

La aplicación en el tiempo de las leyes 27.742 y 27.802. Inaplicabilidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

por Antonio J. Barrera Nicholson¹

La presente colaboración tiene por finalidad realizar el análisis de la aplicabilidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las leyes mencionadas en el acápite.

Análisis que necesariamente es parcial dado la extensión del tema, fue redactado con la mayor generalidad posible y, con la intención de facilitar el uso del material por los colegas, como si fuera una presentación judicial.

La generalidad señalada determina, forzosamente, que -en caso de utilizarse- deberá adecuarse a las condiciones específicas de cada causa.

Con la esperanza de que sea de utilidad, comenzamos.

PLANTEA INAPLICABILIDAD. SOLICITA SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DE...

A modo de marco teórico.

En atención a la entidad y alcance de la reforma operada por las leyes 27.742 y 27.802, esta parte formula el presente encuadre teórico y jurídico, a fin de sustentar el planteo de inaplicabilidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las disposiciones allí contenidas, en los términos de los Arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, y de los Arts. 1, 2 y 7 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El objetivo del presente apartado consiste en establecer los criterios de interpretación y aplicación normativa que permitan determinar la validez y operatividad de la reforma en el marco del orden público laboral, a la luz del bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigente.

A tales efectos, corresponde distinguir —en materia de derecho transitorio— entre: a) los contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley; b) los contratos de trabajo en curso de ejecución al momento de dicha entrada en vigencia; y c) los contratos de trabajo celebrados con posterioridad a la misma.

¹ Debo destacar la eficaz colaboración de la Dra. María Fernanda Domínguez, eficaz integrante del Estudio.

La presente construcción teórica se formula con alcance general respecto de las tres categorías señaladas, en tanto la validez y aplicabilidad de las normas cuestionadas debe examinarse en cada uno de dichos supuestos, sin perjuicio de las particularidades propias de cada uno.

El desarrollo se estructura del siguiente modo: 1) normativa constitucional aplicable; 2) normativa internacional y bloque de convencionalidad; 3) régimen de derecho transitorio (Art. 7 CCCN) y su impacto en las relaciones laborales; 4) aplicación del derecho nuevo según la situación temporal de los contratos de trabajo.

1. La normativa constitucional:

En el presente apartado se analizarán: a) La garantía constitucional de protección al trabajo y a sus protagonistas esenciales, las personas que trabajan (Art. 14 bis CN); b) La cláusula de Justicia Social (Art. 75, inc. 19 CN); c) La finalidad que debe tener la legislación que sancione el Congreso de la Nación (Art. 75, inc. 23 CN); d) La reglamentación de los derechos individuales en la Constitución Nacional (Arts. 16, 17, 19, 28 y 31 CN).

Comenzamos.

a) La garantía constitucional de protección al trabajo y a sus protagonistas esenciales, las personas que trabajan (Art. 14 bis CN).

El Art. 14 bis CN 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...*

En el caso la norma utiliza dos verbos, *gozará* y *asegurarán*; se advierte que ambos se encuentran en modo imperativo (futuro indicativo), 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.

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, nos reiteramos, *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 podrá pasar ningún test de constitucionalidad*.

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.

Derivado de ello se deduce, fácil y claramente, que la protección constitucionalmente ordenada va a estar constituida por la totalidad de la normativa laboral que tendrá como condición misma de su validez constitucional la obligación de ser *protectoria y asegurar condiciones dignas y equitativas de labor*.

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.

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.

Consecuentemente, si la *finalidad* de las normas laborales es la de *proteger y asegurar*, y tenemos en cuenta que en la tarea de interpretarlas y aplicarlas el Art. 2 CCCN ordena (la norma dispone: *debe*) atender a las finalidades de la ley, no puede menos que concluirse que al atender dicha *finalidad protectoria* el operador jurídico no puede concluir en una interpretación desprotectoria o que lleve a no *asegurar condiciones dignas y equitativas de labor*, puesto que en tales circunstancias no estaría atendiendo a la finalidad *protectoria* de la norma.

