

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD, INVALIDEZ O INAPLICABILIDAD DE LA REFORMA LABORAL DEL TÍTULO V DE LA LEY 27742. Una respuesta inmediata.-

Javier Spaventa

SUMARIO: 1.- INTRODUCCION / 2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 27742: EL GOBIERNO NO TIENE ATRIBUCIONES PARA DESASEGURAR / 3.- LA LEY 27742 Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGENCIA: 3.1.- La doctrina de la incorporación / 3.2.- La doctrina de los derechos adquiridos / 3.3.- La Ley 27742 no es una ley penal más benigna / 4.- LOS CASOS CONCRETOS EXCLUIDOS / 5.- CONCLUSION.-

1.- INTRODUCCION.- La Ley 27742 se publicó en el Boletín Oficial el 8-7-2024 (Nº 35456, pág. 4) y dispone en su art. 237 que entra en vigor el día siguiente. La reforma laboral se dispone en los arts. 82 a 100 que integran el Título V de la ley. En adelante realizamos una serie de consideraciones generales sobre la inconstitucionalidad, invalidez o inaplicabilidad de la reforma sin entrar a formular una descripción pormenorizada (pedagógica o didáctica) de la misma.

En primer lugar sostenemos que la Ley 27742 (en su reforma laboral) es inconstitucional. Que la reforma laboral sea inconstitucional tiene por consecuencia que no sea aplicable tanto a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia ya extinguidos o en curso de ejecución como a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia. En segundo lugar analizamos la cuestión a partir de suponer que la Ley 27742 no es declarada inconstitucional (en su Título V). Aquí mostramos que la Ley 27742 no es aplicable ni a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia ya extinguidos ni a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia y que se encuentran en ejecución en ese momento. Así sólo sería en principio aplicable a los contratos de trabajo que se celebren con posterioridad a su entrada en vigencia. En tercer lugar señalamos los casos excluidos de la regulación que establece el Título V de la Ley 27742, o indicamos en qué casos la Ley 27742 no es aplicable. En adelante precisamos estas doctrinas y mostramos las razones o los argumentos con los que justificamos estas ideas sobre la Ley 27742.

2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 27742: EL GOBIERNO NO TIENE ATRIBUCIONES PARA DESASEGURAR.- La reforma legislativa sancionada por la Ley 27742 (TITULO V: arts. 82 a 100) es inconstitucional. Que sea inconstitucional tiene por consecuencia su invalidez general y que no sea aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, ni a los contratos de trabajo en ejecución al tiempo en que entró en vigencia ni a los contratos de trabajo celebrados con posterioridad a su entrada vigencia.

¿Por qué? Básicamente por dos tipos de razones. La primera razón es de tipo general. El gobierno no tiene atribuciones para desasegurar los derechos sociales El gobierno no tiene atribuciones para retrogradar el nivel

de desarrollo jurídico alcanzado (cualquiera sea el mismo) porque rige la prohibición de regresividad (que es tanto como decir que el gobierno tiene el deber de asegurar los derechos).

El art. 14 bis dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador” los derechos que en ese mismo texto se enuncian. Aquí se reconoce el principio de aseguramiento; se impone el deber de asegurar los derechos sociales; que prohíbe la regresividad o retrogradación; que dispone la irreversibilidad; que es tanto como prohibir que el gobierno derogue los mejores derechos ya asegurados o que los modifique in peius del trabajador.

En general los iuslaboralistas no comprenden el real sentido del deber de asegurar o de la prohibición de regresividad y no entienden que sostener la irreversibilidad de los derechos sociales es tanto como prohibir al gobierno que los modifique in peius de los trabajadores o que los derogue. El gobierno no tiene esta atribución de derogar en perjuicio del trabajador los derechos sociales ya asegurados. Es así de sencillo. Es una cuestión que hace a la constitución del gobierno. Menos que esto no podemos aceptar para una república democrática y el cabal imperio de los derechos humanos.

El deber de asegurar los derechos sociales del art. 14 bis de la CN no es el principio protectorio de la doctrina iuslaboralista. Asegurar no es proteger. Se asegura los derechos de la persona humana sólo por el hecho de ser una persona humana. No se le aseguran sus derechos porque sea digna, ni se le aseguran sus derechos a cambio de obediencia. Asegurar no es proteger. El deber de asegurar es un principio eminentemente liberal propio de la doctrina moderna del gobierno. No es un principio del patrimonialismo patriarcalista ni feudalista.

