

La Corte declara inconstitucional la ley 23.523 sobre derecho de preferencia en el reingreso del trabajador bancario despedido por huelga ().*

Por Hugo Roberto Mansueti.

SUMARIO. 1.- Planteamiento de la cuestión. - 2.- Régimen de la ley 23.523.- 3.- La decisión de la Corte.- 4.- Antecedentes de la ley 23.523.- 5.- Diferencias regulatorias entre la ley 23.523 y su antecedente la ley 16.507.- 6.- Trascendencia del fallo y conclusiones: inconstitucionalidad precipitada y control indebido sobre el análisis de conveniencia realizado por el Congreso.

Síntesis de contenido: *El presente artículo constituye una visión crítica a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.523 que disponía el derecho de preferencia del trabajador bancario despedido por huelga, en caso de producirse vacante en su nuevo empleo. Con ello, a nuestro entender la Corte se ha entrometido en facultades propias del Congreso, protegiendo en forma desmedida los intereses de los bancos particulares.*

1.- Planteamiento de la cuestión.

El 24 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia

resolvió por mayoría¹ confirmar la ilegitimidad o inconstitucionalidad de la ley 23.523 sobre *“Derecho de preferencia en el ingreso a sus anteriores empleos”*, en cuanto obliga al empleador a reincorporar a los agentes bancarios que solicitaran su reincorporación en los términos y condiciones previstos por la citada normativa.

La sentencia que comentamos se circunscribe en una serie de pronunciamientos que, desde el conocido caso *“De Luca”*, viene planteando la Corte su interpretación restrictiva al reconocimiento de derechos de estabilidad en el empleo o preferencia en la reincorporación, en la medida que a través de ellos se impongan limitaciones onerosas al derecho de propiedad o a la libertad de contratación.

2.- Régimen de la ley 23.523.

La ley tiene por beneficiarios a los trabajadores bancarios, pertenecientes a entidades bancarias oficiales, tanto públicas (nacionales, provinciales o municipales) como privadas, que perdieron sus antiguos puestos de trabajo, mediante despido o traslado, por causas políticas, gremiales o por haber participado en huelgas u otras medidas de acción directa, en el período comprendido entre el 1° de enero de 1959 y el 10 de diciembre de 1983. Con relación a ellos, la ley reconoce el derecho *“a la preferencia en el ingreso en sus anteriores empleos”* (art. 1°).

El ejercicio de este derecho queda supeditado a las condiciones establecidas en la misma ley, a saber:

¹ Causa *“Agnese, Miguel Angel c/ The First National Bank of Boston (Banco de Boston) s/ acción de reincorporación”*.

1.-) Plazo de caducidad de 60 días hábiles posteriores a la publicación de la ley en el Boletín Oficial, dentro del cual el trabajador beneficiado debe comunicar (por Carta Documento o telegrama) su voluntad de reingreso (art. 2°). Con dichas comunicaciones y antecedentes del trabajador, la entidad bancaria debe confeccionar un legajo personal del que debe remitir copia al Ministerio de Trabajo y a la Asociación Bancaria (art. 3°).

2.-) Si en la institución donde se decidió el distracto se produjera alguna vacante o creara algún nuevo puesto de trabajo, la entidad deberá otorgar preferencia al trabajador que hubiera comunicado su voluntad de reingreso (art. 4°).

3.-) El período de inactividad se computará como tiempo de trabajo efectivo “*a todo efecto o beneficio que alcance al personal en actividad*” (art. 6°).

4.-) Si cumplidas las condiciones anteriores la entidad decidiera no readmitir al trabajador, corresponderá pagarle una indemnización equivalente a la común por despido arbitrario del art. 245 de la L.C.T. En este caso corresponderá computar como antigüedad la resultante desde el primer ingreso del agente a la institución y hasta la fecha en que se resolviera denegar su reincorporación. En caso el agente hubiere percibido con anterioridad alguna indemnización por despido, corresponderá seguir el procedimiento del art. 255 de la L.C.T. y deducir lo percibido del mayor importe resultante de esta ley (art. 8°).

5.-) La ley aclara que las personas en ella comprendidas “*en ningún caso tendrán derecho a la percepción de remuneraciones por los períodos de inactividad*” (art. 9°).

3.- La decisión de la Corte.