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. Y es absoluto porque la Constitución Nacional no admite, en la clara comprensión de su texto, que pueda haber normas que no cumplan con la finalidad descripta y puedan ser consideradas constitucionales. Lo que es extensible, como se expuso, a la tarea de interpretar y aplicar las leyes laborales.

La Constitución Nacional genera, además, una nueva forma de interpretar la ley. Para determinar si una norma resulta protectoria 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 protectoria 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 protectoria (si aumenta o cuando menos mantiene los niveles ya alcanzados) o por lo contrario es desprotectoria (si disminuye esos mismos niveles).

En definitiva, toda norma que no sea *protectora* conforme el análisis que señalamos resultará ineludiblemente inconstitucional por no cumplir con la *garantía constitucional de protección*.

Este criterio adquiere especial relevancia frente a las leyes 27.742 y 27.802, en tanto sus disposiciones importan una reducción del nivel de tutela previamente alcanzado, lo que —conforme el análisis dinámico exigido por el Art. 14 bis CN— permite concluir que se trata de una norma desprotectoria y, por ende, prima facie inconstitucional.

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)".

Desde esta perspectiva, la doctrina ha enfatizado que el Art. 14 bis CN no constituye una mera declaración programática, sino un mandato imperativo dirigido al legislador, en cuanto dispone que las leyes deben asegurar condiciones dignas y equitativas de labor.

De ello se deriva que toda norma que no cumpla con dicha finalidad protectoria no supera el test de constitucionalidad, en tanto desnaturaliza la garantía constitucional de protección al trabajo.

b) El principio de Justicia Social (Art. 75, inc. 19 CN).

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 27.802, 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.

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/no deben legislar tan sólo al amparo de mayorías circunstanciales puesto que, justamente, para evitarlo se ha 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 revela que sus disposiciones tanto promueven la injusticia social como no promueven el desarrollo humano y mucho menos la generación de empleo, tal como la historia de nuestro país demuestra.

Adviértase que se llegó hasta el detalle de suprimir las palabras *justicia social* del texto del Art. 11 LCT, en abierta contradicción con la norma constitucional en análisis.

En consecuencia, toda ley dictada por el Congreso Nacional, que incurra en los incumplimientos descritos, necesariamente será desprotectoria y por lo tanto inconstitucional.

c) La finalidad que, en general, debe tener la legislación sancionada por el Congreso de la Nación (Art. 75, inc. 23 CN).

La norma del acápite dispone que corresponde al Congreso “*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*”.

Una lectura desapasionada y sin subterfugios nos depara una situación 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*.

Y lo dicho nos lleva a otra conclusión, ineludible. ¿Podrá el intérprete realizar lo que no puede la ley? ¿Podrá sostenerse una interpretación que resulte restrictiva de los derechos reconocidos, que no reconozca el pleno goce y ejercicio de esos derechos?

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 contraria a dicha orientación y por lo tanto *asistémica*, razón que determina que deba descartarse de plano (Art. 2, *in fine*, CCCN).

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, más allá de subjetividad del intérprete, con lo cual el *in dubio pro operarii* contenido en el Art. 9 se encuentra superado, y por ende desplazado, como norma aplicable.

En igual sentido, se ha señalado que el principio de progresividad posee una dimensión negativa o de irreversibilidad, que impide al legislador adoptar medidas regresivas que disminuyan el nivel de protección alcanzado.

En palabras de la doctrina, ello implica “la prohibición de retroceso en el grado de protección de los derechos, lo que torna jurídicamente inadmisibles la incorporación al contrato de trabajo de normas regresivas”

2. La normativa internacional.

En el presente apartado se analizará a) Que finalidad *debe*, imperativamente, tener toda reglamentación del contrato de trabajo; b) El principio de progresividad (Art. 26 CADH, 2.1 PIDESC, 1 PSS,); c) La prohibición de discriminación (Convenio y Recomendación 111 OIT, Ley 23.592); d) El derecho AL trabajo; e) Vigencia del principio pro persona (Art. 29 CADH); f) El debido control de convencionalidad.

Veamos:

a) La finalidad que debe tener la reglamentación de los contratos de trabajo:

Dispone el Art. 6 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales: “La Ley regulará el contrato individual de trabajo, a efecto de garantizar los derechos de los trabajadores”.

