el

países superó el 70 por ciento» (<https://www.ilo.org/es/resource/news/oit-pesar-de-presentar-una-menor-tasa-de-desocupacion-en-2023-recuperacion#:~:text=La%20tasa%20de%20informalidad%20promedio,super%C3%B3%20el%2070%20por%20ciento>). Apunta Gastón Valente, con fuente en investigaciones de ese organismo, que no hay vínculo directo entre legislación laboral protectoria y la tasa de empleo, así como que las reformas laborales desregulatorias aumentan el desempleo a corto plazo si se ejecutan durante períodos de crisis (aut. cit., “Fondo de Cese Laboral y disponibilidad colectiva”, en Dossier de Actualidad Derecho del Trabajo, N° 02 / Julio 2024, Dir. Mario Daniel Stolarczyk y Guillermo Unzaga Domínguez.

⁵⁴ Aunque si no es acompañada por alguna política que tienda a fomentar un cambio cultural que destaque en la sociedad la importancia y el deber de registrar a los trabajadores, es difícil creer que el abaratamiento de las cargas sociales va a provocar de por sí un incremento del registro de las relaciones de empleo, pues si fuera solo una cuestión de costos no se comprende por qué razón en el sector del trabajo de casas particulares, cuyo registro es simple e indiscutiblemente económico, persiste una situación de casi un 80% de trabajo sin registrar.

⁵⁵ Aunque con la derogación del art 15 LNE es posible ahora que la Justicia del Trabajo, a pedido de parte, decida anular el despido del trabajador en represalia a su pedido de regularización, por aplicación directa de normas constitucionales y la doctrina de los órganos de control de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, , como también por aplicación de la ley 23592 que autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio.

pago oportuno de las indemnizaciones por despido sin expresión causa, evitar la judicialización de las mismas y por lo tanto indemnizar mediante una tarifa (equivalente al 50% de las indemnizaciones por despido) el daño moratorio causado por el pago tardío de la indemnización tarifada por despido. Constituye desde nuestro punto de vista, una ratificación del carácter transaccional de la indemnización tarifada por despido, realizando en esa transacción el carácter expedito que debe tener su pago.

La derogación de la ley 25.323 claramente genera un menor estado de protección sobre el derecho a trabajar en condiciones decentes, como también al derecho a percibir dentro de los plazos legales las indemnizaciones tarifadas por despido (arts. 128 y 255 bis LCT).

En el caso de la derogación de la indemnización prevista en el artículo 50 de la ley 26.844, la situación asume aún mayor gravedad, por cuanto afecta en forma abrumadora a trabajadoras mujeres, generalmente pertenecientes a clases estructuralmente pobres y por lo tanto hipervulnerables⁵⁶. Es además violatorio del artículo 6° del C. 189 de la OIT.

3.3 Derogación de los arts. 43 y 45. Ley 25.345 (que implementan las indemnizaciones previstas en los arts. 80 y 132 bis LCT)

La ley 25.345⁵⁷ también fue concebida como como instrumento de «Prevención de la evasión fiscal». En su mensaje de elevación al Congreso el P.E.N. explicaba que se proponía con esta ley combatir los «*altos niveles de evasión previsional y del llamado trabajo en negro*» estimando en ese momento que la evasión previsional era superior al 50%. Como herramientas al servicio de ese propósito se establecía una indemnización en favor del trabajador, cuando siendo debidamente intimado el empleador no entregara el certificado de trabajo o las constancias documentadas del ingreso de los fondos de la seguridad social, equivalente a tres remuneraciones (art 80 LCT). Asimismo se contemplaba una sanción conminatoria mensual (de una suma equivalente a una remuneración mensual) en favor de la persona trabajadora que ha sido víctima de una retención indebida de aportes por parte de su empleador (y debidamente intimado una vez extinta la relación laboral, no ingresara esos fondos (art 132 bis LCT).