En el caso que concluyera en la sentencia que comentamos, el actor no reclamó la indemnización prevista por la ley 23.523 (como consecuencia de la negativa del Banco a reincorporar al agente) sino una reparación por daños y perjuicios derivados en la demora por parte de su ex empleador a resolver su reincorporación, reclamo cuya procedencia negaba en forma expresa el art. 9 de la citada ley.

Por estas razones, la sentencia de 1ra Instancia² resuelve el caso desestimando la demanda de daños y perjuicios con sustento en lo dispuesto por el art. 9 de la ley y, de este modo, sin necesidad de decretar inconstitucionalidad de ningún tipo a la ley 23.523.

La cuestión vinculada a la constitucionalidad de la ley 23.523 es introducida por la Sala III mediante el voto del Dr. Eiras, quien propuso al Tribunal declarar la invalidez constitucional de la norma. Entendió que como las partes habían extinguido su relación laboral varios años atrás al amparo de otro régimen legal, su situación debe equipararse a la de dos extraños. Bajo esta premisa, interpreta que el derecho de preferencia incorporado por la nueva ley condicionaba la voluntad de la demandada a seleccionar con quién vincularse e interfería con su derecho a dejar el puesto vacante. Con todo ello, la ley 23.523 alteraba el espíritu de los derechos de propiedad y libertad para contratar más allá de lo permitido por la Constitución. Con algunas consideraciones propias sobre el alcance del derecho a la estabilidad, termina adhiriendo a dicho voto el Dr. Lasarte.

La causa llega a la Corte Suprema por recurso extraordinario de

² Juzgado del Trabajo N° 28, Sentencia Definitiva N° 16.169 del 30/11/94.

apelación interpuesto por la actora, fundado en las causales de arbitrariedad de sentencia y constitucionalidad de la ley 23.523. La Corte declara inadmisibile el recurso fundado en la arbitrariedad de sentencia. No analiza los agravios en este sentido amparándose en la facultad que le confiere el art. 280 del C.P.C.C.N.

La Corte interpretó por mayoría, que la regulación contenida en esta ley convierte el ejercicio del derecho de elegir la persona del trabajador contratado en un factor de atribución de responsabilidad (trabajador beneficiado por la preferencia), e impone una carga pecuniaria derivada del reconocimiento de antigüedad no trabajada, todo lo cual importa el reconocimiento de derechos sin contraprestación de trabajo, vulnera la libertad de contratar y la garantía de propiedad (Considerando 6°).

Entendió que el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley no debía hallarse condicionado por haber reclamado el actor una reparación de daños y perjuicios reñida con lo dispuesto por el art. 9° de la ley, toda vez que la actividad de control solo puede llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones contenidas en la ley y no en el resultado concreto del litigio (Consid. 7°). Aplica aquí la doctrina que vino acuñando desde *Fallos: 288:325* en el sentido que el control de constitucionalidad requiere el análisis del *contenido* de la ley con prescindencia del resultado que habría tenido en concreto su *aplicación*³.

En su voto por separado, el Dr. Petracchi arriba a las mismas conclusiones que el voto de la mayoría, pero analiza con mayor profundidad lo atinente a la razonabilidad de la norma. Estima que no hay proporción de medio a fin entre el beneficio de preferencia establecido a favor de un reducido grupo de

³ Cfr. además, *Fallos: 300:707*.

beneficiarios y la lesión que ello importa a los derechos de propiedad y libertad de contratación respecto de sus ex empleadores bancarios. Que cualquiera haya sido el grado de las iniquidades sufridas por los empleados bancarios en el período al que alude la ley, su reparación no puede establecerse mediante una violación constitucional.

Por la constitucionalidad de la ley se expide la minoría, conformada en este caso por los Dres. Nazareno, Fayt, Belluscio y Bossert.

El argumento decisivo se advierte en el considerando 11°: *"el examen de los méritos o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos - la cuestión de si debieron elegirse los cauces que estableció la ley 23.523 u otros - es ajeno a la competencia de esta Corte, a la que sólo le incumbe pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los medios elegidos por el Congreso"*.

A criterio de la disidencia no se advierte restricción irrazonable a la libertad de contratación, desde que el art. 1° de la ley solo establece un derecho de *"preferencia"*, que debe ser ejercitado en caso de existir una vacante y con arreglo a las disposiciones que la propia ley indica bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Asociación Bancaria (Considerando 9°). Que, por otro lado, la norma no obliga a contratar, toda vez que dicha preferencia puede ser soslayada mediante el pago de una suma de dinero (Considerando 10°).

