40 AÑOS DE LA L.C.T.
EL ART. 17 BIS L.C.T.: UN RETORNO A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO[1]

Viviana Mariel Dobarro[2]

I. INTRODUCCIÓN. II. HACIENDO UN POCO DE HISTORIA. III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. IV. LA FLEXIBILIDAD Y PRECARIZACIÓN LABORAL Y SU COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL TRABAJO. V. EL RETORNO AL PRINCIPIO PROTECTORIO EN LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS. VI. EL ART. 17 BIS Y LAS DESIGUALDADES JURÍDICAMENTE COMPENSADAS. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el marco de los homenajes por los 40 años de la Ley de Contrato de Trabajo, nos parece adecuado analizar una norma que resultaba central en su diseño originario, que fue alcanzada por el desguace que la última dictadura militar produjo en nuestro régimen legal y que, afortunadamente, hemos recuperado en el año 2010 con la reforma introducida por la ley 26.592.

Nos abocaremos al examen del actual art. 17 Bis de la Ley de Contrato de Trabajo, lo que nos llevará a reflexionar acerca del origen y fines perseguidos por nuestra materia, pues se trata de una disposición que -en nuestra opinión- contiene y sintetiza la esencia misma del Derecho del Trabajo.

Como decíamos la última dictadura militar al reformar la Ley de Contrato de Trabajo aniquiló 125 artículos en el afán de ponerle fin a un proceso histórico, social y político de reconocimiento de derechos para los/as trabajadores/as de nuestra Patria. Pero, no obstante esta política clara y sostenida de eliminación de las reivindicaciones obtenidas por la clase trabajadora, lo que no pudieron lograr es borrar de la conciencia jurídica de los/as abogados/as laboralistas, dirigentes sindicales y trabajadores/as de la Argentina el apego a los principios generales del derecho del trabajo y, en particular, a la finalidad primera perseguida por el Derecho del Trabajo. Al punto que, aún derogada la norma específica del régimen legal, una parte importante de la doctrina y jurisprudencia laboralista mantuvo vivo su espíritu. Ello a la postre dio frutos y significó que la norma fuera reestablecida en lo que, en nuestra opinión y si se nos permite adelantar una primera conclusión de este trabajo, significa una recuperación o retorno a

---

[1] Publicado en Derecho del Trabajo Nro. 09, "A 40 años de la Ley de Contrato de Trabajo. El trabajo como valor esencial, originario y fundamento de la sociedad", Ed. Infojus, págs. 103 a 126, Bs. As. 2014.

[2] Abogada U.B.A. Especialista en Derecho Laboral, Facultad de Derecho, U.B.A. Especialista en Administración de Justicia, Facultad de Derecho y FUNDEJUS, U.B.A. Prosecretaria Letrada de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Ex Secretaria del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Nro. 4. Replicadora de los talleres para incorporar la perspectiva de género en la Justicia y de los talleres sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual, entrenada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Sistema de Naciones Unidas en Argentina. Adjunta Regular en la Carrera de Relaciones del Trabajo Facultad de Ciencias Sociales, U.B.A., materias Derecho del Trabajo I y Derecho del Trabajo II. Miembro de la Comisión Organizadora de la Cátedra Abierta de Trabajo Decente de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Docente de la Escuela Judicial de la Nación , Consejo de la Magistratura. Secretaria e integrante del plantel permanente de docentes de la Fundación Altos Estudios Sociales, FAES. Docente en cursos de posgrado y seminarios vinculados con la especialidad en diferentes universidades y entidades. Ponente oficial, expositora y/o coordinadora en Congresos y Jornadas sobre la especialidad. Integrante del comité consultivo de la Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar y colaboradora permanente de la mencionada revista. Autora de numerosas publicaciones referidas a la materia.

la esencia del Derecho del Trabajo, a aquellos objetivos que impulsaron su nacimiento, desarrollo y consolidación y a los rasgos que lo distinguen y diferencian de cualquier otra rama del derecho.

El art. 17 Bis L.C.T., conforme ley 26.592 –que más que incorporar, "recupera" o "reincorpora" al texto legal un postulado esencial como el que hoy analizaremos- se inserta en un concreto contexto de política legislativa. No podemos obviar la interrelación entre la ley 26.592 y las demás normas laborales que se han reformado o recuperado para el régimen legal general. A guisa de ejemplo podemos mencionar la ley 26.428 (que modifica el art. 9 L.C.T.), la ley 26.474 (que modifica el art. 92 ter L.C.T.), la ley 26.574 (que modifica el art. 12 L.C.T.), la ley 26.593 (que incorpora el art. 255 Bis L.C.T.), entre otras. Y tampoco puede desligarse de otras leyes que han proyectado sus efectos sobre el derecho del trabajo en general, como por ejemplo la ley 26.390 de prohibición del trabajo infantil y protección integral del trabajo adolescente; la ley 26.485 de protección integral de las mujeres para prevenir, sancionar o erradicar la violencia en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, incluido el laboral; la ley 26.727 de trabajo agrario; y la ley 26.844 de trabajo en casas particulares.

II. HACIENDO UN POCO DE HISTORIA.

El derecho del trabajo es un derecho del siglo XX, que nace y se estructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores, reunidos u organizados en asociaciones. No es un derecho gestado pacíficamente sino arrancado al régimen capitalista y liberal bajo las formas imperantes en los siglos XVIII y XIX.

La lucha obrera estuvo motivada, desde sus inicios, por la situación de gran desprotección en la que estaba sumido la clase trabajadora, en un contexto en el que los postulados políticos y económicos imperantes eran la libertad de mercado, la libertad de contratación y, en consecuencia, la vigencia irrestricta de la autonomía de la voluntad. Este último principio, que implica que aquello que las partes pactan tiene entre ellas iguales efectos que la "ley misma", en el ámbito laboral de los siglos XVIII y XIX[3] significó el sometimiento del dependiente a las reglas y condiciones de trabajo impuestas por el empleador, sin limitación alguna y con escaso o nulo margen para negociar.

