

El despido discriminatorio en la Ley de Contrato de Trabajo

Discriminatory dismissal in the employment contract law

Carlos Alberto Frascarolo*

Autor:

Dr. Carlos Alberto Frascarolo
Universidad Nacional de Tucumán
(UNT).

Recibido: 29/07/2025

Aceptado: 01/10/2025

Citar como:

FRASCAROLO, Carlos Alberto
(2025): "El despido discriminatorio
en la ley de contrato de trabajo".
*Revista Jurídica de la Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales UNT*,
Vol. 1, Núm. 1.

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la
licencia de Atribución-
NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional de Creative
Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



Resumen: Este trabajo aborda la figura del “despido discriminatorio” en la legislación argentina, como causal de ruptura del contrato de trabajo, a partir de la sanción de la Ley N° 27.742, conocida como “Ley Bases”. Esta norma, si bien reconoce la discriminación como causal de ruptura del contrato de trabajo, modificó el sistema que había elaborado la doctrina y la jurisprudencia nacional, muy en particular la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo que respecta a la ley aplicable, a la producción probatoria, al cálculo indemnizatorio y a otros aspectos importantes de este instituto. Se realiza una reseña sobre cómo funcionaba el despido discriminatorio antes de la sanción de la “Ley Bases” y cómo ha quedado luego de su vigencia, destacando su adecuación al régimen constitucional argentino. Se destaca el grave error conceptual que, a criterio del autor, incurre dicha ley al considerar al acto o hecho discriminatorio como extintivo del contrato de trabajo y a que la indemnización no puede acumularse con otra que prevé el sistema laboral argentino. Se citan trabajos doctrinarios de los más destacados justlaboralistas nacionales, evolución de la jurisprudencia tanto provincial como nacional, se elaboran conclusiones y se proponen reformas que se deben realizar para darle seguridad jurídica al tema que se analiza.

* Juez del Trabajo de la Primera Nominación del Centro Capital de la provincia de Tucumán. Profesor Titular de la cátedra “A” Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” y de la cátedra de “Procedimiento Laboral” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán). Correo electrónico: carlosfrascarolo@hotmail.com  ORCID 0009-0000-8403-6817.

Palabras claves: despido discriminatorio, extinción, indemnización constitucionalidad.

Abstract: This paper addresses the concept of "discriminatory dismissal" in Argentine law as a cause for termination of employment contracts, following the enactment of Law No. 27,742, known as the "Bases Law...". While this law recognizes discrimination as a cause for termination of employment contracts, it modified the system developed by national doctrine and jurisprudence, particularly that of the Supreme Court of Justice of the Nation, regarding the applicable law, the production of evidence, the calculation of compensation, and other important aspects of this institution. It reviews how discriminatory dismissal worked before the enactment of the Bases Law and how it has remained since its entry into force, highlighting its adaptation to the Argentine constitutional regime. It highlights the serious conceptual error that, in the author's opinion, the law commits by considering a discriminatory act or fact as a cause for termination of an employment contract and that compensation cannot be accumulated with other compensation provided for in the Argentine labor system. It cites the doctrinal works of leading national labor lawyers, along with the evolution of provincial and national jurisprudence. It draws conclusions and proposes reforms that should be implemented to provide legal certainty to the topic under analysis.

Keywords: discriminatory dismissal, termination, compensation, constitutionality.

I. INTRODUCCIÓN

La palabra “discriminación” según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “seleccionar excluyendo”. En la actualidad, utilizamos el término “discriminación” con una carga emotivo-valorativa de carácter negativo.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, se ha precisado que discriminar supone la utilización de una causa no justificada por el ordenamiento jurídico, mediante la cual se prescinde del trabajador en razón de un juicio de valor peyorativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha acuñado una definición, que abarca tanto el concepto de igualdad como el de no discriminación: “La igualdad importa la obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considera diferentes, con tal que el criterio de distinción no sea arbitrario o responda a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados”.

Las discriminaciones entre las personas o grupos de personas solo resultan antijurídicas cuando son: a) arbitrarias, b) cuando no existe una razón que las justifique, c) no responden a desigualdades justificadas de tratamiento jurídico.

El trabajador aspira a disfrutar de la misma igualdad de trato dispensada a sus compañeros, en igualdad de condiciones y de oportunidades para acceder y permanecer en un empleo.

La discriminación laboral tendrá lugar cuando un empleador confiera a un trabajador, trato desigual por el sólo hecho de la pertenencia de este último a un grupo (raza, sexo, ideología, religión, etcétera).