4.- Antecedentes de la ley 23.523.-

En el desarrollo de la norma heterónoma de regulación del estatuto del trabajador bancario, se circunscriben tres capítulos de interés para el

derecho constitucional: a.-) el régimen de estabilidad originariamente adquirido por este sector; b.-) su modificación por el Decreto 5547/59 para facilitar el despido del personal que a ese momento se encontraba realizando medidas de acción directa; y c.-) los malogrados intentos de reparación a estos despidos por leyes 16.507 y 23.523.

a.-) Régimen de estabilidad.

El derecho a la permanencia en el empleo del trabajador bancario gozó de especial protección en el marco regulatorio de la ley 12.637 y su decreto reglamentario N° 20.268/46.

Sin embargo, en las causas "*Caputti Ferreyra c/ Banco Español del Río de La Plata*" y "*De Luca, J.M. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata*"⁴, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria de la ley 12.637 (art. 6°, párrafo 3°, del decreto 20.268/46) que obligaba al banco a pagar al empleado despedido sin causa justificada todos los sueldos, hasta obtener la jubilación ordinaria íntegra en caso de no ser reincorporado en su cargo⁵.

El tribunal consideró que la norma que otorgaba estabilidad al trabajador bancario lesionaba el derecho de propiedad, de gestión de la empresa, además de la inmoralidad que significa el pago de una suma similar a la del salario sin que exista prestación alguna de trabajo: "*el pago a que se refiere el art.*

⁴ "Fallos": 273:87.

⁵ Ver Livellara, Carlos Alberto, *Régimen laboral bancario*, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996 págs. 47 y sgtes.; Rainolter, Milton, *Desarrollo de la norma laboral en la Argentina*, en *Tratado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, dirigido por Antonio Vazquez Vialard, Tomo III, pág. 217.

6°, apartado 3°, del decreto 20.268/46, al consagrar el privilegio de percibir un sueldo sin contraprestación de trabajo, viene a constituirse en una especie de renta vitalicia gratuita fundada en la sola voluntad del legislador, que asegura a los beneficiarios una ganancia cierta sin actividad alguna de su parte”⁶.

De este modo, lo que se interpretaba como inconstitucional era el pago de salarios sin contraprestación efectiva. La Corte no entró a analizar si constituía “contraprestación” la obligación del trabajador de permanecer “a disposición” del empleador, extremo este que originaba la obligación del banco de pagar salarios del tipo “caídos” y en ello radica el argumento a favor de la constitucionalidad del sistema propugnado, principalmente, por De la Fuente⁷.

Dentro de esta línea argumental, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por su Sala II, había interpretado que el pago de salarios no podía hacerse de manera global (en un solo pago) porque no constituía indemnización⁸. Efectivamente, excede lo razonable una indemnización equivalente a la totalidad de salarios que debería percibir el agente hasta alcanzar la edad para jubilarse y así lo interpretó la Corte en el caso “De Luca”.

b.-) La legitimación de despidos por huelga.

⁶ “Fallos” 273:96.

⁷ De la Fuente, H., *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Bs. As., Zavalía, 1976, págs. 122 y sgtes.

⁸ C.N.A.Tr., Sala II, “Fernández de Quinteros, O.B. c/ El Sol Argentino y victoria”; D.T. T° 1960 pág. 519; en sentido coincidente ver Rainolter, Milton, *Desarrollo de la norma laboral en la Argentina*, en *Tratado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, dirigido por Antonio Vazquez Vialard, Tomo III, pág. 106.

Por razones coyunturales, derivadas de un plan de medidas de acción directa emprendidas por el sector, el régimen de estabilidad previsto a favor del trabajador bancario por Decreto 20.268/46 (reglamentario a la ley 12.637), fue objeto de modificación en su art. 13 mediante Decreto 5547/59⁹, disponiéndose como causal de cesantía las inasistencias injustificadas, calificándose como tales *"las que se produzcan en caso de huelgas declaradas ilegales por autoridad competente, siendo facultativo de los bancos despedir a todo o parte del personal que adhiera a las mismas, y en este caso sin necesidad de sumario previa intimación fehaciente por parte de la empresa a reintegrarse a las tareas dentro las 24 horas"*.

Terminadas las medidas de acción directa emprendidas por la Asociación Bancaria fue objeto de nueva modificación el régimen de estabilidad.