La aplicación irrestricta de la autonomía de la voluntad condujo a los abusos y explotaciones que son por todos conocidas y dieron origen a la denominada "cuestión social".

Los trabajadores frente a un contexto de tanta explotación, se agruparon y unieron sus fuerzas ante la adversidad, con el objeto de lograr los primeros reconocimientos o reivindicaciones, móvil primigenio de la acción sindical y que sigue vigente en nuestros días, tal como puede advertirse de la lectura de los arts. 2 y 3 de la ley 23.551.

Ahora bien, como es sabido, otros fenómenos, además de la lucha obrera, han tenido influencia en el nacimiento y consolidación del derecho del trabajo y ellos han sido:

- la difusión de ciertas corrientes de pensamiento que cuestionaban el modelo de acumulación de capitales y de producción, así como la forma de organización social imperante en la época (tal el caso de las ideas anarquistas y socialistas y

[3] Esta situación –en esencia- no difiere demasiado de la que se verifica en el mundo entero ya iniciado el siglo XXI.

de las que inspiraron y sustentaron ideológicamente a la revolución rusa de 1917);

- la respuesta que desde la Doctrina Social de la Iglesia se intentó dar, al condenar cualquier tipo de explotación del hombre por el hombre, en especial, la proveniente de los modelos económicos propiciados por el capitalismo y por el marxismo y revalorizar el rol del hombre que trabaja y su dignidad[4];
- la lucha de los trabajadores organizados
- la aparición del constitucionalismo social (Constitución de México de 1917 y de Weimar de 1919); y
- el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de la firma de la paz de Versalles en 1919, se creó la Organización Internacional del Trabajo, cuya labor tuvo por objeto poner límites y organizar mecanismos de contralor de la forma y condiciones en que se prestaban las tareas en relación de dependencia en la mayoría de las naciones y, por la vía de la igualación de los niveles mínimos de protección, combatir el "dumping económico"[5].

El derecho del trabajo nació cuando los Estados tomaron conciencia que era necesario dar respuesta a la cuestión social imperante y establecer mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación de empleadores y trabajadores. Fue precisamente ése el objetivo perseguido por la normativa laboral que, a través de la imposición de derechos de mínima, obliga a las partes contratantes a respetar ciertos contenidos y sólo le otorga validez a los pactos que contienen mejores derechos para los trabajadores que los establecidos en las normas imperativas[6].

En tal sentido, la funcionalidad o razón de ser histórica del Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica independiente, sirve al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital, de su integración o institucionalización (canalización) por el Estado[7].

El surgimiento del derecho del trabajo implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajador, como fruto de un largo proceso histórico que traduce -en definitiva- la

---

[4] Doctrina que tuvo su puntapié inicial con la Encíclica Rerum Novarum (1891) en que se sostuvo que "...lo realmente vergonzoso o inhumano es abusar de los hombres como cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí ... Entre los primordiales deberes de los patronos se destaca el dar a cada uno lo que sea justo ... defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen... Han de evitar cuidadosamente los ricos perjudicar en lo más mínimo los intereses de los proletarios... El trabajo no es una vil mercancía sino que es preciso reconocer la dignidad humana del trabajador...". En similar sentido se pueden mencionar las Encíclicas Quadragessimo Anno (1931) y Mater et Magistra (1961).

[5] Esto se pone de relieve en el propio texto constitucional de la O.I.T., en el que se señala que "Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo…".

[6] Este objetivo, característico de nuestro régimen ha conformado el derecho del trabajo como una rama con importantes contenidos de orden público relativo y se ve reflejado por las pautas estipuladas, entre otros, en los arts. 7, 8, 12, 14 y 15 L.C.T.

[7] CAUBET, AMANDA B., *Trabajo y Seguridad Social*, Ed. Errepar, Bs. As., 2002, p. 6.

lucha por la obtención de la justicia social. Es decir, se deja de considerar a la fuerza de trabajo como una mercancía o instrumento de cambio, para dar paso a la revalorización de la persona del trabajador y de su tarea como "actividad productiva y creadora", en los términos en que define la cuestión el art. 4 L.C.T.

Resulta innegable el corte protectorio con el que nació el derecho del trabajo, lo que lo ha convertido en un derecho unidireccionalmente tuitivo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja. Objetivo que, pese a los cambios operados durante más de un siglo en la forma y modalidades en que se presta el trabajo en relación de dependencia, mantiene plena vigencia. Y ello se debe a que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la atenuación -a través de normas de mínima- del desigual poder de negociación de los sujetos de la relación de trabajo. Finalidad que se observa con suma claridad en el art. 17 Bis L.C.T. que más adelante analizaremos.

Por último, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[8], como las reformas legislativas mencionadas, reafirman que esta finalidad tuitiva –presente desde los orígenes de la materia y que le da razón de ser al principio protectorio y sus derivaciones- mantiene plena vigencia como horizonte de protección durante el siglo XXI.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

La autonomía de una rama del derecho –entre otras cuestiones- requiere que tenga principios propios diferentes a los del derecho común, que deben ser considerados como generales y abarcar el mayor campo posible dentro de la materia de que se trata[9].

En el caso de los principios generales del derecho del trabajo, son definidos como las ideas fundamentales de la organización jurídico laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, que le dan determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen y resultan indispensables para aplicar rectamente sus normas[10]. O, como las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos[11].