No todo trato desigual importa un trato discriminatorio: solo revestirá tal carácter, cuando tenga origen en la pertenencia del trabajador a un grupo y, debido a esa pertenencia, sea objeto de exclusión de beneficios o de sanciones por parte de su empleador.

La igualdad constituye uno de los presupuestos básicos de la justicia. Ya Aristóteles sostenía la interdependencia de ambos valores: “Será justo lo que es conforme a la ley y a la igualdad, e injusto lo contrario a aquélla y lo desigual”¹.

La doctrina laboral argentina más destacada adopta el concepto de discriminación, de carácter general, de los instrumentos normativos internacionales. En ese sentido el reconocido iuslaboralista cordobés César Arese² cita la definición de la Corte Internacional de Derechos Humanos (CorteIDH), en la Opinión Consultiva 24/2017 que la conceptualiza como “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos, y libertades fundamentales de todas las personas”. Esta definición es similar a la incluida en el artículo 1º de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (CIDI) de 2013.

De esta manera, la discriminación arbitraria o antijurídica no es bienvenida en el ámbito del Derecho del Trabajo. Los arts. 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) se refieren a la misma la que se encuentra sustentada por normas de jerarquía superior tales como los artículos 16, 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23 y en diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía, en especial el Convenio 111 de la OIT de 1968, ratificado por nuestro país mediante Ley N° 17.677 que define la discriminación laboral en términos amplios y no limitado a un listado de causas como generalmente lo hacen las normas legales.

II. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN EL TIEMPO

La LCT en su redacción original no tenía previsto, como causal de extinción del contrato, a la discriminación. Si sucedía se consideraba una “injuria grave”, en los términos del art. 242 de la citada norma y el trabajador tenía derecho a cobrar la indemnización prevista por el art. 245.

Con el correr de los tiempos, en la última década del Siglo XX, se comenzaron a proteger los derechos humanos y se visibilizó la discriminación en el

¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1978), p 162.

² ARESE (2022).

ámbito laboral. Paralelamente entró en vigencia la Ley N° 23.592 conocida como “Ley Antidiscriminatoria” que protegía a todos los ciudadanos ya que no era de aplicación exclusiva al ámbito laboral. A partir de la sanción de ésta última norma se comenzó a tipificar la causal de discriminación para extinguir un contrato de trabajo. Así lo expresó nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Alvarez”³ donde expresó que corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la Ley N° 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue, que indique lo contrario.

Además, respecto de la prueba, la propia CSJN agregó en el caso “Pellicori”⁴ que resultará suficiente, para la parte que afirma un trato discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia. En este caso, 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. En relación a la indemnización debida al trabajador discriminado y despedido, la fijaba el juez en base a parámetros establecidos en la legislación civil de acuerdo al daño ocasionado por el acto o hecho discriminatorio. Ese era el panorama del despido discriminatorio en Argentina hasta la irrupción de la Ley N° 27.742.

III. EL ART. 245 BIS DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

El 9 de Julio de 2024 entró en vigencia la Ley N° 27.742 (Bases y Puntos de Partida Para la Libertad de los Argentinos), conocida como la “Ley Bases”. Entre los artículos 76 a 100 se encuentra el conocido “capítulo laboral”, donde entre otros institutos, agrega el art. 245 bis a la LCT.

Esta norma prescribe que: “será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad”.

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

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

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

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/12/2010.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/11/2011.

III.1. Causales

Esta causal de despido reconoce su origen en el art. 11 de la Ley N° 25.013, que fue derogada en el 2004 por la Ley N° 25.877, aquella que derogaba las modificaciones hechas en la década del 90 y volvía a la redacción original de la LCT. La citada norma establecía que: “Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 77 de esta ley se incrementará en un treinta (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo”. Con algunas variantes respecto al listado de causas, incrementaba la indemnización por despido sin causa en un 30%. En esta última reforma el legislador fue un poco más generoso ya que la cuantificó en un 50% y excepcionalmente al 100%. También ponía en cabeza del trabajador la prueba de la discriminación.

Volviendo al análisis del art. 245 bis de la LCT, de su redacción surge que el mismo puede ser despido directo o bien que a la discriminación la invoque el trabajador y el contrato se resuelva por voluntad de este último como despido indirecto.