Por Decreto 1368/63¹⁰ se deja sin efecto el texto íntegro del Decreto 5547/59, ello así por interpretar el nuevo Poder Ejecutivo que aquél decreto había introducido modificaciones al régimen de estabilidad *"durante el desarrollo de una huelga declarada por el gremio de bancarios; por lo que resulta indudable, que con el decreto cuestionado, se intentó quebrar el mencionado movimiento de fuerza"* y que *"las normas reglamentarias de las leyes de trabajo no deben inspirarse en hechos circunstanciales; ni ser instrumento para coartar el ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución Nacional"*. Se entendió que era *"deber del gobierno revisar aquellas medidas que suponen intención intimidatoria"* agregando que el decreto 5547/59 era contrario a la regla de razonabilidad prevista por el art. 86 inc. 2° de la Constitución Nacional toda vez

⁹ B.O. 2/6/59.

¹⁰ B.O. 20/12/63.

que había alterado el espíritu de la ley a la que pretendía reglamentar.

c.-) El caso de trabajadores despedidos por Decreto 5547/59.

Sin embargo, quedaban subsistentes los despidos a trabajadores que adhirieron a movimientos de acción directa por aplicación del derogado Decreto 5547/59.

Frente a ello, se sucedieron los siguientes intentos normativos de reparación:

Al año siguiente de la derogación del Decreto 5547/59 recibe sanción la ley 16.507¹¹, por cuyo art. 1° establecía la lisa y llana reincorporación a sus cargos de los agentes bancarios que fueron dejados cesantes, despedidos o trasladados, por causas políticas, gremiales o por haber participado en huelgas u otras actividades sindicales con o sin sumario previo, y los que fueron separados de sus empleos por aplicación de la ley 14.794 y decreto 10.115/59 por el período comprendido entre el 1° de enero de 1948 y la fecha de promulgación de esta ley (art. 1°)¹².

Los trabajadores beneficiados con dicha reincorporación contaban con un plazo de caducidad de los 60 días posteriores a la promulgación de la ley para comunicar a sus empleadores la voluntad de reintegrarse, lo cual debía llevarse a cabo a partir del primer día hábil del mes siguiente a aquel en que se formule la opción (art. 3°). Los períodos de inactividad resultantes a partir de la cesantía, debían ser considerados como de prestación de servicios a cualquier

¹¹ B.O. 21/11/64.

¹² Recibió promulgación tácita el 12/11/64.

efecto o beneficio previsto a favor del trabajador (art. 2°).

El incumplimiento a la reincorporación prevista por la ley originaba el derecho del trabajador afectado *"a percibir una indemnización equivalente a la establecida en el art. 6° del decreto 20.268/46"* (art. 5°). Por su parte, esta última norma establecía dos tipos de indemnización, según que el cese del empleado se originara en el cierre de la entidad bancaria (un mes de sueldo por cada año de antigüedad) o en la determinación del empleador (*"las remuneraciones que le pertenezcan hasta que el mismo alcance el derecho a la jubilación"*).

En oportunidad del debate en Cámara de Diputados del proyecto presentado por el Diputado Raúl Fernández y que luego recibiera sanción como ley 16.507, se aprobó incluir en el Diario de Sesiones una dictamen de constitucionalidad de la ley emitido por el Dr. Carlos Sánchez Viamonte, quien sostenía la existencia de analogía entre esta ley que restringía la autonomía de voluntad de las entidades bancarias obligadas a la reincorporación y leyes similares de policía, fundadas en razones de emergencia económica, que también imponían similares restricciones sobre derechos de particulares en los casos de arrendamientos. El distinguido constitucionalista sostenía que el Congreso tenía facultades derivadas del concepto *"amplio"* de poder de policía para legislar la reincorporación de estos trabajadores¹³.

La reincorporación se produjo de manera automática en las entidades bancarias del sector público, constituidas como entidades autárquicas. El Poder Ejecutivo se ocupó de reglamentar casi de inmediato esta ley por

¹³ El dictamen obra glosado en el Diario de Sesiones de Diputados, año 1964, págs. 3019-3020 y A.D.L.A., T° 1964-C pág. 2031/2032.

Decreto 9630/64¹⁴.

Para el sector público no se dudaba acerca de la constitucionalidad de estas disposiciones. El Estado podía disponer de lo que le es propio y ordenar la reincorporación de sus trabajadores, resultando improcedente que cualquier organismo estatal planteara la inconstitucionalidad de la ley 16.507¹⁵.

No ocurrió lo mismo con relación a algunas entidades bancarias privadas, cuya negativa a acceder con la reincorporación generó causas judiciales en donde se debatió la constitucionalidad de la ley 16.507.