La Corte Nacional ha dicho, en reiteradas oportunidades, que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, *cuando esta no exige un esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente*, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la regla ya que de otro modo podría arribarse a una

interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 320:61, “Piñeiro”; 323:1625, “Arcuri”; 341:1443, “Martínez”; 345:1238, Cardone).

En el caso se advierte, una vez más, que la norma dispone de modo imperativo la finalidad que deben tener las reglamentaciones que se hagan de los contratos de trabajo: dispone liza, llana y expresamente *garantizar los derechos de los trabajadores*. Redacción más contundente, si cabe, que la del Art. 14 bis CN.

Así, entonces, las normas laborales que no garanticen los derechos de los trabajadores violan la letra clara del Art. 6 del CIAGS y por lo tanto la violan resultando claramente inconvencionales y, por añadidura, generando responsabilidad internacional del Estado Argentino.

En otro orden de idea señalamos que una ley de tales características, atento que el CIAGS es una disposición de nivel supra legal, violaría el Art. 31 CN., en cuanto consagra la supremacía del orden jurídico federal y de los tratados internacionales.

Se advierte así que las leyes que no garanticen los derechos de los trabajadores no superarán el debido control de convencionalidad (que analizaremos más abajo)

b) El principio de irregresividad o función unidireccional del principio de progresividad:

El Art. 26 CADH dispone: “Desarrollo progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos* que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

A su vez, el Art. 2.1 PIDESC). dispone: “Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto *se compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados,

inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos* aquí reconocidos”.

A su turno el Protocolo de San Salvador (Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, PSS en lo sucesivo) en su Art. 1 dispone: “Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se *comprometen a adoptar las medidas necesarias* tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, *a fin de lograr progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, *la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*”.

Como se advierte las normas disponen que *progresivamente* se deberá garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en los respectivos instrumentos.

Una lectura cabal de los textos nos señala que la obligación asumida es la del progreso en el uso y goce de derechos y garantías y, va de suyo, que legislar *in pejus* no constituye, precisamente, un avance en dicho uso y goce sino más primariamente, un claro retroceso.

Además, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, nacional e internacional, se ha reconocido que legislar disminuyendo los niveles de protección contenidos en las normas constituye una clara violación al principio de progresividad, porque si el compromiso es avanzar recorrer el camino inverso es necesariamente lo contrario de lo convenido.

Tal vez con mayor precisión técnica Rolando Gialdino ha distinguido, en el *principio de progresividad* dos aspectos, el *dinámico* y el *unidireccional*. Por el primero refería al efecto propio de la progresividad, el compromiso en avanzar (el dinamismo) hacia el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Por el segundo, y en palabras del propio 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 PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir la disminución del grado de protección que los derechos hubiesen

alcanzado en un determinado momento, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que “*la mejora continua de las condiciones de existencia*”.

La unidireccionalidad del principio de progresividad, en cuanto supone la prohibición de nuevas reglas o criterios interpretativos de protección ya alcanzado, genera importantes consecuencias.

Para comenzar la violación de la unidireccionalidad acarrea la inconvencionalidad de la regla que la imponga y por lo tanto su nulidad e inoponibilidad.

Con el segundo hacía referencia a que la dirección de la progresividad era única y profundizando la protección, descartándose, por ser violatorio de la progresividad, toda regresión en el nivel de goce, ejercicio o protección alcanzados.

Ya desde sus primigenios documentos (Los principios de Limburgo y Las reglas de Maastricht), el Comité DESC de la ONU desarrolló reglas que prohibían la regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Actualmente además *ambientales*).

Lo que coloca a las normas con contenido desprotectorio en franca contradicción con los compromisos internacionales asumidos y, en consecuencia, no podrá pasar, en modo alguno, el debido control de convencionalidad.

Una cuestión a resolver es en qué situación queda la legislación anterior más protectoria ante su derogación por la nueva. La dogmática tradicional sostiene que una ley derogada no puede ser repuesta en su vigencia por la derogación de la que así lo dispuso. Entendemos que a la luz del principio de progresividad dicha tesis debe ser revisada.