Tampoco se confunde con el principio de progresividad. El deber de asegurar prohíbe el retroceso. El principio de progresividad manda el avance, el adelantamiento de un nivel a otro superior. El principio de progresividad manda reconocer mayores o mejores derechos al trabajador; o sea: derechos que equivalen a un mayor poder y riqueza (o bienes y servicios). Aseguramiento y progresividad son dos principios diferentes y ambos integran la doctrina moderna del gobierno.

En general los iuslaboralistas (desde hace unos años) se refieren al principio de progresividad, ignoran el aseguramiento, y no hacen en realidad otra cosa que aludir al viejo y limitado principio protectorio. Han reemplazado (por cierto snobismo quizás) las palabras “principio protectorio” por “principio de progresividad” cuando dicen lo mismo o sostienen las mismas consecuencias para ambos principios.

Pero son diferentes. Con el deber de asegurar y el principio de progresividad se construyen los órdenes jerárquicos y de prelación de las normas y, en definitiva, el orden social progresivo donde el gobierno no puede retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado sino, sólo y exclusivamente, coadyuvar al progreso social e individual. Así se construye una sociedad en avance continuo, en adelantamiento. La utopía o la

sociedad perfecta no es un orden social estático sino dinámico en avance permanente hacia mejor.

El gobierno NO tiene atribuciones para desasegurar los derechos personales (o de los habitantes del territorio argentino). El gobierno NO ha sido constituido para dañar o lesionar los derechos de los habitantes. Esto es muy básico. El gobierno es constituido para asegurar los derechos y NO para desasegurarlos, máxime cuando se trata de derechos sociales conforme al mandato expreso del art. 14 bis de la CN.

Es absolutamente improcedente desde el punto de vista constitucional que el gobierno (a través de cualquiera de sus poderes) no cumpla con su deber de asegurar los derechos de la persona humana, pero mucho más lo es cuando esas agencias públicas son la causa, el motivo o la ocasión de los daños y perjuicios que padece la persona o la inmensa mayoría de la población.

Por ello entonces la reforma laboral establecida en la Ley 27742 no rige para suprimir o limitar los derechos de los trabajadores. No hay otra posibilidad. No hay otra alternativa. La retrogradación está absolutamente prohibida.¹

La segunda razón es de tipo particular o especial. Las reformas laborales de la Ley 27742 (Título V: arts. 82 a 100) atacan directamente los derechos sociales o laborales reconocidos en la Constitución nacional como (entre otros y como mínimo) son las condiciones dignas y equitativas de labor, la justa retribución, el descanso y las vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario o la estabilidad, la organización sindical libre y democrática, el derecho de huelga, y los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable, todo lo cual determina su descalificación constitucional lo que implica su inaplicabilidad a todos los contratos de trabajo y a todas las causas en trámite (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, CN, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la misma ley suprema).²

¹ Me ocupo del principio de aseguramiento y del principio de progresividad en Javier Spaventa, Constitución Y Trabajo, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008, capítulo 2 (aseguramiento y progresividad), 2.1 (el deber de asegurar o prohibición de retroceder), 2.2 (el principio de progresividad), 2.3 (orden social progresivo y orden social regresivo), y 2.4 (órdenes jerárquico y de prelación de las normas); ver en academia.edu.

² Hago una exposición de los derechos sociales o laborales reconocidos en la Constitución nacional conforme a las ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema en Constitución y Trabajo, capítulos 6 (el derecho del trabajo en la constitución nacional) y 7 (la seguridad social en la constitución nacional). Agrego aquí que las reformas laborales de la Ley 27742 son pasibles de las mismas o similares críticas formuladas a la flexibilización laboral de los años noventa que realizamos en La Constitución, los tratados y la flexibilidad laboral (en DT, 1996-B, 2707) o en Estudio sobre la Flexibilización Laboral en la Argentina (que incluimos como capítulo 5 de Apuntes sobre Derechos Sociales,

En especial las derogaciones de las indemnizaciones de los 8, 9, 10, 15 de la LNE 24013 y de la Ley 25323 (que se disponen en los arts. 99 y 100, Ley 27742) son inconstitucionales porque atacan directamente el derecho de propiedad (los derechos adquiridos), las condiciones dignas y equitativas de labor, la justa retribución, el descanso y las vacaciones pagadas y la protección contra el despido arbitrario.³

Por ello las reformas de la Ley 27742 (de su Título V: arts. 82 a 100) son inconstitucionales, resultan inválidas y son inaplicables en general a cualquier contrato de trabajo y en particular para conocer y decidir cualquier causa.

3.- LA LEY 27742 Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGENCIA.- Para el caso que no se descalifique en general la Ley 27742 declarando la inconstitucionalidad de la reforma laboral de su Título V, aquí sostenemos que sus modificaciones no son aplicables a los contratos de trabajo celebrados y extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia, ni a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia pero en curso de ejecución durante ese tiempo. Así consideramos que si no se declara la inconstitucionalidad del Título V de la Ley 27742, la reforma laboral sólo sería aplicable a los contratos de trabajo que se celebren con posterioridad a su entrada en vigencia.