En oportunidad de resolver la causa "*Díaz, José Manuel y otros c/ Banco de Avellaneda S.A.*"¹⁶, la Corte declaró la inconstitucionalidad del derecho al reingreso en el puesto de trabajo previsto por la ley 16.507. El argumento decisivo estuvo dado por interpretar que "*existe agravio a la Constitución en los casos en que la aplicación retroactiva de la ley vulnera derechos adquiridos y definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que se pretende aplicar la nueva ley*"¹⁷. También se expidió la Corte con relación a los argumentos vertidos en el debate parlamentario sobre la constitucionalidad de la ley, entendiendo que tenían un valor relativo puesto que lo contrario, importaría tanto

¹⁴ B.O. 30/11/64.

¹⁵ C.N.Fed., Sala cont. Adm., 30/9/68, "*Supeña, Alfredo c/ Banco de la Nación Argentina*"; E.D. T° 26, pág. 608, con nota de Germán J. Bidart Campos "*Reflexiones en torno de la derogación de la ley 16.507*".

¹⁶ C.S.J.N., 3/4/68, "*Díaz, José Manuel y otros c/ Banco de Avellaneda S.A.*", Fallos: 270-201.

¹⁷ Consid. 4°; Fallos: 270-204.

como *“admitir la posibilidad – por parte del legislador – de limitar el control de constitucionalidad que incumbe a los jueces”*¹⁸.

Por regla estatal llamada *“ley”* N° 18.027¹⁹ fue *“derogada”* la ley 16.507. Por el art. 2° de este acto del gobierno de facto se establecía que *“La presente ley es de orden público y se aplicará de oficio en los juicios que no tuvieren sentencia firme a la fecha de su sanción, cualquiera fuere el estado en que se hallaren”*.

En 1984 es sancionada la ley 23.080 que implementaba un régimen estatutario para el trabajador bancario. Entre otros beneficios, la ley estableció el derecho a la estabilidad en el empleo una vez transcurridos los seis primeros meses (arts. 2° inc. a, 3°, 7° y 10). El proyecto fue vetado por el Presidente Raúl Alfonsín y devuelto para su tratamiento al Congreso²⁰, en cuyo recinto no fue objeto de enmiendas ni de un voto de insistencia, por lo que jamás recibió promulgación.

Frustrado así el proyecto de ley N° 23.080, el Senado aprueba *“por unanimidad”* en su sesión del 19 de setiembre de 1985, un proyecto de ley presentado por los Senadores Vicente Saadi y Julio Amoedo que contenía solo dos artículos. Por el primero se derogaba la ley de facto N° 18.027. El artículo segundo reimplantaba, por sesenta días hábiles, la vigencia de la ley 16.507 la que se hacía extensiva a los trabajadores *“despedidos, prescindidos o dejado*

¹⁸ Consid. 5°.

¹⁹ B.O. 13/1/69.

²⁰ Mensaje 2850 del 12/9/84.

cesantes entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983"²¹.

Con dicha media sanción, el proyecto ingresa en la Cámara de Diputados y de allí a la Comisión de Legislación del Trabajo, donde se procede a reformular íntegramente su texto, pasando a tener la redacción con que hoy conocemos a la ley 23.523. El informe de la mayoría se limita a justificar la reformulación del texto en la necesidad de darle a la ley un contenido más reglamentarista y evitar así, interpretaciones que puedan derivar en dudas sobre su implementación. Tuvo así media sanción en Diputados el proyecto con fecha 3 de junio de 1987 y, con las señaladas modificaciones, es pasado al Senado donde recibe sanción definitiva en su sesión del 24 de junio de 1987.

El 8 de julio de ese año, el proyecto fue devuelto con observaciones por el Presidente Alfonsín. El mensaje contenía explicaciones de tipo jurídico, consistentes en la probable inconstitucionalidad de la ley. Entre otras razones, entendía que se estaba restringiendo la libertad de libre contratación de la entidad bancaria, que se creaba una indemnización (para el caso de infracción al deber de asignar preferencia) que no reconocía causa, contraprestación o perjuicio. Que el establecer de manera retroactiva obligaciones a los bancos que no estaban vigentes a la fecha del despido, tal como lo disponía la ley 16.507, había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en 1968²².

Recibido el proyecto con su mensaje por las comisiones de Trabajo y Previsión Social y Economía del Senado, ambas se expiden aconsejando insistir en su sanción. Este informe es tratado en la sesión del 19 de

²¹ Diario de sesiones del Senado, Reunión 25° del 19/09/85, págs. 2359 a 2362.