Pongamos por caso que una ley disponga que la indemnización por despido se calculará a razón de medio mes de sueldo por año de antigüedad (para nada impensable teniendo en cuenta la realidad argentina) en lugar de hacerlo a razón de un mes de sueldo por año de antigüedad.

Una norma de esta naturaleza resulta derogatoria de la más favorable, porque así se lo disponga expresamente o porque resulte frontalmente contradictoria con la anterior (derogación tácita).

Una disposición de tal naturaleza constituye una modificación desprotectoria de los trabajadores y, en tal circunstancia, a más de violar el Art.

14 bis CN en cuanto no cumple la manda constitucional de proteger, también viola el principio de progresividad en su aspecto unidireccional (se disminuye el mejor nivel de protección alcanzado).

Pues bien, supongamos que en buen derecho la nueva norma es declarada inconvencional y por lo tanto inaplicable; pero si la norma más beneficiosa fue derogada y no se puede reponer en su vigencia por la ineficacia de la anterior la pregunta es ¿Qué norma habremos de aplicar? La nueva ley es inconvencional, no se aplica; la anterior está derogada, no rige ¿Se queda el trabajador sin indemnización? Lo absurdo de una respuesta afirmativa nos demuestra el error del razonamiento que la sostiene. Es necesario entonces reanalizar la cuestión.

El principio de progresividad, en su faz unidireccional, plantea la ineficacia jurídica de las legislaciones que disminuyan los niveles de protección alcanzados, en consecuencia, la deriva interpretativa que se pueda hacer no puede tener como resultado ningún otro que no sea, cuando menos, el mantenimiento de ese mejor nivel protectorio que la nueva norma vulnera.

Si lo que el principio en análisis persigue es, como se dijo, impedir la disminución del nivel protectorio alcanzado, el resultado de la aplicación de la irretroactividad no puede ser otro que el de mantener ese nivel.

En consecuencia, la unidireccionalidad del principio de progresividad, contiene en sí mismo y como condición de mantenimiento de la protección no sólo la inconvencionalidad de la norma o interpretación desprotectoria y, consecuentemente, su inoponibilidad o nulidad por violación del orden público (Arts. 382 y 387 CCCN), sino también, y repetimos, *necesariamente*, la inconvencionalidad de la derogación resultante. Como consecuencia de ello, y como único modo de mantener el nivel alcanzado, la norma y por efecto de la nulidad de la derogación la norma más protectoria continuará vigente.

En apoyo de lo afirmado podemos señalar que el Art. 386 CCCN dispone que *son de nulidad absoluta los actos que contravengan el orden público* y, a su turno, el Art. 390 del mismo Código dispone que *La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo.*

Lo que se advierte, nos reiteramos, es que no solo resulta ineficaz la sanción de la norma desprotectoria sino también la derogación de la anterior,

sea expresa o tácita, puesto que, de no ser así, el resultado de la anulación de la nueva norma y la inaplicabilidad de la anterior, por derogada, coloca al sujeto protegido en aún peor situación.

A mayor abundamiento, se ha sostenido que cuando una norma es derogada sin ser sustituida por otra, no existe ya un nuevo texto legal que pueda integrarse al contrato, por lo que el contenido obligacional previamente incorporado permanece incólume.

En tal sentido, “no existiendo una nueva norma imperativa que sustituya a la anterior, el plexo obligacional del contrato se mantiene inalterado y continúa regulando la relación laboral”, lo que refuerza la imposibilidad de aplicar regresivamente la reforma.

Por lo expuesto corresponde sostener que, por efecto del principio de progresividad en su faz unidireccional, declarada la inconvencionalidad de la norma desprotectoria mantiene su vigencia la anterior de mayor nivel de protección.

c) El principio pro persona:

El principio pro persona, contenido en el Art. 29 CADH, es 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 libre de las personas, alejados de todo temor y de la miseria (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo).

La función del *principio pro persona*, es la de asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías 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. Además, para el caso de que concurra más de una norma para dar respuesta a un caso, deberá estarse a la más favorable al sujeto protegido.