En relación a los motivos del despido la norma cita los siguientes: raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad. La experiencia indica que estos listados no pueden ser taxativos, ya que existen otros hechos o actos discriminatorios que no están en el listado, por ejemplo, la enfermedad, sólo por citar un ejemplo. Pensemos en cuántos despidos de trabajadores portadores del virus HIV (o cualquier otro) se produjeron, a pesar que esta enfermedad, en algunos casos no es incapacitante (como en portadores sanos). Desde mi opinión, lo más adecuado sería darle un marco amplio para calificar de discriminatorios a los hechos o actos, tomando el concepto que nos da el Convenio 111 de la OIT y en consecuencia, considerarlos de tal carácter a todos los actos que vayan en contra de la dignidad del trabajador dependiente.

III.2. La carga de la prueba

La norma bajo examen expresa que “... la prueba estará a cargo de quien invoque la causal...”. En realidad, debió decir “... la prueba estará a cargo del trabajador o trabajadora...” ya que estamos hablando de extinción del contrato de trabajo. De manera tal que el trabajador que fue discriminado y despedido, tiene que cargar con la prueba. Sabemos que estos tipos de hechos generalmente no tienen testigos y se producen en la intimidad del ámbito laboral por lo que la prueba, a veces, puede llegar a ser imposible.

Antes de la sanción de esta ley, la CSJN reconoció que en estas situaciones existen serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, por lo cual resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos

para inducir su existencia, En este caso, corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo causa en un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Asimismo, aclaró que no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues de ser este controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el “prima facie acreditado”.

Esta norma recupera el principio general del “*onus probando*” que está en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que establece: “... Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”. Cuando la norma se refiere a la carga de la prueba suponemos que estamos en un juicio laboral, cuyos principios específicos son la rapidez, la sencillez y la gratuidad.

Además, esta disposición procesal es contradictoria con el nuevo art. 9 de la LCT que establece que “...En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador...” ya que se desconoce la aplicación del principio protectorio, que rige a toda la legislación laboral, al despido discriminatorio. Me parece una grave transgresión a estos principios fundamentales, además de ser violatorio del enunciado introductorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional que establece que “... El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”. Esta norma lo desprotege.

También es de destacar en esta oportunidad que el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) mediante decreto N° 696/2024 disolvió al INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo) que era un organismo nacional que buscaba combatir la discriminación en todos los ámbitos de la República, además investigaba y realizaba campañas de concientización para evitar estas disfunciones sociales y acompañaba a las víctimas de estas prácticas. Entre los fundamentos de su disolución, el gobierno alegó que existían irregularidades en su gestión e ineficacias en su accionar, por lo que el Ministerio de Justicia de la Nación recomendó que todo acto o hecho discriminatorio sea denunciado en la Justicia.

El INADI fue creado en el año 1995 mediante Ley N° 24.515 y funcionaba un organismo descentralizado bajo la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación, sus dictámenes no eran vinculantes pero resultaban un elemento jurídico importante en cualquier trámite administrativo o judicial, ya que significaba el resultado de una investigación realizada por profesionales expertos basados en fundamentos de rigor científico. Sus dictámenes fueron utilizados y valorados en la etapa probatoria

por numerosos fallos en nuestro país, entre ellos en la causa “Armanini”⁵ que significó un precedente importante en la materia, ya que el mismo fue confirmado por las instancias superiores y en éste se definieron los elementos de la discriminación, su tratamiento y sanción.

En la actualidad nuestro país no cuenta con este organismo ni con ningún otro similar que lo reemplace.

III.3. Indemnización

El art. 245 bis de la LCT fijó un incremento indemnizatorio para el despido discriminatorio, la que considera como agravada especial, cuyo monto es del 50% de lo que establece el art. 245, o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

La nueva norma no excluye la aplicación del tope del equivalente de tres meses del promedio de las remuneraciones del convenio colectivo aplicable, por lo que con las reglas especiales que esa misma norma contempla y la eventual aplicación de la doctrina de la Corte en el caso “Vizzoti”⁶, la base indemnizatoria debería ajustarse a él. Esta indemnización especial se podrá incrementar judicialmente al ciento por ciento (100%) según la gravedad de los hechos, calificación para la que no se establecen criterios para su definición y quedando así sujeta a la apreciación judicial de cada caso.

A mi criterio, esta disposición constituye un inconstitucional privilegio para los empleadores ya que el trabajador (por el solo hecho de serlo) no tiene los mismos derechos que cualquier ciudadano al no aplicársele la ley 23.592 donde les da la posibilidad, no solo de hacer cesar en forma inmediata el hecho o acto discriminatorio, sino de percibir los daños efectivamente causados, que pueden ser superiores a los que establece el nuevo artículo 245 bis de la LCT y que por lo general no están estandarizados en los parámetros en él fijados.