Esta última consecuencia tiene, a su vez, una notoria objeción que refuerza los argumentos para la descalificación completa de la reforma que expusimos brevemente en el párrafo anterior. Si la reforma laboral de la Ley 27742 sólo fuera aplicable a los contratos de trabajo que se celebren con posterioridad a su entrada en vigencia habría dos clases de contratos: los del antiguo régimen (más favorable al trabajador) y los del nuevo régimen (menos favorable al dependiente o más favorable a la patronal). Así se vulneraría el principio de igualdad y la prohibición de discriminar (art. 16 CN, ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema) por lo menos durante el tiempo en que duren en vigencia los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 27742. Todo lo cual refuerza (por el imperio del principio de trato igualitario) la descalificación constitucional que merece la Ley 27742 (en su Título V).

Avancemos ahora en el punto central que aquí nos ocupa: la reforma legislativa sancionada por la Ley 27742 (Título V: arts. 82 a 100) de ser

Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2012); ver también en academia.edu.

³ Así se vulnera el deber de asegurar. Se desasegura. Para ello basta con advertir que la reforma implica una fuerte reducción del monto de los reclamos obreros (o de las liquidaciones por despido o por regularización de la relación de empleo) conforme las cuentas que realizamos en Ajuste Laboral Regresivo y Técnica Legislativa. Borrador de crítica al proyecto laboral del PEN de 2017, Buenos Aires, 2017, y en Autoritarismo y Empobrecimiento. La reforma laboral del presidente Javier Gerardo Milei, Buenos Aires, 2024 (párrafo 4.3.- Las indemnizaciones por despido).-

considerada constitucional no rige o es inaplicable para regir a los contratos de trabajo celebrados y extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia y a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia y en ejecución en ese momento.

Advierto aquí que el derecho civil no es una fuente de regulación del contrato de trabajo. Esto es fundamental que se comprenda cabalmente. Notamos una recurrencia permanente al derecho civil para regular al trabajo humano o a la relación de empleo que no tiene sustento alguno y controvierte el régimen constitucional del trabajo y, en particular, al art. 1º de la LCT 20744. Esto es muy básico. En especial no se puede recurrir al derecho civil para desasegurar los derechos del trabajador sino, sólo y exclusivamente, para asegurarlos (aseguramiento) o para aumentarlos o incrementarlos (progresividad).

Pongo algunos ejemplos para que se comprenda esta cuestión central. Hay un uso del derecho civil carente de todo sustento en los principios básicos de la disciplina iuslaboralista, que vulnera su autonomía y la Constitución nacional. Se recurre al derecho civil para desasegurar los derechos del trabajador. Ello es muy inadmisibile. Así por ejemplo sucede en los últimos tiempos cuando se dictan sentencias en causas laborales donde se usa el art. 771 del CCCN para reducir los intereses compensatorios o moratorios y hacer pagar la inflación al trabajador en beneficio del patrón moroso o para abonar el crédito obrero con moneda devaluada en beneficio exclusivo del patrón moroso. Es absolutamente impropcedente.⁴

Sólo se puede recurrir al derecho civil para asegurar los derechos del dependiente o para ampliar los derechos del trabajador y nunca jamás para suprimirlos o limitarlos. Esto es básico. Así por ejemplo se debe recurrir al lapso de la prescripción liberatoria que fija el CCCN (de cinco años en su art. 2560), máxime que el art. 256 LCT es una norma de facto, nula de nulidad absoluta e insanable, y al principio de igualdad y la prohibición de discriminar (art. 16 CN, ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).⁵

Sobre esta base no se debe recurrir al régimen del derecho civil establecido para regir la vigencia temporal de la ley laboral o el ámbito temporal de aplicación de la ley laboral o las relaciones de la ley laboral con relación al tiempo. No es así cómo se debe comprender la cuestión. No es desde el punto de vista civilista cómo se debe entender este tema. El derecho del trabajo tiene un régimen específico de regulación de la vigencia temporal de la ley que está básicamente determinado por los principios de aseguramiento y progresividad. Así no se debe recurrir al art. 7º del CCCN sin más o sin atender a si asegura o desasegura conforme al criterio

⁴ Ver mi último artículo sobre el tema de la tasa de interés: La Licuación del Crédito Obrero en los Juicios Laborales, Buenos Aires, 2024.-

⁵ Hago una crítica a la doctrina de facto en Constitución y Trabajo, capítulo 5 (doctrina de facto y jurisprudencia laboral regresiva); ver también Javier Spaventa, Doctrina de facto. Sobre su teoría y práctica en la Argentina, Buenos Aires, 2022; ambos en academia.edu.-

fundamental establecido en el art. 14 bis de la CN y que impera para el conocimiento y decisión de todas las causas (como principio constitucional de derrotabilidad de cualquier norma susceptible de ser aplicada a la relación de empleo⁶). Esto es básico: el art. 7º del CCCN sólo se puede usar para asegurar los derechos del trabajador y, por supuesto, también para la progresividad, el adelantamiento o reconocimiento de mayores y mejores derechos a favor del dependiente.