En cuanto a las funciones que cumplen los principios generales del derecho del trabajo podemos señalar: 1) bases para el dictado de nuevas normas para regir la materia (función inspiradora o informadora); 2) instrumentos importantes en la función interpretativa, en tanto expresan las valoraciones jurídicas vigentes de un grupo social determinado (función de interpretación); 3) integración de los vacíos legales normativos (función integradora).

La mencionada función inspiradora se ve con suma claridad en el art. 14 Bis C.N. cuando establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador...”; cláusula constitucional que le indica al

---

[8] A guisa de ejemplo pueden citarse los casos: C.S.J.N., “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido”, 14/9/2004; C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/9/2004; entre otros, que además del inmenso valor de las pautas allí sentadas, constituyen el puntapié inicial de un valioso cambio de la jurisprudencia del más alto tribunal que también da cuenta de un retorno a los postulados fundantes del Derecho del Trabajo.

[9] FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo,* Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., 2000, p. 201 y sigs.

[10] MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 220, citado por Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cít.

[11] PLÁ RODRÍGUEZ, AMERICO, *Los principios del derecho del trabajo,* 2ª. Edición actualizada, Ed. Depalma, Bs. As. 1990, p. 9.

legislador nacional en qué sentido debe dictar las normas laborales, las que para ser "laborales" –de conformidad con el mandato constitucional- deberán tener un contenido de neto corte protectorio.

La de interpretación se encuentra prevista en el art. 9 L.C.T.[12], disposición en la que el legislador estableció pautas concretas respecto a cómo resolver las dudas interpretativas, en la merituación de la prueba o relativas a la norma aplicable para dirimir un conflicto laboral; remarcándose –especialmente- que la duda siempre debe ser resuelta en el sentido más favorable al trabajador o por aplicación de la disposición que sea más favorable para él.

Por último, la función de integración que cumplen los principios generales del derecho del trabajo se advierte con claridad en el art. 11 L.C.T. que estipula que cuando una cuestión no tenga solución expresamente prevista por las disposiciones que rigen el contrato de trabajo o las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, equidad y la buena fe. Vale decir, el juzgador podrá recurrir a la justicia social, o a los principios generales del derecho del trabajo, a la equidad y a la buena fe para resolver el conflicto.

Si bien los distintos autores difieren en la clasificación que efectúan de los principios generales del derecho del trabajo, resulta interesante comprobar que hay una serie de reglas (a las que cada uno y desde su perspectiva le otorga el rango de principios, subprincipios o derivaciones de un principio general) respecto de las cuales los autores coinciden en su importancia en el proceso de evolución, desarrollo, consolidación y prospectiva de nuestra materia[13].

En nuestro caso, seguimos la clasificación que formulara Fernández Madrid[14], quien sostiene que el derecho del trabajo tiene como pilar fundamental un único principio, el "principio protectorio" -consagrado en el art. 14 bis C.N. y que le da sentido a toda la normativa laboral-, del cual se desprenden diversas reglas de aplicación, a saber: "in dubio pro operario", la selección de la norma más favorable, la irrenunciabilidad de derechos, la indemnidad del trabajador y la ajenidad del riesgo empresario, la subsistencia de la condición más beneficiosa, la no discriminación y la facilitación de la prueba en el proceso laboral (presunciones laborales).

Desde una perspectiva más abarcadora, también receptada por la C.S.J.N. entre otros en los pronunciamientos citados precedentemente, hace ya tiempo que algunos autores[15] se refieren al principio de progresividad y pro hómine como pautas con plena vigencia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y con enormes implicancias en nuestra materia.

---

[12] Disposición cuyo texto también ha vuelto a lo que fuera su versión originaria, de conformidad con la modificación operada por la ley 26.428.

[13] Pueden consultarse las clasificaciones efectuadas por LÓPEZ, JUSTO**,** *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 2da. ed., Ediciones contabilidad moderna, Bs. As., tomo I, p. 162; PLÁ RODRIGUEZ, op. cít.; ETALA, CARLOS ALBERTO, *Contrato de trabajo*, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, p. 44; RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, p. 57; VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO**,** *Derecho del trabajo y la seguridad social*, Tomo 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1981, p. 74.

[14] FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, op. cít.

[15] Ejemplo de ello son las opiniones vertidas por GIALDINO, ROLANDO E., "Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos", en Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 182, octubre de 2000, p. 857; CORNAGLIA, RICARDO J., "El ataque al principio de progresividad", *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, marzo de 1994, año IX, n° 103, t. VIII, p. 175; "El orden público laboral y el principio de progresividad", *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, septiembre de 1995, año XI, n° 121, t. IX, p. 645; "La constitucionalización del principio de progresividad", *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, junio de 2003, año XIX, t. XVII, n° 214, p. 487; "El llamado principio de progresividad", Revista Jurídica La Ley 2008-A-957 y sigs.; entre otros.

En definitiva, independientemente de la clasificación que se haga, lo cierto es que resulta indiscutible la importancia del principio protectorio, que fundamenta nuestra materia, le da razón de ser y la distingue de otras ramas del derecho. Por ello, debe encontrar recepción en todas las instituciones que la integran; máxime cuando este postulado fue reforzado con la reforma constitucional del año 1994, por la que se le otorgó jerarquía igual a la de la Constitución (art. 75 inc. 22 C.N.) a una serie de instrumentos internacionales en cuyo articulado encontramos importantes disposiciones vinculadas con el derecho del trabajo que, en muchos casos, amplían los contenidos del art. 14 bis C.N.