²² C.S.J.N., 3/4/68, "Díaz, José Manuel y otros c/ Banco de Avellaneda S.A.", *Fallos*: 270-201.

mayo de 1988 donde recibe la cantidad de votos necesaria para la insistencia del Cuerpo²³. El proyecto con la insistencia del Senado pasa a Diputados donde, en la sesión del 28 de setiembre del mismo año²⁴, logra promulgar la ley 23.523 por insistencia del Congreso.

Su publicación en Boletín Oficial del 28 de octubre de 1988 habría tornado innecesaria la intervención de la prensa (C.N., art. 83).

5.- Diferencias regulatorias entre la ley 23.523 y su antecedente la ley 16.507.-

Como bien apuntara la Procuración General del Trabajo en oportunidad de dictaminar la causa *"Tortosa, Enzo Eduardo c/ Banco Supervielle Societe Generale S.A. s/ indemnización ley 23.523"*²⁵, aunque la ley 23.523 comparte la teleología general de la ley 16.507, presenta aristas que la diferencian de ésta y que impiden la recepción automática la doctrina de inconstitucionalidad del derecho a la reincorporación contenido en la ley 16.507.

Ello así porque la ley 23.523 consagra un derecho de *"preferencia"* y no la lisa y llana reincorporación que regulaba la ley 16.507.

En la ley 23.523 *"la intensidad de la influencia del poder heterónimo es más débil, ya que no es lo mismo hacer renacer imperativamente una relación ya fenecida que imponer un derecho de preferencia sólo cuando el*

²³ 26 senadores por la afirmativa y 3 por la negativa.

²⁴ Con una mayoría de 147 votos afirmativos contra dos abstenciones y ocho por la negativa.

²⁵ Procuración General del Trabajo, Dictamen N° 12.943 del 11/03/92.

*empleador tenga una vacante y que pueda ser sorteado mediante el ejercicio de una opción indemnizatoria". De este modo, la ley 23.523 "es menos avasallante y rígida que la ley 16.507 porque permite a la empresa, liberarse de la preferencia pagando una suma de dinero tarifada"*²⁶.

Este criterio no fue compartido por la Cámara del Trabajo, la que se pronunció por la inconstitucionalidad de la ley 23.523 sobre la base de interpretar que existe similitud de regulación entre esta norma y su antecesora la ley 16.507, resultando por lo tanto aplicables los argumentos de la Corte Suprema expuestos principalmente en *"Díaz, José Manuel y otros c/ Banco de Avellaneda S.A."*²⁷.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires también se había pronunciado ya por la inconstitucionalidad de la ley 23.523 por entender que esta regulación, *"al imponer indebidamente al empleador bancario la obligación de retomar a empleados despedidos por causas que al tiempo de su actuación fueron legítimas, ha excedido la simple reglamentación del derecho de propiedad y de contratar, lesionando el principio de seguridad jurídica y también el de razonabilidad, que es una de las condiciones a que debe someterse toda reglamentación legal de las prestaciones patronales, apareciendo entonces como arbitraria y lesiva del orden jurídico establecido en la C.N. principalmente en los*

²⁶ Procuración General del Trabajo, íd. Nota anterior.

²⁷ C.N.A.Tr., Sala V, 17/6/92, "Tortosa, Enzo c/ Banco Supervielle Societé Generale S.A.", J.A., 1995-III-síntesis; en sentido coincidente, ídem Sala II, 24/5/94, "Lankinen, Tauno c/ Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación", Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, Año I, N° 1, marzo de 1995, pág. 75.

arts. 14, 17 y 33 de la misma²⁸.

6.- Trascendencia del fallo: inconstitucionalidad precipitada y control indebido sobre el análisis de conveniencia realizado por el Congreso.

La sentencia comentada concluye un nuevo capítulo en el iter decorrido por este grupo de trabajadores bancarios afectados por despidos desde el año 1959.

En materia de control de constitucionalidad, queda claro que la Corte interpretó por mayoría que la reparación dispuesta por el Congreso a través del derecho de preferencia, importaba una carga excesivamente onerosa para determinados empleadores del sector privado.

Del voto por separado del Dr. Petracchi queda claro que el principal cuestionamiento a la validez constitucional de la norma pasa por su falta de razonabilidad.