El art. 7º del CCCN dispone que las leyes tienen eficacia temporal a partir de la entrada en vigencia, que NO tienen efecto retroactivo, y que la retroactividad NO puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Por ello la reforma laboral de la Ley 27742 no es aplicable a los contratos celebrados, ejecutados y extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia ni es tampoco aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia aunque estén en curso de ejecución.

En particular NO se aplican las derogaciones de los arts. 8 a 17 de la LNE 24013, NI de los arts. 43 a 45 de la Ley 25345 (del art. 99), NI de la Ley 25323; NI las modificaciones a los arts. 7 y 18 LNE, NI a los arts. 2, 23, 29, 92 bis, 136, 177, 242, 245 bis de la LCT; NI la reforma del fondo de cese laboral del art. 96, NI la regulación del trabajador independiente con colaboradores; todo ello porque NO hay aplicación retroactiva de la ley (art. 7 CCCN), menos aún si la misma tiene por objeto o por resultado la modificación in peius de los derechos del trabajador o la vulneración de los derechos ya asegurados (art. 14 bis CN).

En este caso el contrato de trabajo (como los reclamos derivados del mismo) se rigen por las normas vigentes al tiempo del nacimiento, adquisición, modificación o extinción de esa relación de empleo. Los derechos reconocidos en esas normas han quedado incorporadas al contrato individual de trabajo (o son derechos adquiridos por el trabajador) y por ello mismo devienen irretrogradables, irreversibles, y la modificación in peius del dependiente es nula o inválida (art. 14 bis CN; arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 LCT; arts. 7 y 8 Ley 14250).

Lo expuesto tiene sustento además en el derecho de propiedad; en el principio de la ley anterior al hecho del proceso; y en que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (de los arts. 14, 17, 18 y 19 de la CN, ampliados por lo establecido en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).

Advierto que los derechos (o para algunos las garantías establecidas en el art. 18 de la CN) no son de aplicación exclusiva en el derecho penal sino que son derechos generales de la persona que la protegen en todas y cada una de sus relaciones sociales o jurídicas, ello máxime las ampliaciones de los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema. No hay aquí

⁶ Sobre la derrotabilidad ver de Carlos E. Alchourrón los artículos recopilados en Fundamentos para una teoría general de los deberes, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.-

que sostener interpretaciones restrictivas que limitan o suprimen la plena vigencia y goce de esos derechos ni de los derechos sociales.

Además los reclamos laborales (o sociales) tienen sustento en los derechos constitucionales a las condiciones dignas y equitativas de labor, a la carrera profesional, a la justa retribución, al descanso y las vacaciones pagadas, a igual remuneración por igual tarea, a la protección contra el despido arbitrario, al derecho de huelga y en el derecho a los beneficios de la seguridad social (de los arts. 14 bis, 16, CN, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema), lo que prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley 27742 por el derecho de propiedad y su inviolabilidad (arts. 14 y 17 CN, ampliados; y art. 7 CCCN cuando dispone que “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”).

Por todo ello las reformas de la Ley 27742 no son aplicables in peius del trabajador a los contratos de trabajo celebrados, modificados y extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia ni a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia aunque estén en curso de ejecución al tiempo en que comenzó a regir. En adelante amplió los fundamentos de esta posición. Veamos.

3.1.- La doctrina de la incorporación y los derechos adquiridos.- La ley 27742 no puede venir a retrogradar, revertir, desasegurar, los derechos incorporados a los contratos de trabajo ya extinguidos o en curso de ejecución y que son derechos adquiridos (o que integran el patrimonio del trabajador).

La doctrina de la incorporación sostiene que el contrato individual de trabajo se integra con las normas (más favorables al trabajador) establecidas en cualquier otra fuente de regulación. Los mejores derechos a favor del trabajador se incorporan como convenciones del contrato individual de trabajo, con la consecuencia que una nueva fuente posterior (o especial o superior) no puede modificar in peius las condiciones de labor establecidas en los contratos individuales de trabajo en curso de ejecución a su entrada en vigencia.