Debiendo señalarse que para actuar de la manera que se señala no debe repararse en la subjetividad del operador del derecho actuante (si en su ánimo existe duda o no) puesto que la norma convencional y su interpretación por la Corte IDH determina que *siempre* se debe actuar en la forma señalada.

Dicho de otra manera, aunque el operador del derecho no tuviera dudas de que la interpretación o la ley menos favorable es la jurídicamente *correcta* para ser aplicada, por mandato convencional siempre deberá inclinarse por lo que resulte más favorable a la persona protegida.

De esta manera se asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos que le son reconocidos a la persona humana y como parte de ellos a la persona que trabaja.

En tal sentido la Corte IDH ya en el año 2003 sostuvo que “Este Tribunal señala que como 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. Es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, estos se le deberán respetar y garantizar igualmente (Opinión Consultiva 18, Párr. 156).

d) Control de convencionalidad:

El control de convencionalidad es un método de control de las decisiones locales desarrollado pretorianamente por la Corte IDH con la finalidad de asegurar que, al momento de decidir, las autoridades locales aseguren que las normas de derecho interno sean compatibles con las normas de la CADH o la interpretación que de ellas haya hecho la misma Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos³ ha enfatizado la vinculatoriedad del orden regional y, especialmente, de sus pronunciamientos, exigiendo que todos los jueces domésticos, al resolver los casos concretos sometidos a su conocimiento, formulen un juicio de compatibilidad entre la norma jurídica interna y las prescripciones convencionales, debiendo articular dos efectos: invalidar la norma doméstica contraria a la convención y su jurisprudencia y, paralelamente, interpretar el derecho interno “conforme” el orden regional (Conf.: Sagües, María Sofía, **Diálogo jurisprudencial y control**

de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino, Publicado en “Control de Convencionalidad”, Max-Planck-Institut, 2017).

Este control de convencionalidad, sostiene el mismo Tribunal, debe realizarse, aun de oficio, por los agentes del Estado, principalmente los jueces, fiscales y defensores (Corte IDH, Cuadernillo 7, Control de convencionalidad).

De este modo, el control de convencionalidad determina que los jueces locales, al momento de dictar sus resoluciones deberán considerar si las normas e interpretaciones que en ellas se aplican resultan conformes a la normativa internacional de los derechos humanos y la interpretación que de ellos haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de manera de asegurar por ese procedimiento la plena vigencia y efectividad de los derechos y garantías convencionalmente reconocidos.

3. Régimen del derecho transitorio.

En primer lugar, debemos recordar que el derecho se debe interpretar y aplicar mediando su interpretación sistémica (Art. 2, *in fine*, CCCN); y no puede dejarse de advertir que el conflicto a resolver en este proceso se ha dado en el marco de una relación contractual; circunstancia que altera *copernicanamente* la aplicación de la norma citada.

Para una cabal comprensión de la cuestión que planteamos es menester recurrir a la teoría general de los contratos y a la del contrato de trabajo en particular a fin de determinar si las leyes 27.742 y 27.802 se puede aplicar a los contratos de trabajo modificando su plexo obligacional y, profundizando el análisis, teniendo en cuenta que el que se realice se proyectará sobre las distintas situaciones temporales posibles de la relación laboral.

Corresponde señalar que el presente análisis abarca la totalidad de los supuestos posibles en materia de aplicación temporal de la ley laboral, comprendiendo los contratos de trabajo extinguidos, los que se encontraban en curso de ejecución al momento de su entrada en vigencia y aquellos que se celebren con posterioridad al 6 de marzo de 2024, sin que la validez de la normativa cuestionada pueda examinarse de manera fragmentada o limitada a uno solo de dichos escenarios.

En tal sentido, la cuestión relativa a la aplicación temporal de la ley debe ser examinada con respecto a los tres supuestos señalados, en tanto la validez constitucional y convencional de la normativa cuestionada no se agota en el

caso de relaciones jurídicas extinguidas, sino que se proyecta también sobre las relaciones en curso y futuras.

Así, para estudiar el régimen de aplicación del derecho transitorio, dado el carácter contractual de las relaciones del trabajo, será necesario -primeramente- analizar cómo se integra, conforme la legislación vigente, el contenido obligatorio del derecho del trabajo y luego como se aplican las disposiciones de la ley 27.742 o 27.802 a la luz del Art. 7 CCCN.