En tal sentido, podemos mencionar los arts. 14, 15 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 22, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 6, 7, 8 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Además, esta idea informadora de toda nuestra organización jurídico laboral se complementó, también en la reforma constitucional de 1994, con la definición de un nuevo rol estatal, pues al régimen de gobierno “republicano, representativo, federal” se le agregó un programa de acción estatal que puede definirse como propio de un estado “social y de derecho”, tal como se desprende de la definición contenida en el art. 1 de la C.N. y de las obligaciones que en el texto constitucional se le imponen al Estado Argentino, ver por ejemplo el art. 75 incs. 17, 19 y 23 C.N. y arts. 42 y 43 C.N.

"Protección al trabajo", "desarrollo humano" y "progreso económico con justicia social", definen una concepción del Estado, en la que los grandes ideales de "libertad e igualdad" no se pueden alcanzar sin una política activa que dé prioridad a la situación del hombre de trabajo para que pueda desarrollarse en sociedad con igualdad de posibilidades y pleno respeto de su dignidad, para que la democracia política se transforme en una verdadera democracia social.

IV. LA FLEXIBILIDAD Y PRECARIZACIÓN LABORAL Y SU COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Ante la crisis económica desatada en el mundo a partir de los años '70 y las políticas de mercado que en consecuencia se implementaron, se invocó la necesidad de introducir la "flexibilidad laboral", entendida como un conjunto de instrumentos cuya aplicación propiciaron las doctrinas neoliberales y que pretende que la relación laboral se rija por las leyes del mercado y que el Estado abandone su intervención tuitiva.

En el "Informe acerca de la flexibilidad en el empleo en los países de la Comunidad Económica Europea", coordinado por Jean Michel Maury (setiembre 1985) se señalaban cuatro razones principales para justificar la "flexibilidad": a) contribuir a remediar el paro existente a través de la adaptabilidad del empleo al mercado de trabajo; b) la necesaria competitividad en un mundo globalizado; c) la introducción de nuevas teconologías y d) la modificación de la relación de fuerzas entre empresarios y trabajadores.

Los “flexibilizadores” hablaban, ya desde aquella época, de un derecho del trabajo en crisis y de la decadencia del empleo normal y estable para dejar paso a formas más permisivas. Desde esta perspectiva se sostuvo que el derecho del trabajo no

puede aferrarse a un mero garantismo convencional o legal, individualista, basado en el reconocimiento de derechos subjetivos e indisponibles, sino que, por el contrario, deben revisarse ciertas garantías hiperprotectorias.

Nuestro país no fue ajeno a este proceso. A partir de 1976 con la "sangrienta"[16] reforma del texto originario de la L.C.T. y, especialmente, durante la década del 90, nuestro país incorporó a su legislación laboral diferentes elementos "flexibilizadores" de la contratación laboral y de la negociación colectiva. Proceso que –como es por todos conocido- tuvo un claro sentido de desprotección del trabajo prestado en relación de dependencia y como prueba de ello basta mencionar, entre otras, las leyes 21.297, 24.013, 24.465, 24.467, 24.522, 24.557, 25.013 y 25.250[17].

El objeto perseguido -en términos generales- por dicha normativa ha apuntado a instituciones fundamentales del derecho del trabajo; respondiendo a políticas en las que el "mercado" desplazó la intervención tuitiva del Estado en la regulación de las relaciones laborales.

Más aún, en nuestro caso, el Estado no ha sido prescindente sino que adoptó un rol muy concreto, que nada tiene que ver con aquél que le ha delineado la Constitución Nacional, pues en lugar de buscar la protección del "bien común" y del "trabajo en sus diversas formas", se ha inclinado -durante la etapa a la que nos estamos refiriendo- por la implementación de un modelo económico y social que ha buscado –casi exclusivamente- satisfacer y proteger los intereses de los sectores vinculados con el poder económico en franco desmedro de los derechos de los/as trabajadores/as.

Analizar las modificaciones concretas que se han operado en nuestro régimen laboral durante la etapa "flexibilizadora", excede los límites propios de estas notas, pero hemos querido reseñarlas en pos de poner el énfasis en la importancia que tiene este inexorable proceso de desandar el camino iniciado allá por 1976.

V. EL RETORNO AL PRINCIPIO PROTECTORIO EN LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS.

El proceso de rebaja de los niveles de protección del trabajo dependiente reseñado precedentemente, sumado al incremento de los poderes empresariales como consecuencia de lo que se ha denominado "flexibilización de hecho", llegó a su punto máximo allí por los años 1995-1998, para luego iniciar un camino de franco retroceso con las leyes 25.877, 26.086 y 26.088 y que se profundizó con las leyes 26.390, 26.427, 26.428, 26.474, 26.485, 26.574, 26.592, 26.593, entre otras.

No vamos a examinar -en esta ocasión- el contenido de las modificaciones señaladas precedentemente, aunque no podemos –como ya adelantamos- más que calificar este proceso como un progresivo retorno de la legislación laboral en general y de la L.C.T., en particular, al principio protectorio como pilar fundamental de nuestra materia.

Por ejemplo, la ley 25.877, desde el punto de vista del derecho individual del trabajo, derogó el art. 92 de la ley 24.467 que posibilitaba hacer uso de la disponibilidad colectiva en materia de extinción del contrato de trabajo; derogó el régimen

[16] Lo de "sangrienta" por los alcances y mecanismos a los que se recurriera para la reforma del texto originario de la L.C.T. (1974) y también en alusión a toda la sangre derramada, especialmente la de uno de los impulsores de la L.C.T., el Dr. Norberto O. Centeno, así como la de tantos otros abogados laboralistas, dirigentes sindicales y trabajadores muertos y desaparecidos por la dictadura cívico-militar que rigió en nuestra patria desde el 24 de marzo de 1976 hasta el retorno de la democracia en el año 1983.