La doctrina de la incorporación está en un todo de acuerdo con el deber de asegurar y el principio de la progresividad. La doctrina de la incorporación manda asegurar los mejores derechos que, establecidos en cualquier otra fuente, se han integrado al contrato individual de trabajo. De esta manera cumple con el deber de asegurar (o la irreversibilidad o la prohibición de retroceder de los niveles alcanzados). Pero además la doctrina de la incorporación coincide con el principio de la progresividad porque acumula sucesivamente en el contrato de trabajo los mejores derechos con origen en cualquier otra fuente.

No cabe duda que la doctrina de la incorporación tiene sustento en la legislación vigente de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Así la doctrina de la incorporación se basa, prima facie, en los arts. 1, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 21, 46, 58, 62, 63, 66 y cs de la LCT y en los arts. 6, 7, 8 y cc de la ley 14.250; o, en otras palabras, la verdad de la doctrina de la

incorporación queda demostrada por lo establecido en las normas indicadas.

La doctrina es coincidente con la ley argentina o, dicho de otra manera, es una adecuada descripción del derecho vigente en el territorio de las provincias. El contrato individual de trabajo está integrado, como mínimo, por las mejores normas establecidas en cualquier otra fuente vigente al momento de su celebración (ejecución o extinción). Las normas referidas a las condiciones de trabajo se incorporan de pleno derecho (o ipso iure) al contrato individual de trabajo para suplir la falta de regulación en el acuerdo o para mejorar la existente (conforme arts. 1, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 21, 46, 66 de la LCT y arts. 6, 7 y 8 de la ley 14.250 y concordantes).⁷

3.2.- La doctrina de los derechos adquiridos.- ¿Qué es un derecho adquirido? O mejor dicho: ¿qué significan las palabras “derecho adquirido”? Un derecho se califica como adquirido cuando ha ingresado o integra el patrimonio de una persona.⁸ Un derecho adquirido es un derecho que le pertenece a una persona. En otras palabras podemos decir que un derecho es adquirido cuando es una propiedad de una persona. Ahora bien que un derecho integre el patrimonio de una persona, o que le pertenezca o que sea de su propiedad o que, en definitiva, sea un derecho adquirido significa que es el correlato de una obligación pasiva que pesa sobre el resto de los habitantes del país de no interferir en el uso, goce o ejercicio del mismo por parte de aquella persona (a quien se denomina titular o acreedor); o que es el correlato de una obligación de dar una cosa, o de hacer o de no hacer (en particular una acción) que pesa sobre una o varias personas determinadas (que son los deudores); o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de rechazar con el auxilio de la fuerza pública cualquier interferencia en el uso, goce y ejercicio de su derecho adquirido; o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de pedir el auxilio del gobierno para forzar el cumplimiento de su deudor moroso.

Cabe preguntar si el art. 7 del CCCN puede ser considerado una razón suficiente para sostener que la Ley 27742 es aplicable para regir a los contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a su entrada en vigencia o a los contratos de trabajo en ejecución al tiempo de su entrada en vigencia, cuando la modificación que se establece es in peius del dependiente o de los mejores derechos ya reconocidos o establecidos en otras fuentes reguladoras.

Que el contrato de trabajo sea un contrato de tracto sucesivo, o que su ejecución (o el cumplimiento de sus obligaciones) no se agote en una acción sino que se lleve a cabo en una serie de actos, puede hacer pensar erradamente que se encuentra regulado por el primer párrafo del art. 7 del CCCN en lo que hace a los efectos de la ley con relación al tiempo. Así se puede pensar (aunque equivocadamente) que la aplicación inmediata de la

⁷ Sobre el tema ver Javier Spaventa, Apuntes sobre Derechos Sociales, párrafo 6.26 (el principio de la norma más favorable al trabajador y los métodos de comparación) y párrafo 9.5 (la doctrina de la incorporación).

⁸ Ver arts. 15 y 16 del CCCN. Ver también el art. 2312 del Código de Vélez.-

ley interviene en el contrato de trabajo en curso de ejecución y habilita la modificación in peius de las condiciones de labor. Quienes afirmen tal doctrina sostendrán que la entrada en vigencia de la nueva ley no se aplica retroactivamente a los actos ya cumplidos sino a los que se deben cumplir (o que estando en curso de ejecución se deben cumplir); que el legislador tiene atribuciones para modificar las condiciones de labor o intervenir en los contratos en curso de ejecución; y que, ante la modificación in peius, el trabajador no posee derechos adquiridos sobre las condiciones alteradas sino que sólo eran meras expectativas de derechos. Esta doctrina está absolutamente equivocada. En adelante voy a mostrar los errores.

