

# Derecho del Trabajo

AÑO IV NÚMERO 10

Aportes para la codificación  
del derecho del trabajo y la seguridad social

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

---

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---

AÑO IV - NÚMERO 10

# Derecho del Trabajo

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO  
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

---

ISSN 2250-7612

Revista Derecho del Trabajo

Año IV - N° 10 - septiembre de 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.  
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho del Trabajo y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la de los directores de la revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Mario S. Fera - Héctor P. Recalde  
Directores

Victoria Cosentino - Leandro Recalde  
Secretarios de Redacción



# Consejo Académico

Eduardo Álvarez  
Mauricio César Arese  
Enrique Arias Gibert  
César Bechetti  
Rodolfo Capón Filas  
Graciela Cipolletta  
Luisa Contino  
Graciela L. Craig  
Horacio De la Fuente  
Jorge Elías  
Juan Carlos Fernández Madrid  
Daniel Machado  
Oscar Massei  
Susana Medina  
Mónica Palomino  
Victoria Pérez Tognola  
Ana María Salas  
Claudia Salvatierra  
Ricardo Francisco Seco  
Carlos Alberto Toselli  
Gabriel Tosto



# Editorial

Nos complace mucho presentarles el primer número dedicado al tema de la codificación del derecho del trabajo y la seguridad social. Creemos que será el primero de varios, porque estamos convencidos de que esta discusión que ha comenzado a llevarse a cabo en distintos ámbitos académicos, debe hacerse extensiva a nuestros lectores, lo que permitirá que otras voces hagan sus aportes. Queda, entonces, formalmente abierto este espacio para llevar adelante la discusión.

A medida que avancen en la lectura de los artículos, podrán advertir que el eje medular que atraviesa los textos pone de relieve, en primer lugar, la dispersión normativa en la que se encuentra nuestra materia en la actualidad y, como consecuencia de ello, la necesidad de elaborar una herramienta útil que reúna y sistematice las normas vigentes en un cuerpo único, con la finalidad de democratizar su conocimiento y brindar mayor seguridad jurídica —proceso que se inició con la sanción del Digesto Jurídico Argentino (ley 26.939)—.

Como todo proceso, requerirá también que se amplíe el debate no solo en lo atinente al método que se utilizará para lograr el cometido, sino también en lo que concierne a la necesidad de incorporar a este plexo normativo los temas actuales del derecho del trabajo —vinculados, por citar un ejemplo, con los cambios en las relaciones laborales producidas con la incorporación de las nuevas tecnologías—.

Las conquistas laborales alcanzadas durante esta década nos alientan a continuar este camino guiados por el profundo anhelo de alcanzar mayor armonía, unidad y coherencia entre las normas que forman parte del sistema jurídico, sin dejar de lado el dinamismo que tiene nuestra materia.

Esperamos que nos acompañen con sus comentarios y aportes.



# Índice General

## Doctrina p. I

La violencia en el trabajo. Apuntes para su abordaje integral  
en el Anteproyecto de Código del Trabajo  
por ANA CLARA ALFIE..... p. 3

Código del Trabajo  
por ENRIQUE ARIAS GIBERT..... p. 19

Código del Trabajo y de la Seguridad Social. Su necesidad histórica, política y jurídica  
por JORGE LUIS ELIZONDO ..... p. 27

Codificación del derecho del trabajo  
por DIEGO FERNÁNDEZ MADRID ..... p. 71

¿Es necesario un Código de Seguridad Social?  
por JUAN B. GONZÁLEZ SABORIDO ..... p. 79

La codificación del derecho del trabajo y de la seguridad social en la República Argentina.  
Una asignatura constitucional pendiente y necesaria  
por ROBERTO C. POMPA..... p. 89

El arduo camino hacia el Código del Trabajo  
por LUIS A. RAFFAGHELLI ..... p. 101

La estabilidad del trabajador. El Código del Trabajo y la Seguridad Social  
y una línea rectora para el nuevo modelo de relaciones del trabajo  
por SEBASTIÁN SERRANO ALOU..... p. 115

Fuentes citadas p. 217

Índice temático p. 225

.....  
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)



# Doctrina

---



# La violencia en el trabajo

## Apuntes para su abordaje integral en el Anteproyecto de Código del Trabajo

por ANA CLARA ALFIE<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

La iniciativa de Anteproyecto de Código de Trabajo que ha resonado en las principales cadenas de comunicación exige un arduo debate previo y fuerte implicación por parte de los operadores jurídicos, en aras a la producción de un instrumento regulatorio que sea superador y no una mera compilación de las normas que, dispersamente, se encuentran vigentes.

Partiendo de esta premisa, en estas líneas propongo teorizar sobre la violencia en el trabajo, como modesto aporte para pensar una futura regulación que aborde integralmente la cuestión relativa a su prevención, reparación y sanción.

Por razones de espacio, no analizaré todas las cuestiones ligadas a la temática propuesta, entre las que destaco la responsabilidad derivada de los actos de violencia, la vinculación de tales actos con la extinción del contrato de trabajo, las consecuencias psicofísicas sufridas por las víctimas, etc. Solamente esbozaré algunas reflexiones en torno al concepto de violencia en el trabajo, como punto de partida para pensar su posible regulación legal.

.....  
(1) Becaria del Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales, organizado por la Universidad de Bologna, la Universidad de Castilla La Mancha y el Centro de Formación de la OIT (2009). Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Maestranda en Ciencias Sociales del Trabajo (UBA).

## 2 | Definición de “violencia en el trabajo”

Definir la violencia en el trabajo es un verdadero desafío porque la variedad de conductas abarcables es amplísima y porque además el límite entre lo que constituye una conducta violenta de aquella que no lo es resulta tremendamente vago, sobre todo porque la percepción de lo que es violencia depende del contexto y la cultura en la que la conducta se desarrolla.

Veremos a continuación la definición que se ha ensayado en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

### 2.1 | La definición de la OIT

Según el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla” elaborado por la OIT en el año 2003, la violencia en el trabajo es “toda acción, incidente o comportamiento que se aparte de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”.<sup>(2)</sup> Comprende tanto la violencia física como la psicológica, diferenciándose ambas por el uso de la fuerza física en la primera de las mencionadas, en tanto en la segunda se presenta un uso intencional del poder. En ambos casos, el destinatario de los hechos de violencia puede ser una persona o grupo, y el daño que genera puede abarcar tanto el desarrollo físico como el mental, espiritual, moral y social de la persona afectada.<sup>(3)</sup> Así, el acoso sexual —problema que más comúnmente afecta a las mujeres—, es una de las experiencias más ofensivas y degradantes.

Por otra parte, la OIT distingue la violencia interna, que es aquella que tiene lugar entre los trabajadores, incluidos directores y supervisores, de

.....

(2) OIT, “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla”, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, p. 4.

(3) Ver FERRARI, LILIANA; FILIPPI, GRACIELA; CEBEY, M. CAROLINA; CÓRDOBA, ESTEBAN y TROTTA, M. FLORENCIA, “Hacia una comprensión colectiva, comunal y relacional del acoso laboral. Algunos vínculos entre víctimas, testigos, responsables y cómplices”, en *Anuario de Investigaciones*, vol. 19, n° 1, CABA, junio, 2012.

aquella externa, que tiene lugar entre trabajadores (y directores y supervisores) y toda otra persona presente en el lugar de trabajo.<sup>(4)</sup>

Según la OIT, en el Reino Unido el 53% de los trabajadores ha sido víctima de coacciones en el trabajo y el 78% ha sido testigo de este tipo de comportamientos. En Finlandia, el 40% de los empleados municipales sufrieron coacciones y en Suecia se ha estimado que este tipo de acoso es causa del 10 al 15% de los suicidios.<sup>(5)</sup>

Conforme datos suministrados también por la OIT —extraídos de la 132ª Sesión del Comité Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud, en conjunto con la Organización Panamericana de la Salud en junio de 2003—, la Argentina es uno de los países del continente americano con mayor número de situaciones de violencia o agresión reportadas en el ambiente laboral.<sup>(6)</sup>

Las consecuencias de la violencia en el lugar de trabajo son graves, tanto para los trabajadores como para los empleadores. Ello así, pues atenta contra el estado de salud físico y mental óptimo de los operarios, impactando consecuentemente en la productividad de las empresas, que se ve reducida.<sup>(7)</sup>

Según la encuesta realizada en 1996 entre trabajadores de 32 países —denominada *International Crime (Victim) Survey*—, los trabajadores franceses son los más expuestos a convertirse en víctimas de actos de violencia en el lugar de trabajo: el 11,2% de los varones y el 8,9% de las mujeres denunciaron haber sido objeto de agresiones en el año anterior, mientras que 19,8% de las mujeres denunciaron “incidentes de carácter sexual” en el mismo período de doce meses.

En Argentina, el 6,1% de los varones y el 11,8% de las mujeres indicaron haber sufrido agresiones en el año anterior, mientras que 16,6% de

(4) OIT, “Repertorio...”, *op. cit.*, p. 4.

(5) RUIZ, ÁLVARO D. y GARCÍA, LUCÍA A., “El acoso como una forma de violencia laboral”, en Viviana Vega (coord.), *Violencia, maltrato, acoso laboral*, Bs. As., Lugar Editorial, 2011, p. 177.

(6) VARELA, OSVALDO, et al., “Acoso Laboral - Daño Psíquico”, en *Anuario de Investigaciones Facultad de Psicología*, vol. XVI, 2009, p. 61.

(7) Ver OIT, “Repertorio...”, *op. cit.*, p. 15.

las mujeres dieron cuenta de incidentes de carácter sexual; en Rumania, dichos índices fueron de 8,7%, 4,1% y 10,8%; en Canadá, de 3,9%, 5% y 9,7%; en Inglaterra/País de Gales (considerados como una unidad), de 3,2%, 6,3% y 8,6%; por último, en los Estados Unidos, de 1%, 4,2% y 5,3%.

## 2.2 | El *mobbing*, una forma de violencia en el trabajo

Aunque la violencia en el trabajo puede tener infinidad de formas distintas, dedicaré unas palabras especiales al fenómeno del *mobbing*. Ello así, pues suele ocurrir que ambos términos se confunden y se presupone que la violencia en el trabajo y el *mobbing* son cosas idénticas. Nada más alejado de la realidad. El *mobbing* es solamente una forma de violencia.

A la hora de nombrar este particular fenómeno, pueden encontrarse múltiples sinónimos en el uso cotidiano, utilizados tanto en el campo psicológico como en el jurídico. Así, se usan indistintamente los conceptos de "*mobbing*", "acoso moral", "acoso psicológico", "hostigamiento", "psicoterror", "persecución encubierta", "intimidación en el trabajo", "maltrato psicológico" y "violencia psíquica", como si todos ellos fueran sinónimos, pese a que la doctrina especializada señala las especificidades propias de cada término, que ameritan su diferenciación.<sup>(8)</sup>

Se trata de un fenómeno de difícil conceptualización, sobre todo porque existe un abanico de formas de sufrimiento en el trabajo que suponen un atentado contra la dignidad de los trabajadores, y que no constituyen *mobbing* en el sentido clínico del término.

Lamentablemente, aunque el *mobbing* puede ser descripto como la antítesis de la solidaridad social y una forma extrema de interacción social negativa en el lugar de trabajo, el interés de la sociedad por conocer dicho fenómeno no ha sido humanista, sino económico. Como afirma Arroyuelo, son sus repercusiones económicas las que han propiciado que el drama humano se desvele.<sup>(9)</sup>

(8) VARELA, OSVALDO, ET AL., p. 60.

(9) ARROYUELO SUÁREZ, ÓSCAR, "La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea", en *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 7, 2002-II, pp. 279/296.

Según la definición de Heinz Leymann, el *mobbing* supone un “encadenamiento a lo largo de un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera: el objetivo”, añadiendo además que tal conducta implica:

Una comunicación hostil e inmoral, que es dirigida de manera sistemática por uno o unos cuantos individuos principalmente hacia un individuo que, debido al *mobbing*, es empujado a una situación de desamparo e indefensión, siendo retenido allí mediante continuas actividades de acoso psicológico. Estas acciones ocurren con mucha frecuencia (definición estadística: al menos una vez a la semana) y durante un largo periodo (definición estadística: al menos seis meses de duración).<sup>(10)</sup>

El autor citado da en el blanco a la hora de explicar la diferencia entre el *mobbing* y un conflicto de trabajo puntual. Así, señala:

Debido a la alta frecuencia y larga duración del comportamiento hostil, este maltrato ocasiona un considerable sufrimiento psicológico, psicosomático y social. La definición excluye conflictos temporales y se centra en un punto en el tiempo donde la situación psicosocial comienza a ocasionar condiciones psiquiátricamente o psicosomáticamente patológicas. En otras palabras, la distinción entre “conflicto” y *mobbing* no se centra en lo que se hace o cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace. (...) La definición científica implicada por el término *mobbing*, por lo tanto, se refiere a una interacción social a través de la cual un individuo (rara vez más) es atacado por uno o más (rara vez más de cuatro) individuos casi diariamente y por periodos de muchos meses, llevando a la persona a una posición casi desamparada con un riesgo de expulsión potencialmente alto.<sup>(11)</sup>

(10) LEYMANN, HEINZ, “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*Mobbing*) en el trabajo”, en *European Journal of work and organizational psychology*, 1996, 5 (2), Francisco Fuentes (trad.), [en línea] [http://www.anamib.com/debes\\_saber/mobbing.pdf](http://www.anamib.com/debes_saber/mobbing.pdf), p. 7.

(11) *Ibid.*

Se trata de un proceso de destrucción, compuesto de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de manera aislada, podrían parecer anodinas o sin importancia, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos.<sup>(12)</sup>

## 2.3 | Panorama legislativo sobre la violencia en el trabajo

Repasaré brevemente la normativa que, en nuestro país, existe en relación a la violencia en el trabajo. Me referiré a la violencia interna, dejando a un lado la violencia externa.

Nuestro país no cuenta con una ley nacional específica sobre violencia en el trabajo, aunque sí existen varias leyes sancionadas para tener vigencia en el ámbito local. En efecto, tanto la Provincia de Buenos Aires (ley 13.168), como Entre Ríos (ley 9.671), Chubut (ley 60/2013), Jujuy (ley 5.349), Santa Fe (ley 12.434), San Juan (ley 7939), Misiones (ley 4148), San Luis (I-0678/2009), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1225/2004) y Tucumán (ley 7232) cuentan con normas con jurisdicción local, todas ellas para la erradicación de la violencia en el ámbito público, con excepción de la ley entrerriana, que prevé su aplicación a “los trabajadores estatales o privados”.

Sin embargo, estas normas dictadas por las legislaturas provinciales solo pueden aplicarse en el ámbito de la administración pública (provincial y municipal), dado que la regulación del trabajo privado está reservada exclusivamente al Congreso de la Nación (art. 75 CN).<sup>(13)</sup>

En definitiva, las leyes actualmente vigentes tienen por objeto prevenir y sancionar exclusivamente la violencia en los lugares de trabajo pertenecientes a organismo públicos de cualquiera de los tres poderes de la Provincia (se incluye la Ciudad de Buenos Aires, conforme el art. 129 CN), comprendiendo tanto el acoso moral como el acoso sexual y el maltrato físico del trabajador.

Pero, decíamos, no existe una ley nacional sobre violencia en el trabajo. Desde la perspectiva de género, sí contamos con la recientemente sancionada

---

(12) *Ibid.*

(13) GIUNTOLI, M. CRISTINA, *Mobbing y otras violencias en el ámbito laboral*, Bs. As., El Derecho, 2006, p. 11.

Ley Nacional 26.485 de Protección Integral de las Mujeres —reglamentada por decreto 1011/2010—, que tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Entre estas se incluye el ámbito laboral (art. 6°, inc. c). Contamos también con la ley antidiscriminatoria (23.592), utilizada en algunos fallos judiciales para condenar supuestos de *mobbing*.

Esta breve reseña debe ser coronada con la noticia de que el 16/12/2014 se consideraron y aprobaron los proyectos con número de expediente 1656-D-2014 “Violencia y acoso sexual laboral. Régimen para su prevención y sanción” (Recalde y otros) y expediente N° 6477-D-2013 “Régimen de Sanción de la violencia y el acoso sexual laboral en la administración pública” (Stolbizer y otros), encontrándose así con pase a Senado.

## 3 | Apuntes para el abordaje integral de la violencia en el trabajo

Anotaré a continuación los puntos que considero esenciales para la correcta conceptualización de la violencia en el Anteproyecto de Código del Trabajo.

### 3.1 | Ni violencia laboral ni violencia en el lugar o ámbito del trabajo

A la hora de nombrar el fenómeno bajo estudio, considero que debe erradicarse la expresión “violencia laboral”, que insinúa un problema de la estructura organizacional. En este sentido, si bien no desoigo la perspectiva socio-organizacional, que estudia el abuso de poder en contextos organizativos socio-laborales poniendo el acento en las condiciones y medio ambiente del trabajo, considero que este enfoque no debe guiar la regulación legal. Porque la normativa que se proyecte debe también amparar a los trabajadores que son víctimas de actos de violencia aislados, no derivados de un pernicioso clima organizacional.

Incluso, debe amparar a quienes se encuentran en la búsqueda de empleo, y en ese derrotero se encuentran con actos de violencia discriminatoria.<sup>(14)</sup>

.....

(14) La cuestión ha sido tratada jurisprudencialmente en el *leading case*: CNAC. APEL. CIV., Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo s/ Amparo”, 16/12/2002.

Como tales supuestos parecieran quedar fuera del término “violencia en el lugar de trabajo” o “violencia en el ámbito laboral” (pues en tal caso no existe, estrictamente, un lugar o ámbito laboral), considero que tales expresiones no son, tampoco, las más afortunadas.