A partir del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Sala 6, luego confirmada por la CSJN en el caso “Balaguer”⁷, se comenzó a aplicar la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 a las relaciones laborales lo que significó un avance importante para los derechos de los trabajadores. La “Ley Bases”, reitero, significa una manifestación en contra del principio de progresividad, propio de la legislación laboral. El principio de progresividad (o de no regresividad) es un desprendimiento del principio protectorio establecido por el enunciado del art. 14 bis de la Constitución Nacional al establecer que “El trabajo en sus diversas formas gozará la protección de las leyes”, esta es una directiva imperativa que le da nuestra Carta Magna a los legisladores y que éstos deben observar en la elaboración y sanción de las leyes laborales.

⁵ Juzgado del Trabajo de la 1ra. Nominación de Tucumán, 21/08/2019.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/09/2004.

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala 6, 16/03/2004.

IV. CONCLUSIONES

Luego de un somero repaso a las modificaciones introducidas por la “Ley Bases” al despido discriminatorio en nuestro país, podemos concluir que esta norma es regresiva para el trabajador ya que ve afectado su derecho de propiedad, al reducir el monto de su indemnización. También esta norma es discriminatoria ya que al trabajador que fue víctima de discriminación a su vez se lo discrimina al aplicar esta nueva disposición y excluirlo de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592. Además, vulnera el derecho a contar con condiciones dignas y equitativas de labor y contra la protección del despido arbitrario, ambos protegidos por el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Asimismo, esta nueva norma le impone al trabajador despedido por una causa discriminatoria, el deber procesal de probar la injuria, situación que ya había sido solucionada por la doctrina de la CSJN en el caso “Pellicori” y utilizada en diversos fallos posteriores.

La reforma monetiza la discriminación ya que le impone un monto del 50% o el 100% (valoración judicial) de lo que le correspondiera por el despido sin causa que fija el art. 245 de la LCT, excluyendo de esta manera la posibilidad de que se demuestre un daño superior y proporcional al ocasionado por la discriminación.

En desconocimiento de los principios generales del derecho, esta norma prescribe que el despido discriminatorio es extintivo de la relación laboral, excluyendo de esta manera la posibilidad de la reinstalación del trabajador y convirtiendo a un acto nulo en un acto jurídico eficaz.

La indemnización que resulte del despido discriminatorio no podrá acumularse con ningún régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios, esta disposición también es violatoria del derecho de propiedad ya que ese mismo trabajador o trabajadora podría ser titular de otro agravamiento, como por ejemplo, si se despide a una trabajadora (o persona gestante) en su período de protección, el pago de la indemnización del art. 245 bis excluiría la prevista en el art. 182 de la LCT.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARESE, César (2022): *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, (Santa Fé, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores).

SANTO TOMÁS DE AQUINO (1978: “La Justicia” en Justo López, Norberto Centeno y Juan Carlos Fernández Madrid: *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, T.1.

VI. LEGISLACIÓN CITADA

ARGENTINA, Constitución Nacional (1994).

ARGENTINA, Código Civil y Comercial (08/10/2014).

ARGENTINA, Ley 20.744. Ley de Contrato de Trabajo (11/09/1974).

ARGENTINA, Ley 23.592. Ley de medidas contra actos discriminatorios (05/09/1988).

ARGENTINA, Ley 14.515. Ley de creación del INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo) (03/08/1995).

ARGENTINA, Ley 25.013. Ley de Reforma Laboral (02/09/1988).

ARGENTINA, Ley 25.877. Régimen Laboral. (18/03/2004)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio N° 111 (1968) ratificado por ley 17.677.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), (14/09/2004), “Vizzotti, Carlos Alberto –vs- AMSA SA S/Despido”, (caso Vizzotti).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), (20/12/2010), “Álvarez, Maximiliano y otros –vs- Cencosud SA S/Amparo”, (caso Álvarez).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), (15/11/2011), “Pellicori, Liliana Silvia –vs- Colegio Público de Abogados de la Capital Federal S/Amparo”, (caso Pellicori).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), (20/05/2014), “Sisnero, Mirtha Graciela y otros –vs- Tadelva SRL y otros S/Amparo”, (caso Sisnero).

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Sala 6, (16/03/2004), “Balaguer, Catalina –vs- Pepsico de Argentina SRL S/Amparo”, (caso Balaguer).

Sentencia Juzgado del Trabajo de la 1ra. Nominación de Tucumán, (21/08/2019), “Armanini, Alvaro Benjamín vs Monsanto Argentina SA S/Diferencias indemnizatorias”.