La derogación de esas medidas de prevención de la evasión y de fomento del trabajo decente (el registrado, por supuesto) coloca a los trabajadores en un escalón de menor tutela respecto a las posibilidades de satisfacción de sus derechos de la seguridad social (art 14 bis C.N.). Son desde este punto de vista derogaciones claramente regresivas, sobre todo porque no son sustituidas por ninguna otra medida que tienda a alentar el cumplimiento de las cargas patronales para con los organismos de la seguridad social y sindicales, privando además al trabajador de un instrumento idóneo para exigir a título personal que esas cargas sean satisfechas, particularmente en los casos de las personas trabajadoras que se encuentren marginadas del adecuado registro del contrato de trabajo.

IV. Conclusiones

⁵⁶ Si bien la estadística no está actualizada, la contenida en la Encuesta Nacional a Trabajadores sobre Condiciones de Empleo, Trabajo, Salud y Seguridad correspondiente al año 2018, los datos son elocuentes, dado que el 99,3% de las personas que trabajan en el marco de la ley 26.844 son mujeres, el 44,1% a su vez sostén de hogar, el 64,7% no ha alcanzado el secundario completo y un 76,8% se encuentra en condiciones de informalidad registral (el informe está disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_tdcg_-_ecetss_2018.pdf).

⁵⁷ 17 de noviembre de 2000.

Ante los cambios normativos en el derecho del trabajo, el mandato de progresividad nos remite generalmente al debate acerca de la aplicación inmediata de las nuevas normas sociales más benéficas, mientras que la prohibición de regresividad nos remite al debate acerca de la supervivencia o aplicación ultraactiva del estándar de protección anterior, mientras no sea reemplazado por otro de similar o más intensa protección.

Es tiempo de reconocer abiertamente que la prohibición de regresividad significa que la amplia libertad que gozan las oscilantes mayorías parlamentarias para dictar leyes se encuentra sustancialmente condicionada al menos en un aspecto: las nuevas normas no pueden retrogradar el nivel de tutela alcanzado a ese momento por un determinado derecho económico, social o cultural.

Si la nueva norma desconociera esa prohibición limitando o anulando un derecho social -tal como se ha visto- deberá ser sometida a un control estricto de constitucionalidad, en un marco argumental que condiciona la justificación de los fines propuestos, así como los medios implementados por la norma para alcanzarlos. Los primeros deben estar orientados, tal como lo establece el artículo 4° del PIDESC, a *promover el bienestar general de una sociedad democrática* y en particular en un estado social de derecho como el nuestro, a satisfacer los mandatos que el art 14 bis C.N dirige al legislador; y los segundos deben servir para promover en forma efectiva al fin perseguido.

Declarada la inconstitucionalidad de la norma por desconocer el mandato de progresividad y no regresividad, debe aplicarse al caso concreto la solución que contemplaba la norma derogada (en la medida que estén presentes sus presupuestos de aplicación), en mérito a su necesaria supervivencia judicial, mientras no sea reemplazada por otra norma que provea similar o más intensa protección.

Podemos convenir incluso con quienes pudieren disentir con la solución que sostenemos, consistente en la aplicación ultraactiva de la ley anterior derogada por una norma que es a su vez declarada inconstitucional, en que sea aplicado el mismo nivel de protección previsto en la ley anterior, no ya mediante el recurso de aplicación de una ley anterior, sino bajo la discrecionalidad judicial en el caso concreto, a partir de la expresa manda del artículo 165 del CPCCN⁵⁸, que puede recurrir como parámetro razonable de evaluación, a falta de otras pruebas de mayores daños, a una solución idéntica o similar a la indemnización tarifada que rigiera hasta entonces.

Finalmente, pensamos que esta vía de reparación de los daños que contemplaban las normas antes derogadas, mediante su aplicación ultra activa directa o referencial, puede perfectamente ser concatenada -y esto resulta aconsejable en la práctica profesional- en forma acumulativa o subsidiaria con la pretensión reparación plena sustentada en derecho común, desde que no existe una norma expresa que lo prohíba u obligue a optar entre esas vías.

⁵⁸ Esta regla está presente, con leves variantes, en todos los Códigos Provinciales.