Quizás una forma de incluir la violencia en todas las etapas de la relación de trabajo (entre las que se encuentra el acceso al empleo, la contratación, el ascenso y la estabilidad y permanencia en aquel), sea nombrando al fenómeno como “violencia en la relación de trabajo”, o simplemente “violencia en el trabajo”. Más allá del término que se utilice, de lo que no quedan dudas es que debe aclararse esta cuestión en la definición legal.

## 3.2 | La violencia en el trabajo: un abanico de formas posibles

El acoso moral, el acoso sexual, la discriminación y la agresión física son algunas de ellas. La definición de la violencia en el trabajo debe ser amplia, conteniendo así todas sus variantes posibles. No puede reducirse ni confundirse con el concepto de *mobbing*. Tanto el maltrato o agresiones físicas, como el acoso moral y el acoso sexual deben ser incluidos.<sup>(15)</sup>

En este sentido, debe resaltarse que existe una importante cantidad de proyectos legislativos<sup>(16)</sup> que introducen, dentro de la definición de violencia en el trabajo, la exigencia de repetitividad y duración de la conducta, así

(15) La inclusión del estrés como consecuencia de la violencia en el lugar de trabajo fue un tema de amplio debate en el seno de la Comisión de Expertos que proyectó el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de servicios y medidas para combatirlas”. El texto provisional de este repertorio incluía también el estrés en el trabajo, pero debido a la fuerte resistencia del grupo de los empleadores, tras largas discusiones se decidió hacer una referencia al estrés solamente en el preámbulo: “Existen algunas consecuencias de la violencia en los lugares de trabajo que pueden incluir el estrés, si bien el estrés es un concepto que para algunos no se puede definir claramente”. Ver *Educación Obrera 2003/4. La violencia en el trabajo*, n° 133, p. 70.

(16) Entre ellos se cuentan los proyectos con números de expediente 1656-D-2014 y 6477-D-2013, a los que ya he hecho referencia. Ambos exigen la frecuencia y la sistematización de la conducta violenta, así como determinada intencionalidad: destruir la reputación de la víctima, perturbarla el ejercicio de sus labores o lograr que el trabajador se aparte del ámbito laboral (Recalde); o bien degradar las condiciones de trabajo de la víctima, destruir sus redes de comunicación, perturbar el ejercicio de sus labores y/o conseguir su desmotivación laboral (Stolbizer).

como una finalidad determinada del agresor. Se trata de un error de concepto, pues tales exigencias son propias de una especie (el *mobbing*), mas no del género. La violencia en el trabajo no necesita, para su configuración, la sistematización y recurrencia de la conducta violenta, pues aquella puede también detonarse a través de un incidente o comportamiento aislado, tal como surge de la definición acuñada por la OIT.

Además, la violencia, para ser tal, no requiere de una determinada intención, malevolente o no. Esta es la posición de muchas de las leyes locales que rigen la materia. A modo de ejemplo, puede citarse la ley entrerriana 9671, que reza: "Se considera violencia laboral a toda acción ejercida en el ámbito laboral que atente contra la integridad moral, física, sexual, psicológica o social de los trabajadores estatales o privados", incluyéndose supuestos de acoso psíquico y social, maltrato físico, acoso e incluso, inequidad salarial.

Esta parece ser, además, la posición jurisprudencial prevaleciente en la Argentina. A modo de ejemplo, puede hacerse la siguiente cita, que clarifica la cuestión:

La violencia laboral en sus múltiples manifestaciones resulta idónea para generar daño y consecuentemente, activar la responsabilidad de los sujetos responsables, aun cuando no reúna determinadas características, ni se revele en facetas o etapas conforme lo sostiene abundante doctrina y jurisprudencia vigente en torno al *mobbing* o al acoso moral en el trabajo (...) lo cierto es que la violencia en el ámbito laboral puede manifestarse de muchos modos, por ejemplo, a través de tratos discriminatorios, agresiones físicas, hostigamiento de índole sexual, mal trato organizacional, etc.<sup>(17)</sup>

Es de esperar que la futura legislación en la materia logre receptor una definición amplia de la violencia en el trabajo, que no se vea restringida por exigencias relativas a la asiduidad de las conductas o la intención del autor que las lleva a cabo.

(17) CNAC. APEL. TRAB., Sala II, "A., M. E. c/ Establecimiento Geriátrico Nuestra Señora de Luján SRL y otro s/ despido", sentencia definitiva n° 99.504 del 17/08/2011, Expte. N° 31.246/07.

### 3.3 | Las “formas menores de maltrato” o “conductas incívicas”

He dicho que no debe limitarse el universo de las conductas que ingresan en la definición de violencia en el trabajo. Digo más: deben quedar incluidas por la definición aquellas que, desde la perspectiva psico-social, se han dado en llamar “conductas incívicas” o “conductas I”. Estas, también llamadas “formas menores de maltrato”, suponen una ruptura de las normas de respeto mutuo y tienden a generar percepciones de injusticia interactiva. Así, los trabajadores terminan creyendo que en la organización las normas relativas al decoro, la consideración y la educación son objeto de menosprecio. Ello genera un espiral de actos agresivos.

El concepto, acuñado por Andersson y Pearson,<sup>(18)</sup> parte del supuesto de que existen en las organizaciones laborales normas de conducta cívica y de respeto. La “conducta desviada del empleado” sería aquella conducta voluntaria que viola normas organizacionales significativas y, al hacerlo, amenaza el bienestar de una organización, de sus miembros, o de ambos.

Entonces, aunque no todas las conductas desviadas tienen que ver con la violencia y la agresión, estas últimas, en el ámbito del trabajo, pertenecen a la categoría general de conducta desviada. Muchas de estas carecen de intencionalidad, o bien su intencionalidad es ambigua o dudosa para un observador externo.<sup>(19)</sup>

Según la doctrina especializada, ejemplos clásicos de tales conductas son las de ignorar o dejar de hablar a un compañero de trabajo (“tratamiento silencioso” según Morales et al.),<sup>(20)</sup> el ocultamiento de información necesaria para el desarrollo de las tareas, la exclusión de una reunión informal, o bien obligar a un trabajador a permanecer de pie en la puerta de un despacho,

(18) Citados por MORALES, JOSÉ FRANCISCO, et al., “Acoso laboral y conductas incívicas: una perspectiva desde la psicología social”, en *Espacios en Blanco*, Serie Indagaciones, vol. 21, n° 1, junio, 2011, pp. 111/132.

(19) *Ibid.*, p. 112.

(20) *Ibid.*, p. 113.

esperando que su jefe termine de hablar por teléfono. Estos ejemplos dan cuenta de la ambigüedad de las conductas I en lo que se refiere a la intencionalidad de quienes las lleva a cabo.

La presencia de las “conductas incívicas” es generalizada en las organizaciones. En efecto, el 75% de una muestra de empleados de una universidad y el 79% de una muestra de una agencia dijeron haber sufrido alguna forma de “conducta incívica” en el trabajo en años recientes.<sup>(21)</sup>

Dentro de las “conductas I”, pueden encontrarse aquellas “generales”, que son las que tienen más o menos la misma probabilidad de afectar a cualquier trabajador, y las conductas I “específicas”, que son aquellas que constituyen expresiones de sesgo de género y racial en el lugar de trabajo,<sup>(22)</sup> de modo que pueden ser calificadas de discriminatorias.

La futura legislación debe contemplar todas estas formas de violencia, entre las que incluyo las conductas incívicas, para promover su prevención, sanción y reparación.

### 3.4 | La violencia en el trabajo desde el principio de indemnidad

El principio de indemnidad, que orienta el criterio de que el trabajador debe salir indemne de la relación laboral (y, si así no fuera, debe ser reparado íntegramente por el daño sufrido), debe ser, en mi opinión, el prisma por donde se mire toda la temática relativa a la violencia en el trabajo.

Como señala nuestra doctrina, el principio de indemnidad instrumenta una obligación de resultado inserta en el marco del contrato de trabajo<sup>(23)</sup> de protección a la vida y a la salud psicofísica del trabajador. Tanto una como otra puede ser afectada por los actos de violencia, que engendran

(21) CORTINA, LILIA M., “Unseen injustice: incivility as modern discrimination in organizations”, en *Academy of Management Review*, 33, 1, 55 - 75, 2008, p. 56.

(22) *Ibid.*

(23) IZAGUIRRE, JAVIER F. y GARCÍA, HÉCTOR O., en *Relación de Trabajo*, t. II: Instrumentos de la regulación jurídica, Héctor Omar García (dir.) y Claudio S. Virgili (coord.), Bs. As., Ediar, 2013, p. 24.

consecuencias gravísimas entre las que pueden contarse incluso la muerte del operario.<sup>(24)</sup>

El empleador tiene el deber de garantizar condiciones de trabajo dignas y la obligación legal de lograr la seguridad e higiene en el empleo, no solo por aplicación del principio analizado sino por expresas disposiciones legales (arts. 14 bis CN, art. 75 LCT y 4, ap. 1, de la ley 24.557).

A dicho plexo normativo se suman todas aquellas normas insertas en la LCT que obligan al empleador a adoptar medidas idóneas para tutelar la dignidad de los trabajadores. La dignidad del trabajador adquiere aquí toda su centralidad; las condiciones de labor tienen que ser dignas (art. 14 bis CN) y solo un trabajo sin violencia puede cumplir con la manda constitucional.

A la regulación mencionada, se suman en el ámbito internacional los Convenios sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (n° 187), sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (n° 155) y su Protocolo 2002,<sup>(25)</sup> de todo lo cual surge la obligación del empleador de garantizar un medio ambiente seguro y saludable que facilite un estado de salud físico y mental óptimo en relación con el trabajo.

El empleador no debe tomar únicamente medidas en resguardo de la integridad física de su dependiente, sino también de su integridad psíquica. Debe garantizar un ambiente de trabajo sano y adecuado. Toda atisbo de violencia, incluido el maltrato, debe ser neutralizado, o de otro modo, sancionado. Así lo ha aceptado nuestra jurisprudencia reciente: "... el ambiente de trabajo hostil en que prestó servicios la reclamante como el maltrato personal que padeció de sus compañeros y superiores jerárquicos, han generado dolor moral, sufrimiento emocional y padecimientos que deben ser reparados".<sup>(26)</sup>

.....

(24) Es harta conocida la frase de Leynman en la que se afirma que "en las sociedades altamente industrializadas el lugar de trabajo constituye el único campo de batalla donde la gente puede matar a otro sin correr el riesgo de enfrentarse a los tribunales".

(25) Todas estas normas internacionales han sido ratificadas por la Argentina el 13/01/2014.

(26) CNAC. APEL. TRAB., Sala II, "R., F. c/ Cablevisión SA s/ despido", expediente N° 7358/05, voto de los Dres. Maza y Piroló.

## 3.5 | El principio de prohibición de la discriminación como principio de prohibición de la violencia

Las distintas formas de violencia en el trabajo exigen redefinir lo enunciado en el título de este apartado. La discriminación es una forma de violencia, de allí que ambos conceptos estén tan emparentados.<sup>(27)</sup> En tal sentido, afirma la jurisprudencia del fuero que:

Un claro ejemplo de violencia laboral es el que surge de la discriminación como forma de lograr que otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar, violencia que se viene enseñoreando casi solapadamente y genera en las personas un estado de crisis, entendiéndose esta como la latencia entre el peligro y la oportunidad.<sup>(28)</sup>

Por tal razón, sostengo que la prohibición de la discriminación debiera ser redefinida conceptualmente, quizás nombrándola dentro del principio general que prohíbe la violencia, principio que a su vez se encuentra indisolublemente ligado al de indemnidad.

No olvidemos que la enumeración de los principios generales del derecho del trabajo no tiene por qué permanecer estática,<sup>(29)</sup> sino más bien evolucionar y, en tal sentido, considero que la redefinición conceptual aquí propuesta logra construir una línea directriz que abarca una prohibición más general, que repugna todas las formas de violencia y no únicamente una de sus formas.

(27) En la ley 26.485, ambos conceptos parecen estar definitivamente relacionados entre sí. En efecto, en ella se define la violencia laboral como "aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral".

(28) CNAC. APEL. TRAB., Sala VII, "R., H. c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido", 08/06/2007, expediente N° 2512/05.

(29) Ver FERREIRÓS, ESTELA M., *Daño producido por el despido y su reparación*, Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 41, citado por Javier Izaguirre y Héctor O. García, *op. cit.*, p. 15.

Desde ya, no dudo de la importancia de la prohibición de la discriminación ni niego el caudal normativo nacional e internacional que rige la materia, como tampoco quito valor a la profusa jurisprudencia que ha permitido que, a través de la aplicación de la ley 23.592, se obligue al empleador a reinstalar al trabajador que ha sufrido la discriminación.

Si bien es cierto que la discriminación tiene elementos tipificantes muy singulares que explican la existencia de todo ese bagaje normativo, doctrinario y jurisprudencial, no es menos cierto que, de no aceptarse la reformulación conceptual aquí propuesta, incurriríamos en la contradicción de afirmar que el principio general repudia los actos de violencia discriminatoria, más no los actos de violencia a secas.

Ello sería tanto como decir que el principio general prohíbe despedir a un trabajador por encontrarse enfermo, pero no prohíbe exigir al cajero de un supermercado que use pañales para que no deje su puesto de trabajo.<sup>(30)</sup> Aunque no me caben dudas de que existen otros recursos teórico-jurídicos y legales para neutralizar actos denigratorios como el puesto por ejemplo (la fórmula constitucional "condiciones dignas de labor" es un innegable plafón), propongo repensar el principio que prohíbe la discriminación como principio que rechaza todas las formas de violencia.

## 4 | Conclusiones y propuestas

La coordinación, sistematización y reformulación de las leyes laborales para la creación de un Código de Trabajo supone un esfuerzo de gran envergadura. Solo un arduo debate previo, con fuerte participación por parte de los operadores jurídicos, podrá definir la valía de su producción.

En pos de tal objetivo, en estas líneas he afirmado que el tratamiento integral de la violencia en el trabajo debe ser abordado partiendo de un cuidadoso análisis de la terminología utilizada ("violencia en el trabajo", en vez de "violencia laboral" o bien "violencia en el ámbito laboral/lugar de

.....  
(30) Tomo el triste ejemplo de la realidad: en agosto de 2003 se publicó la noticia de que las cajeras de un supermercado ubicado en la Provincia de Mendoza eran obligadas a usar pañales para que no vayan al baño. Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-23540-2003-08-02.html>

trabajo”), construyéndose una definición amplia del fenómeno, que incluya todas las etapas en las que aquella puede desarrollarse, así como todas sus formas posibles. Desde la violencia física, pasando por el acoso moral y el sexual, deben incluso abarcarse otras formas menores de maltrato, denominadas por la literatura especializada como “conductas incívicas” o “conductas tipo I”.

He sostenido, además, que el concepto de violencia en el trabajo se encuentra íntimamente relacionado con el principio de indemnidad y con el deber de seguridad al que se encuentra obligado el empleador. Dije también que en esta materia la dignidad adquiere toda su centralidad, pues solo un trabajo sin violencia puede cumplir con la manda constitucional que impone que las condiciones de labor sean dignas (art. 14 bis CN).

Finalmente, afirmé que en la normativa que se proyecte debiera explicitarse un principio general que prohíba todo acto de violencia en el trabajo, incluyendo aquella con móvil discriminatorio. Propuse que dicha línea directriz sea nombrada como “principio de prohibición de la violencia”.

Deberá estudiarse, con criterio de buena técnica legislativa, de qué modo se insertará la regulación de la violencia en el futuro Código de Trabajo. Quizás pudiera pensarse en un título especial, dentro de un libro especial,<sup>(31)</sup> al estilo del Código del Trabajo chileno,<sup>(32)</sup> que incluye dentro de su “Libro II de la Protección de los Trabajadores” un título especial sobre acoso sexual.<sup>(33)</sup>

(31) En lo que aquí interesa, intuyo que el Código de Trabajo debiera tener varios libros, entre los que se cuentan: a) El libro relativo al contrato individual de trabajo (aquí quedarían incluidas las normas que tratan la materia en la LCT, aunque también debiera contener un título especial relativo a contratos de trabajo especiales, entre los que se incluirían los estatutos especiales y el régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares); b) El libro relativo a las organizaciones sindicales; c) El libro relativo al conflicto y la negociación colectiva.

(32) Pongo el ejemplo del Código de Trabajo chileno solo en lo que se refiere a su estructura, y no a su contenido.

(33) El Libro contiene a su vez cinco títulos, entre los que se incluyen: Título I: Normas Generales; Título II: De la Protección de la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar; Título III: Del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; Título IV: De la Investigación y Sanción del Acoso Sexual.

En nuestro caso, el título relativo a esta temática bien podría iniciarse con la formulación del principio general de prohibición de la violencia en el trabajo y continuar con una conceptualización amplia del fenómeno de la violencia, sin perjuicio de tipificar y normar conductas específicas que ameriten su diferenciación, entre las que estimo deben encontrarse el *mobbing*, el acoso sexual y la discriminación.

---

# Código del Trabajo

por ENRIQUE ARIAS GIBERT<sup>(1)</sup>

## I | La necesidad de un método de exposición

Un proyecto de sanción de un Código del Trabajo importaría un avance necesario en el desarrollo de la rama y, fundamentalmente, el afianzamiento, en esta área, del principio democrático y republicano que impone la sumisión de los jueces a la ley emanada de la voluntad popular, y las reglas generales de sana crítica, que exigen que el fundamento de las decisiones ponga en acto en cada decisión judicial el todo del sistema normativo. Es que, como en el lenguaje y en cada expresión significativa, en todo acto de habla se manifiesta la totalidad del sistema de la lengua en sus relaciones sintagmáticas y paradigmáticas.

En este orden de ideas, el método de exposición del Código del Trabajo debe favorecer una interpretación de sistema, asignando rangos y funciones a las expresiones normativas para que hagan posible una discusión acotada y racional, desde el punto de vista jurídico, de los intereses manifiestos en este ámbito del derecho en el que las fricciones del antagonismo social se hacen presentes con mayor fuerza.