Esta doctrina se alza contra el deber de asegurar los derechos del trabajador que es el pivote sobre el cual gira todo el sistema de regulación del trabajo. No voy aquí y ahora a insistir sobre este tema que es de carácter constitucional pero claro está que no se puede soslayar. ¿Para qué queremos un gobierno? ¿Para qué nos dañe o para que asegure nuestros derechos y coadyuve a nuestro progreso? Esta es la cuestión que deben responder quienes proponen políticas regresivas o quienes afirman que la Constitución Nacional las permite o no las prohíbe.

El art. 7 del Código Civil no puede ser una razón para suprimir o limitar los derechos del trabajador. El derecho común no es una fuente de regulación del contrato de trabajo o de la relación de empleo (arts. 1, 3, 11 y cc LCT). La aplicación del derecho común (o civil) a una relación de empleo es procedente sólo y exclusivamente cuando otorga mejores derechos a favor del trabajador que la regulación laboral (en cumplimiento al mandato de asegurar los derechos del trabajador que impone el art. 14 bis y al principio de progresividad).

Los problemas que tuvo Guillermo Borda en mente para realizar sus críticas al art. 3 del Código Civil redactado por Vélez y para proponer su reforma (ejecutada a través de la Ley 17711 cuando era ministro del interior de la dictadura de Onganía), eran completamente ajenos a las necesidades protectorias del obrero y su familia y extrañas a la relación de empleo o al derecho laboral. Estos temas no integraban las preocupaciones de Borda cuando escribe sobre el tema. Es más que evidente.

En cualquier manual sobre derecho laboral se informa que la disciplina es autónoma o que tiene un objeto, un método y principios propios o que les son inherentes y que la distinguen de cualquier otra rama del derecho. Si este tipo de afirmaciones –comunes en las primeras páginas de los manuales y tratados al uso- tienen algún sentido es dar cuenta de que el derecho laboral se integra con una regulación diferente a la civil, lo que implica otro sistema normativo de los efectos de la ley con relación al tiempo. Esto no nos debe llamar la atención si atendemos a que también el derecho penal posee un sistema propio sobre la materia y así ésta no queda regulada sólo por el art. 7 del CCCN sino que a éste se le agregan disposiciones específicas del derecho sancionatorio como es el art. 2 del Código Penal que manda aplicar la ley más benigna.

En el art. 7 del CCCN no se establece el principio de la ley posterior o de que la ley posterior deroga a la ley anterior⁹. En el art. 7 del CCCN (más precisamente en su primer párrafo) se consagra el principio de la aplicación inmediata de la ley: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.” No hay que confundir el principio de la ley posterior con el principio de la aplicación inmediata de la ley. Son completamente diferentes; mandan acciones distintas.

El derecho laboral tiene un régimen específico regulador de los efectos de la ley (o de la norma en general) con relación al tiempo y que se construye sobre la base del deber de asegurar y del principio de la progresividad.

En atención al deber de asegurar y al principio de la progresividad resulta que las leyes (como cualquier otra norma) sólo se aplicarán, a partir de su entrada en vigencia, “aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (según se ordena en el art. 7 del CCCN) sólo y exclusivamente cuando las modifiquen en beneficio del trabajador y nunca cuando la variación sea in peius de sus derechos e intereses (art. 14 bis, CN, ampliado, y arts. 7, 8, 9, 12, 13, 14 y cc de la LCT).¹⁰

El tercer párrafo del art. 7 del Código Civil es una excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley que se establece en el primer párrafo del mismo artículo. En el tercer párrafo se dice que “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.”

A los fines de su uso en materia laboral se debe entender que son leyes supletorias todas las normas que regulan el contrato de trabajo, que tengan origen legal, estatutario o convencional, sean o no de orden público o de orden público laboral. Es que en derecho laboral, como mínimo y prima facie, todas las normas supletorias de la voluntad de las partes son imperativas. Así el carácter imperativo del derecho laboral no excluye que las normas laborales sean supletorias de la voluntad de las partes del contrato de trabajo. ¿Por qué? Porque siempre se pueden pactar mejores derechos a favor del trabajador en el contrato de trabajo individual tanto como en el colectivo.

El art. 7 del CCCN para su uso en protección de los derechos del trabajador manda expresamente mantener la vigencia de la legislación supletoria al negocio jurídico (al contrato de trabajo), de modo tal que prohíbe que la nueva norma modifique las condiciones de labor

⁹ Las reglas de la *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* no son ni verdades lógicas (o conceptuales) ni pertenecen al derecho laboral argentino. Y sólo cabe recurrir a ellas para asegurar los derechos del trabajador.-

¹⁰ Me ocupé de estas cuestiones en el párrafo 9.6 (La doctrina de los derechos adquiridos) de Apuntes sobre derechos sociales, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2012; ver también en academia.edu.-

establecidas en los contratos individuales de trabajo (ya extinguidos o en curso de ejecución al momento de su entrada en vigor) y en las normas (legales, estatutarias o convencionales) que lo regulan en su totalidad o que lo suplen en sus omisiones o vacíos.

La nueva legislación supletoria no es aplicable a los contratos de trabajo en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al trabajador en las relaciones de empleo, en el mismo sentido que en el art. 7º del CCCN se establece que las nuevas leyes supletorias se aplicarán a los contratos o relaciones de consumo en curso de ejecución cuando disponen normas más favorables al consumidor. Hay el mismo deber de asegurar los derechos del trabajador que del consumidor máxime el mandato expreso del art. 14 bis, del art. 42 (en relación al consumidor) y al principio de igualdad del art. 16 (con sólo advertir la similitud en el estado de explotación o situación susceptible de aprovechamiento en que se encuentran los trabajadores y los consumidores); todos artículos de la Constitución nacional (ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).

3.3.- La Ley 27742 no es una ley penal más benigna.- Tampoco corresponde la aplicación de la Ley 27742 sobre la base del principio de la ley penal más benigna. ¿Por qué? Porque la LNE (o las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la LNE 24013, o del art. 1 y 2 de la Ley 25323) no son sanciones penales.

Las indemnizaciones establecidas en los arts. 8, 9, 10 y 15 de la LNE son reparaciones a favor del trabajador por no estar registrada su relación de empleo. Aquí no hay que prescindir del texto expreso de dichos artículos donde el legislador manda pagar al trabajador indemnizaciones.

Dichos dineros son reparaciones. Aquí no se puede ignorar lo que significa para la persona que presta servicios a favor de otra en plena relación de dependencia laboral no estar registrada por ella, No ser efectivo, estar “contratado”, “tercerizado”, ser “temporario” y no de “planta permanente”, el grado de incertidumbre, de precariedad, de inseguridad, de inestabilidad que ello implica o acarrea.

Tampoco se puede ignorar lo que significa que la relación no esté registrada ya que el grado de incertidumbre, de precariedad o de inseguridad aumenta aún mucho más, al mismo tiempo que no se goza de los beneficios de la seguridad social (lo que vulnera también al art. 14 bis CN, ampliado).

Y esto es lo que se repara con las indemnizaciones de la LNE 24013.

Dichas reparaciones no son multas ni civiles ni penales. Son indemnizaciones o reparaciones. Aquí no hay que entrar en confusiones inaceptables y que sólo tienen por objeto imponer una interpretación restrictiva de la legislación laboral protectoria del trabajador.

Al sostener que son multas se intenta imponer el principio del indubio pro reo por sobre el principio pro operario, de modo de beneficiar al empleador

y perjudicar al trabajador cuyos derechos se deben asegurar en cumplimiento al art. 14 bis de la CN.

Se trata de una manera de eludir la ley laboral y el mandato del art. 14 bis. Es muy grave. Es muy lesivo.

La LNE 24013 no es una ley penal tributaria y las indemnizaciones de los art. 8, 9, 10, y 15 son reparaciones del derecho civil o laboral y no sanciones del derecho penal.

El derecho penal tiene sanciones específicas para las evasiones previsionales, las retenciones de aportes como también para el sometimiento a la servidumbre. De modo que no hay que incurrir en una doble penalización de las mismas acciones por la vía de una errada interpretación de la ley laboral que tiene por único objeto incumplir con el mandato de asegurar los derechos del trabajador que impone el art.14 bis.

4.- LOS CASOS CONCRETOS EXCLUIDOS.- Hay también otros argumentos para sostener la inaplicabilidad de las reformas in peius del dependiente que dispone la Ley 27742. Son argumentos mínimos y que se refieren a los casos concretos que, en principio, podemos entender regulados por su texto. Digo que son argumentos mínimos porque con ellos no se alude a que el gobierno no tiene atribuciones para derogar o modificar in peius del trabajador la ley social, ni a que la ley no es aplicable a los contratos de trabajo ya extinguidos o en curso de ejecución al tiempo de su entrada en vigor porque no se puede modificar in peius del trabajador a los derechos incorporados a su contrato de trabajo (que es tanto como decir que no se puede suprimir, limitar, vulnerar, expropiar o confiscar sus derechos adquiridos). Digo que son argumentos mínimos porque con ellos ponemos el acento en los casos en que las normas establecidas en algunos de los artículos de la Ley 27742 no son aplicables. Veamos algunos ejemplos para ilustrar el punto sin por ello agotar la cuestión bajo análisis.

4.1.- La reforma al art. 7 de la LNE 24013 (art. 82 de la Ley 27742) como las incorporaciones de los arts. 7 bis a 7 quater (arts. 83 a 85) no se aplican a los casos de relaciones de empleo no registradas: si la relación laboral no está registrada las normas de los arts. 82 a 85 de la Ley 27742 no se aplican.

4.2.- El art. 88 de la Ley 27742 modifica al art. 2º de la LCT 20744 y establece que las disposiciones de la ley de contrato de trabajo no serán aplicables también: “d) A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.”

Pero ello no necesariamente es tan así con sólo observar que para la interpretación de la ley se debe tener en cuenta no sólo sus palabras, sino también sus finalidades, y las leyes análogas, y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, y los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, conforme lo manda el art. 2º del CCCN.

De modo tal que las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el CCCN deben ser integradas, complementadas, o ampliadas con los derechos sociales reconocidos en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema. Por ejemplo por lo establecido en los arts. 23 a 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948; o por los arts. 7 y 8 del PIDESYC; y también por las leyes análogas como la LCT 20744.

De esta manera se sube el piso del derecho civil que, sin lugar a dudas, debe ser una de las respuestas al ajuste de las patronales y el gobierno.¹¹

4.3.- El art. 89 de la Ley 27742 modifica el texto del art. 23 LCT. Con la modificación se establece que “La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la seguridad social.”

En adelante señalo algunos casos que no están contemplados en el texto del art. 23 reformado y que por ende no habilitan la exclusión de la presunción que en él se permite. Son sólo algunos ejemplos. Pueden haber otros más.

4.3.1.- La ausencia o exclusión de la presunción no opera cuando la relación de empleo no está registrada o cuando durante un tiempo no está registrada y otro tiempo sí lo está.

4.3.2.- Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando hay pagos extracontables. ¿Por qué? Porque la norma manda la emisión de “los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación”, de forma tal que si no hay recibos o facturas (o si se realizan pagos sin registración contable o sin la documentación respaldatoria de la operación civil o comercial asentada) entonces no opera la exclusión de la presunción o, en otras palabras, sí opera la presunción de que el “hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

4.3.3.- Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando se recurre a otras simulaciones de “normas contractuales no laborales” (art. 14 LCT) diferentes a la locación de servicios, como son las becas o las pasantías universitarias (por ejemplo: de la Ley 26427). Las becas o las pasantías universitarias no son los casos que habilita la exclusión de la presunción el texto reformado del art. 23 LCT.

¹¹ Me ocupo de estas cuestiones en Javier Spaventa, Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios y Protección al Trabajo (Anotaciones a partir de la doctrina de la Corte Suprema), Buenos Aires, 2019; en academia.edu.-

4.3.4.- Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral aparentando la “interposición de personas o de cualquier otro medio.” (art. 14 LCT). La interposición de personas no es un caso que contempla el art. 23 reformado por la Ley 27742 para habilitar la exclusión de la presunción de la existencia del contrato de trabajo a partir de la prestación de los servicios.

Y aquí no vale sostener que la cuestión es irrelevante por lo dispuesto en el art. 29 LCT reformado por el art. 90 de la Ley 27742 (para el caso de la mediación o de la intermediación) en el sentido que “Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.” ¿Por qué? Porque en general el caso consiste en la prestación permanente o continua de servicios a favor de la gran empresa (o de la usuaria o principal) que oculta la relación por medio de la interposición de múltiples o sucesivas contratadas, subcontratadas, terceras o intermediarias. Y este que es el caso común no está contemplado en el art. 23 reformado por la Ley 27742 como para habilitar la exclusión de la presunción.

5.- CONCLUSION.- Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto resulta que la reforma dispuesta en el Título V de la Ley 27742 es inconstitucional, inválida o inaplicable in peius del trabajador o para suprimir o limitar sus derechos sociales o el nivel de desarrollo o de avance alcanzado (cualquiera sea el grado del mismo).

Así lo considero. Son sólo mis opiniones que, por cierto, pueden estar equivocadas. Mis errores no deben ser usados para sostener decisiones contrarias a los derechos de los trabajadores, de los pobres o débiles en general.

Agrego además que estas doctrinas que aquí defiendo, aunque no sean reconocidas o usadas por los poderes del gobierno en estos tiempos fieros, valen como mínimo como un pequeño testimonio sobre otro camino alternativo que a mi entender amplía el horizonte utópico o abre posibilidades hacia la utopía concreta.-

Buenos Aires, 11 de agosto de 2024.-