[17] DOBARRO, VIVIANA MARIEL, Informe y documentación técnica, "La evolución de la legislación laboral y previsional en la Argentina" Jornadas sobre "Las relaciones laborales: continuidades y rupturas", Errepar, Doctrina Laboral Nro. 198, febrero de 2002, pp. 174 a 191.

indemnizatorio establecido por la ley 25.013, a excepción del 9 de dicha ley; unificó el régimen indemnizatorio por ruptura del contrato de trabajo de conformidad con las pautas sentadas en la L.C.T., con algunas modificaciones menores en los arts. 231, 232 y 245 de la citada ley; con la nueva redacción del art. 92 bis L.C.T. que dejó atrás las pautas sentadas respecto al período de prueba por la ley 25.250 y sus antecesoras, acorta su plazo y establece un régimen específico de preaviso y la ineludible obligación de registrar al dependiente bajo este período, así como también distintas previsiones tendientes a evitar el uso fraudulento del instituto. A ello debe sumarse los significativos cambios que la ley introdujo en materia de derecho colectivo de trabajo y por citar algunos podemos mencionar las pautas estipuladas en materia de articulación de convenios colectivos de trabajo, la prevalencia del convenio más favorable, la reglamentación de la huelga en los servicios esenciales a tenor de los principios generales y pautas que emanan de la O.I.T.

Por otra, la ley 26.086 significó que la Justicia Nacional del Trabajo recupere el juzgamiento y sanción de los incumplimientos a la normativa laboral –como justicia especializada y juez natural- respecto de empresas concursadas o quebradas (ver por ejemplo el art. 21 de la ley 24.522).

Con relación a la ley 26.088 cabe mencionar que significó la incorporación para el trabajador de una alternativa para paliar los efectos de la “flexibilidad de hecho”, sin desmedro de la continuidad del contrato de trabajo. Vale decir frente a un ejercicio abusivo del ius variandi el trabajador podría considerarse injuriado y en situación de despido indirecto, o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, de conformidad con los términos del art. 66 L.C.T. -según la modificación introducida por la ley 26.088-. En el último de los supuestos previstos por el legislador -reestablecimiento de las condiciones alteradas- la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo y no podrá innovarse en las condiciones y modalidades de trabajo hasta el dictado de la sentencia definitiva, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección. Esta posibilidad que otorga la legislación -según el texto de la última reforma- al trabajador para cuestionar el cambio que excede los límites previstos al ejercicio del poder de modificar ciertas condiciones de trabajo, ha sido celebrado por la doctrina laboralista, ya que frente al abuso por el empleador el trabajador no está compelido a disolver el vínculo, sino que puede recurrir a la justicia por una vía rápida para que sea el juez quien determine si se trata de ejercicio "legítimo" del ius variandi o "arbitrario", pudiéndose solicitar -mientras tanto- que no se produzca cambio alguno en las condiciones originariamente pactadas.

Ahora bien, las ya citadas reformas legislativas –entre las que incluimos la ley 26.592- han apuntado, no ya a la adecuación de institutos concretos del derecho individual del trabajo, como fue el caso del régimen indemnizatorio ante la ruptura del vínculo, el del ius variandi o el del período de prueba, sino que fundamentalmente se refieren a la reafirmación de los principios tuitivos de nuestra materia y a recuperar aquellos postulados que –como ya hemos dicho- la repudiable e ilegítima reforma de 1976 nos arrebató.

VI. EL ART. 17 BIS Y LAS DESIGUALDADES JURIDICAMENTE COMPENSADAS.

En el reseñado contexto de política legislativa emerge el art. 17 Bis L.C.T. que, como ya hemos adelantado, en nuestra opinión sintetiza el espíritu que prima en toda la L.C.T. y en el resto de la legislación de neto corte laboral.

La ley 26.592 fue sancionada el 28 de abril de 2010 y promulgada de hecho el 19 de Mayo de 2010, contiene sólo dos artículos, uno de forma (el 2do.) y el artículo 1ro. que establece: "Incorpórase como artículo 17 bis a la Ley Nº 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente texto: Artículo 17 bis: Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación".

Según se desprende de los fundamentos del proyecto presentado ante la Honorable Cámara de Diputados –que luego se convirtiera en ley 26.592-, los objetivos perseguidos por el legislador con la incorporación del art. 17 bis a la L.C.T., son "… volver a plasmar en la letra de la ley, el sentido unidireccional de las normas que regulan el contrato de trabajo.

La igualdad ante la ley, la igualdad de trato, debe darse en igualdad de condiciones.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sostenido en forma pacífica que una persona física, por su sola condición de "dependiente", carece de la misma capacidad de negociación en relación a su empleador. Esta diferencia se evidencia tanto al momento de la celebración de un contrato de trabajo, como durante el transcurso de la relación laboral, e incluso finalizada la misma. Esta "hiposuficiencia" del trabajador respecto de su empleador, ha generado la necesidad de que el Derecho del Trabajo, a través de sus fuentes, estableciera una suerte de equiparación o compensación de esas desigualdades, a través de las diversas aplicaciones del principio protectorio en el texto legal.

La posición de las partes del contrato de trabajo, de carácter diametralmente opuesto, requiere constantemente la intervención de las normas con el objetivo de armonizar los intereses de empresarios y trabajadores, siempre guardando como objetivo la plena realización del hombre, realización ésta que no puede alcanzarse en la medida que no se respete la dignidad del trabajador dependiente. Con relación a lo expuesto, el artículo 4º de la L.C.T. considera primordial a la persona del trabajador, estableciendo que sólo después de que se hayan atendido los aspectos personales del trabajo, éste debe ser apreciado como una contraprestación dentro del esquema propio de un contrato de cambio.

Así, el reestablecimiento de la disposición que estaba incluida en el originario artículo 19 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744, permite darle un mayor énfasis al reconocimiento de las desigualdades que se dan en una relación laboral, y la función protectoria del derecho del trabajo; asimismo el artículo propuesto cumple una función informativa e interpretativa para los magistrados, en ese sentido.