En materia de razonabilidad de las leyes, el lugar común de los constitucionalistas está dado por la opinión de Juan Francisco Linares, quien se expresa de este modo sobre el llamado *debido proceso sustancial*: *"la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el*

²⁸ S.C.B.A., 3/9/91, "Maiaru, Leonardo A. y otro c/ Banco Comercial de Tandil S.A."; T. y S.S. T° 1992, pág. 131.

*medio que como prestación o sanción establece dicho acto*²⁹.

Desde esta perspectiva, la ley 23.523 se hallaría conformada por los siguientes elementos:

a.-) Hecho antecedente: reconocimiento de un derecho de preferencia, para el caso exista vacante, a trabajadores despedidos de manera injustificada en sus anteriores empleos.

b.-) Hecho consecuente: obligación de ex empleadores de estos trabajadores a reincorporarlos con la posibilidad de negarse a hacerlo pagando una indemnización tarifada.

c.-) Circunstancias sociales: necesidad de otorgar reparación a un grupo de trabajadores afectados por el Decreto 5547/59 que permitía los despidos por huelga, valorada dicha necesidad y conveniencia por el Congreso en ley formal.

d.-) Fines perseguidos: reparar la situación descrita en el punto anterior mediante la reincorporación de estos trabajadores a sus antiguos empleos o percepción de la indemnización que en su momento no percibieron.

e.-) Medio empleado: ley formal obligando a ex empleadores de trabajadores despedidos por huelga a asignarles preferencia en la reincorporación, con posibilidad de no reincorporarlos mediante el pago de una indemnización.

Se ha interpretado aquí que la ley no sería constitucional por no existir adecuación en los puntos b) y e), es decir, que el medio empleado

²⁹ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires 1970, pág. 31.

(restricción a los derechos de propiedad y libertad de contratación) habría venido a alterar derechos constitucionales más allá de lo que exigían las circunstancias sociales analizadas por el legislador.

El control de constitucionalidad así ejercitado sobre la ley 23.523 viene a confirmar la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento de pautas objetivas de regulación sobre el punto, de manera tal de evitar este tipo de soluciones contradictorias donde, en definitiva, lo que hace la Corte es analizar criterios de oportunidad, mérito o conveniencias que son propios del Congreso de la Nación y ajenos a la esfera del control judicial.

En efecto, el Congreso de la Nación cuenta con facultades suficientes para dictar la legislación de fondo (art. 75 inc. 12) que incluye aspectos estrechamente vinculados al sistema de protección en el trabajo en general y, particularmente, contra el despido arbitrario (art. 14 bis).

El argumento vinculado con que la ley importaría una excesiva limitación a la libertad de contratación no parece suficiente, desde el momento en que la misma ley permite al empleador no reincorporar al trabajador con el pago de una remuneración. Además, debe tenerse en cuenta que en este tipo de limitaciones a la autonomía de la voluntad radica la misma esencia del derecho del trabajo. Bien se ha escrito que *"El contrato de trabajo nace con las restricciones, las limitaciones a la autonomía de la voluntad que responden a la técnica jurídica apropiada para la realización de los fines propuestos, basados en los principios del Derecho del Trabajo"*³⁰.

³⁰ Rodríguez Mancini, Jorge: *Ocaso o rehabilitación del derecho del trabajo*; T. y S.S., T° 1979, pág. 130.

En el mismo artículo, analogía de sistemas entre el derecho a la reincorporación previsto por la ley 16.507 y el caso de los arts. 10 y 11 de la ley 14.786 que en materia de conflictos colectivos del trabajo, prevé la obligación del empleador de reincorporar a trabajadores despedidos durante medidas de acción directa y por el tiempo que demande la conciliación obligatoria. En el art. 9° de esta ley 14.786 se prevé claramente que en caso no cumpla el empleador con su obligación de reincorporar al trabajador despedido o suspendido durante las medidas de acción directa, los trabajadores tendrán derecho *"a percibir la remuneración que les habría correspondido si la medida no se hubiere adoptado"*.

La propia Corte había considerado legítimas las restricciones a la libertad de contratación cuando se fundaban en un fin público de promover empleo. Así lo interpretó en 1960, cuando resuelve la Corte el conocido caso *"Cine Callao"*³¹ declarando la constitucionalidad de la ley 14.226 cuyo art. 1° declaraba *"obligatoria la inclusión de espectáculos artísticos vivos de variedades en los programas de las salas cinematográficas de todo el territorio de la Nación"*.