No está de más recordar que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación requiere la articulación y adecuación de los contenidos normativos para asegurar una mayor univocidad en el contenido de las normas jurídicas y la protección de los derechos de los trabajadores. La importante modernización que implicó la sanción de esa norma hace necesaria la

.....

(1) Abogado (UNC). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Docente (UBA y UMPM).

adecuación de los contenidos relativos de nuestra rama. Por otra parte, en un momento de readecuación del derecho común, es menester superar el método fragmentario de legislación que lleva impensadamente a un modo fragmentario de interpretación en la que los contenidos protectorios del derecho del trabajo pueden perderse.

La existencia de un Código que adecue los distintos rangos de aplicación normativa acota el margen de discrecionalidad de los jueces y asegura el principio de supremacía de la ley, que a su vez garantiza un programa constitucional para el que es inadmisibles que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de los gobiernos o de persona alguna. Cuando las opiniones de los jueces tienen primacía sobre la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes, estos terminan arrogándose objetivamente facultades extraordinarias. La vigencia de un derecho no puede depender de un consenso corporativo o de las convicciones particulares de un juez. En un sistema republicano y democrático, la vigencia del derecho depende de la ley. Por este motivo, afirmar que el derecho del trabajo se asienta sobre la decisión de los jueces es afirmar una anomalía desde el punto de vista republicano y democrático. Los jueces, con el marco de interpretación que importa siempre la reactualización de los textos en la lectura, no son creadores del derecho salvo en situaciones extremadamente excepcionales que hacen necesaria y urgente la creación de una norma *ad hoc*. Para asegurar el principio republicano y democrático, hace falta entonces la claridad y organicidad de las expresiones normativas y la conciencia de la limitación de los jueces a las facultades que la Constitución les brinda.

## 2 | Estructura general para un futuro Código del Trabajo

Teniendo en cuenta el modo en que se estructura nuestra rama del derecho, proponemos en primer término un Título Preliminar que se ocupe del análisis de los principios del derecho del trabajo y de las reglas de aplicación e interpretación de las leyes del trabajo.

El Código que proponemos constaría de cuatro libros, desiguales en extensión pero articulando cada uno de ellos un aspecto relativamente homogéneo de la rama. El Libro primero analizaría el contrato y la relación de trabajo, aspecto que es también denominado relación individual de trabajo —a

mi criterio de modo impreciso—, pues en el trabajo en la empresa todos los contratos se encuentran influenciados por condiciones de conjunto (usos de empresa, reglas de igualdad de trato, de jerarquización, etc.). De hecho, a mi criterio, el contrato de trabajo y la relación de trabajo solo hallan inteligibilidad en el marco de la estructura en el que las relaciones se constituyen.

El Libro Segundo trataría del derecho colectivo del trabajo, no porque el referido al contrato de trabajo pueda ser considerado individual, sino porque se trata de instituciones destinadas a la protección del interés colectivo.

El Libro Tercero estaría dedicado a la tutela de los riesgos del trabajo como parte integrante del Código del Trabajo y no del de la seguridad social pues, si bien la protección frente a los riesgos del trabajo tiene algunos institutos que tienen causa de seguridad social, como es el caso de los accidentes *in itinere*. Lo cierto es que el análisis de los riesgos de trabajo solo tiene sentido por la mediación de una relación de trabajo, aun así ella está excluida del ámbito de aplicación de la normativa relativa al contrato individual de trabajo.

Y el Libro Cuarto se ocuparía del derecho administrativo del trabajo y las garantías recursivas que tienden a asegurar los derechos de fondo.

## 2.1 | Título Preliminar

Se sugiere la introducción de un Título Preliminar en el que se analicen, de modo unitario, las reglas que hacen a los principios generales del derecho del trabajo, a la prioridad de la función preventiva del daño, al concepto de orden público de protección, a las reglas relativas al fraude a la ley, la definición del orden público de protección y la aplicación de las leyes en el tiempo y en el territorio.

Esta es una propuesta abierta en la que se trata de sostener la función unitaria y sistemática del derecho del trabajo, de tal modo que se compatibilicen los principios y tradiciones de nuestro derecho con los avances técnicos y de protección de los derechos humanos que surgen del nuestro Código Civil y Comercial. En particular, debería asegurarse la aplicación de las normas relativas a la integración contractual y a la garantía de los contenidos del contrato en su aplicación a los contratos de orden público de protección con relación al tiempo. Esta norma reforzaría así la reforma que ya se ha hecho del art. 12 LCT, y la progresividad de la regulación favorable al sujeto

protegido, y establece pautas claras relativas a los supuestos que habilitan las excepciones a la tarifa, en definitiva una cláusula penal, sea por indemnizaciones de derecho común, sea por reinstalación del trabajador.

Esta reforma permitiría adecuar las interpretaciones que viene realizando la jurisprudencia más progresista, compatibilizándola con criterios más estrictos en términos de definiciones que, al mismo tiempo que consolidan los avances protectorios, brindan seguridad jurídica a los actores sociales, evitando cuestionamiento vinculados a la extrema laxitud de algunos conceptos.

En particular, dada la relación inmediata que ha existido en nuestra historia entre la violación de derechos humanos y de derechos de los trabajadores, de la libertad y de la democracia sindical, creo necesario establecer reglas explícitas que aseguren la necesaria interdependencia entre los denominados por la doctrina tradicional como aspectos individuales —toda relación de trabajo en la empresa se encuentra mediada por consideraciones de conjunto por lo que la individualidad es un resabio ideológico liberal— y colectivos del derecho del trabajo.

Por este motivo, deben introducirse en este Capítulo, integradas al orden público de protección, las definiciones de libertad sindical y de democracia sindical ya establecidas en los arts. 3º, 4º y 7º ley 23.551, y los principios relativos a la vigencia *erga omnes* de los convenios colectivos de trabajo, de oficio o de actividad, debidamente homologados en la medida de las respectivas representatividades empresarias determinadas por la autoridad administrativa del trabajo y del sindicato más representativo.

## 2.2 | Libro Primero. Del contrato de trabajo

En particular, considero conveniente adecuar las definiciones ya realizadas por la ley 20.744 a las definiciones de objeto, causa, contenido y efectos incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Un tema que debe ser objeto de aclaración es el concepto de dependencia que ya está en la ley de contrato de trabajo, y que define “empresa” como organización de medios materiales, inmateriales y personales para un fin económico o benéfico. Si algo define la dependencia es precisamente ser el medio (el trabajador es medio personal) de un fin ajeno. Por otra parte debería señalarse que la empresa es lo que define actualmente el art 5º LCT y no la noción vulgar de sentido común, como corresponde a toda definición intranormativa. Por

tanto, es empresa tanto una casa de familia como el Estado mismo. Ello sin perjuicio de la excepción del art 2º, inc. a, LCT que no es una exclusión del carácter laboral del empleo público, sino de la aplicabilidad de la LCT.

Correlativa con la determinación del objeto y de la causa es la determinación de la nulidad por objeto ilícito como de la tipicidad contractual por intermedio de la aplicación del principio de orden público de protección de tipicidad social de la prestación.

En el Título II se determinarían las condiciones del contrato de trabajo, trabajador y empleador, así como la responsabilidad del empleador singular o múltiple por la actuación del empleador aparente.

En el Título III tendrían especial relevancia los conceptos diferenciados de contenido y efectos del contrato, cuya indiferenciación ha tenido resultados disvaliosos en la denominada teoría del marco imperativo normativo y heterónimo, colocando al trabajador en situación de inferioridad respecto del resto de los contratantes. Sería interesante analizar, en este punto, los conceptos de nulidad total —cuando se afecta el objeto de la contratación— y nulidad parcial —cuando se afecta algún contenido de la relación laboral—. Para agregar precisiones, sería quizás interesante caracterizar aquí al contrato de trabajo como negocio jurídico complejo (en tanto contratos, pueden afectar contenidos del contrato de trabajo pero que son en sí formalmente contratos completos. Por ejemplo, un contrato por el cual se cambie el lugar de ejecución de la relación de trabajo) y a la definición de la indemnización por despido como cláusula penal.

La incorporación de los estatutos especiales aventa cualquier duda que pudiera existir respecto de los supuestos de regulación de contratos sin relación de dependencia en el Código Civil y Comercial.

El Título VI reuniría los supuestos de responsabilidad por la inejecución de las obligaciones del contrato, orden similar al establecido en el Código Civil y Comercial, y los efectos objetivos y subjetivos que emergen de este incumplimiento. Las causas de responsabilidad jurídica subjetiva por efecto del incumplimiento del empleador se agrupan en relación con la causa jurídica de responsabilidad, conforme fuera determinado por el LCT y la interpretación de otros cuerpos normativos efectuado por la doctrina y jurisprudencia laboral.

Se agrega como capítulo especial la acción preventiva del daño, que debe adecuarse a las normas complementarias del Código Civil y Comercial y a las reglas de titularidad activa de las acciones que emergen del art. 43 CN, con especial énfasis en las facultades de la organización sindical más representativa.

## 2.3 | Libro Segundo. Del derecho colectivo del trabajo

El Libro Segundo analizaría el derecho sindical, la función de los delegados, la capacidad de negociar colectivamente de las asociaciones profesionales y la libertad pública fundamental de huelga. La definición de la huelga como libertad pública fundamental de ejercicio colectivo es, al mismo tiempo que la adopción de la fórmula de la doctrina y legislación francesa, una manera de sostener fidelidad al concepto originario de Sampay. La huelga no es un derecho del Estado sino una libertad pública fundamental de ejercicio colectivo que asegura el pacto social originario y medio de liberación y desenvolvimiento social frente al contendor social del sujeto constitucionalmente protegido.

## 2.4 | Libro Tercero. De la protección de los riesgos del trabajo

El diseño propuesto no tiene por objeto la modificación de reglas sino una mejor aplicación de las mismas para facilitar la interpretación común y la adecuación a las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación. Por este motivo, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, se debe tener presente que la caducidad de la distinción entre obligaciones que surgen del acto jurídico y actos ilícitos *stricto sensu* —con normas como la del art. 1107 CC, que establecían una dualidad en los ámbitos de reparación— deja sin contenido a la norma del art. 4 de la ley 26.773 que impone una distinción entre el ámbito del contrato y del resarcimiento que ya no tiene justificación en el sistema general del derecho positivo argentino. Quizás también sería conveniente establecer aquí los efectos relativos a la responsabilidad por la estipulación a favor de terceros que importan las obligaciones que asumen las ART con las particularidades que impone el orden público de protección respecto de la posibilidad de retractación por parte del estipulante.

## 2.5 | Libro Cuarto. Del derecho administrativo del trabajo

El derecho administrativo del trabajo incluye ámbitos disímiles, como las particularidades que surgen de las relaciones entre las vías asociativa, administrativa y judicial, que parecen no hallar respuesta en la mera remisión a la ley de procedimientos administrativos. Del mismo modo, parece ser necesario habilitar esquemas que faciliten la acción de la autoridad administrativa del trabajo en los procedimientos de ejecución de multas, tales como la posibilidad de requerir de los tribunales de primera instancia la aplicación de astreintes no pecuniarias que, tanto en este ámbito como en el derecho de familia, prometen su aplicación más fecunda.

## 2.6 | Propuesta de proyecto de Código del Trabajo y Seguridad Social. Índice

### **TÍTULO PRELIMINAR. De las leyes y principios del derecho del trabajo**

Sección 1. Del orden público de protección y de la aplicación territorial y temporal de las leyes

Sección 2. De los principios generales del derecho y del derecho del trabajo

### **LIBRO PRIMERO. Del contrato de trabajo**

#### **Título I - Del objeto y de la causa del contrato de trabajo**

Sección 1. Objeto y causa del contrato de trabajo

Sección 2. Relación de dependencia

Sección 3. Consentimiento

#### **Título II - De los sujetos del contrato de trabajo**

Sección 1. Trabajador

Sección 2. Empleador

#### **Título III - De los contenidos del contrato de trabajo**

Sección 1. Integración e interpretación del contrato de trabajo

Sección 2. Registro de la relación laboral

Sección 3. Salario

Sección 4. Jornada

Sección 5. Obligaciones de conducta

Sección 6. Poderes exorbitantes del empleador

Sección 7. Finalización de la relación laboral

#### **Título IV - De las modalidades de la contratación**

- Sección 1. Disposiciones comunes
- Sección 2. Contrato a tiempo parcial
- Sección 3. Contrato a plazo fijo
- Sección 4. Contrato de temporada
- Sección 5. Contrato eventual

#### **Título V - De los estatutos particulares**

#### **Título VI - De la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones contractuales**

- Sección 1. Responsabilidad por agencia en la contratación y pago del trabajador
- Sección 2. Responsabilidad por habilitación de la esfera de actuación
- Sección 3. Responsabilidad por cesión de establecimiento y de personal
- Sección 4. Responsabilidad por la autoría de los incumplimientos societarios
- Sección 5. Acciones resarcitorias
- Sección 6. Acciones punitorias
- Sección 7: Acción preventiva del daño
- Sección 7. Extinción de las obligaciones

### **LIBRO SEGUNDO. Del derecho colectivo del trabajo**

#### **Título I - De las asociaciones sindicales**

- Sección 1. De la tutela de la democracia y de la libertad sindical
- Sección 2. De la organización sindical
- Sección 3. De las facultades y obligaciones de las organizaciones sindicales
- Sección 4. De la personería gremial
- Sección 5. De la representación en la empresa
- Sección 6. De la autoridad de aplicación. Recursos y acciones

#### **Título II - De la negociación colectiva**

- Sección 1. Comisiones paritarias
- Sección 2. Convenios colectivos

#### **Título III - De la libertad de huelga**

- Sección 1. De la libertad pública fundamental de huelga
- Sección 2. Conciliación obligatoria
- Sección 3. Servicios esenciales
- Sección 4. De la tutela de la libertad de huelga

### **LIBRO TERCERO. De la tutela de los riesgos de trabajo**

### **LIBRO CUARTO. Derecho administrativo del trabajo**

---

# Código del Trabajo y de la Seguridad Social

## Su necesidad histórica, política y jurídica

por **JORGE LUIS ELIZONDO**<sup>(1)</sup>

### I | Consideraciones generales

La codificación es una exigencia propia de todas las ramas del derecho que han alcanzado autonomía científica. Podríamos afirmar que es una consecuencia inevitable de dicha característica. Así ha ocurrido con el Código Civil, el Código de Comercio (hoy unificados), o el Código Penal.

El derecho del trabajo tiene principios y reglas propias que lo diferencian del resto del ordenamiento jurídico del que es parte: el de la norma más favorable, el de primacía de la realidad, el de conservación del contrato. Es cierto que este tiene un anclaje directo en la norma constitucional, particularmente en el art. 14 bis CN, y también en los pactos internacionales de derechos humanos y en los convenios y recomendaciones de la OIT. ¿Es esto suficiente para relativizar la importancia de la codificación?

Creemos que no basta con ello. El carácter programático que se asigna a los derechos reconocidos a los trabajadores y a los gremios por el art. 14 bis determina que buena parte de los mismos no encuentre su realización

.....

(1) Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNR). Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario.

en normas, o —en otros términos— que no se hayan traducido en reglas técnico-jurídicas, sin las cuales los derechos constitucionales se reducen a meras declaraciones programáticas sin efectividad concreta alguna.

Ocurre con el derecho de los trabajadores a la participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la gestión. Nunca fue aprobada ninguna ley que regule en qué condiciones, en qué medida y a través de qué mecanismos de control se materialice este derecho constitucional. También ocurre con el seguro social, nunca articulado a través de organismos públicos administrados por los propios interesados, con participación estatal, aunque a través de la Ley de Riesgos del Trabajo se haya pretendido crear un sistema cerrado en manos de entidades privadas con fines de lucro.

Es necesario que los derechos reconocidos por el constitucionalismo social tengan una concreción efectiva a través de reglas jurídico-técnicas, con preceptos y sanciones, es decir, a través de una ley del Estado que reúna, ordene y sintetice el cúmulo de normas dispersas hoy existentes en la Argentina.

La defensa de los principios del derecho del trabajo, el ordenamiento de leyes dispersas que responden a diferentes etapas históricas y la regulación de los derechos que faltan son objetivos que pueden y deben concretarse en un Código. Baste recordar que la Ley de Jornada de Trabajo 11.544 data de 1929; la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, de 1974, mutilada por la dictadura cívico-militar en 1976; sin olvidar la Ley Nacional de Empleo 24.013, de 1991, que es la expresión más cabal de la flexibilización laboral impulsada por el menemismo.

Esta dispersión normativa, no exenta de contradicciones, crea serias dificultades para el estudio de nuestro derecho, para la interpretación de sus normas por parte de los magistrados, y fundamentalmente para su conocimiento y comprensión por parte de sus principales actores y destinatarios: los trabajadores.

Dice el gran juslaboralista uruguayo Francisco De Ferrari que:

La necesidad de una ordenación de preceptos es un problema vivo, que se ha planteado en todos los países, como consecuencia de la cantidad cada vez mayor de leyes laborales, del desorden que reina en ellas, de las condiciones en que normalmente se

legisla en materia social y de la reducida intervención de los juristas y expertos en la preparación de los textos.

Codificar es simplemente ordenar y reunir disposiciones dispersas, coordinar las normas incongruentes entre sí, dictar las que faltan, aclarar el sentido de los textos anficológicos y darle así a un complejo normativo una cierta unidad conceptual dentro de un ordenamiento o sistematización que haga más fácil la búsqueda o interpretación de una norma o su conocimiento por el pueblo.

Y si la codificación es nada más que esto, si sirve para hacernos conocer mejor nuestro orden jurídico, si se propicia como una fórmula eminentemente práctica a la que se llega para dar unidad y poner en orden un cúmulo de disposiciones dispersas y a veces incongruentes y contradictorias, si en el fondo es este el programa simple y constructivo de toda codificación, no cabe duda de que cuando esta refunda y ordena normas laborales, ayuda positivamente a crear un orden basado en la justicia que esperan las masas.<sup>(2)</sup>

La codificación no implica el anquilosamiento de nuestro derecho ni la imposibilidad de modificar las normas vigentes ni congelar el inevitable proceso histórico de transformaciones económicas, sociales y políticas que viven la mayor parte de los países de nuestra América.

Los convencionales de 1957, que dieron al legislador el mandato de sancionar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social (CTySS), no parecen haber perseguido la inamovilidad de las normas laborales existentes, sino la necesidad de anticipar los futuros cambios que siempre fueron prefigurados como favorables a los trabajadores.

El Primer Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebrado en Tucumán en abril de 1960, estuvo lejos de tener una impronta conservadora que desde algunos sectores del pensamiento juslaboralista se pretende asignar a la codificación. El mencionado Congreso se pronunció por la necesidad de incluir en el Código del Trabajo las instituciones y principios fundamentales de la materia, y también a los contratos especiales —hoy regulados en estatutos—, tales como trabajo a domicilio, empleados bancarios, navegación, rurales, periodistas, servicio doméstico, .....

(2) DE FERRARI, FRANCISCO, *Derecho del Trabajo*, t. I, Bs. As., Depalma, 1975, pp. 372/373.

de manera tal que el Código regulara todo el universo de la actividad laboral por cuenta ajena.<sup>(3)</sup>

Sin duda alguna el carácter totalizador del Código del Trabajo hubiera evitado o al menos hubiera hecho más difícil que las clases dominantes y los sectores reaccionarios de nuestro país condenaran a los trabajadores de la construcción a que su actividad sea regulada desde 1967 por un “Estatuto” que niega todo derecho a la protección contra el despido arbitrario, que los trabajadores rurales y los de casas particulares fueran excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo durante decenas de años, hasta que las leyes 26.727 y 26.884 rectificaran en 2011 y 2013, respectivamente, estas disposiciones discriminatorias y los incluyeran definitivamente en esta ley.

Existen otras razones que —a mi juicio— hacen necesaria la sanción de un Código del Trabajo. El derecho del trabajo se encuentra impregnado por una impronta de signo neoliberal, herencia de la dictadura cívico militar y de la etapa neoliberal iniciada en los 90. Es así como ha desaparecido toda referencia a la posibilidad de cuestionamiento de las decisiones patronales dentro de la empresa, con la sola excepción del ejercicio abusivo del *ius variandi* (art. 66 LCT), que requiere una regulación mucho más precisa y un procedimiento más breve y expeditivo para que se garantice al trabajador la posibilidad de mantener su puesto de trabajo sin modificaciones que le causen perjuicio material o moral.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), recientemente sancionado, y que entró en vigencia el 01/08/2015, contiene determinadas normas que —a juicio de algunos juristas— significarían un retroceso para los trabajadores. Estos argumentos soslayan deliberadamente que las normas del derecho civil solo se aplican en forma supletoria o analógica, o bien por remisión expresa de la LCT u otras leyes laborales, y nunca podrían sustituir las normas específicas del derecho del trabajo, lo que implicaría violentar el orden público laboral.<sup>(4)</sup>

(3) TISSEMBAUM, MARIANO, “El Contrato de Trabajo en la República Argentina”, en *Contrato Individual de Trabajo*, Bs. As., Ediar, 1981, p. 28

(4) GOLDÍN, ADRIÁN, et. al., *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 63/64. Se dice, en opinión que compartimos, que “de allí que el derecho civil, con relación al derecho del trabajo, adquiera carácter supletorio en todo aquello que excede las materias incluidas en la zona de reserva de este último y en la medida de la compatibilidad de sus cláusulas con las del derecho singular”.

La sanción de un Código reafirmaría la autonomía científica del derecho del trabajo, aventando las dudas y la confusión creada respecto a la aplicación de determinadas normas del CCyC.

Es cierto que la jurisprudencia de la CSJN ha introducido indiscutibles avances en nuestro derecho al incorporar en sus fallos los principios y contenidos de los pactos internacionales de derechos humanos y los convenios de la OIT como parte del *ius cogens*, tanto en el plano del derecho individual como en el del derecho colectivo del trabajo (fallos "Vizzotti", "Aquino", "Álvarez", "ATE c/ Pecifa", etc.).

Pero la ofensiva neoliberal del capital financiero internacional contra los trabajadores y los sectores más vulnerables continúa con extrema virulencia en Europa Occidental, con el objetivo declarado de privatizar y apropiarse de los bienes públicos y liquidar hasta los últimos vestigios el Estado de bienestar que fuera creado por el propio capitalismo durante la posguerra con el objeto de frenar la revolución en Occidente. Tal situación y la falta de resistencia por parte de las organizaciones políticas y sindicales de los trabajadores lleva a un resquebrajamiento del orden social europeo, la imposición a los trabajadores de una "Constitución supraestatal" dominada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el FMI.

La ruptura del consenso de posguerra había alumbrado una nueva Constitución supraestatal, formal y materialmente neoliberal que, de manera sutil pero inapelable, iba erosionando el contenido normativo de las constituciones sociales de posguerra. A veces a través de reformas explícitas de los textos constitucionales, como en el caso de Portugal, que tuvo que modificar hasta seis veces la Constitución de 1976 para adaptarla a los nuevos aires que soplaban en el continente. En otros casos, por vía interpretativa o jurisprudencial, como ocurriría con algunas sentencias del Tribunal de Justicia restrictivas de principios y derechos sociales con varias décadas a la espalda.<sup>(5)</sup>

Es evidente que si el capital financiero y la reacción han podido arrasar el Estado del Bienestar europeo, poniendo por encima de las constituciones sociales votadas por los pueblos una Constitución material supraestatal digitada por las instituciones de la Unión Europea, también existe el

(5) PISARELLO, GERARDO, *Un largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011, p. 188.

riesgo de que en la Argentina los representantes políticos locales de estos mismos intereses pretendan hacer tabla rasa de los derechos sociales obtenidos durante la última década.

La reacción violenta y airada de los voceros y juristas de las clases dominantes frente a la noticia de que se presentarían proyectos de codificación, sin que se conozcan siquiera sus contenidos, demuestra cuáles son sus objetivos: mantener la legislación como está y que no existan trabas para una futura re-flexibilización que precarice aún más las condiciones de trabajo. Los pretextos esgrimidos de que en el caso de sancionarse un Código del Trabajo —que, desde ya, se descuenta que será positivo para los trabajadores— “fomentaría el trabajo en negro”, tienen un evidente carácter extorsivo hacia los legisladores y fundamentalmente hacia los trabajadores y sus organizaciones sindicales. En otras palabras, están diciendo: si ustedes sancionan un Código del Trabajo que limite la flexibilización laboral e incorpore nuevos derechos reconocidos por la Constitución como el de participación en las ganancias de las empresas o la constitución de comités mixtos de prevención de accidentes y enfermedades del trabajo, nuestra respuesta será no registrar a los trabajadores, precarizar aún más el trabajo y seguir despidiendo a quienes se organizan sindicalmente para defender sus derechos.

Se ha dicho, en opinión que compartimos, que “el trabajador necesita, en efecto, que el derecho que lo proteja sea claro y estable y que se encuentre ordenado y reunido en un solo cuerpo. La codificación permite alcanzar esos objetivos: ordena y aclara el derecho y, por consiguiente, lo populariza y le da al mismo tiempo fijeza y perdurabilidad”.<sup>(6)</sup>

Existe, por lo tanto, una urgencia política e ideológica actual que se deriva de la necesidad de reafirmar y proteger los principios fundamentales del derecho del trabajo, enriquecidos con los aportes de los pactos internacionales de derechos humanos y convenios y recomendaciones de la OIT, poniendo fin a las normas flexibilizadoras heredadas de la dictadura cívico militar y de la década del 90.

La reducción de la jornada de trabajo sin reducción salarial, la prohibición o regulación estricta de las diversas formas de tercerización, el derecho a

.....

(6) DE FERRARI, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 374.

la estabilidad en el trabajo, la protección de los trabajadores contra toda forma de discriminación a través de un procedimiento urgente y expeditivo similar al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores de Italia, el reconocimiento de garantías para los trabajadores que promueven actividades sindicales, la participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la gestión, son algunos de los temas que deben ser objeto de debate e inclusión en el proyecto definitivo que trate el Congreso de la Nación.

Se deben establecer con precisión el carácter inderogable y autoaplicativo de los principios fundamentales de derecho del trabajo, incluyendo expresamente el de progresividad de los derechos sociales y el de preeminencia de las convenciones internacionales sobre el derecho interno cuando establezcan normas más favorables para los trabajadores.

## 2 | El período de prueba como instrumento precarizador del empleo

Es menester introducirnos en algunos fundamentos jurídicos para la derogación del período de prueba. Este se ha definido como el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula.<sup>(7)</sup>

Se dice que dicho período permite que el empleador pueda conocer la eficiencia técnica, la capacidad y disposición laboral. En primer lugar, debemos señalar que el período de prueba aparece como un elemento extraño a nuestra legislación del trabajo, pues desde los orígenes del derecho laboral se consideró que el contrato de trabajo es de carácter consensual, es decir, que se perfecciona por la simple voluntad de las partes.

Algunos legisladores se propusieron adoptar en nuestro sistema el período de prueba, entendido como la fijación de un plazo mínimo para que el trabajador adquiera algunos de los derechos que la ley otorga.

Al discutirse en el Congreso la ley 11.729, que modifica el Código de Comercio, estableciendo los derechos de los trabajadores al preaviso y las

.....

(7) PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO, "El período de prueba en el derecho laboral", en *Revista Derecho Laboral*, T. I p. 235, Montevideo, 1948, p. 235.

indemnizaciones por despido, en 1932, el diputado Courel pretende que el período de prueba se incorporara a la ley argentina afirmando: “Es necesario que transcurra el término de tres meses al servicio del principal para que se considere empleado (...) Se modifica la actual situación del Código, según el cual es suficiente que el empleado esté una hora al servicio del principal para que tenga derecho a la indemnización”.

El mismo diputado dice que ha tomado como modelo la ley italiana fascista 1825 de noviembre de 1924, pero la reforma del Código de Comercio nada dijo sobre el período de prueba. Por lo tanto, en nuestro país nunca existió el período de prueba hasta 1995. El contrato de trabajo se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades por ser consensual, y todo derecho condicionado a plazo debe estar específicamente determinado en la ley, pues no pueden presumirse.

Solo Anastasi —tomando como ejemplo la ley italiana y la ley belga de 1922— dice que “las partes podrían convenir un período de prueba”, y que “ese período no podría exceder de tres meses”.<sup>(8)</sup> No obstante ello, la voluntad de las partes no podía liberar al empleador de la obligación de indemnizar por despido o de preavisar al trabajador.

Se ha dicho que el empleador no puede prever por anticipado si le será o no útil el trabajador en su establecimiento, pero esta argumentación falla por su base: si demuestra incapacidad para cumplir con sus deberes y obligaciones, podría ser despedido con causa.

La jurisprudencia había establecido desde marzo de 1937 que la ley no establece un mínimo de antigüedad en el empleo para que el principal cumpla con la obligación de preavisar. Por ello, siempre se consideró que, aun cuando el trabajador tuviere menos de tres meses de antigüedad, incluso si tuviere un día de empleo, se le debía abonar la indemnización sustitutiva de preaviso si era despedido.

**La LCT de 1974 tampoco estableció el período de prueba, por lo que no había dudas de que los períodos de prueba establecidos por convenio carecían de validez.** No obstante, existían estatutos legales especiales, como bancarios, encargados de casas de renta, empleados administrativos

(8) ANASTASI, LEONIDAS, “Ley N° 11.729, Observaciones y Consultas”, citado por Ramírez Gronda, Juan D., *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1940, p. 112.

de empresas periodísticas y convenios colectivos que establecieron el período de prueba.

Por aplicación del art. 2º LCT: “la vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta”, como el principio de la norma más favorable para el trabajador (art. 9º). La jurisprudencia determinó:

1. Que los períodos de prueba determinados por los estatutos tenían validez.
2. Que en el caso de los convenios colectivos, las cláusulas que establecían períodos de prueba carecían de validez por aplicación del principio de la norma más favorable para el trabajador (art. 8º).

El período de prueba es introducido durante el menemismo con la sanción de la ley 24.465, que incorpora el art. 92 bis a la LCT (vigente a partir del 28/03/1995) y establece el período de tres meses. La ley 25.013 (BO 24/09/1998) modifica el art. 92 bis y reduce el período de prueba a un mes. Se establece que a través de los convenios colectivos se puede extender a seis meses.

En la exposición de motivos de esta ley, se justifica la reducción de período de prueba:

por cuanto esta es otra figura altamente distorsionante de las relaciones de trabajo, ya que su uso sistemático por parte de empleadores inescrupulosos produjo el efecto inverso al buscado: desestabilizó la relación laboral e impactó negativamente en el sistema de la seguridad social, con el consiguiente perjuicio para la sociedad.

La ley 25.250 alarga a tres meses el período de prueba, previendo la posibilidad de que a través de las convenciones colectivas pueda extenderse a seis, y en el caso de las pymes, a doce meses.

La reforma de la ley 25.877 determina que el período será de tres meses, sin ninguna posibilidad de alargamiento.

La ley 25.877 mantiene la casi totalidad de las limitaciones contenidas en la ley 25.250 con respecto al trabajador en período de prueba: tiene derecho a las prestaciones por accidentes y enfermedades del trabajo; pero en

cuanto a las enfermedades y accidentes inculpables, solo hasta la finalización del período de prueba. Los trabajadores en período de prueba no tienen derecho a la indemnización por incapacidad absoluta del art. 212 LCT.

La falta de registración del trabajador hace presumir que el empleador ha renunciado al período de prueba.

Los aportes a la seguridad social son obligatorios para ambas partes.

Se considera abusiva la conducta del empleador que contratara sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente. No obstante, la Reforma —habiendo mantenido los contratos de aprendizaje y las pasantías, sin modificación alguna— no impide que los empleadores puedan utilizar estas formas de precarización laboral de los jóvenes trabajadores como estadios previos a la contratación por tiempo indeterminado con su período de prueba obligatorio.

El período de prueba es actualmente un estadio inicial obligatorio e incondicional del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Por una parte, el contrato “se entiende celebrado a prueba”, distando de ser el producto de una manifestación voluntaria de las partes. Mientras para la legislación italiana el llamado pacto de prueba resulta:

De la declaración formal de las partes de valerse de una facultad atribuida a cada una de ellas, facultad que es excepcional, en cuanto la relación de prueba se extingue no solo sin preaviso, sino también gratuitamente (...). Se trata, por lo tanto, de parte del trabajador, de comprobar experimentalmente la conveniencia del ambiente psicológico y físico del trabajo, la normalidad de las relaciones entre jefes y dependientes y de estos últimos entre sí; y de parte del empleador, de comprobar la sociabilidad del trabajador, su receptividad a las órdenes, la diligencia y exactitud en su cumplimiento y la aptitud para el trabajo conjunto o sea de colaboración, etc.<sup>(9)</sup>

Para nuestra legislación el período de prueba es considerado “necesario”, sin carácter experimental alguno, y en definitiva sin que responda a ninguna causa objetiva.

.....

(9) ARDAU, GIORGIO, “Nuevas Reflexiones sobre el Pacto de Prueba”, en *Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo*, Bs. As., Heliasta, 1979, pp. 566/567.

La desnaturalización del propio concepto de “prueba” resulta tan evidente que ni siquiera se introducen las condiciones previstas en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores de España: “El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”. ¿Cuál es la “prueba” a la que debe obligarse el trabajador argentino? Ninguna, porque nada establecen ni la ley vigente ni el proyecto del Poder Ejecutivo. Ningún control de legalidad se establece sobre el desarrollo del contrato en esta etapa: ni del organismo laboral ni del sindicato. El empleador tiene todos los derechos propios de su condición de organizador y director de la empresa, sin limitaciones: los derechos del trabajador se encuentran limitados. Mientras para el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores de España, “la situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpe el cómputo del mismo, siempre que se produzca de acuerdo entre ambas partes”. El accidente o enfermedad inculpable para el trabajador argentino no interrumpe el período, sino que solo genera los derechos a la licencia paga mientras dure el período de prueba.

No se aclaran en la actual regulación del período de prueba cuestiones tales como la situación de la mujer embarazada o que ha contraído matrimonio, despedida durante el período de prueba. Al respecto, consideramos —en acuerdo con varios fallos de la CNac. Apel. Trab.— que la mujer trabajadora tiene durante el período de prueba el derecho a la protección establecida por los arts. 177, 178, 180 a 182 LCT. Entendemos —con la Sala VI de la CNac. Apel. Trab.— que “cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes durante el período de prueba, colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico le garantiza a la mujer embarazada, aquellas deben ceder frente a las normas de rango superior que tutela esta última situación, tal es el caso del art. 14 bis de la Constitución Nacional, y de diversas disposiciones de tratados internacionales, que en virtud de lo previsto por el art. 75, inc. 22, han adquirido jerarquía constitucional, así como ante las previsiones de los arts. 178 y 182 de la LCT” (fallo del 26/11/1999, SD 52.270). En el mismo sentido, se han pronunciado otras Salas de la misma Cámara.<sup>(10)</sup>

Es indudable que los bienes jurídicamente protegidos por estas normas de la LCT —la maternidad y la familia— son sustancialmente superiores al derecho a producir la ruptura del vínculo laboral durante el período de prueba, y que

(10) Entre otros: CNAC. APEL. TRAB., Sala III, “Jakobs, Paula c/ K.B. Servicios SA”, 09/03/1998.

la jurisprudencia mencionada es la única compatible con los términos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179), cuyo art. 11, inc. 2, apartado a) determina: "Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad, y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil". Pero con la actual redacción, algunos tribunales pueden sostener que durante en este período "no resulta operativa" la indemnización especial prevista como sanción contra el despido por causa de matrimonio o de embarazo; y no lo ha hecho.

El mantenimiento del período de prueba, instituto extraño a nuestro derecho laboral, introducido en 1995 durante el apogeo de la reacción neoliberal, basardeando sus pretendidas fuentes (italiana y española), crea una situación de precariedad para el trabajador durante los primeros tres meses de actividad: el empleador puede disponer del contrato, con el único requisito de preavisar con una anticipación de quince días.

Si bien se le reconocen expresamente al trabajador los derechos sindicales, la posibilidad de su ejercicio se encuentra restringida de hecho por las amplias facultades que tiene el empleador para despedir sin causa y sin derecho a indemnización alguna. Es por todo ello que sostenemos que el futuro CTySS debe eliminar el período de prueba.

## 3 | Descentralización productiva, tercerización, conjunto económico, responsabilidad solidaria. Modificaciones necesarias

### 3.1 | Las nuevas formas de organización de la empresa

El capitalismo actual se caracteriza por la expansión mundial de las corporaciones, la diversificación y la fragmentación de la actividad financiera e industrial.

Así como la General Motors —por ejemplo— fragmenta su producción en unidades más manejables y organiza divisiones más o menos autónomas encargadas de las diversas marcas, otros grupos optan por el establecimiento de firmas separadas aparentemente independientes, que pueden adoptar diversas formas societarias, pero que se hallan bajo el control de la empresa más grande. No existe prácticamente ningún tipo de actividad que no sea alcanzada por estos rasgos comunes del capitalismo actual, que son a su vez manifestaciones de la concentración y centralización del capital monopolista.

La descentralización productiva no solo implica un efecto centrífugo a través de la subcontratación y la aparición de otras empresas subordinadas, sino también un efecto centrípeto que se traduce en la coordinación de las diversas firmas por parte de una sociedad matriz. Hay una correlación entre estos fenómenos y el auge de la flexibilidad laboral, ya que los objetivos de los grupos económicos no solo se orientan al control de los mercados y los precios, sino también a un mayor control de las fuerzas productivas y el incremento de la plusvalía. Es así como “la empresa con estructura de grupo aparece como una nueva forma de gestión indirecta y flexible de las relaciones de trabajo”.<sup>(11)</sup>

Esta nueva forma de organizar la producción que implica una nueva forma de acumulación en el sistema capitalista y se apoya en los avances de la revolución tecnológica, con particular relevancia en la informática y las comunicaciones, no encuentra una respuesta en la normativa laboral vigente, ni siquiera en sus manifestaciones más avanzadas. En opinión que compartimos, se crea

una suerte de brecha, fractura o divorcio que tiene lugar entre un ordenamiento jurídico social, que no ha evolucionado de aquel modelo que constituyó su referente durante décadas, y la realidad económica que avanza incontrolada hacia nuevas formas de organización empresarial, marcadas por la pretensión de reducir riesgos, flexibilizando la utilización de la mano de obra y debilitando el poder de los sindicatos. Esta anomia legal, incrementada por el hecho de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del grupo de empresas, se traduce en una contradicción permanente: una realidad económica caracterizada por

(11) RULLANI, ENZO, *Flessibilità del lavoro e flessibilità di impresa: le nuove regole dello sviluppo industriale*, Milán, 1988, p. 94.

la unidad de decisión del grupo de empresas, frente a una realidad jurídica definida por la prevalencia de la personalidad de cada empresa integrante del grupo con actuación formalmente independiente.<sup>(12)</sup>

La diversificación de las actividades por parte de los grupos económicos lleva a la fragmentación productiva y a la división de los trabajadores, que no aparecen como dependientes del grupo, sino de cada una de las firmas que lo componen. De esta forma, se agudizan las desigualdades y se generalizan formas de discriminación en el empleo: en cuanto a los salarios, en las condiciones de trabajo, en el convenio colectivo aplicable y en el sindicato que los agrupa.

## 3.2 | Las insuficiencias de la normativa laboral vigente

Las carencias e insuficiencias normativas en el derecho laboral argentino resultan innegables. Frente a una moderna estrategia de descentralización y fragmentación productiva coordinada por los grupos económicos, los trabajadores solo disponen de una panoplia de armas defensivas que datan de una época muy anterior del desarrollo capitalista, la del nacimiento del derecho del trabajo, cuando la concentración no había alcanzado los niveles de expansión actuales y los grupos económicos no habían desarrollado aún las estrategias tendientes a combatir la tendencia decreciente de la tasa de ganancia y aumentar la plusvalía a escala mundial.

Las normas contenidas en los arts. 29, 30 y 31 LCT revelan esas carencias, ya que en todos los casos están basadas en los conceptos tradicionales de "empresa", "empresario" y "establecimiento" que muy poco tienen que ver con las formas modernas de descentralización productiva, empresas en red y otras conformaciones propias del capital monopolista actual. Estas herramientas jurídicas fueron gravemente deterioradas a partir de su modificación por la llamada "ley" 21.297 de la dictadura militar, con que se introdujeron elementos subjetivos como condición para que los mecanismos de solidaridad previstos puedan operar eficazmente, sin que los gobiernos constitucionales hayan restaurado siquiera su redacción original en la ley 20.744.

.....

(12) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, "La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva; carencias normativas", en *Revista de Derecho Social*, n° 15, Albacete, Bomarzo, 2001, p. 114.

Las carencias normativas determinan que los trabajadores dependientes de un grupo económico e incluso de una empresa determinada sufran discriminaciones en el trabajo, no solo limitadas a los casos de despido, sino que alcanzan diversas etapas de su vida laboral, tanto al ingresar como durante el desarrollo del contrato de trabajo.

El empleador que dispone un acto discriminatorio viola el art. 16 CN (igualdad ante la ley y admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad), reafirmado por los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 CN.

Entre los mismos, cabe mencionar el art. 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que expresa: "Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". El art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que "la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

La fragmentación del proceso de trabajo y su consecuencia: la subcontratación de otras empresas para cumplir determinadas actividades propias del mismo: mantenimiento, limpieza, transporte, vigilancia, etc., determina que gran cantidad de trabajadores son ocupados en tareas propias del convenio principal a cambio de retribuciones y condiciones de trabajo inferiores a las que regula el convenio colectivo aplicable a la actividad. De esta forma, las empresas lesionan el principio de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis CN). El trato desigual en igualdad de situaciones constituye trato discriminatorio, por cuanto se excluye a una persona del beneficio que las demás obtienen en igualdad de circunstancias; y del art. 14 bis CN se desprende el concepto de igual remuneración por igual tarea.

### 3.3 | El conjunto económico: empleador múltiple o complejo

El art. 31 LCT se basa en elementos objetivos (control de una o más empresas por otras; relaciones estrechas entre las mismas), empresas relacionadas, subordinadas o de grupo.

Sin embargo, hay quienes piensan que es evidente que la norma está dirigida a combatir el fraude en materia laboral y a los organismos de la seguridad social. La solidaridad solo nacería como consecuencia del fraude o de la temeridad; no del incumplimiento de las obligaciones laborales por imposibilidad económica o financiera. A tal extremo ha llevado la modificación que la dictadura cívico militar hiciera de la norma original de la LCT.

Las empresas controladas, de acuerdo al art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales, se definen en base a dos elementos:

1. Participación que otorgue los votos necesarios para obtener la voluntad social (control interno).
2. Influencia dominante de una sociedad sobre otra (control externo).

Los grupos de empresas se definen, a su vez, por algunas de las siguientes características:

1. Fusión y absorción de empresas o **concentración primaria**, que determinan la existencia de una única empresa.
2. **Concentración secundaria**, que es la pluralidad de empresas formalmente autónomas. Ello se logra a través de mecanismos complejos de coordinación y centralización de las decisiones y diversificación o fragmentación de la actividad.

Se arriba a este resultado mediante el mecanismo tradicional de adquisición de participaciones, acciones o cuotas societarias de otra empresa (dominación orgánica o interna); pero también contratos de dominación empresaria, de disposiciones estatutarias, de directorios entrecruzados.

La influencia dominante se caracteriza por una aparente igualdad jurídica y una relación hegemónica que se expresa a través de diversos mecanismos.

El control externo, económico o inorgánico se da a través de contratos comerciales de exclusividad en el suministro, comercialización (*franchising*) o distribución, grupos de interés económicos (GIE), consorcios, etc. Es aquella forma de unión de empresas en la que sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica hay una dirección económica única ejercitada por la sociedad dominante. Las sociedades son jurídicamente independientes, pero la dirección es unitaria.

Actúan conforme a una forma coordinada, obedeciendo a una planificación común de recursos y política empresarial conjunta, diseñada por la

sociedad dominante o matriz. Los rasgos principales son: el control o dominación y la dirección económica unitaria. En esta última, cabe distinguir entre grupos por subordinación o grupos por coordinación.

En los grupos por subordinación la política viene marcada por la sociedad matriz. En los grupos por coordinación o colaboración, la relación es horizontal y no existe, en apariencia, una relación de dominación: *joint ventures*, uniones transitorias de empresas, consorcios, contratos asociativos o de colaboración, *know how*, acuerdos comerciales, de cooperación, interconexión, asistencia financiera, etc.

En su forma más compleja: las redes de empresas. Hay plena independencia de objetivos mercantiles de cada empresa, hay una falta de unidad de titulares, dirección económica y/o de caja.

En síntesis, existen las siguientes formas: grupos de base societaria (propiedad de acciones); grupos contractuales (poder de dirección a través de un contrato); grupos personales (coincidencia de las personas con cargos dominantes). Pero aún probada la existencia de alguna forma de conjunto económico, ya fuere a través de las formas de subordinación o de coordinación, la aplicación del art. 31 LCT a los casos concretos ha dado lugar a diversas interpretaciones respecto al "elemento subjetivo", incorporado por la llamada ley 21.297.

Proponemos la eliminación de dicho "elemento subjetivo" y, en consecuencia, la imputación de responsabilidad solidaria en estos casos a la pluralidad de personas o entes jurídicos que conforman el conjunto económico.

### 3.4 | Responsabilidad laboral de los grupos de empresas

Entendemos que la traslación mecánica de conceptos económico-mercantiles al derecho laboral puede llegar a contradecir o desnaturalizar la función y los principios fundamentales y normas tuitivas de este derecho.

El derecho del trabajo tiene la suficiente autonomía científica como para considerar que determinados fenómenos económicos tienen personalidad laboral propia —sin que ello implique otorgársela a todos los efectos

jurídicos— y también para descartar la personería derivada de otras ramas del derecho, que trasladadas al derecho del trabajo generarían perjuicios al trabajador.

La redacción del art. 26 LCT permite una amplia extensión del concepto de empleador múltiple que rompe con las reglas del derecho civil y comercial, conforme a las cuales solo excepcionalmente el grupo adquiere personalidad propia en virtud de la autonomía formal de las empresas. La traslación mecánica y restrictiva de los conceptos del derecho societario lesiona en muchos casos el principio de primacía de la realidad. Sería una ficción mantener el criterio de que son unidades autónomas que conforman un grupo económico o red de empresas; y engañoso utilizar el mecanismo de la solidaridad.

Al respecto, el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil ha utilizado el concepto de simetría para proteger al trabajador ante los cambios de titularidad de las empresas, reconociendo la “unicidad contractual del empleador” en los casos en que existe un grupo económico.<sup>(13)</sup>

El conjunto económico revela una unidad empresaria; existe, por lo tanto, un único obligado respecto a los trabajadores y sería innecesario acudir a las reglas de la solidaridad. Hay una única empresa, un único empleador y un único deudor.

Si partimos de la aparente autonomía de las empresas, nos quedamos en lo formal y superficial, y desconocemos la realidad subyacente. Por lo tanto, nuestras conclusiones son las siguientes:

1. Hay un único deudor respecto a los trabajadores dependientes de cualquiera de las unidades del grupo.
2. Hay una responsabilidad objetiva del grupo por el hecho mismo de haber sido constituido. Carece de sentido analizar la conducta de cada una de las unidades empresarias para determinar si procede la comunicación o extensión de la responsabilidad frente a los trabajadores.

La redacción del art. 31 contiene un elemento subjetivo extraño al objetivo del legislador de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744. Es indudable que

---

(13) Citado por RAFFAGHELLI, LUIS, “Tercerización y encuadramiento convencional”, en *Revista La Causa Laboral*, año XIII, n° 54, julio de 2013, p. 29.

Norberto Centeno tenía claro que el objetivo del artículo era responsabilizar objetivamente al grupo económico, sin que fuera necesario demostrar una intención dañosa respecto a los trabajadores. La conducción temeraria o la intención fraudulenta fue incorporada por el gobierno ilegítimo que asaltó el poder en 1976, con el objetivo de favorecer a los grupos económicos que se adueñaron de nuestro país recurriendo al asesinato y desaparición de delegados y también de empresarios a los que se despojó de sus bienes.

El “elemento subjetivo” que se insertara en el artículo es por lo tanto claramente inconstitucional, por cuanto tiende a que los grupos económicos puedan evadir su responsabilidad por las deudas de las unidades que los integran porque contradice el principio de primacía de la realidad y el fin protectorio del derecho del trabajo, y en virtud de los fines perseguidos por el legislador de facto: facilitar el dominio de la economía y el endeudamiento del país por parte de los grupos concentrados trasnacionales y nacionales. El efecto depredador producido por el cuerpo extraño agregado al art. 31 LCT se traduce en miles de quiebras que dejaron en la calle a decenas de miles de trabajadores, sin que estos pudieran siquiera percibir sus indemnizaciones y salarios.

### 3.5 | La subcontratación (art. 30 LCT)

Se ha dicho que la subcontratación no es un fenómeno de origen jurídico, sino que obedece a la modificación del régimen de acumulación en el sistema capitalista. Ha sido una respuesta destinada a recuperar la tasa de ganancia y la productividad que la aplicación del fordismo había reducido significativamente.

A partir de la década del 90, y en consonancia con los dictados del Consenso de Washington, se da en la Argentina un proceso de flexibilización en el trabajo que provoca la precarización de una gran parte de la fuerza de trabajo.

La tercerización se generaliza como correlato de “la introducción de innovaciones tecnológicas en cuanto a los procesos productivos, las nuevas formas de organización del trabajo y modalidades más flexibles de gestión de la mano de obra”.

La empresa tercerizada periférica o secundaria, si bien es jurídicamente independiente, se encuentra económicamente subordinada, esté dentro o fuera de la principal, condicionada a las exigencias de cantidad y calidad del producto, precio, plazos de entrega y marca de fábrica. Ello le permite reducir sus costos fijos y variables, dándole flexibilidad, externalizando el riesgo de contracción y le evita reducir personal en caso de recesión económica. Es el fin de la integración vertical de la producción y de la empresa que era propia del paradigma fordista. Así, en los balances de la empresa fragmentada no aparece la subcontratación como “gastos en personal”, sino en el rubro “compras”.<sup>(14)</sup>

Al trabajo a domicilio, primera expresión de externalización o descentralización de la empresa capitalista a partir del siglo XVIII, le suceden la fabricación de subconjuntos a ensamblarse sobre el producto final (en el caso de la industria metalmecánica, automotriz y electrónica), los servicios de logística y transporte de mercaderías y personal, las tareas de tipo administrativo contable, las actividades de mantenimiento periódico, las de limpieza, los servicios médicos, etc.

Como lo destaca Raffaghelli, “cuando la empresa principal recurre a varias tercerizadas para la provisión de piezas o productos, finalmente contrata una nueva firma para el seguimiento y control de calidad, dando lugar al proceso de cuarterización, lo que fragmenta aún más la figura del empleador frente al colectivo laboral, tornando ambigua la figura del responsable”.<sup>(15)</sup>

La subcontratación se encuentra regulada en el art. 30 LCT, modificado por la ley 25.013:

Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

---

(14) *Ibid.*, p. 28.

(15) *Ibid.*, p. 29.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, una cuenta bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

La primera observación que debe realizarse respecto al texto es que pone en cabeza del cedente o empresario principal la obligación o carga de exigir al cesionario o subcontratista el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social. El precepto no crea la solidaridad sin más entre cedente y cesionario en forma incondicionada. Aun cuando se trate de una cesión o subcontratación de una actividad normal y específica de la empresa en sentido estricto, es condición para que opere la solidaridad que exista un incumplimiento de las obligaciones laborales o de la seguridad por parte del cesionario o subcontratista.

Pero no basta con ello. Es necesario que se cumpla con las condiciones previstas en el primer párrafo: debe tratarse de una cesión o delegación parcial de tareas o servicios que son propios de la actividad normal y específica del establecimiento. Debe tomarse en cuenta que el artículo se refiere expresamente a "establecimiento" y no a la "empresa". Una empresa puede tener uno o varios establecimientos y desarrollar actividades diferentes en los mismos.

Al respecto se ha dicho:

El incumplimiento de los deberes de control establecidos por el art. 30 LCT no habilita la solidaridad de la ley 22.250, así tampoco, por sí solo, la del régimen general de la LCT. El solo incumplimiento de las reglas de control introducidas por la ley 25.013 en el art. 30 LCT no activa la responsabilidad vicaria puesto que para ello se requiere la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el primer párrafo. La intención del legislador no fue condicionar la solidaridad a que se produzcan estos incumplimientos ni crear una fuente adicional de responsabilidad solidaria, sino que meramente buscó establecer con claridad el rol vigilante que le cabe al empresario principal (cedente y/o contratante) que cede su establecimiento o parte de este o bien delega actividades que forman parte de su objeto específico, así como darle derechos para defenderse ante la posible responsabilidad vicaria o en garantía que podría tener que asumir luego.<sup>(16)</sup>

La interpretación dominante del art. 30 LCT es la que surge de la doctrina de la CSJN en su anterior composición.

En “Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina” (fallo del 15/04/1993), ha señalado que:

no corresponde la aplicación del art. 30 de la LCT toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o en su caso a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo. Ello sin perjuicio de los derechos del trabajador en supuestos de fraude (arts. 16 y 31 LCT).

El artículo 30 de la LCT comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas

---

(16) CNAC. APEL. TRAB., Sala 2, “Orellana, Hugo Rolando c/ Barter Group SA y otro s/ ley 22.250”, sentencia 95583, 29/02/2008.

de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contraen prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones" (art. 6º LCT); pero en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario".

Se afirma en dicho fallo que:

no obsta a ello la lata formulación del objeto social, pues el art. 30 de la LCT no se refiere al objeto societario sino a la actividad real propia del establecimiento. Las figuras delegativas previstas por aquella norma, en lo pertinente a contratación o subcontratación, son inherentes a la dinámica del giro empresarial, y por ello no cabe examinar su configuración con respecto al objeto social.

La misma interpretación se reitera en los casos "Luna c/ Agencia Marítima Rigel" del 02/07/1993 y "Sandoval c/ Embotelladora Argentina" del 18/07/1995.

La solidaridad del art. 30 no sería aplicable automáticamente en cualquier caso en que haya contratos de colaboración o vinculación interempresaria. Una extensión de responsabilidad excesivamente amplia atentaría contra el derecho de propiedad y contra la seguridad jurídica.

La Corte sostiene la inaplicabilidad del art. 30 en los casos en que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, sin que sea relevante la exclusividad. Solo sería posible la extensión de responsabilidad en caso de fraude.

En síntesis, la doctrina de la Corte en "Rodríguez c/ Embotelladora" sobre la responsabilidad solidaria del art. 30 LCT se basa en las siguientes condiciones:

1. La solidaridad del art. 30 es inaplicable en los casos en que medie un contrato de concesión, distribución, franquicia, etc.
2. Solo sería viable en tales casos cuando exista fraude en perjuicio de los trabajadores.

3. Debe existir una **unidad técnica de ejecución**, no siendo relevante que la actividad esté comprendida en el **objeto social** de la sociedad.
4. Es aplicable solo cuando haya servicios subcontratados que complementen la **actividad normal de la empresa y exista una unidad técnica de ejecución**. Por supuesto que se excluyen todos los servicios que —aunque fueren necesarios— no están comprendidos dentro de dicha actividad normal y no formen parte de una unidad técnica de ejecución: transporte, seguridad, mantenimiento, servicios médicos, etc.

La insistencia en la necesidad de que la subcontratación implique “complementar o completar la actividad normal” y en que debería existir “una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista” hizo imposible, en muchos casos, la aplicación del art. 30 LCT, aun cuando haya quedado demostrado que la “proveedora” o “distribuidora” era parte del objeto social de la empresa principal.

En su nueva composición, a partir del 2004, la CSJN fue revisando sus decisiones, sin fijar una doctrina diferente. Generalmente, los fallos que condenaban a la empresa principal por aplicación de la solidaridad del art. 30 LCT quedaban firmes por la aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Recién en fecha 22/12/2009, la CSJN fija un criterio sustancialmente diferente al anular un fallo dictado por la CNac. Apel. Trab., Sala IX, en autos “Benítez, Horacio c/ Plataforma Cero SA” en el que el *a quo* había rechazado la solidaridad por aplicación de la doctrina de la Corte en el caso “Rodríguez c/ Embotelladora”.

El voto mayoritario de la CSJN afirma que “es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco de un recurso extraordinario formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que esta posee”. Todas las normas invocadas por las partes: LCT, leyes 24.013, 25.345 y arts. 54, 59 y 274 del Código de Comercio son de derecho común, no federal y, en consecuencia —de acuerdo al art. 75, inc. 12 CN— su aplicación y por ende su interpretación se hallan a cargo de los tribunales provinciales.

La decisión anulada por la CSJN no se había apoyado sobre un criterio propio sobre la interpretación del alcance de la norma, sino que se había reducido a sostener dogmáticamente la doctrina del fallo “Rodríguez c/ Embotelladora”.

El nuevo criterio de la Corte se funda en que son los jueces locales quienes deben interpretar las normas de derecho del trabajo, que deberían estar contenidas en el CTySS, nunca sancionado por el Congreso de la Nación.

Son los jueces laborales quienes deben asumir la responsabilidad de resolver con sus propios criterios los casos concretos, sin que puedan aferrarse exclusivamente a una “doctrina de la Corte” para fundar sus sentencias.

En fallos posteriores, la mayoría de la CSJN, siempre con la disidencia del Dr. Lorenzetti, reitera el mismo criterio:

- “Batista, Heraldo A. y otro c/ Perrucci, Graciela y otros s/ despido”, del 09/03/2011. En este se incorpora un nuevo argumento: la reforma de la ley 25.013 en lo que respecta al control de los recaudos laborales enumerados por el art. 30. Ello refuerza el concepto de que es inaplicable el fallo “Rodríguez c/ Embotelladora”, ya que el mismo fue dictado cuando aun no había sido sancionada dicha reforma.
- “Matwijiszyn, Martín Damián c/ Sintelar S.A. y otra s/ despido” del 27/12/2011. En este fallo, resulta de interés destacar que se refiere a un fallo de la Sala IX de la CNac. Apel. Trab. en la que se rechaza la solidaridad en virtud de que los trabajos realizados por el actor se hallan comprendidos en el régimen estatutario de la industria de la construcción (ley 22.250). Se declara la arbitrariedad del fallo, por las siguientes razones:
  1. El *a quo* falló una cuestión fáctica y probatoria sin tomar en cuenta las actividades realmente desarrolladas por Sintelar SA a favor de Telefónica Argentina SA; es decir, sin tomar en cuenta que la actividad principal de la empleadora Sintelar SA no se hallaba vinculada a la construcción, sino a las telecomunicaciones.
  2. Porque la actividad probatoria de la actora demostró que las tareas que se realizaban no se limitaban al tendido de líneas, sino que fueron variadas y siempre en la rama de las telecomunicaciones: y porque la inclusión en la ley 22.250 requiere la concreta consideración de la totalidad de las tareas realizadas, del lugar físico y de la categoría laboral que le correspondía (arts. 1º y 2º de la ley 22.250).
  3. Porque hubo una lectura parcial del estatuto social de Sintelar SA, pues solo se tuvo en cuenta la inclusión del término “Obra Civil” dentro del objeto social y no el conjunto de actividades previstas en el mismo.

En este fallo, la CSJN avanza en algunas pautas de interpretación, sin que pueda afirmarse que exista una nueva doctrina que haya sustituido a la del fallo “Rodríguez c/ Embotelladora”, que —resulta evidente— ha sido abandonada por el Máximo Tribunal de nuestro país.

La jurisprudencia de los tribunales del trabajo se ha ido liberando de la tutela doctrinaria de "Rodríguez c/ Embotelladora":

La Sala IX de la CNac. Apel. Trab. ha dicho:

En cuanto a la responsabilidad solidaria pretendida con relación a la codemandada Metrovías S.A. adelanto que a mi juicio corresponde admitir el reclamo. Ello así, por cuanto las tareas de vigilancia y seguridad realizadas por la actora, fueron llevadas a cabo íntegramente durante todo el desarrollo del vínculo en el ámbito de las instalaciones del subterráneo metropolitano donde explota su actividad comercial la codemandada Metrovías S.A., y las mismas abarcaban el control de evasión de los pasajes y la asistencia al público usuario, con lo cual cabe considerar que dicha actividad resulta necesaria y coadyuvante para el adecuado cumplimiento del objeto específico y propio de la empresa codemandada, en tanto que el transporte de pasajeros constituye una actividad lucrativa donde resulta imprescindible el control de la evasión de los pasajes y la asistencia de los pasajeros para el adecuado cumplimiento de los fines de la empresa, por lo que corresponde a mi juicio considerar las tareas desarrolladas por la actora en el supuesto de solidaridad previsto por el art. 30 de la LCT. En tal contexto, cabe precisar que en el presente caso no se configura el presupuesto fáctico que tuviera en cuenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fijar la doctrina sustentada en los autos "Rodríguez Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", 14/4/93, para excluir la proyección del art. 30 de la LCT, ya que no se verifica que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, sino más bien la hipótesis favorable a su aplicación, al corroborarse que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento, contrata prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, la "unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones."<sup>(17)</sup>

(17) CNAC. APTEL. TRAB., Sala IX, "Barco, Adriana Verónica c/ Organización Fiel SA y otro s/ Despido", 03/02/2006.

## 3.6 | La solidaridad como regla en el derecho del trabajo

Es importante establecer que —a la inversa de lo que ocurre en el derecho civil— en el derecho del trabajo la solidaridad es la regla y no la excepción; y en consecuencia, la misma se aplica a la sucesión de empresas, cesión total o parcial del establecimiento, conjunto económico, etc. El concepto surge de las propias normas de la LCT (arts. 29, 30, 31, 225, 228 y cc.).

Es cierto que una vez verificada la realidad fáctica, la solidaridad funciona como en el derecho civil, y por lo tanto puede recurrirse a las normas del Código Civil (arts. 705, 715 CC y cons.) para determinar su alcance, de lo que se desprende que el trabajador puede demandar su crédito *in totum* a cualquiera de los obligados; pero ello no significa negar el carácter específico de la solidaridad en el derecho del trabajo.

Este carácter específico surge de la realidad económica que constituye el sustrato de la norma jurídica. El desarrollo de una actividad productiva, comercial o financiera por parte de un capitalista o grupo económico (persona física o jurídica) lo obliga a contratar a trabajadores, limitando su responsabilidad a través de las sociedades de capital, constituyendo tantas como lo considere necesario, tercerizando o fragmentando la actividad productiva, comercial o financiera. Así como la descentralización administrativa del Estado no implica la pérdida de su *imperium* ni la volatilización del poder concentrado en el mismo, la fragmentación constituye una estrategia de las grandes corporaciones nacionales e internacionales, que se convierte en la regla seguida por la mayoría de las empresas.

Por lo tanto, la solidaridad como regla en el derecho del trabajo se desprende necesariamente de la propia realidad económica actual y constituye una derivación de los principios protectorios y de primacía de la realidad. La pluralidad de sociedades, ya fuere a través de la tercerización o creación de las mismas a través de un centro económico o por medio de la sucesión o del conjunto económico no puede perjudicar el interés legítimo de los trabajadores, que es objeto de protección constitucional (arts. 14 bis y art. 75, inc. 22).

Es por ello que si bien los trabajadores tenían ya a su disposición un medio procesal para asegurar sus créditos, a través de las disposiciones de la

ley 11.867 (de transferencia de fondos de comercio); de la Ley de Contrato de Trabajo —recogiendo el principio del anterior art. 157, inc. 4, CCom. (ley 11.729)— establece una protección de fondo, que no está sujeta al requisito formal de la oposición en término a la venta, que es de difícil —por no decir imposible— cumplimiento por parte de los trabajadores (conocimiento de la publicación de edictos, etc.).

Es por eso que el cesionario debe hacerse cargo del pago de deudas que no contrajo. En el acto de adquirir el establecimiento, está en condiciones de averiguar el pasivo que pesa sobre el cedente y, en todo caso, puede exigir las garantías adecuadas para no verse perjudicado más allá de lo previsto. El trabajador, en cambio, carece de esas ventajas y su único conocimiento se limita al lugar de trabajo y probablemente el de la persona de quien aparece como “nuevo patrón”.

El cedente y el cesionario son responsables por la totalidad de las obligaciones laborales contraídas por el cedente antes del acto de la transferencia y también por los créditos de los trabajadores desvinculados con anterioridad a la transmisión. La LCT tiende al concepto de unidad de empresa y de empleador múltiple, a los fines de impedir la fragmentación de la responsabilidad.

En el caso de sucesión de titulares (cedente-cesionario), el trabajador mantiene su antigüedad y su régimen convencional porque continúa trabajando en la misma empresa, independientemente de quien fuera su titular. El adquirente que continúa dicha explotación no puede pretender que se divida el riesgo empresario, eximiéndose de responsabilidad. En estos casos se aplica el *disregard* hacia fuera.

En los casos de cesión parcial, subcontratación o tercerización, y conjunto económico (arts. 29, 30 y 31), se aplica el concepto de empleador múltiple y el *disregard* hacia adentro.

Pero la jurisprudencia no ha avanzado demasiado en lo que respecta al tema de la solidaridad dentro de un conjunto económico, no pudiendo superar la regulación del art. 31 LCT, que requiere la existencia de “maniobras fraudulentas” o “conducción temeraria”, de tan difícil prueba para los trabajadores.

Entre las prácticas más habituales de los grupos económicos se destaca actualmente la conformación por parte de los mismos de empresas denominadas de “servicios empresarios” (las cuales nada tienen que ver con las

empresas de servicios eventuales), que tienen a su cargo la contratación de personal destinado exclusivamente a tareas propias, inherentes a los puestos de trabajo de carácter permanente de las empresas principales del grupo. Este personal no es registrado correctamente de acuerdo a las normas de la ley 24.013 y su decreto reglamentario, no se les aplica las normas del convenio colectivo de la actividad, sino que se los encuadra unilateralmente en un convenio que contiene cláusulas normativas menos beneficiosas para los trabajadores, percibiendo remuneraciones inferiores a las de los dependientes de la principal, situación discriminatoria que se mantiene a veces durante años. No nos cabe duda alguna de que en estos casos resulta aplicable el art. 29 LCT, por cuanto los trabajadores han sido contratados por un "tercero" (en este caso, la empresa proveedora de servicios empresarios) con vista a proporcionarlos a las empresas, por lo que deben ser considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

Como lo demuestra la experiencia nacional e internacional —particularmente, las empresas de trabajo temporario (ETT) en España— tales "tercerizaciones" solo sirven para precarizar el empleo, y a los fines de evitar la sindicalización de los trabajadores en la organización sindical correspondiente a la actividad. De manera tal que —aunque el convenio de la actividad, por ejemplo el 2/1988 de la industria lechera— determine que el personal comprendido abarca "todos los obreros, empleados, viajantes y técnicos con relación de dependencia laboral afectados a la industrialización, envasado, comercialización y/o transporte de la leche y sus derivados", hallándose excluido solo el personal "que cumpla funciones decisorias, con responsabilidades ejecutivas"; en virtud de la descentralización operativa del grupo económico, muchos trabajadores pertenecientes a las empresas de "servicios empresarios" contratados para cubrir tareas correspondientes a la actividad normal de la principal, son excluidos de la aplicación del convenio colectivo.

En todos los casos existe una empresa dominante que planifica la descentralización o la red de empresas, manteniendo un férreo control del proceso a través del uso de diversas formas jurídicas como la franquicia y los contratos de asistencia o de colaboración, sin que sea necesario para ello alcanzar la mayoría del paquete accionario de las sociedades subordinadas. Pero esta realidad económica solo es reconocida en los conflictos individuales llevados a juicio, a condición de que exista una profusa acumulación de pruebas a cargo de los trabajadores y en muy pocas ocasio-

nes a través de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y la aplicación del *disregard* por parte de los jueces laborales.

### 3.7 | Los efectos en la representación sindical, en el conflicto y en la negociación colectiva

En el plano del derecho colectivo, la fragmentación productiva se refleja en la pertenencia de los trabajadores a sindicatos diferentes, sin que exista un órgano o comité de empresa que unifique la representación de los mismos. El derecho colectivo del trabajo en nuestro país, y en particular el congelamiento de las estructuras sindicales existentes —que contrariamente a la tan declamada “unidad” perpetúa la división de los trabajadores en diferentes gremios dentro de una misma empresa o grupo económico y dentro de una misma rama de la producción— contribuye al debilitamiento del colectivo laboral, que permanece desmembrado. El derecho sindical argentino no reconoce la legitimidad de la coordinación de las comisiones internas o cuerpos de delegados dentro de un mismo grupo económico. Es así como mientras el grupo económico centraliza su poder de decisión y organización, los trabajadores enfrentan desunidos, fragmentados en distintos gremios y/o seccionales de una unión a la política de la patronal. No existe ningún comité de empresa que pueda unificar la política de los trabajadores frente a la misma. Cuando se producen los conflictos colectivos de derecho o de intereses, el organismo laboral convoca a las conducciones nacionales o regionales de los sindicatos, por lo general con exclusión de toda otra forma de organización de los trabajadores dentro de la empresa.

De acuerdo a la última reforma laboral (ley 25.877), en la negociación colectiva por empresa (art. 22, ley 14.250); “la representación de los trabajadores estará a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda y se integrará también con delegados del personal en un número que no exceda la representación establecida en el art. 45 de la ley 23.551, hasta un máximo de cuatro (4) cualquiera sea el número de trabajadores que se desempeñen”.

Se mantiene el criterio de que deben negociar las cúpulas sindicales nacionales —aun a nivel de empresa— con una representación minoritaria de los trabajadores de la misma, que nunca podrá superar un máximo de cuatro, cualquiera sea el número de trabajadores que se desempeñen.

Este papel accesorio, secundario, de los representantes directos de los trabajadores, confirma la ausencia de una verdadera representación sindical a nivel de empresa o grupo económico. Al limitarse a cuatro el número de representantes, independientemente del número de trabajadores a representar (en el caso de los grupos económicos debemos pensar en empresas de más de dos mil trabajadores), se lesiona el derecho a la negociación colectiva, por cuanto no permite que sean los mismos trabajadores quienes designen a los miembros de la representación que negociará un nuevo convenio colectivo de trabajo.

La discriminación que padecen miles de trabajadores, en su mayoría jóvenes, que ingresan a la producción a través de las más diversas formas de subcontratación, las cuales constituyen modalidades de una estrategia flexibilizadora que se define a escala mundial, solo puede ser combatida mediante la adopción de un criterio jurídico objetivo que refleje la realidad de la fragmentación o externalización productiva que han generalizado estratégicamente los grupos económicos, lo que supone la eliminación de requisitos de carácter subjetivo tales como la existencia de maniobras fraudulentas y conducción temeraria contenidos en la actual redacción del art. 31 LCT.

En el plano del derecho colectivo, y particularmente en la dirección del conflicto y en la negociación colectiva, se impone garantizar a los trabajadores una representación unitaria a nivel del grupo económico, que necesariamente reconozca, integre y/o coordine a los representantes de las diversas unidades empresarias, independientemente del carácter que les haya asignado el grupo económico, eliminando la actual limitación de hasta cuatro representantes prevista en la última reforma laboral, y el resto de las trabas que limitan los derechos de la libertad sindical.

## 4 | El CTySS: su deber de incluir normas procesales

### 4.1 | Consideraciones preliminares

El proceso laboral está inescindiblemente unido al derecho material a cuya realización sirve. Debe tener rasgos esenciales que lo constituyan como un instrumento eficaz para la realización del derecho sustantivo.

Creemos que el procedimiento laboral se ha ordinarizado tanto en la Justicia Nacional del Trabajo como en la mayor parte de las provincias. La audiencia de trámite —pieza sustancial de su arquitectura en la Provincia de Santa Fe— ha perdido su autenticidad como sucesión o conjunto de actos procesales regidos por los principios de concentración e inmediatez. Situaciones análogas se plantean en otras provincias.

Ello conspira contra los fines del proceso: las posibilidades de conciliación, la búsqueda de la verdad real y la realización del derecho sustantivo. Es indudable que —por encima de la mayor o menor voluntad o buena fe de los operadores jurídicos: el juez, los secretarios, el personal del juzgado y los abogados— existen varios condicionamientos: uno político, que es la despreocupación de los sucesivos gobiernos y legislaturas que hemos tenido los santafesinos desde 1983 por la situación de la justicia laboral (solo diez juzgados en Rosario para una población de un millón y medio de habitantes de la ciudad y su departamento), y otro sociológico: la existencia de una creciente conflictividad que tiene una multiplicidad de causas: el trabajo en negro y la precariedad laboral, el incumplimiento de normas laborales y convencionales, de normas de higiene y seguridad en el trabajo, en el crecimiento de los actos discriminatorios en el marco de la empresa por razones gremiales, políticas, de género, de enfermedad, etc. Por otra parte, desde hace muchos años, la mayor ocupación existente y el incumplimiento o interpretaciones diversas de normas convencionales, genera mayores controversias por diferencias salariales.

Esta diferencia sustancial entre los litigantes del proceso laboral y los de otros procesos debería preocupar a los legisladores y operadores jurídicos, a fin de buscar soluciones urgentes para este fuero; el fuero olvidado, el denostado, el perseguido por los gobiernos dictatoriales el sospechado de impulsar “la industria del juicio” cuando algún fallo se atreve a cuestionar, aun parcialmente, los privilegios inauditos en un sistema republicano para entidades privadas y a reconocer incluso parcialmente, como es el caso de algunos fallos de la CSJN desde el 2004 a la fecha, parte de los derechos constitucionales de los trabajadores barridos de hecho por los regímenes dictatoriales de mercado que hemos sufrido durante la década del 90.

El Banco Mundial viene proyectando desde hace mucho tiempo la unificación de fueros en una única justicia. De hecho, en la Provincia de Santa Fe, ya existe esa “unificación”: en muchas cabeceras departamentales (Villa

Constitución, Cañada de Gómez, etc.) existen los juzgados de fuero pleno, que violan la especialidad del fuero laboral que determina el art. 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

Por nuestra parte, sostenemos la necesidad de un fuero laboral especializado. La función del juez laboral es interpretar las leyes y valorar las pruebas sin perder la imparcialidad, dictando su sentencia y teniendo como objetivo la justicia social que es, al decir de Mozart Russomanno, la forma más delicada y sensible de la justicia moderna.

Es por ello que el proceso laboral ha sufrido el impacto de las políticas neoliberales, inspiradas por el FMI y el Banco Mundial, que tienen como objetivo la retracción de las leyes protectorias del trabajo y los sujetos del mismo.

Esa reacción neoliberal contraria al derecho del trabajo, ha afectado también al derecho procesal del trabajo, por ser el mismo garantía práctica de aquel. No bastaba con reducir o flexibilizar los derechos de los trabajadores dentro de la empresa; había que tornar ineficaces los derechos procesales como forma de limitar o eliminar la intervención del Estado en las relaciones de trabajo, que a su criterio deberían estar libradas a la libertad de los mercados y a la globalización económica internacional. Se propuso, inicialmente, la extinción de la jurisdicción laboral y someter las controversias laborales a los principios y normas del derecho procesal civil.

El fortalecimiento de la justicia del trabajo, como una garantía eficaz del derecho de fondo, que sea capaz de emitir resoluciones a través de un proceso rápido y expeditivo. Una inspección de trabajo mucho más eficaz. Una negociación colectiva con base mínima reconocida por la ley y que no se aparte del principio de progresividad. Todo procedimiento laboral debe ser sumario y en circunstancias especiales, sumarísimo. La ejecución de las resoluciones judiciales debe estar debidamente garantizada (sequestro conservativo, fondo de garantía, etc.).

El rol activo del juez laboral es hoy indiscutible, porque tampoco se discute desde la década del 40 del siglo pasado el rol activo del juez civil. Es a través del Código Civil italiano que cambia el concepto del proceso como cosa privada entre particulares. El juez es el director del proceso y está condicionado por determinados principios y reglas. La prueba no es una

cuestión formal de verificar la verdad de las alegaciones de las partes, sino una cuestión de determinación de la verdad sobre los hechos.

Tanto más activo es el rol del juez en el proceso laboral; muy lejos del rol cuasi arbitral que le asignaba la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Considero que el proceso laboral debe estar regido por el impulso de oficio y que el juez debe tener mayores facultades para ordenarlo, eliminar pruebas impertinentes para la resolución del pleito y ordenar de oficio todas las medidas que considere necesarias para investigar la verdad real.

Hoy la ofensiva contra la justicia del trabajo parece haber sido acallada; pero la política anti-fuero laboral se expresa a través de la insuficiencia presupuestaria, la no creación de nuevos juzgados, la falta de interés en la solución de los problemas, el reducir la situación del fuero a un problema de "gestión". No se elimina el fuero laboral, pero se lo condiciona, se lo apremia, se lo sofoca de tal forma, que lleva a veces a los jueces y funcionarios al límite de la resistencia psíquica.

## 4.2 | El derecho a la jurisdicción y su aplicación específica al proceso laboral

Augusto Morello explica el tránsito en la evolución de la teoría del debido proceso legal a la del acceso real a la jurisdicción. Señala que el significado literal del debido proceso de ley es hoy el de un proceso justo y que el concepto de la garantía de la defensa en juicio, tal como es reconocido por la CSJN, no se agota con el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes procesales, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.<sup>(18)</sup>

En nuestro país, el art. 18 CN enuncia que ningún habitante podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ni

(18) CSJN, "Fundación San Martín de Tours", 1980, Fallos: 302:299, considerando 8, citado en MORELLO, AUGUSTO, *El proceso justo*, 2ª ed., Editora Platense-LexisNexis, 2005.

juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. También consagra —entre otros puntos— la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. La garantía no se limita al terreno penal, siendo su alcance interpretativo de amplitud tal que permite sostener que las personas y sus derechos están tutelados por la ley, a cuyo amparo ha de administrarse justicia por los jueces naturales y dentro de un estadio específico denominado “proceso” o “juicio”.

El principio de acceso a la justicia comprende la idea de tutela efectiva, de verdadera protección judicial del sujeto de derecho. Contra ello conspira el hecho de que ciertos tipos tradicionales de procedimientos son ineficaces para lograr este objetivo. En este campo ha sido precursor Calamandrei, con sus estudios sobre el procedimiento monitorio y sobre las providencias cautelares.<sup>(19)</sup>

La tendencia es asegurar el acceso efectivo de todas las personas ante los tribunales, los cuales han de asumir la tutela material de sus derechos e intereses legítimos mediante procedimientos rápidos y poco costosos para la sociedad y el Estado.<sup>(20)</sup>

Creemos que este derecho constitucional comprende el acceso a los procesos urgentes cuando resultan inútiles e ineficaces las vías ordinarias. Es necesario desmontar las barreras que bloquean desde adentro el acceso a la jurisdicción y superar las razones económicas y culturales que impiden la democratización de la justicia.

En la actualidad, la denominación “derecho a la jurisdicción” ha sido reemplazada por la de “derecho a la tutela judicial efectiva”, que al decir de Bidart Campos, expresa mejor cuál es el sentido que debemos atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración y a la decisión que le pone término.<sup>(21)</sup>

.....

(19) CALAMANDREI, PIERO, *Opere giuridiche*, vol. IX, con presentación de Vittorio Denti, Nápoles, Morano, 1983, p. 3 y ss., y 157 y ss.

(20) MORELLO, AUGUSTO, *op. cit.*, p. 236.

(21) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia”, en LL 1996-E-580, citado por Abraham Vargas en su obra *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, p. 89.

## 4.3 | El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso laboral

El proceso de trabajo se configura como un instrumento necesario para la actuación del derecho material, en la medida en que sus rasgos fundamentales deben ser sustancialmente distintos a los civiles. Se trata de un instrumento puesto al servicio de un derecho material que disciplina relaciones jurídicas trabadas entre sujetos social y jurídicamente desiguales.<sup>(22)</sup>

A la finalidad protectoria del derecho laboral deben servir no solo las normas materiales, sino también las procesales. Estas no son neutras y aisladas del derecho sustantivo; ambos (derecho y proceso) son realidades inescindibles. **El proceso laboral es un conjunto de actos sometidos a una red de garantías efectivas, a través de las cuales se pretende realizar el derecho material.**

Se concreta a través de determinadas ideas rectoras: el acceso del trabajador a la justicia; el logro de la efectividad de las resoluciones judiciales, que deben propender a la justicia real y material; el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas; el derecho a una sentencia rápida y en la utilización de los medios probatorios pertinentes para la defensa; el principio de congruencia; y el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, que forma parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional.

Consideramos como obstáculos fundamentales a estos objetivos:

1. Un número insuficiente de jueces y tribunales.
2. La lentitud de un procedimiento ordinarizado, que se halla muy lejos del que surge del mandato constitucional, nunca cumplido, del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe: "procedimiento laboral breve y expeditivo, tendiente a la oralidad". La justicia laboral lenta no es justicia.
3. La ausencia o insuficiencia de procedimientos breves y expeditivos de realización del derecho en cuestiones que prácticamente no requieren debate ni prueba alguna.
4. La ausencia de mecanismos compulsivos en la ejecución de la sentencia, que abrevien un proceso de ejecución que a veces resulta más conflictivo que el propio proceso de conocimiento.

---

(22) BLASCO PELLICER, ÁNGEL A., "Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial", en *Revista de Derecho Social*, n° 12, 2000, p. 36.

## 4.4 | Normas procesales que deben ser comunes en todo el país

### 4.4.1. Oralidad del proceso laboral

Proponemos la oralización del procedimiento laboral. La más importante transformación lograda en el siglo XX en materia procesal es la transformación del viejo sistema procesal escrito (Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855) en el moderno procedimiento oral. En el proceso laboral, la solución eficaz y expeditiva de los conflictos con la debida celeridad solo puede lograrse a través del procedimiento oral. La sentencia que tarda nunca podrá ser una sentencia justa. A tales efectos deberá simplificarse todo lo relativo a la presentación de la demanda y contestación (toda la prueba debe aportarse con dichos escritos), como la contestación de la demanda en la audiencia y la concentración de todos los actos procesales en una única audiencia de vista de causa. Mantener la doble instancia de ningún modo resulta incompatible con la oralidad, según lo demuestran algunos de los ejemplos del derecho comparado.

En Venezuela, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada el 13/08/2002, ha introducido el sistema oral, sustituyendo un proceso escrito, formal y oneroso por un proceso oral, informal, sencillo y rápido, con la presencia del juez en todos los actos, y caracterizado por los siguientes principios, que creemos comunes a los nuestros: 1) autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral, 2) gratuidad, 3) oralidad, 4) ilnmediación, 5) concentración, 6) publicidad (solo se funciona a puerta cerrada en la audiencia preliminar, para facilitar la posibilidad de la mediación y conciliación), 7) abreviación (se busca resolver la controversia en un plazo no mayor a seis meses, incluyendo primera, segunda instancia y casación en su caso), 8) principio de rectoría del juez en el proceso, 9) principio de contrato de trabajo/contrato realidad (primacía de la realidad), 10) uniformidad procesal (única forma procesal para todos los conflictos, incluyendo las demandas relativas a la estabilidad laboral).

Establece la obligatoriedad de una audiencia preliminar ante un juez de sustanciación, mediación y ejecución, tendiente a lograr una solución a través de medios alternativos de solución de los conflictos: mediación, conciliación o arbitraje. De no ser posible la solución de la controversia, esta audiencia preliminar servirá para que el juez dicte un "despacho

saneador”, a fin de corregir en esta instancia los vicios de procedimiento que pudieren existir, evitando así que haya lugar a incidentes, reposiciones o nulidades. Este despacho saneador elimina la fase de cuestiones previas propias del proceso civil y de nuestro proceso laboral (excepciones de previo y especial pronunciamiento, excepciones dilatorias, etc.).

En la audiencia preliminar, debe el juez incorporar las pruebas que hayan sido ofrecidas por las partes a fin de remitir el expediente al juez del juicio. Este juez también resuelve acerca de las medidas cautelares para garantizar la eventual ejecución de la sentencia.

La audiencia del juicio es el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes. La misma debe realizarse con la presidencia del juez y la participación obligatoria de las partes y sus apoderados. Las partes exponen oralmente sus alegatos, y en esa misma audiencia son evacuadas de forma oral las pruebas de testigos y expertos. Al finalizar el debate oral, el juez tiene sesenta minutos para pronunciar sentencia en forma oral, la que luego producirá por escrito en cuanto a su parte dispositiva. Solo por vía de excepción puede el juez diferir el pronunciamiento de la sentencia, por una sola vez, debiendo hacerlo en un lapso no mayor de cinco días hábiles después de evacuadas las pruebas.

La audiencia oral deberá ser reproducida en forma audiovisual y solo excepcionalmente podrá realizarse sin dicha reproducción. Cabe señalar que la oralidad del procedimiento no impide que se admita la apelación ante el Tribunal Superior del Trabajo, y aún el recurso de casación, que debe ser resuelto por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

#### **4.4.2. Prioridad en el tiempo de la audiencia de conciliación**

Es necesario establecer que luego de la interposición de la demanda, el juez fije en el plazo de treinta días una audiencia de conciliación, como ocurre en el procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, en otros códigos procesales de nuestro país, y en otros de América Latina y Europa. En Chile, la audiencia preparatoria (en la que el juez puede proponer fórmulas de conciliación); en España, el acto de conciliación y el posterior acto del juicio donde el actor ratifica o amplía su demanda (sin alterar su objeto) y el demandado contesta la misma.

Era el procedimiento que teníamos en nuestra Provincia en la ley 3480, dictada en 1949 y que nos rigió hasta 1975, en que fue reemplazada por la ley 7838 —con características similares— hasta que, en diciembre de 1976, la dictadura, a través de la ley 7945, introdujo un proceso civilista.

Creemos que debe priorizarse la conciliación; si la audiencia fracasa, recién el demandado contesta la demanda y ofrece prueba en la misma audiencia.

#### **4.4.3. Procedimientos de estructura monitoria.**

##### **Procedimientos abreviados**

Este tipo de proceso tiende a lograr una mayor celeridad en los casos donde cabe presumir que el actor tiene derecho a lo que reclama. Puede considerarse que es uno de los denominados “procesos urgentes”, conjuntamente con los amparos y medidas autosatisfactivas, entre otros.

Los procesos urgentes se diferencian del proceso cautelar en cuanto son autónomos y no accesorios, dependientes o tributarios de otro proceso.

Podemos mencionar como ejemplo de procesos urgentes el instituido en los Códigos Procesales de la Nación (arts. 321 y 498) y de la Provincia de Buenos Aires (art. 496), que regulan los amparos contra las acciones u omisiones de los particulares a través de un juicio sumarísimo con plazos generales de dos a tres días, determinando que el recurso contra la sentencia del juez de primera instancia se concede solo con efecto devolutivo y nunca suspensivo, permitiendo la ejecución de la sentencia. No ocurre lo mismo con los amparos contra el Estado, en los que la apelación se puede conceder con efecto suspensivo o devolutivo.

El proceso monitorio constituye una herramienta procesal idónea para la obtención de un título ejecutivo.

Es un proceso breve y expedito, en el que el juez falla sobre el todo *in limine, inaudita et altera pars* y se le abre al condenado un contradictorio posterior a la decisión. Se dicta una sentencia sin oír a la contraparte, quien —notificada de la misma— podrá o no promover el contradictorio. Si no lo hace, se ejecuta la sentencia; y si inicia el contradictorio, se suspende la ejecución.

- Comienza con la presentación de la demanda en la que se deduce la pretensión.

- Presentada dicha petición, el juez examinará cuidadosamente si el título reviste los recaudos legales suficientes, y en su caso, dicta sentencia monitoria. La misma se notifica por cédula al domicilio con copia de la demanda. Se sitúa al deudor en la necesidad de optar entre pagar u oponerse a la reclamación.
- Si decide no pagar y no se opone en el plazo señalado por la ley, se tiene por cierta la petición realizada por el acreedor, hace cosa juzgada material y se inicia inmediatamente la fase de cobro forzoso de la deuda.
- Si, por el contrario, se opone a la reclamación efectuada, debe hacerlo mediante escrito que deberá fundar en los hechos y en el derecho, incumbiéndole la carga de la prueba, y ofreciendo toda la prueba de la que habrá de valerse. En defecto de oposición, o resuelta esta por decisión firme, se continuará la ejecución de la sentencia monitoria.
- El proceso monitorio tiene por finalidad crear un título ejecutivo de manera rápida y económica para tutelar el crédito del acreedor insatisfecho, partiendo del presupuesto de la eventual no oposición del deudor debidamente notificado, dentro de un plazo.