Por todo ello, y porque el Derecho del Trabajo ha nacido para proteger al trabajador, se pretende a través de la presente reforma de la Ley de Contrato de Trabajo, la inclusión del artículo mencionado…".

Sostuvo Norberto Centeno[18], una de las voces más autorizadas para poner de resalto el espíritu de la L.C.T., por cuanto ha sido autor del Anteproyecto de la Ley de Contrato de Trabajo que: "La idea de justicia social es la que domina toda su estructura ... El derecho del trabajo es derecho en permanente movilidad ... no es un producto de gabinete ni el resultado de una combinación, más o menos feliz, de fórmulas abstractas. Los datos vienen tomados de la realidad concreta adoptados en función de ideales sociales de justicia; de allí el estricto criterio de factibilidad que la informa, al combinar lo ideal con lo posible, si, como estamos dispuestos a afirmar el derecho del trabajo, con

[18] CENTENO, NORBERTO, "Introducción a la Ley de Contrato de Trabajo", Legislación del Trabajo T° XXII, p. 865.

cuanta mayor razón, es derecho de la realidad ... No es derecho transitorio ... Es en cambio derecho en evolución ...". Además, tenía bien en claro que "la atención, conservación y promoción en su propia y esencial dignidad de trabajo-trabajador, vale decir, del primero como expresión del esfuerzo humano y del segundo como valoración integral y como destino, requieren su protección de la ley de modo de corregir los defectos de aquellas estructuras y formas organizativas de producción y de las consecuencias que de ellas se derivan".

Por otra parte, de la lectura de la Exposición de Motivos del texto originario de la Ley de Contrato de Trabajo[19], en cuanto a los principios generales que orientaron el proyecto, surge que: "El primer y central principio está dado por la transmisión a la ley de la idea de justicia social. La L.C.T. no es sino un instrumento puesto al servicio de su logro, como máxima aspiración del hombre y de los pueblos. El siguiente es la prolongación de esa idea en el principio protectorio que orienta el Derecho del Trabajo y su destino, el hombre que trabaja. No siendo propio de la ley consignar principios tan generales y difundidos como aquél que el trabajo no constituya mercancía, se ha querido establecer como norma básica orientadora, que el contrato que regula esta ley tiene por objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo luego de ello habrá de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico. Va implícito en ello la subordinación de la economía al derecho y de allí mismo que no se vacila en consignar además, que las desigualdades que se crean y consagran por la ley constituyen una forma de compensar las desigualdades que de por sí se dan en la relación objeto de la regulación (artículos 4 y 19 del proyecto). A la igualdad de las partes que suponen otras regulaciones de figuras contractuales, opone la presente la realidad de una desigualdad que la ley intenta corregir...".

Ya hemos dicho que, sin perjuicio de las diferentes realidades históricas, sociales y económicas, entre los móviles que históricamente ha perseguido el derecho del trabajo se encuentra corregir, a través de la norma laboral, la natural desigualdad entre las partes contratantes. Vale decir, el derecho del trabajo ha nacido y se ha desarrollado y consolidado como una medida correctiva tendiente a proteger especialmente a un sector notoria y tradicionalmente postergado, mecanismo que se asemeja a lo que se ha dado en llamar medidas o políticas de acción positiva[20]. Pues bien, esta finalidad compensatoria o correctiva que estaba claramente delineada en el art. 19 del texto originario de la L.C.T., se expresa con suma claridad en el texto del art. 17 Bis L.C.T., tal como se desprende de los fundamentos o exposición de motivos de uno y otro proyecto.

Sobre esta reincorporación al texto legal ha dicho Fernández Madrid[21]: "… la norma reconoce el principio protectorio contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, fundamentado en la hiposuficiencia del trabajador. Y constituye una fuerte pauta interpretativa ya consagrada jurisprudencialmente en todos los

---

[19] Ejemplar facilitado por el Dr. Luis Roa, a quien agradezco la gentileza de habérmelo hecho llegar.

[20] DOBARRO, VIVIANA MARIEL, "La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección de personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado", Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral,* Nro. 270, febrero de 2008, pp. 108 a 138; "La nulidad de los despidos discriminatorios en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo", Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral,* Nro. 272, abril de 2008, p. 366 y ss.; "El derecho fundamental a no ser discriminado y las facultades del empleador en materia de selección de personal", *Revista Derecho de Familia,* Ed. Abeledo Perrot, Nro. 2010-II, pp. 196 a 212; "Reflexiones sobre la no discriminación y el trato igual, con especial referencia al ámbito laboral: Normativa vigente y tendencias jurisprudenciales", *Suplemento Especial sobre Despidos discriminatorios, El Dial.com,* Biblioteca Jurídica On Line, Editorial Albremática,19 de septiembre de 2006; "Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral", *La Ley,* miércoles 21 de octubre de 2009, pp. 1a 6.

[21] FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, "Las nuevas leyes laborales", en *Revista Jurídica La Ley*, 28 de junio de 2010, p. 1 y ss.

tribunales del país, reforzando y orientando la solución de algunos casos que la misma ley contempla, y dando mayor vigor a las ya legisladas y ofreciendo alternativas más amplias al intérprete.

Así las situaciones que pueden originar renuncia de derechos cuando se sometan a decisión judicial deben tener en cuenta la situación de inferioridad del trabajador en la contratación, durante el tiempo del contrato o al tiempo de su extinción.

En definitiva, esta cláusula orienta al juez para resolver las variadas situaciones de hecho que se presenten, por ejemplo, en los casos alcanzados por los arts. 10, 12, 23, 57, 58, 62 y 81 de la L.C.T., entre otros.