Entendió la Corte que la carga impuesta a los empresarios por la ley 14.226 *"no suprime ni altera el derecho a ejercer su comercio específico en la sala destinada a ese efecto, en la cual el negocio de exhibición cinematográfica puede explotarse en las horas y condiciones habituales con posibilidad de recuperar las inversiones necesarias para la adecuación de la sala –de escasa importancia en el caso–"* (consid. 18°).

La base de este argumento estuvo dada en el Considerando 13°, donde sostuvo que *"el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para*

³¹ C.S.J.N., 22/06/60, *"Callao (cine) s/ interpone recurso jerárquico c/ resolución dictada por la Dirección Nacional de Servicios de Empleo"*; Fallos: 247-128.

alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte". Y cita en apoyo de esa doctrina, lo resuelto por la Corte Suprema norteamericana en US 197,350 "esta Corte no tiene deber superior que el de dar vigencia, mediante sus fallos, a la voluntad del Departamento Legislativo del Gobierno, tal como se expresa en la ley, salvo en aquellos casos en que la ley sea evidente e indubitablemente violatoria de la Constitución, pues si la ley excede los poderes constitucionales del Congreso, la Corte dejaría de cumplir un deber solemne si así no lo declarase".

De este modo, la propia Corte reafirmó en *Cine Callao* los límites del ejercicio del control de constitucionalidad que le toca ejercer en nuestro medio al Poder Judicial: *"Esta atribución, por tanto, sólo debe ser ejercida cuando la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violencia en los textos"* (Consid. 13).

La teoría del *consumo jurídico* a través de la cual se asigna carácter de derecho constitucional de propiedad a la extinción de contratos de trabajo hallándose vigente el Decreto 5547/59 es de muy relativa aplicación al caso en análisis, teniendo en cuenta que a través de la citada normativa dicho *consumo* generó un enriquecimiento sin causa a determinados empleadores bancarios, quien se vieron con la posibilidad de despedir a trabajadores por huelga sin erogar indemnizaciones que, por aquél momento, eran de monto sustancialmente mayor al previsto por la ley 23.523 para el caso de no aceptar la obligación de hacer allí regulada.

Es el Congreso de la Nación el órgano de nuestro Estado dotado

por la Constitución Nacional con facultades para hallar solución a lo que dicho cuerpo considere como iniquidades de la historia. En algunos casos la Constitución lo hace de manera explícita, como cuando habilita al Congreso a dictar leyes generales de amnistía (art. 75 inc. 20).

Pero para los demás casos, resulta cláusula suficiente la del art. 75 inc. 32 que confiere a dicho órgano la facultad de dictar “*todas las leyes y reglamentos que sean convenientes...*”, dejando a este órgano del Gobierno federal la competencia exclusiva para determinar qué es lo que considera *conveniente* en función de los poderes expresos asignados por la Constitución³².

En este sentido, la reforma de 1994 vino a ampliar la competencia del Congreso cuando, por la primer parte del nuevo inciso 19 del art. 75, le asigna la atribución de “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo...*”.

El criterio de razonabilidad empleado por la Corte al resolver la causa *Agnese* importa una desmesurada intromisión en atribuciones propias del Congreso de la Nación. La declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.523 solo fue posible mediante un análisis de oportunidad, mérito y conveniencias por

³² Vale la pena recordar aquí que nuestros constituyentes de 1853 se apartaron del modelo norteamericano asignándole mayores atribuciones al Congreso argentino. La Constitución norteamericana en su art. I, sección 8, cláusula 18, agrega a continuación de “*convenientes*” la expresión “*necesarias*” como requisito adicional a esta función discrecional del órgano legislativo. Sobre el particular, ver el muy ilustrado trabajo de Jorge A. Aja Espil, *Constitución y poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Tea, Buenos Aires 1987, págs. 140 y sgtes.

completo ajenos a la esfera de control judicial que asigna nuestra Constitución.

Queda claro que la línea argumental expuesta por la Corte en *Cine Callao* se quiebra en el caso *Agnese*.

Con todas las críticas o reparos que puedan caberle a la ley 23.523, ha quedado claro que la pretendida repugnancia al texto constitucional no aparece manifiesta. Existiendo dos alternativas posibles de interpretación, una favorable a la validez constitucional de la norma y otra a su invalidez, la Corte optó, de manera precipitada a nuestro criterio, por la interpretación que debió dejar para un último recurso.

Hugo Roberto Mansueti.

(*) Este trabajo fue remitido para su publicación en la Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional.