

LA INEFICACIA DE LA REFORMA LABORAL

Antonio J. Barrera Nicholson¹

Resumen.

En el presente estudio se analiza, desde un punto de vista estrictamente jurídico y en línea con el connatural carácter protectorio del derecho del trabajo, que efecto real y concreto pueden tener las modificaciones que al corpus laboral plantea la ley 27.742.

El análisis se realiza desde la teoría general del contrato de trabajo, desde la garantía constitucional de protección y a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Se arriba a la conclusión, desde una perspectiva, que la reforma muy probablemente será ineficaz.

1. Introducción.

Los laboristas afrontamos, una vez más, las dificultades que nos presenta una nueva oleada precarizadora de los derechos laborales ¡Y van!

Hace años que la *vocación expansiva del derecho del trabajo*, de la que da cuenta la doctrina laboral tradicional, ha sido desplazada por repitentes intentos de deslaborar la prestación de las personas que trabajan en relación de dependencia, esto es desvestirlas de su condición laboral y excluirlas de la protección que confiere (¿debería conferir?) el contrato de trabajo.

La oleada *flexibilizadora* de los años '90 nos encontró a los laboristas, menester es reconocer, sin las herramientas suficientes para resistirla. Situación que cambió radicalmente con la reforma laboral del '94 y la evolución del derecho interno a partir de la incorporación del llamado *bloque de constitucionalidad*; lo que fue reforzado eficazmente mediante la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015.

Sin embargo, constituye una realidad, los trabajadores, sus representantes y sus abogados no hemos podido/sabido recuperar aquella *vocación expansiva* y estamos más abocados a la defensa de lo existente que al logro de nuevos avances, nuevas conquistas.

La sanción de la ley 27.742, la ley Bases en su denominación coloquial, nos pone una vez más frente a la necesidad de bucear en las nuevas herramientas, que hoy sí tenemos, para resistir un nuevo embate precarizador; esta vez más

¹Abogado laborista, Profesor Universitario por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina); profesor titular de posgrado en la Universidad San Carlos de Guatemala; profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y UNPaz; ex profesor adjunto por concurso de la materia (Universidad Nacional de La Plata); Miembro Honorario del Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Pcia. de Buenos Aires; Director Honorario del Instituto de Derecho del Trabajo del Consejo de Abogados de La Rioja; Miembro del Comité Editorial de la revista Temas de Derecho del Trabajo (ERREPAR); Visitante Distinguido del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Ex Director del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Quilmes (varios mandatos); Integrante de la Asociación de Abogados Laboristas y del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal; Creador del Grupo 14 bis.

profundo, más violento, más claramente contrario a los derechos de las personas que trabajan. Sancionada con una profunda ignorancia de la sistemática protectoria de la materia o, cuando menos, aparentado *desconocimiento*, lo que se apoyó en circunstanciales mayorías parlamentarias.

Una vez más los laboristas estaremos a la altura de nuestro compromiso y damos batalla en todos los frentes en los que participamos, pero nuestra actividad principal es la defensa de trabajadores en el litigio. Y allí estaremos, con nuestras herramientas, con nuestras convicciones, una inquebrantable fe en el derecho y la esperanza de que nuestro servicio de justicia, tan precarizado como la como el trabajo mismo, pueda dar una respuesta adecuada y suficiente.

Desde tal perspectiva abordamos el estudio de aspectos de la teoría general del derecho desde una perspectiva laboral, tratando de dar respuestas a las inquietudes del momento: ¿Cómo se integra el plexo obligacional del contrato de trabajo?, ¿Se puede modificar por ley el contenido obligacional del contrato?, ¿Cómo opera el derecho transitorio?, ¿Y las normas constitucionales y convencionales?

Intentamos dar, en los límites de un artículo², respuesta a todos estos interrogantes.

2. Integración del contrato de trabajo.

A fin de estudiar cómo se integra el contenido obligacional de un contrato de trabajo resulta necesario precisar algunos conceptos generales que ofrecen algunas particularidades al ser aplicados en el ámbito de nuestra materia.

La importancia de que nos detengamos en esta diferenciación reside en que una de las cuestiones desatendidas por la doctrina laboral fue la de la integración del contrato de trabajo, la de su contenido obligacional. Probablemente porque no era particularmente necesario y también por una facilidad del lenguaje, es más sencillo fundar un argumento en un artículo de alguna norma que en una cláusula contractual que no está escrita. Pero si estamos hablando de un contrato de trabajo, la relación laboral que de él surge se encuentra regida, como debiera ser obvio, por su plexo obligacional. El tema es como se determina su contenido.

Comencemos recordando que existen normas supletorias y normas imperativas³. Tal distinción la encontramos en el Art. 962 CCCN⁴ y como se integra un contrato en el Art. 964 CCCN⁵.

² Está claro que nos debemos un libro sobre el tema y un análisis completo y pormenorizado de las modificaciones contenidas en la ley Bases.

³ Tanto en la legislación como en doctrina hay un uso diríamos intercambiable de las palabras imperativas, indisponibles, de orden público. Creemos que cada una de ellas refieren a una sola y misma cosa: que el contenido normativo de esas normas resulta de aplicación obligatoria, no disponible para las partes.

⁴ Art. 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

El primero constituye la clave de bóveda del sistema de integración de los contratos. Dispone que las *normas legales* relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que resulten indisponibles. Y, resulta de toda obviedad, cuando el artículo refiere a las normas legales incluye a *todas* las normas que refieran a los contratos. Las que se correspondan a cuestiones formales y las que lo hacen a su propio contenido (*ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus*).

Luego el Art. 964 CCCN reglamenta la integración del contrato, es decir la conformación de su contenido obligacional. Establece que las normas indisponibles sustituyen las cláusulas contractuales incompatibles con ellas; luego, en caso de silencio, se incorporan las normas supletorias y finalmente por los usos y costumbres.

Tenemos así que la primera fuente de integración del contrato es la voluntad de las partes (Art. 962 CCCN), en caso de silencio el contrato se integra por las normas legales de carácter supletorio, y cuando las cláusulas pactadas violen las normas indisponibles, estas serán reemplazadas por estas, las que así se convierten en cláusulas contractuales.

Dicho de otra manera, será válido el contenido obligacional de los contratos acordado por las partes salvo en lo que resulte violatoria de normas indisponibles/imperativas/de orden público.

El texto legal resulta claramente revelador respecto de una cuestión que en general pasa inadvertida en nuestra materia, la ley *no rige* la relación contractual; para decirlo más técnicamente no constituye *fuerza directa de la relación laboral*.

Ello surge del mismo texto legal cuando dispone que el *contenido* se integra de determinada manera, y el *contenido* del contrato no es otro que el de las cláusulas que lo componen. De donde surge, por simple carácter transitivo, que la ley, en todo lo que las partes han guardado silencio, suministra el contenido de las cláusulas contractuales; o, dicho de otra manera, se transforma en cláusulas contractuales y de esta manera no rige como ley sino como contrato.

De esta manera la ley es fuente directa del contrato y el contrato fuente directa de la relación que se genera a través del contrato así integrado⁶.

La situación no es distinta en el contrato de trabajo. El Art. 13 LCT dispone: "Substitución de las *cláusulas nulas*. Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por estas".

El título de la norma es ilustrativo de la cuestión, habla de cláusulas nulas y de su substitución. Si nos encontramos en el marco de una ley llamada, conforme la

⁵ Art. 964. Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: a. las normas indisponibles, que se aplican en substitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b. las normas supletorias; c. los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

⁶ Lo que resulta especialmente claro en los contratos de tracto sucesivo como un contrato de locación, donde la relación locativa se rige por el contrato de locación legalmente integrado en todo lo que las partes no hayan válidamente dispuesto.

letra de su sanción, Régimen del contrato de trabajo, resulta obvio que las cláusulas a las que refiere son las del contrato de trabajo.

Nos encontramos así que, igual que en el derecho civil y comercial, la ley integra el contenido de las cláusulas contractuales, con lo cual no constituyen fuente directa de la relación laboral, sino que lo son del contrato. Es el contrato de trabajo la fuente regulatoria directa de la relación laboral.

3. El orden público laboral.

Para comprender el mecanismo de integración del contrato de trabajo no puede dejar de tenerse en cuenta el condicionamiento que presenta el orden público laboral en dicha integración.

Arias Gibert ha diferenciado el *orden público de dirección* del *orden público de protección*⁷, el primero supone la imposibilidad, para las partes, de modificar en modo alguno lo dispuesto por la ley, mientras que el segundo efectiviza la protección debida sancionando con la nulidad lo pactado por debajo de los mínimos garantizados; pero permitiendo las modificaciones que mejoren las condiciones de trabajo, superando el nivel protectorio existente hasta la modificación. El orden público laboral funciona como un impedimento a las modificaciones *in pejus* del contrato de trabajo, pero no impide su mejoramiento.

Por este mecanismo, eficaz por cierto, las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio de la persona que trabaja normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por estas.

Podría ser útil, atento el estado de la discusión frente al dictado de la ley Bases⁸, recordar cómo se produce dicho reemplazo.

El recién citado Art. 13 LCT dispone la nulidad de las cláusulas que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas. ¿Qué pasa con esas cláusulas nulas? Son reemplazadas –las cláusulas- de pleno derecho por el contenido de las normas imperativas desplazadas.

Entonces, si las cláusulas del contrato de trabajo son reemplazadas por el contenido de las leyes imperativas, ese contenido pasa a ocupar el lugar de las cláusulas nulas; es decir serán cláusulas, cláusulas válidas. Cláusulas del contrato de trabajo.

La sustitución, además, se produce de pleno derecho, lo que significa que dicha integración se realiza *ope legis*, por disposición legal, lo que es lo mismo

⁷Con la denominación que se consigna Arias Gibert entendía, creo que con razón, que se superaba la denominación de orden público absoluto y orden público relativo; pensaba que esto reflejaba con claridad la diferenciación conceptual. La información surge de conversaciones mantenidas con Enrique, de la lectura de sus sentencias e incluso de sus trabajos doctrinarios. Lamentablemente carezco de una cita puntual.

⁸Estado de tal precariedad como la de aplicar principios del derecho penal al derecho del trabajo, con el agravante de que se invierte el sentido mismo del principio que se pretende aplicar. Lo señalado y algunas inconsecuencias interpretativas que se advierten en la discusión pública, nos convence de la necesidad de hacer el repaso que intentamos sobre cuestiones que debieran estar saldadas hacer ya mucho tiempo; pero, como suele ocurrir cuando la relación de fuerzas lo permite, sectores que representan intereses empresarios parecen creer que hasta es posible afirmar que el sol sale por el oeste.

que decir en forma automática y sin la necesidad de manifestación de voluntad alguna.

Con lo que, debemos reiterarnos, queda más que suficientemente claro que las normas legales no son fuente directa de la relación laboral. El contrato es la fuente directa y la ley fuente directa del contrato.

También cambia el contenido obligacional del contrato de trabajo se produce cuando las modificaciones mejoran las condiciones de trabajo para la persona que trabaja.

En primer lugar, lo que las partes pacten en tal sentido o que decida unilateralmente el empleador, pero también lo que puedan disponer las leyes, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales que entren en vigencia durante la vigencia del contrato.

Dichas mejoras de las condiciones de trabajo se incorporan de pleno derecho, por ministerio de ley, al contrato de trabajo. Una de las consecuencias prácticas del principio de progresividad.

4. ¿Puede una norma tener carácter indisponible y ser supletoria?

Teniendo en cuenta que, como hemos visto, tiene particular importancia para la integración de los contratos si una norma es de carácter imperativo o supletoria, surge pertinente hacernos la pregunta del acápite: ¿Puede una norma tener simultáneamente ambas condiciones?

Para determinarlo, teniendo en cuenta que en materia contractual el Art. 963⁹ CCCN privilegia a las normas indisponibles de la ley especial por sobre las del derecho común, analizaremos la cuestión desde la normativa laboral que viene a ser, para los laboristas, la norma especial que mienta la regla.

Desde esa perspectiva tenemos, en primer lugar, que el Art. 7 LCT¹⁰ dispone que no se pueden pactar condiciones menos favorables que las dispuestas en las normas legales o que resulten contrarias a las mismas.

Lo expuesto se traduce en que dichas normas constituyen nuestros conocidos *mínimos garantizados*, nada puede pactarse por debajo de dichos mínimos bajo pena de nulidad.

Además, el ya citado Art. 13 LCT¹¹ califica de *normas imperativas* a las que establecen dichos *mínimos garantizados*.

Pero ocurre que el Art. 46 LCT¹² dispone que para la concertación de un contrato de trabajo basta con el enunciado de su contenido esencial¹³,

9Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a. normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b. normas particulares del contrato; c. normas supletorias de la ley especial; d. normas supletorias de este Código.

¹⁰Art. 7 LCT. Condiciones menos favorables. Nulidad. Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley.

¹¹Art. 13 LCT. Substitución de las cláusulas nulas. Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por éstas.

quedando el resto sometido al régimen de reglas imperativas de la materia. Es decir, esas reglas imperativas se aplicarán al contrato solo en la medida del silencio de las partes, con lo que se está otorgando, a dichas normas, el carácter de supletorias.

En definitiva, las normas laborales tienen el carácter de reglas imperativas de carácter supletorio; por lo que la pregunta del acápite tiene una respuesta positiva.

5. Primera conclusión.

Como resultado de lo hasta acá expuesto se imponen las primeras conclusiones:

- a) El contrato de trabajo se integra en el momento de la manifestación de voluntad que lo crea.
- b) En todo lo que las partes no hayan estipulado el contrato integra su contenido obligacional con la normativa laboral, que opera como normas de carácter supletorio
- c) Todo lo que las partes pudieran haber pactado por debajo de los mínimos garantizados es desplazado por esas mismas normas que las reemplazan como parte del contrato de trabajo, revelando su carácter imperativo.
- d) Dicha sustitución se produce en el mismo momento en que el contrato de trabajo se concierta.
- e) Para conocer el contenido obligacional del contrato de trabajo basta con conocer la fecha de su celebración (que determina su contenido *original*) y luego incorporar las sucesivas mejoras que pudieran haber tenido.

6. La integración de los contratos y las reglas del derecho transitorio.

Establecido como se integra el contrato de trabajo y, en definitiva, como se determina su contenido obligacional, corresponde ahora analizar qué efecto tiene sobre dicho contenido la modificación de la ley laboral.

La cuestión se ve dramáticamente actualizada por la modificación regresiva que plantea la sanción de la ley Bases.

La reforma nos plantea varios interrogantes: ¿Qué efecto poseen las modificaciones sobre los contratos en curso de ejecución? ¿Es igual la situación respecto de las leyes que son derogadas que con las que sólo son modificadas? ¿Y respecto de los contratos que se celebran luego de la entrada en vigencia de la ley?

¹²Art. 46 LCT. Enunciación del contenido esencial. Suficiencia. Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos.

¹³ En general dichas condiciones esenciales refieren al que hacer, donde hacer, cuando hacer y la remuneración.

La cuestión está reglamentada en el Art. 7¹⁴ CCCN que, primariamente, dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹⁵.

Si bien la cuestión reconoce varias facetas, como ser qué ley es aplicable a los requisitos de constitución de una relación jurídica o a las ya extinguidas; en el presente estudio nos limitaremos a analizar el efecto del cambio legislativo sobre los contratos en curso de ejecución.

Un análisis exegético de la norma (en el marco del recorte del objeto de estudio efectuado), nos permite señalar tres aspectos.

- a) Las nuevas leyes se aplican a las relaciones jurídicas no agotadas.
- b) Las nuevas normas supletorias, naturaleza que como reglaturan las de carácter contractual, no se aplican a los contratos en curso de ejecución salvo que sean más favorables. A *contrario sensu* las peyorativas no resultan de aplicación.
- c) Las nuevas leyes no pueden afectar derechos constitucionalmente amparados.

Teniendo en cuenta que el capítulo laboral de la Ley Bases, desde que está destinado a regular el contrato de trabajo, su contenido tiene carácter contractual; en cuanto tal son normas de carácter supletorio y al ser desprotectorias no pueden ser aplicadas a los contratos en curso de ejecución.

Ahora bien, teniendo en cuenta que además de supletorias las normas laborales son también imperativas/indisponibles, el carácter desprotectorio de la ley Bases no puede impedir su aplicación a los contratos de trabajo en curso de ejecución, porque la limitación es sólo para las normas supletorias, y las mencionadas poseen el señalado carácter imperativo. En consecuencia, la eventual no aplicación de la ley Bases a los contratos en curso de ejecución choca con lo dispuesto por el Art. 962 CCCN.

En consecuencia, interpretando armónicamente las normas y teniendo en cuenta que en la economía del Art. 962 prevalece el eventual carácter imperativo por sobre el supletorio, se debe concluir que en las normas de la ley Bases también prevalece dicho carácter imperativo por sobre el supletorio, con lo cual no se encuentran alcanzadas por la limitación del último párrafo del Art. 7 CCCN y resultan de aplicación a los contratos de trabajo en curso de ejecución.

Sin embargo, establecido lo anterior, corresponde analizar si dichas normas, a partir de su condición de normas precarizadoras, pueden ser de aplicación a los contratos de trabajo en curso de ejecución.

14 Art. 7º.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

¹⁵ La norma, heredera directa del Art. 3 CCVélez, se basa en la doctrina desarrollada por Roubier para determinar la aplicación de la ley en el tiempo.

Desde esa perspectiva cabe señalar que las nuevas leyes no pueden afectar derechos amparados por garantías constitucionales y, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante, cabe señalar que el Art. 965 CCCN¹⁶ dispone que *los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante*.

En definitiva, si las nuevas normas, aun siendo imperativas o indisponibles, afectaran derechos constitucionalmente amparados, al violar el derecho de propiedad del contratante (Art. 17 CN), particularmente de la persona que trabaja, no podrá ser integrada al contenido obligacional del contrato de trabajo.

Siendo ello así, toda reforma desprotectoria afecta los derechos de propiedad de la persona que trabaja (Art. 17 CN) y consecuentemente la reforma no podrá ser aplicada a los contratos de trabajo en curso de ejecución por violar, justamente, un derecho constitucionalmente amparado.

7. Efectos de la derogación de normas por la ley Bases.

El Capítulo V del Título V de la ley Bases deroga varias normas sin establecer un texto alternativo¹⁷, no se trata entonces de una modificación por la cual un texto imperativo es reemplazado por otro texto imperativo sino por la supresión de *todo* texto, simplemente ya no hay norma.

Sostuvimos que, en el caso de modificaciones a las normas laborales, es decir se cambie un texto por otro distinto, en principio y en la medida de que no afecten garantías constitucionales, las nuevas normas resultaban de aplicación a los contratos de trabajo en curso de ejecución.

Pero ocurre que, si se trata de la derogación de una norma sin que la misma sea reemplazada por otra, simplemente no hay norma, ni supletoria ni imperativa; no hay texto legal que pueda ser aplicado al contrato de trabajo.

Debemos recordar que la relación laboral no se encuentra regida por la ley sino por el contrato de trabajo y éste integrado en su contenido obligacional por las normas laborales supletorias de carácter indisponible. Integrado así, el contrato de trabajo sólo podrá ser modificado por nuevas normas imperativas.

No existiendo, en el caso de derogación, una nueva norma imperativa, el plexo obligacional del contrato se mantendrá incólume, y como tal continuará regulando la relación laboral a la que dio existencia.

8. Las disposiciones constitucionales.

Señalábamos que una norma, aún imperativa, que afectara garantías constitucionales no puede integrarse, por tal motivo, al contenido obligación de un contrato.

Desde tal perspectiva, entonces, es necesario analizar las garantías constitucionales que puedan encontrarse afectadas por la ley Bases y su impronta desprotectoria. Ello es particularmente trascendente en materia laboral porque en la Constitución Nacional encontramos varias disposiciones directamente aplicables a las relaciones del trabajo.

¹⁶Art. 965 CCCN. Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

¹⁷Los artículos 99 y 100 derogan, entre otras normas, los artículos 8° a 17 de la ley 24.013, la ley 25.323 y toda norma que se oponga o resultare incompatible con el contenido del título V.

En primer lugar, como es obvio, tenemos el Art. 14 bis, en el cual según la doctrina corriente se consagra el *principio protectorio*; luego de la reforma del '94 hay que agregar los incs. 19 y 23 del Art. 75 cuyo contenido dispone reglas sobre el contenido de la legislación a dictarse. Sin obviar claro el bloque de constitucionalidad incorporado en el inc. 22 del Art. 75 CN.

9. ¿Existe el principio protectorio?

Tanto en doctrina como en jurisprudencia se cita al Art. 14 bis CN casi como mera referencia, pero sin detenimiento en lo profundo de su contenido y sin hacer explícito, más allá de su mención casi sacramental, su potencial protectorio.

Por ello proponemos, al modo de los estudios críticos, poner en crisis el concepto con la intención de desentrañar su verdadero contenido. Allá vamos.

Desde antiguo se sostuvo que el principio fundamental de nuestra materia es el *principio protectorio*, el que se encontraría conformado por tres reglas: la de la norma más favorable, la de la interpretación más favorable y la mejor condición alcanzada.

Ya afirmó Cornaglia¹⁸, lúcidamente, que en realidad estas reglas estaban más vinculadas al *principio de progresividad* que al protectorio, pues a través de ellas se aseguraba, cuando menos, el cumplimiento de la prohibición de regreso del mejor nivel alcanzado. Y ello por cuanto siempre habrá de aplicarse la norma, interpretación o nivel alcanzado que asegure la efectividad de la protección.

Despojada la norma de las reglas que tradicionalmente la vestían, surge naturalmente la pregunta de cuál será su verdadera naturaleza y función. Como siempre las respuestas a las complejidades de los textos legales debemos comenzar a buscarlas en su propio texto (Art. 2 CCCN¹⁹).

El Art. 14 bis constitucional dispone que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor...*

Si el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva (Cossio *dixit*), el derecho es acción y las acciones en el idioma castellano están definidas por los verbos, y estos definen la conducta reglada.

En el caso la norma utiliza dos verbos, *gozará* y *asegurarán*; se advierte que ambos se encuentran en modo imperativo, es decir, la Constitución Nacional dispone *imperativamente* que las normas referidas al trabajo, particularmente las leyes, deben ser protectorias y deben asegurar condiciones dignas y equitativas de labor, entre muchas otras cosas.

También se puede advertir la clara diferencia existente entre la redacción del Art. 14 CN (*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*) y el Art. 14 bis CN.

¹⁸ Cornaglia, Ricardo J., Reforma laboral, análisis crítico, “*Se vincula el principio protectorio, operativamente, con el principio de progresividad*”, Pág. 233, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

¹⁹ Art. 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En el primero el goce de los derechos que se reconocen se encuentra subordinado a las *leyes que reglamenten su ejercicio*, en cambio el texto del 14 bis dispone *imperativamente* que las normas laborales deben *proteger y asegurar*. Con lo que se asegura que toda ley que no proteja y no asegure no cumplirá con la finalidad impuesta y, consecuentemente, no pasará ningún test de constitucionalidad.

De donde resulta menester concluir, haciéndonos cargo de lo disruptiva que pueda parecer la afirmación, que la protección debida al trabajador es un derecho absoluto.

Derivado de lo anterior se desprende que la *función* de las normas laborales, constitucionalmente impuesta, es la de *proteger y asegurar* con lo cual, tenemos, en la tarea de interpretar y aplicarlas, la respuesta a la segunda técnica de interpretación que señala el Art. 2 CCCN: sus finalidades.

Se hace evidente que estamos en presencia de un mandato del legislador constitucional dirigido a quienes tienen la función de legislar en materia laboral, y los destinatarios de tal mandato son, primariamente, los integrantes del Congreso Nacional, senadores y diputados.

La norma en estudio no se limita tan sólo a reglar su operatividad; aparece con claridad la condición de manda genérica que contiene la protección ordenada con toda la imperatividad que tienen las disposiciones constitucionales.

A lo expuesto se le agrega que la norma está ubicada en el capítulo Primero de la Primera parte (Declaración de derechos y garantías) de la Constitución Nacional, tales como el derecho de igualdad ante la ley (Art. 16), de propiedad (Art. 17), de defensa en juicio (Art. 18), la reserva de intimidad y el *alterum non laedere* (Art. 19), entre otros.

Si los mencionados constituyen derechos y garantías constitucionales no puede menos que concluirse que el Art. 14 bis CN *también* constituye una garantía constitucional: una *garantía constitucional de protección al trabajo prestado en relación de dependencia*; tal condición debe teñir toda interpretación que se haga de una norma laboral.

La norma genera, además, una nueva forma de interpretar la ley. Para determinar si una norma resulta protectora o no ya no alcanzará para determinarlo realizar un análisis puntual, de manera individual, aislada, en un análisis estático de la realidad (una foto) sino que la condición de protectora de una norma se deberá realizar mediante su comparación con la situación existente al momento en que empieza a regir, en un análisis dinámico de esa realidad (una película).

Este análisis comparativo es el único que nos permitirá determinar si una nueva norma resulta ser protectora (si aumenta o cuando menos mantiene los niveles ya alcanzados) o por lo contrario es desprotectora (si disminuye esos mismos niveles).

Entra en juego la regla de la norma más beneficiosa como herramienta útil para determinar, justamente, si la nueva norma cumple o no con la manda constitucional, superando la limitación que la misma tiene en la doctrina tradicional que requiere, para comparar, la existencia de dos normas vigentes.

Por lo demás, y en un similar sentido, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con respecto a la norma en análisis, que "*el principio protectorio que este artículo enuncia como el carácter inviolable de los derechos que reconoce conducen necesariamente a la indisponibilidad y la prohibición de renunciar a la aplicación de las normas legales dictadas para asegurar el goce de tales derechos por parte de los trabajadores (cfr. Fallos: 335: 2219, considerando 3º)*" (CSJN, 'Corrado, Jorge Guillermo y otros el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro s/proceso de conocimiento', Expte. CSJ ~388/2005 (41-C), 27 de noviembre de 2014)".

Obiterdictum: Si el Art. 14 bis CN *conduce necesariamente a la indisponibilidad y la prohibición de renunciar a la aplicación de las normas legales dictadas para asegurar el goce de tales derechos*, se debe concluir que la reglamentación aludida (las leyes laborales en general) constituyen la reglamentación de la garantía constitucional y por lo tanto tienen carácter federal, constituyendo su violación cuestión federal suficiente a los efectos del recurso extraordinario del Art. 4, ley 14.

En definitiva, toda norma que no sea protectoria conforme el análisis que propugnamos, conduzca a la violación de los derechos en ella consagrados o viole la necesaria indisponibilidad de los mismos, resultará ineludiblemente inconstitucional por no respetar la garantía constitucional de protección.

10. El inc. 19 del Art. 75 CN.²⁰

Otra norma constitucional que resulta de interés para la interpretación y aplicación de la reglamentación laboral es la señalada en el acápite. Su texto constituye un verdadero programa político de carácter inclusivo y progresista, que poco tiene que ver (¿nada?) con el contenido de la ley Bases, rescatamos los aspectos de la misma de directa aplicación a nuestra materia.

La norma dispone "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social... a la generación de empleo". Como toda norma integrante del instrumento cúspide del ordenamiento jurídico del país, reclama el más claro respeto y acatamiento... y obrar en consecuencia.

De lo que resulta que la legislación ordinaria debe cumplimentar la norma constitucional, de donde debe considerarse que una norma que no sea conducente al desarrollo humano, no respete los principios de la justicia social y no promueva la generación de empleo, en modo alguno puede constituir una regla constitucionalmente válida.

²⁰ Art. 19 CN. "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

Sostenemos que, en el marco de la cultura jurídica argentina debemos internalizar que los mandatos constitucionales constituyen reglas de cumplimiento obligatorio para los legisladores, quienes no pueden/deben legislar tan sólo al amparo de mayorías circunstanciales puesto que, justamente, para evitarlo se han dispuesto incorporarlas a la Constitución Nacional.

Internalización que debe derivar en una exigencia de republicano respeto y obediencia al texto constitucional.

En consecuencia, cuando las nuevas leyes desmejoran las condiciones de trabajo y existencia de quienes trabajan, sea porque promueven el desempleo, promuevan la injusticia social al violar los derechos consagrados/reconocidos o, como corolario, no promuevan el desarrollo humano de dicho colectivo nacional (la mayoría del país), son normas no solo inconstitucionales sino que subvierten gravemente la organización política-económica que hemos sabido darnos y que, nos reiteramos, una mayoría circunstancial no puede alterar/violar.

Un análisis puntual y detallado de la ley Bases revelará que muchas de sus normas tanto promueven la injusticia social como no promueven el desarrollo humano. Como lo evidencia –a modo de ejemplo- la pretendida incorporación del trabajador independiente con colaboradores. Verdadero oxímoron jurídico.

En consecuencia, toda ley dictada por el Congreso Nacional, que incurra en los incumplimientos descriptos, necesariamente será desprotectora y por lo tanto no podrá incorporarse al contenido obligacional del contrato de trabajo.

11. El Inc. 23 del Art. 75 CN²¹.

La norma del acápite nos pone frente a una profunda modificación del sistema de control de la reglamentación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos del que la Argentina es parte.

Su texto nos dice que *corresponde* al congreso legislar y promover medidas de acción positiva *que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos* por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Una lectura desapasionada y sin subterfugios nos depara una realidad incontrastable: toda norma que no asegure *el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos* no podrá pasar el test de constitucionalidad.

Ya no será suficiente que la norma reglamente razonablemente, que no *pulverice* la garantía constitucional que se reglamenta, sino que deberá propender nada más y nada menos que a su pleno goce y ejercicio.

Si la economía de la Constitución pasa por la progresividad de los derechos, por su pleno goce y ejercicio, una interpretación restrictiva resulta por completo

²¹ Art. 75. Inc. 23 “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

contraria a dicha orientación y por lo tanto *asistémica*, razón que determina que deba descartarse de plano.

Y acá debemos vincular el tema con la duda en la interpretación de la ley. Se ve ahora más claro aún, que la interpretación de la norma laboral deberá hacerse siempre de manera de lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos; conclusión a la que se arriba sin recurrir a herramientas que provienen del derecho internacional de los derechos humanos, tal como el principio pro persona (Art. 29 CADH).

Todo lo expuesto nos lleva a sostener que nuestra Constitución contiene, aún sin considerar su *bloque de constitucionalidad*, una clara protección del colectivo laboral²². Lo que constituye, además de ser reglas imperativas de obligatorio acatamiento, una clara directiva que debe guiar tanto la tarea del legislador como de operador del derecho del trabajo, por lo que el resultado de su tarea no puede tener como resultado el dictado de leyes regresivas.

Las nuevas leyes que violen la disposición constitucional, en tanto afectan garantías constitucionales, no podrán incorporarse al plexo obligacional de los contratos (argumento del Art. 7 CCCN).

12. La protección derivada del derecho internacional.El bloque de constitucionalidad.

La reforma constitucional del '94 produjo una profunda renovación en nuestro derecho positivo, particularmente con la incorporación de nuevas herramientas para la interpretación del derecho, particularmente los de contenido protectorio.

Sin embargo, no se advierte que exista un extendido uso de las mismas a pesar de tener vigencia en nuestro derecho interno y tener potencialidad para resolver las cuestiones que se presenten vinculadas a la aplicación del derecho infra constitucional.

En ese marco no podemos dejar de mencionar a la inherente dignidad de la persona humana, el principio de progresividad, el principio pro persona y, aún, el debido control constitucional, como herramientas no aprovechadas para la resolución de las cuestiones que se debaten en nuestro derecho, en línea con la debida protección a quien trabaja.

Dicha realidad resulta particularmente preocupante frente al ya mentado carácter regresivo de las reformas introducidas por la Ley Bases; lo que resultanecesario insistir en un desarrollo argumental que encuentre un fuerte anclaje en el nuevo paradigma de los derechos humanos.

Desarrollo argumental que se revela trascendente cuando se advierta que la normativa o las circunstancias de hecho en las que se aplica, agrede, viola, no respeta las *garantías*, *principios* o *categorías* en las que se organiza la protección;pues en tal situación surge la clara presunción de la inconventionalidad de las normas que pretenden aplicarse.

En cumplimiento de ello seguidamente analizamos, al menos de modo introductorio, aspectos que resultan de utilidad para afrontar la tarea de interpretar la nueva legislación.

a. La inherente dignidad del ser humano.

²² En rigor de todo derecho de contenido protectorio.

Sostiene Gialdino²³ que la dignidad no es algo al que el hombre tenga derecho sino que es un atributo de su personalidad misma, algo que el hombre es por el solo hecho de serlo, constituyendo el fundamento mismo del sistema internacional de los derechos humanos.

Dicho de otra manera, el sistema internacional de los derechos humanos tiene como fundamento (origen y fin) la protección de esa inherente dignidad propia del ser humano de modo de protegerla en cada instancia en que pueda encontrarse amenazada.

Y en el marco de esta protección no sólo convoca a los Estados sino también a los ciudadanos que, al decir del ya citado Gialdino, deben comportarse fraternalmente, en pleno respeto por los derechos, la individualidad y en definitiva la dignidad del otro. Lo que se traduce en una vigencia vertical de los derechos humanos, en el primer caso, y una vigencia horizontal en el segundo. Siendo claro entonces que existe en el marco de las relaciones persona a persona, de las que participa el derecho del trabajo, la obligación de respetar irrestrictamente esa inherente dignidad que venimos mentando.

Mucho más cuando en nuestro derecho el segundo párrafo del Art. 4 LCT define claramente que la prestación del hombre que trabaja es su actividad productiva y creadora en sí.

Cuando el legislador enfatiza en sí lo que nos está diciendo, a través del modo reflexivo, es que lo que está en juego es la propia esencia del ser humano, en la cual -en primer lugar- está la propia vida, continente y contenido de su existencia y por consiguiente de sus derechos.

Si es la propia vida del trabajador lo que se encuentra comprometida, menester es considerar que en cuanto vida está comprometido un aspecto esencial de la misma: la inherente dignidad de la persona.

b. El principio de no discriminación.

Es ampliamente conocido que no hay tratado de derechos humanos que no contenga una norma que prohíba la discriminación en todas sus formas, no constituyendo las diversas enumeraciones *numerus clausus* sino que por el contrario constituyen enumeraciones abiertas a la incorporación de las nuevas formas que el avance de la conciencia jurídica universal va ampliando permanentemente.

Pero la discriminación no sólo puede tener andamiaje en hechos, en conductas que contengan el estigma de la discriminación; también es posible la existencia de normas e interpretaciones de la ley que resulten discriminatorias.

Con respecto a las primeras no tenemos más que recordar el Art. 39.1 de la ley de riesgos del trabajo, que impedía al trabajador la posibilidad de obtener una indemnización plena del daño sufrido, y ello por la sola condición de serlo.

También se pueden hacer interpretaciones de la ley por las cuales se le niega a alguien lo que le es reconocido a la generalidad. Típico caso de interpretación discriminatoria fue el vinculado a la ley 23.592 (antidiscriminatoria) que se

²³Gialdino, Rolando E., Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos al derecho del trabajo y al de la seguridad social. Ponencia al III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2006 (Perdomo, J. R., Coord.), Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 22, 2006.

juzgaba aplicable a todas las personas menos a los trabajadores y ello por el sólo hecho de serlo.

Y resulta obvio que el sistema internacional de los derechos humanos prohíbe tanto unos como otros.

c.El derecho AL trabajo.

Recordábamos párrafos arriba que la prestación debida por el trabajador constituía su actividad creadora en sí, y decíamos que el modo reflexivo hacía referencia a la esencia misma del ser humano.

Como dice Gialdino²⁴ no es el homo faber, el homo economicus, el homo ridens, el homo ludens, u otra especie inhallable, lo que ha ocupado la plaza central de dicho sistema, sino el hombre pleno, en toda su extensión y hondura.

Si en el trabajo hallamos al hombre pleno en toda su extensión y hondura, queda ya claro que, en el marco de su inherente dignidad y de su vida, continente y contenido de dicha dignidad, también se encuentra comprometido, como parte inescindible de ella a su propio cuerpo, que es el vehículo o instrumento de su propia actividad.

Por este camino, al estar comprometida la persona humana en su integridad, el derecho del trabajo deviene en derecho AL trabajo, locución por la cual se señala que la persona tiene derecho a tener un trabajo puesto que el trabajo es estructurante en el marco mismo del ser humano en sociedad; que dicho trabajo sea digno, o sea que permita una vida libre de la miseria y el temor y posibilite la realización del proyecto de vida; y, finalmente, a no perderlo sin justa causa.

d. El principio de progresividad

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 2.1 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Art. 1 del Protocolo de San Salvador, instituyen el *principio de progresividad* por el que debemos entender la obligación de los Estados a proveer progresivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías reconocidos a las personas²⁵.