Realizaremos el siguiente análisis.

a) La integración del contenido obligatorio del contrato de trabajo. b) Las reglas de derecho transitorio. El Art. 7 CCCN. c) La aplicación temporal de las leyes 27.742 y 27.802 caso de los contratos extinguidos antes de su vigencia.

Se analiza, también, la aplicación de la ley a los contratos vigentes al tiempo de su entrada en vigencia y, aún, a los contratos concertados luego de su entrada en vigencia.

Comenzamos

a) La integración del contenido obligatorio del contrato.

Para comprender como se integra el contenido analizaremos tanto la normativa civil como la laboral, las que -adelantamos- no difieren en lo sustancial.

i) Las disposiciones del CCCN.

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

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 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 obligatorio. 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 serán reemplazadas por estas, las que así, tanto unas como otras, 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 *fuentes 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 acuerdo de voluntades.

En este sentido, la doctrina ha señalado con claridad que la ley no rige en forma directa la relación laboral, sino que integra el contenido obligacional del contrato, el cual constituye la fuente inmediata de regulación de dicha relación.

Así, se ha sostenido 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”, lo que permite afirmar que es el contrato de trabajo —debidamente integrado— la fuente directa de la relación jurídica.

ii) Las disposiciones de la ley de contrato de trabajo.

La situación no es distinta en el contrato de trabajo.

En primer lugar, el Art. 46 LCT dispone que "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".

A su turno 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 sustitución. Si nos encontramos en el marco de una ley llamada, conforme la 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.

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*, 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, convenciones colectivas de trabajo u otros

instrumentos serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por estas.

Podría ser útil recordar cómo se produce dicho reemplazo, atento a la discusión que se generó con la entrada en vigencia de la ley 27.742 y que se reitera con la 27.802.

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.

A esta altura del debate se plantea una inevitable pregunta ¿Las normas laborales son imperativas? En su caso ¿En qué sentido?

En una primera aproximación y por la habitualidad con que los laboristas referenciamos al *orden público laboral* podría concluirse, casi naturalmente, que las normas laborales son imperativas. Sin embargo...

Un análisis más detenido puede llevarnos a conclusiones diferentes. Si repasamos tanto el Art. 13 LCT como el 7 LCT veremos, de toda obviedad, que lo que se protege *imperativamente* son los mínimos garantizados, con lo que las normas laborales son indisponibles a la baja pero no lo son *in melius*, es decir para mejorar las condiciones de trabajo. En tal sentido, entonces, pueden ser modificadas por la voluntad de las partes con la condición de que sean más favorables.

Se advierte así que las normas laborales son supletorias de la voluntad de las partes quienes pueden modificarlas. Lo expuesto es de vital trascendencia respecto del último párrafo del Art. 7 CCCN.

En este sentido, las modificaciones introducidas por las leyes 27.742 y 27.802 no sólo deben analizarse como normas legales en abstracto, sino como potenciales alteraciones del contenido obligacional contractual, lo que refuerza la imposibilidad de su aplicación a relaciones jurídicas en curso o extinguidas sin vulnerar derechos adquiridos y garantías constitucionales.

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 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 cuando las modificaciones mejoran las condiciones laborales para la persona que trabaja.

En primer lugar, por lo que las partes pacten en tal sentido o que decida unilateralmente el empleador, pero también por 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 y del orden público laboral.

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

- * El contrato de trabajo se integra en el momento de la manifestación de voluntad que lo crea.

- * 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

- * 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.

- * Dicha sustitución se produce en el mismo momento en que el contrato de trabajo se concierta.

- * 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 pudiera haber tenido.

b) Las reglas del derecho transitorio. El Art. 7 CCCN.

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

La cuestión adquiere especial relevancia a partir de las reformas introducidas por las leyes 27.742 y 27.802, en tanto imponen un replanteo integral acerca del alcance del derecho nuevo respecto de las distintas situaciones jurídicas que pueden presentarse en el ámbito de las relaciones laborales.