Y puede decirse como lo hizo una antigua doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ahora remozada, profundizada y leía a la luz de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos, toda vez que la libertad de contratar del empleador se halla en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado obrero, esta última debe prevalecer porque así lo requieren los principios que fundamentan un orden social justo…".

Coincidimos plenamente con Fernández Madrid respecto de la importancia de esta reforma que va más allá de una expresión y reafirmación de los fundamentos de nuestra materia y sus principios rectores, sino que –además- posee múltiples proyecciones prácticas.

Si al art. 17 bis –texto según ley 26.592- se lo vincula con el art. 9 L.C.T. –texto según ley 26.428 – y con el art. 12 L.C.T. –texto según ley 26.574– adquiere mayor contundencia la nulificación de cualquier pacto o acuerdo del que se derive una renuncia a derechos consagrados a favor del trabajador provenientes de cualquiera de las fuentes del derecho del trabajo, no sólo porque lo veda el art. 12 L.C.T. sino porque a tenor del art. 17 bis. L.C.T. el sentido de la legislación laboral es limitar la autonomía de la voluntad individual, a fin de compensar la natural desigualdad entre las partes contratantes; vale decir para que el trabajador no se vea compelido a aceptar condiciones de trabajo menos favorables.

Agréguese que este artículo 17 bis L.C.T. también debe leerse conjuntamente con los arts. 17 y 81 L.C.T. Pues no sólo se refiere a un pilar fundante de nuestra materia como es el principio protectorio y sus reglas de aplicación, sino que –además- proyecta sus efectos sobre las pautas que nos permiten distinguir cuando el trato desigual, provenga de quien provenga, es discriminatorio, o cuando sólo se trata de un mecanismo de compensación de naturales[22] o históricas desigualdades[23].

Al respecto cabe recordar que el art. 17 L.C.T. prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. En tanto que el art. 81 L.C.T., estipula como regla general el tratamiento igualitario, pero admite únicamente el trato diferente que responda a motivos tales como la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del trabajador. La igualdad de trato se refiere a circunstancias o situaciones iguales dentro de un mismo ámbito espacial y régimen jurídico y debe verificarse en todas las instancias de la vinculación: contratación, remuneración, aplicación de sanciones y también en los despidos.

El cotejo hay que efectuarlo teniendo en cuenta la situación desventajosa de una o algunas personas con relación a la generalidad de la empresa o sector, y no a la situación del común o generalidad frente a la de quienes han sido más favorecidos. Se

[22] Tal el caso del art. 17 Bis L.C.T.

[23] Como en el supuesto del mandato consagrado en el art. 75 inc. 23 .C.N. vinculado con la implementación de políticas o medidas de acción positiva que garanticen la igualdad efectiva de oportunidades, en particular con respecto a los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

busca igualar la situación del perjudicado con respecto a la mayoría. El derecho a "premiar" o a mejorar la situación de ciertos dependientes debe obedecer a razones funcionales, legítimas y fundarse en pautas objetivas.

El principio de igualdad de trato es imperativo y la persona que trabaja no puede aceptar que se le apliquen condiciones distintas de las que rigen al resto que realizan igual tarea. En esta materia no hay "negocio" permitido al trabajador, porque si este fuera admisible caería una fuente protectora constitucional y legal que forma un cerco que impide la aceptación de los actos de "comportamiento inequívoco" (art. 58 L.C.T.) para convalidar la renuncia de derechos de esta especie (imperativos por sí). La discriminación acompaña al desarrollo del contrato por lo que siempre se podría requerir la igualdad alterada, se trata de una "situación" de incumplimiento, que no se purga por el curso del tiempo. No es aceptable que el acto discriminatorio adquiera legitimidad por la aceptación del afectado. Su derecho, en suma, no es disponible como no lo es la libertad, pues hace a la dignidad de la persona humana manifestada en la relación laboral[24].

Al análisis sobre las proyecciones prácticas de la reforma debe sumársele que cualquier duda respecto del sentido de la ley que rige un caso, de la selección de la norma aplicable, o en la merituación de las pruebas producidas en la causa, será zanjada en el sentido más favorable a la persona que trabaja, porque lo manda el art. 9 L.C.T., pero también por imperio del art. 17 Bis de la L.C.T., ya que este criterio interpretativo no es sino otra manifestación de una de las desigualdades creadas por la Ley de Contrato de Trabajo a fin de compensar las desigualdades que, como consecuencia de la propia naturaleza del vínculo, se dan en la relación laboral.

Por último, tampoco podemos dejar de lado las implicancias que las normas citadas adquieren en materia de valoración de la prueba en las causas en que se debate sobre un acto discriminatorio, en cualquiera de las instancias del contrato de trabajo.

Como expresáramos en anteriores oportunidades, los actos o conductas discriminatorias son conductas social y jurídicamente reprochables[25], por tanto el móvil discriminatorio no se suele explicitar, sino que se suele presentar solapado o encubierto tras la invocación de razones vinculadas con la organización empresaria y, por ende, deviene de difícil o imposible acreditación para el dependiente[26]. Es por ello que los principios generales que ilustran el derecho del trabajo, así como los que rigen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, exigen cierta facilitación de la prueba[27].

Es por ello y en atención a las más modernas tendencias procesales, que haciéndose eco de este tipo de situaciones de excesiva dificultad probatoria y de posible afectación de derechos fundamentales, una corriente jurisprudencial aborda la cuestión desde la teoría de las cargas dinámicas probatorias y desde el cúmulo de indicios concordantes y coincidentes que contribuye a la conformación de las presunciones

---

[24] FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo,* Tomo II, Ed. La Ley, Bs. As., 2001.

[25] DOBARRO, VIVIANA MARIEL - DEL MAZO, CARLOS GABRIEL, Análisis de la indiscriminación y los derechos fundamentales de la persona, Equipo Federal del Trabajo, Año I, Revista nº 1, 2000, pp.67-85.

[26] DOBARRO, VIVIANA MARIEL, "La discriminación por razón de edad". Nota a fallo "Mendez, Raúl E. c/ Aerolíneas Argentinas S.A.", Ed. Lexis Nexis, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Nro. 12, junio de 2008, pp. 1066 a 1072.

[27] FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y anotada*, Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, p. 249 pone de resalto que la desigualdad de las partes en el contrato de trabajo determina que con frecuencia el contrato no responda a la realidad y que encierre cláusulas que busquen la evasión total o parcial de las normas imperativas del derecho laboral y de la seguridad social. Esta reflexión formulada en torno al art. 9 L.C.T. la hacemos extensiva a las situaciones en las que no solo se viola el orden público laboral sino el ius cogens y el derecho fundamental a no ser discriminado, como sucede en los casos de discriminación.

hominis; tal lo como se expresara en los casos “Sendoya[28]”, “Freddo[29]”, “R.L.F.[30]”, “Balaguer[31]”, "Parra Vera[32]", "Alvarez[33]", Mendez[34], entre otros.

La cuestión ha sido clarificada por el Máximo Tribunal en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, 15/11/2011, en la que sostuvo que “...el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. ... En ese contexto corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos ...que se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto. ...ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuantos éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional...”. Concluyó el alto tribunal que “...resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, conformidad con las reglas de la sana crítica...”.

Por otra parte, la C.S.J.N., reforzó dicha línea interpretativa en la causa “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo”, C.S.J.N., 20/5/2014, en la que con relación a las cargas probatorias en problemáticas como la que nos ocupa, señaló que “…la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor… Para compensar estas dificultades… el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. …para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado,

[28] “Sendoya, Josefina O. C/ Travel Club S.A.”, C.N.Civ., Sala H, 4/9/2000
[29] “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A.”, C.N.Civ., Sala H, 16/12/2002.
[30] “R., L. F., c/ Trenes de Buenos Aires S.A.” C.N.Civ., Sala E, 30/9/2003.
[31] “Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ juicio sumarísimo”, C.N.A.T., Sala VI, Sent. Def. 56971, 10/3/2004
[32] "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ Acción de Amparo”, C.N.A.T., Sala V, Sent. Def. Nro. 68536, 14/6/2006
[33] "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo", C.N.A.T., Sala II, Sent. Def. Nro. 95.075, 25/6/2007.
[34] "Mendez, Raúl E. c/ Aerolíneas Argentinas S.A.", C.N.A.T., Sala VII, Sent. del 9/8/2007.

a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

Agrega la Corte en este último pronunciamiento que al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados en el anterior considerando y, remarca, que de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria.

Para fundar dicha afirmación remite a las pruebas enumeradas en el punto IV del Dictamen de la Procuración General y, en particular, a las nóminas de empleados incorporadas al expediente y al informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero.

Con relación a la postura asumida por las demandadas remarca, el Alto Tribunal que "…las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular. Es que este tipo de defensas -que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria- no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable… especialmente en este caso, en el cual el propio sentenciante ha reconocido la existencia de lo que dio en llamar 'síntomas discriminatorios en la sociedad', que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y 'entre risas' que esto es 'Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias… Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos… Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y …no es tiempo de que una mujer maneje colectivos…".

Y, finalmente, concluye el Alto Tribunal que "…de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el aquí planteado y, en consecuencia, corresponde su revocación…".

Ahora bien, a partir de las ya citadas reformas legislativas (particularmente los arts. 9 y 17 Bis L.C.T.), el análisis de las constancias obrantes en la causa y la merituación de las cargas probatorias que pesan particularmente sobre el dependiente, deberá hacerse a la luz del principio protectorio, el "in dubio pro operario" y la facilitación de la prueba como mecanismo de compensar las naturales desigualdades que se verifican entre las partes unidas por un vínculo de naturaleza laboral.

VII. CONCLUSIONES.

En el marco de este Homenaje por los 40 años de la sanción de la L.C.T. y también a quienes influyeron y realizaron su concreto aporte para que se sancionara el instrumento legal que rige, con carácter general, las relaciones laborales en el ámbito privado, celebramos que el Derecho del Trabajo esté retornando a los postulados centrales de nuestra materia y a los fines que le han dado y le dan razón de ser, sendero del que nunca deberíamos habernos apartado y cuya recuperación se ha logrado gracias a la sangre y la lucha de millones de trabajadores y trabajadoras, dirigentes sindicales y

abogados y abogadas laboralistas[35], que en nuestro país y en el mundo entero no abandonaron la lucha por la mejora en las condiciones de vida y de labor y por la defensa de la persona que trabaja.

En definitiva, las reformas recientemente operadas en materia de Derecho del Trabajo, particularmente la que "reincorporara" a la L.C.T. los postulados del antiguo art. 19, actual art. 17 Bis, dan cuenta de un sostenido y progresivo retorno a los principios tuitivos de nuestra materia y a las pautas que remarcara el alto tribunal al afirmar que se debe poner el acento en la revalorización de la persona humana por sobre las leyes del mercado o cualquier otro tipo de pauta mercantilista (C.S.J.N. "Vizzoti", 14/9/04); especialmente porque "…el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental…" (C.S.J.N. "Aquino", 21/4/04).

[35] Y vaya aquí también nuestro homenaje a quienes desde sus respectivos ámbitos de decisión (político o judicial) defienden y hacen realidad aquéllas banderas que enarbolaron durante su vida académica; en este caso, particularmente en la persona del Dip. Héctor Recalde, uno de los impulsores y/o mentores de las más recientes reformas laborales.