Dicho principio ya había sido conceptualizado por Cornaglia como uno de los principios fundantes del Derecho del Trabajo²⁶.

Mucho se ha escrito sobre la problemática de la progresividad y en particular sobre la promesa incumplida del derecho del trabajo de, progresivamente, cerrar la brecha entre los que más y los que menos tienen. Promesa incumplida de resolver la *cuestión social*.

Mucho menos se ha escrito sobre otro de los aspectos de la progresividad, su sentido unidireccional.

Por ello, y en palabras de Gialdino, debemos entender por unidireccionalidad la prohibición de una marcha en sentido contrario al logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, el

²⁴Gialdino, Rolando E. op. cit.

²⁵ De dónde se comprende que el Art. 75, inc. 23 CN es una bajada, en el derecho interno, de las disposiciones internacionales que reglamentan el principio en comentario.

²⁶ Cornaglia, Ricardo J., Reforma Laboral, op. cit.

principio establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que la mejora continua de las condiciones de existencia.

Vemos, entonces, que el *principio de progresividad* tiene dos aspectos, dos caras, por una la obligación de los Estados de proveer lo necesario para que *progresivamente* goce más plenamente de los derechos y garantías reconocidos por el Sistema Americano de Derechos Humanos.

El segundo aspecto es el de la unidireccionalidad. Si los Estados se comprometen a progresar en el goce y disfrute de los derechos humanos va de suyo que resulta absolutamente contradictorio que recorran un camino inverso, el de restringir dicho goce y disfrute. Dicha contradicción deriva en la prohibición de regreso y disminución de la situación de mayor protección alcanzada.

Se evidencia que, en tiempos de embates deslaboralizadores y precarizadores del trabajo en relación de dependencia, la faceta de irregresividad adquiere una importancia mayúscula: es la que nos permitirá desplazar, por desprotectoria, a toda norma regresiva.

Las normas dictadas por Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU²⁷, establecen, en su conjunto, severas reglas para juzgar la convencionalidad de normas regresivas; una de ellas, tal vez la de mayor trascendencia, en la actual coyuntura, es que una norma de tal carácter debe prever su vigencia temporal. Es decir, no puede tratarse de normas que tengan la pretensión de una vigencia ilimitada en el tiempo. Demás está decir que la ley Bases no cumple, precisamente, con dicho parámetro, razón por la cual necesariamente deviene inconvencional.

Ello nos pone ante la evidencia de la imposibilidad jurídica de considerar como posibilidad de integrar al plexo obligacional de un contrato de trabajo el contenido de una ley regresiva.

e.El principio *propersona*.

El principio *pro persona* resulta un modo de interpretar las normas jurídicas directamente derivado de la ya señalada dignidad del ser humano y del régimen de los derechos humanos que, conforme el ideal del sistema tiende a la realización del ser humano libre, liberado de todo temor y de la miseria, que se encuentra contemplado en el Art. 29 CADH.

La función del principio *pro persona*, determinado como se ha dicho, es la de asegurar la plena vigencia de los derechos que los tratados reconocen, y para ello estatuye que las normas que otorgan o reconocen derechos deben ser interpretados con criterio amplio, de manera de favorecer su vigencia. Y las normas restrictivas de derechos deben ser interpretadas restrictivamente a fin de asegurar que la excepción no se aplique más allá de su estricto ámbito.

Por el doble juego se asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos que le son reconocidos al hombre y como parte de ellos al hombre que trabaja,

²⁷ Principios de Limburgo (1976) y Directrices de Maastricht (1997), entre otros.

nuestro trabajador, sin que el juego del principio requiera la participación de duda alguna en el intérprete. Simplemente se debe aplicar la interpretación más favorable, haya o no haya duda en el operador del derecho.

Además, en el caso de que exista más de una norma con vocación para regir un mismo tramo de conducta (Cossio) el principio informa que se deberá estar, sin más, a la que resulta más favorable al sujeto protegido, en nuestro caso al trabajador.

Ello significa que para la aplicación del principio no se requiere la concurrencia en el intérprete de duda alguna y tampoco el procedimiento de comparación se realiza mediante la técnica del conglobamiento por instituciones; se aplica el método por acumulación aplicando la norma que resulte más favorable se halle donde se hallare.

Como ya ha dicho la Corte IDH²⁸ son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador.

De esta forma el principio *pro persona* establece una suerte de regla de clausura, al modo de *todo lo que no está prohibido está permitido*, regla de clausura general de nuestro sistema jurídico, por el cual, en materia de derechos protectorios, el laboral en particular, probados los hechos siempre habrá de estarse a lo que resulte más favorable al sujeto protegido, el hombre que trabaja en nuestro caso.

13. Corolario.

Como resultado de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo podemos afirmar que el sistema constitucional argentino y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no toleran que las nuevas reglas que involucren derechos humanos en general y los laborales en particular puedan tener carácter regresivo.

Dichas normas resultan inconstitucionales por violación, entre otros, de los Arts. 14 bis, 17, 75 incs. 19, 22 y 23 CN, e inconvencionales por violación del principio de progresividad y principio *pro persona*.

De tal manera que más que resultar jurídicamente improponible que sus disposiciones se incorporen a los contratos de trabajo en curso de ejecución, sino que, más ampliamente, resulta impensable que sus disposiciones puedan superar cualquier test de constitucionalidad o convencionalidad.

²⁸ CIDH, Opinión Consultiva 18, Párr. 156.