En tal sentido, el interrogante ya no puede limitarse —como tradicionalmente se ha formulado— al efecto de la ley sobre los contratos extinguidos, sino que debe extenderse necesariamente a los contratos en curso de ejecución al momento de su entrada en vigencia y a aquellos que se celebren con posterioridad al 6 de marzo de 2024.

La cuestión está reglamentada en el Art. 7 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 existentes.

Dispone la norma: "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".

Como se advierte la regla contiene tres reglas: a) la que dispone la aplicación inmediata a las consecuencias y relaciones y situaciones existentes; b) la que dispone la irretroactividad del nuevo derecho y c) la aplicación de las nuevas normas supletorias a contratos en curso de ejecución.

Analicemos cada una de ellas.

i) Aplicación inmediata a las consecuencias y relaciones y situaciones existentes.

Analizamos únicamente la situación de las *consecuencias* de las relaciones existentes porque nos encontramos en el marco de una relación contractual.

Conforme enseña Aída Kemelmajer de Carlucci la nueva ley se aplica, a partir de su vigencia, a las relaciones jurídicas que se constituyen en el futuro, a las existentes en cuanto no estén agotadas y a las consecuencias que no hayan operado aún. Las cumplidas son regidas por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron... El nuevo ordenamiento no se proyecta atrás en el tiempo ni altera el alcance de las consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados bajo determinado dispositivo legal" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Págs. 29 y 30, Rubinzal y Culzoni, 1a edición. Santa Fe, 2015).

Cabe señalar que los elementos constitutivos, modificatorios y extintivos de los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su producción, y sus consecuencias por el nuevo derecho.

Y, "si las leyes gobiernan el contenido o los efectos cabe distinguir, con la opinión doctrinal predominante, entre situaciones legales y convencionales... si tienen origen en actos de los particulares (contratos), la regla es que los rige la ley vigente al momento de la constitución" (Op. cit. pág. 34).

ii) La irretroactividad del nuevo derecho.

Una norma es retroactiva ... cuando se aplica como si hubiese estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor (Op. cit., Pág. 31).

Dispone la norma que las nuevas normas, reemplazando la categoría de *derechos adquiridos* por la del *consumo jurídico*, que aun siendo retroactivas por disposición del legislador no pueden afectar derechos constitucionales. Lo que, en el caso de los contratos, está en línea con lo dispuesto en el Art. 765 CCCN.

iii) Aplicación de las nuevas normas supletorias a contratos en curso de ejecución.

La norma dispone que las nuevas normas supletorias, como regla, no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Recordando que arriba demostramos que las normas del derecho del trabajo son supletorias de la voluntad de las partes, debemos concluir que la solución dispuesta es idéntica a la que rige en el derecho del trabajo, en el que las mejoras que antiguamente llamábamos *heterónomas*, es decir las que no provenían de la voluntad de las partes eran de aplicación inmediata, modificando el plexo obligacional del contrato cuando eran más favorables a la persona que trabajaba. En una clara y explícita aplicación del orden público de protección aplicable en nuestra materia como se expuso arriba.

En definitiva, el último párrafo consagra para el otro derecho protectorio de la Constitución Nacional, que estatuye al lado de las personas que trabajan un nuevo *sujeto de preferente tutela constitucional*, el consumidor (Art. 42 CN).

Va de suyo entonces que el sistema de aplicación de las nuevas normas supletorias es idéntico tanto en el derecho del consumidor como en el derecho del trabajo.

Teniendo en cuenta que tanto el capítulo laboral de la 27.742 como la ley 27.802, desde que están destinadas 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.

4. Aplicación del derecho nuevo según la situación temporal de los contratos de trabajo.

A los fines de un adecuado análisis de la cuestión planteada, corresponde distinguir tres supuestos claramente diferenciados: a) contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma; b) contratos en curso de ejecución a dicha fecha; y c) contratos celebrados con posterioridad al 6 de marzo de 2024.

a) Contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma

Los contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia son relaciones jurídicas agotadas, razón por las cuales las nuevas normas no resultan aplicables en los procesos aún en trámite. Cualquiera sea su contenido.

Debe advertirse que los actos de constitución, modificación y extinción de los contratos se rigen por las normas vigentes al momento en que cada acto tuvo efecto.

Aplicar el derecho nuevo a estas relaciones jurídicas agotadas importaría conferirle efecto retroactivo, lo cual se encuentra vedado por el Art. 7 CCCN, salvo disposición expresa en contrario y siempre que no se afecten derechos amparados por garantías constitucionales, circunstancia que no se verifica en el caso.

Así, el contenido obligacional primigenio se conforma, por mandato del Art. 46, 13 y 7 LCT al momento de la celebración del contrato y luego se van incorporando las mejoras que pudieran incorporarse a lo largo de su vigencia (las modificaciones), finalmente las condiciones de su extinción también se rigen por el derecho vigente al momento de la misma.

Y en tales condiciones son relaciones jurídicas agotadas que no continúan produciendo consecuencias. Estas cesaron con la extinción del contrato. Salvo, en determinadas condiciones, las consecuencias de la mora, que se extienden en el tiempo.

Aplicar el derecho nuevo a las relaciones jurídicas agotadas no significa otra cosa que aplicarlas retroactivamente, la que como regla es una posibilidad negada por el legislador. Y si existiese una decisión expresa en tal sentido, la que como toda excepción que restrinja derechos es de interpretación restrictiva, la condición de su aplicabilidad es que no violen garantías constitucionales.

Particularmente la garantía constitucional de protección (Art. 14 bis CN), la de igualdad de trato o prohibición de todo acto discriminatorio (Art. 16, CN), el derecho de propiedad (Art. 17 CN), ni que se desnaturalicen dichos derechos y garantías por una reglamentación que los desnaturalice (Art. 28 CN), que se pretenda modificar dichos derechos y garantías por normas de jerarquía inferior a la misma Constitución Nacional, a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, a los demás tratados y convenios con jerarquía supra legal (Arts. 31 y 75,22 CN) y, aún, que se trate de normas que no garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos.

Además, el nuevo derecho, en tanto normas supletorias en modo alguno podría ser aplicable a contratos ya extinguidos.

A ello se suma que los créditos derivados de la extinción del contrato integran el derecho de propiedad del trabajador (Arts. 965 CCCN y 17 CN), por lo que cualquier intento de reducirlos mediante la aplicación de una norma posterior importa una confiscación encubierta.

b) Contratos de trabajo en curso de ejecución al momento de entrada en vigencia

En el caso de los contratos en curso de ejecución, si bien el Art. 7 CCCN admite la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias no agotadas, ello encuentra un límite específico en materia contractual.

Tal como se ha desarrollado precedentemente, las normas laborales integran el contenido obligatorio del contrato en carácter supletorio, razón por la cual resulta plenamente aplicable la previsión contenida en el último párrafo del Art. 7 CCCN, que establece que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución.

En consecuencia, las modificaciones introducidas por las leyes 27.742 y 27.802, en tanto resultan desprotectorias, no pueden incorporarse al contenido obligatorio de los contratos en curso, sin vulnerar el principio protectorio (Art. 14 bis CN), el derecho de propiedad (Art. 17 CN) y el principio de progresividad.

La aplicación de las leyes citadas a contratos en curso implicaría una modificación unilateral del contenido obligatorio en perjuicio del trabajador, alterando el equilibrio contractual y vulnerando el principio de intangibilidad del contrato.

c) Contratos de trabajo celebrados con posterioridad al 6 de marzo de 2024

Respecto de los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, si bien la ley nueva resultaría en principio aplicable, ello no obsta a que deba someterse al correspondiente control de constitucionalidad y convencionalidad.

En efecto, ninguna norma puede ser válidamente aplicada si resulta contraria a los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

En consecuencia, aun respecto de los contratos futuros, las disposiciones que impliquen una regresión en el nivel de protección de los trabajadores deberán ser declaradas inaplicables por resultar inconstitucionales e inconvencionales.

En tales condiciones, las leyes 27.742 y 27.802 no gozan de una presunción irrestricta de validez, sino que su eventual aplicación se encuentra condicionada a la superación del control de constitucionalidad y convencionalidad.