Presenta las notas típicas de los procesos de conocimiento abreviados, y se estructura sobre la base de tres elementos básicos: el principio dispositivo, la inversión del principio de contradicción o bilateralidad, y el principio de preclusión.

Dice Chiovenda, respecto de este proceso, que su estructura

En estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio, una orden de pago dirigida al codemandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo...<sup>(23)</sup>

Calamandrei lo ha fundado con argumentos que creemos necesario transcribir:

En ciertos casos en que la demanda se funda en medios probatorios particularmente atendibles, o en que la simplicidad o la escasa trascendencia económica de la relación hacen considerar

---

(23) En CALAMANDREI, PIERO, *El Procedimiento Monitorio*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1946, p. 23 y ss.

como improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para oponerse a la demanda, la ley permite que el actor, para conseguir los efectos de la providencia jurisdiccional, recorra, en vez del largo y dispendioso camino de la cognición ordinaria, el atajo de la cognición sumaria, que llega a la misma meta (título ejecutivo) con mayor celeridad y simplicidad, eliminando, o limitando, o conteniendo en un solo grado, la contradicción del demandado...

La providencia sumaria es pues una providencia provisoria que aspira a convertirse en definitiva; nace provisoria, pero con la esperanza de perder en un determinado momento este carácter de provisoriedad y de convertirse así, lo mismo que si hubiera tenido su origen en el proceso ordinario, en la providencia que define irrevocablemente el mérito.<sup>(24)</sup>

En los ejemplos más comunes del proceso laboral, en una demanda por despido incausado el procedimiento monitorio sería apto para realizar la finalidad del proceso en forma breve y expeditiva. En el marco de un proceso de estructura monitoria, el juez —presentada la demanda y la prueba del despido: el telegrama o carta documento— podría dictar una providencia sumaria que ordene el pago de los haberes indemnizatorios, dejando establecido que en caso de no existir oposición alguna en el plazo fijado, dicha providencia se transformará en definitiva, hará cosa juzgada. Tal proceso de estructura monitoria concluiría con una cantidad enorme de conflictos que no son reales, por cuanto no existe oposición real de parte del empleador, sino un mero afán dilatorio del proceso.

No se trata —por supuesto— del caso en que el empleador reconoce expresamente al contestar la demanda que adeuda la indemnización, pues en tal caso procedería el pronto pago. Se trata, precisamente —como dice Calamandrei—, de que **la cognición ordinaria, la producción de las pruebas en el proceso común, no modificará en lo más mínimo esta declaración de certeza provisoria.**

El proceso monitorio ha sido incorporado en la Ley General del Proceso 15.982 de la República Oriental del Uruguay (procesos de estructura

(24) CALAMANDREI, PIERO, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima, Ara Editores, 2005, pp. 38/39.

monitoria), y en la mayor parte de las legislaciones de la Unión Europea (España, Francia, Alemania, Austria, Italia, Hungría y Bélgica, entre otros países). Lo incluye también el “Proyecto de Código Procesal Civil. Modelo para Iberoamérica” (art. 311 y siguientes).

En nuestro país, ha sido incorporado en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, cuyos autores son Morello, Arazi y Kaminker. En la Provincia de Santa Fe, la ley 13.039 ha incorporado el procedimiento abreviado.

Proponemos este procedimiento —similar al regulado en el Código Procesal Nacional Civil en los arts. 321 y 498 y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (art. 496)— para los amparos contra los actos de los particulares.

El Código del Trabajo debe establecer este procedimiento abreviado para la tutela de los representantes gremial, para todos los casos previstos por el art. 47 de la ley 23.551 (Amparo Sindical) y demás casos de discriminación previstos por la ley 23.592 y los pactos internacionales con jerarquía constitucional: los casos de *mobbing*, acoso laboral o discriminación en el trabajo por razones gremiales, políticas, de género, de nacionalidad, de raza o credo, de enfermedad, etc., a los fines de proteger eficazmente a los trabajadores y trabajadoras que han sido objeto de discriminación o medidas antisindicales tanto en la contratación, como en el desarrollo y extinción del vínculo laboral. No es posible garantizar la tutela judicial efectiva a los trabajadores discriminados —no solo en los casos de despido, sino en todos los demás casos— a través de un proceso ordinario como el que existe actualmente.

Establecer expresamente que la apelación contra la sentencia será con efecto devolutivo, salvo que su cumplimiento determine un gravamen irreparable (norma contenida en el art. 498 *in fine* del Código Procesal Civil de la Nación).

#### **4.4.4. Depósito vinculado como requisito necesario para el recurso de apelación**

Proponemos establecer en todos los casos la obligación del depósito vinculado del capital, intereses y costas como requisito para la concesión del recurso de apelación en el caso de sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero.

Debe asegurarse al acreedor, vencedor en primera instancia, que si la sentencia se confirma en la alzada, esta demora no hará más difícil la realización

del crédito, porque tendrá depositado el monto necesario para satisfacerlo.

Al decir de Calamandrei en *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, se trata de un depósito vinculado al juicio, que se traduce en un secuestro conservativo.

Al interponer el recurso de apelación, el vencido en primera instancia debe depositar el monto de la condena, sobre el cual se ejecutará la sentencia definitiva; y lo retirará en el caso de que esta última revierta el fallo de primera instancia.

Los fundamentos del depósito vinculado son:

- a. La presunción de legitimidad, de verdad y acierto de la sentencia que se pretende ejecutar (mucho más aún, tratándose de tribunales de instancia única).
  - b. La prevención del riesgo de insolvencia o la debilidad de la parte obrera, que la lleva a inclinarse por transacciones en las que reduzca sensiblemente sus intereses, aunque el riesgo de insolvencia se salva mediante la consignación o aval previo para recurrir la sentencia.
-



# Codificación del derecho del trabajo

por **DIEGO FERNÁNDEZ MADRID**<sup>(1)</sup>

Para elaborar un Código del Trabajo hay que zanjar, en primer lugar, la cuestión relativa a la conveniencia misma de la codificación.

Al respecto, y más allá de lo que estableció la CN a través de la Reforma de 1957 (art. 67, inc. 11), en términos ratificados por la de 1994 (art. 75, inc. 12), en la doctrina se encuentran calificadas opiniones que cuestionan dicha codificación.

Así, recuerdo que en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tuvo lugar en Tucumán en 1960, se discutió sobre la conveniencia y oportunidad de la codificación, esgrimiéndose a favor de esta, la necesidad de aclarar los alcances de numerosas normas de la legislación laboral que ocasionaban frecuentes discrepancias interpretativas, habiéndose expresado por parte de los profesionales y magistrados más jóvenes la expectativa de simplificar por esa vía su tarea profesional, formulándose un texto claro y exhaustivo, de fácil y segura aplicación.

En dicho ámbito, Deveali<sup>(2)</sup> criticó los intentos de codificación en nuestra materia, vertiendo su opinión en orden a que una legislación aún confusa

.....  
(1) Abogado (UBA). Especialización en Derecho del Trabajo (Fundación Altos Estudios Sociales). Posgrado en Solidaridad en el Derecho del Trabajo Teoría y Práctica. Docente Auxiliar en Elementos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y en Derecho del Trabajo II (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Docente de Posgrado en Derecho Colectivo y Derecho Individual del Trabajo (UBA). Secretario Juzgado de Trabajo N° 35.

(2) DEVEALI, MARIO L., "El problema de la Codificación en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", en *DT* 1960, pp. 289/291. Ver, asimismo, MIROLO, RENÉ R., "Acerca de la Codificación del Derecho del Trabajo", en *Trabajo y Seguridad*

permite la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia y, en cambio, tal proceso queda precluido en el supuesto de una mala codificación que sienta con claridad principios equivocados, o regule detalladamente y en forma defectuosa las instituciones laborales.

Amanda Caubet,<sup>(3)</sup> en la oportunidad de analizar el Digesto Jurídico Argentino del año 2014, y coincidiendo con ese maestro del derecho, entendió que lo que se opinó en 1960 respecto de la legislación vigente en ese momento podría igualmente ser expresado en la actualidad y encuentra, más allá de las bondades circunstanciales de una codificación, que ella contradice la naturaleza del derecho del trabajo que es dinámico y evoluciona constantemente.

Por mi parte, creo que la codificación ha de permitir aclarar temas cruciales en los cuales hay interpretaciones contradictorias, como por ejemplo, la determinación y la aplicación de los principios del derecho del trabajo, la relación entre fuentes, el concepto de remuneración, los alcances de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 31 LCT —referenciada como P-1018 en el nuevo Digesto Jurídico Argentino— (antes art. 30) y unificar la divergencia interpretativa que se revela en la jurisprudencia de los tribunales, como la de los de Capital Federal y jurisdicciones provinciales en lo relativo a la tasa de interés o a la aplicación y alcances de la Ley 26.773 de Riesgos del Trabajo.

A su vez, sería factible recoger las modificaciones originadas por la evolución de la jurisprudencia como la ligada al monto indemnizatorio por despido que en el caso “Vizzoti”<sup>(4)</sup> deroga prácticamente el art. 254 LCT, antes 245, estableciendo un nuevo tope, lo que podría dar un fuerte impulso al derecho del trabajo, profundizando la protección del que trabaja como lo requiere el art. 14 bis CN en términos afirmados y extendidos por todos los tribunales del país, especialmente a partir del caso “Aquino”.<sup>(5)</sup>

.....  
*Social*, diciembre, 1984, pp. 1196/1213; y TISSENBAUM, MARIANO R., “El cincuentenario de la primera ley del trabajo en la República Argentina. La codificación del Derecho del trabajo”, en *DT*, septiembre, 1955, pp. 513/538.

(3) CAUBET, AMANDA, “El Digesto Jurídico Argentino”, Seminario realizado por La Ley, en Bs. As., el 05/08/2014.

(4) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, 14/09/2004.

(5) CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004.

Además, habiéndose consolidado las leyes vigentes en el Digesto Jurídico Argentino en el año 2014, se cuenta con una base normativa cierta que ha de facilitar la labor del codificador, ya que la materia ha quedado reducida a 96 regulaciones, habiéndose depurado, y consecuentemente acotado y aclarado el fárrago normativo laboral.

De todos modos, recuerdo que la complejidad del emprendimiento se revela ante la existencia de más de 2081 convenios colectivos de trabajo que prevalecen sobre las normas legales si crean condiciones más favorables a los trabajadores, aunque en mi opinión, la existencia de estos convenios no interfiere en la labor del codificador por lo ya dicho acerca de la prevalencia de la norma más favorable.

Agrego que el Código Civil y Comercial de la Nación que empezó a regir a partir del 01/08/2015 (vigencia según ley 27.077) al modificar profundamente las relaciones de derecho privado, tiene repercusión directa en el derecho del trabajo, por lo que la codificación tiene la oportunidad de armonizar las normas del derecho civil y comercial con las del derecho laboral.

El bagaje normativo se completa con las disposiciones de los tratados internacionales que refiere el art. 75, inc. 22 CN y con los tratados de la OIT, lo que crea un nuevo universo normativo que forma el derecho internacional de los derechos humanos y debe ser necesariamente contenido por la codificación.

Otra cuestión liminar es la relativa al método a emplear para establecer el contenido de un Código de Derecho del Trabajo, lo que está ligado a la evolución de la materia que, en nuestro país, ha alcanzado un alto grado de desarrollo, lo que excluye la necesidad de abreviar en la legislación o jurisprudencia extranjera. En este sentido, es visible que el proyecto de Ley Nacional de Trabajo de 1904 de Joaquín V. González debió suplir la ausencia normativa y a atender la acuciante realidad de ese entonces, marcada por crecientes agitaciones sociales como así también la necesidad de regular de manera especial el trabajo de los extranjeros o de crear organismos jurisdiccionales.<sup>(6)</sup> Por eso, reconoce su fuente en la

.....

(6) TISSEMBAUM, MARIANO, "La primer ley de trabajo en la República Argentina", en *La Ley*, 1945, p. 417. El autor anota que si bien antes de 1904 hubo algunos atisbos legislativos como las declaraciones de la Asamblea del año 1813 relacionadas con el amparo al indio, supresión

legislación inglesa de 1901 y de Nueva Zelandia, así como también en la de Massachusetts y en la compilación francesa de las leyes dispersas de 1797 a 1901 que constituían el Código Obrero, entre otros antecedentes notables.

En cambio, cincuenta años después, la comisión ya integrada por los Dres. Luis A. Despontin, Rodolfo A. Nápoli y Mariano R. Tissembaun para elaborar un Anteproyecto del “Libro del Trabajo del Código del Trabajo y de la Seguridad Social” fue convocada atendiendo a la multiplicidad de leyes y decretos de la materia laboral y la necesidad de sistematizarlos y de armonizar las normas respectivas.<sup>(7)</sup>

Hay un período legislativo que va hasta el año 1943, en el cual sobre todo influjo del socialismo se dictan importantes leyes laborales como la ley 9688 de 1915, la ley para la protección de mujeres y menores, la ley de jornada 11.544, la ley 11.729 y también la ley de regulaciones sobre salarios, entre otras. En 1943 se crea la Secretaría de Trabajo y Previsión, en la que estuvo al frente el general J. D. Perón.

Se legisla mediante decretos-leyes llegando a dictarse, en total, 124 sobre trabajo y 49 sobre previsión social. En este período se crea el Instituto Nacional de Previsión Social, dos cajas de jubilaciones: la del personal de comercio, actividades afines y civiles y la del personal de la industria y afines. Se crean los Tribunales de Trabajo para la Capital Federal y la Comisión Nacional de Aprendizaje y Orientación Profesional. Se regulan las asociaciones sindicales.

.....

de la esclavitud o protección del menor esclavo al que se le ha dado la libertad respecto de su patrono, estas disposiciones no tienen el carácter específico que inspira a la legislación laboral. Tampoco pueden ser consideradas en tal sentido, las normas del Código Civil con relación a la locación de servicios, en el Código de Minas, con respecto a las medidas de seguridad, como en el Código de Comercio con respecto al contrato de empleo privado o de gente de mar, aun cuando algunas de sus disposiciones tiendan a insinuar una finalidad protectora. Tampoco las leyes de pensiones militares, de jubilación de los miembros de la magistratura, pensión a las clases y agentes de policía y bomberos, por su naturaleza y como por las personas que comprendía, no pueden ser invocadas como precursoras del derecho del trabajo.

(7) Entre los proyectos legislativos de codificación menciono los siguientes: 1904: Proyecto del ministro del interior Joaquín V. González titulado “Ley nacional de trabajo”; 1921: Proyecto de Alejandro M. Unsain, presentado también por el Poder Ejecutivo; 1928: Proyecto del senador Diego Luis Molinari; 1933: Proyecto de Saavedra Lamas; y 1966: Anteproyecto de Código del Trabajo, redactado por los doctores Despontin, Nápoli, y Tissembaum.

Con el primer gobierno del General Juan D. Perón, se amplía el universo de trabajadores amparados y de derechos laborales reconocidos y se dicta una ley sobre convenciones colectivas, legislándose sobre salario, sueldo anual complementario, trabajo de menores, salario mínimo, ahorro y vacaciones, examen médico preocupacional y reglamentándose algunos estatutos especiales.

Este período concluye con la caída del gobierno constitucional del general Perón en 1955. En el camino legislativo tiene particular importancia la Reforma Constitucional de 1949, que contuvo como aspecto esencial los derechos del trabajador, de la ancianidad, de la familia y estableció la función social de la propiedad.

El gobierno militar de 1955 derogó la Constitución de 1949, convocó a una nueva Asamblea Constituyente, la que en 1957 reinstaló la Constitución de 1853 e introdujo un nuevo artículo, el 14 bis, sobre derechos sociales, agregándose a los Códigos que debía dictar el Congreso, el del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 67).

Durante el gobierno constitucional de Frondizi se dictaron, entre otras leyes, el Estatuto para Viajantes de Comercio (14.546) y un nuevo régimen de asociaciones profesionales de trabajadores (14.455).

Durante el gobierno de Illia se dictó una ley que regulaba el contrato de trabajo (16.881) y tuvo lugar la iniciativa que he referido sobre el Anteproyecto del Código del Trabajo y de la Seguridad Social. En el gobierno de facto posterior, se regularon las asignaciones familiares y las obras sociales.

El período que comienza en 1973 con la llegada al poder del peronismo primero, con el presidente Cámpora y después con Perón, se dictan importantes leyes en materia laboral, especialmente la ley 20.744, que regula el contrato de trabajo, y la ley 20.615 de Asociaciones Sindicales.

Los tribunales nacionales del trabajo, creados en el año 1944, originaron una rica jurisprudencia en la materia que le dio basamento a la ley de contrato de trabajo de 1974; esta se consideró como el primer paso hacia una codificación, en tanto sistematiza y armoniza el derecho individual laboral existente hasta ese momento, habiendo recogido su inspirador,

Norberto Centeno, tanto la jurisprudencia nacional como los avances doctrinarios más significativos.

El proceso militar que se extiende entre 1976 y 1983 tronchó la LCT, sacándole todas las normas de incidencia colectiva y modificando otras de derecho individual que establecían mejores derechos a los trabajadores. Sin embargo, la estructura originaria de la ley se mantuvo más allá de las mutilaciones producidas.

Durante el período constitucional de los años 1983 a 1989 advierto una actividad legiferante, sobre todo ligada al derecho colectivo, ya que se sanciona una nueva Ley de Asociaciones Sindicales (ley 23.551), se ordena la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (ley 14.250) y se la reglamenta.

En el gobierno de Menem —1989 a 1999— se manifiesta una legislación regresiva en materia de derechos del trabajador, sancionándose la Ley Nacional de Empleo (ley 24.013) que contuvo modalidades de contrato de trabajo promovidas que se copiaron de la legislación española en la materia y, so pretexto de generar empleo, precarizaba los contratos de trabajo. Dichas normas fueron luego derogadas por la ley 25.013 del año 1998. A este gobierno se debe la privatización del régimen jubilatorio y la regulación de los riesgos del trabajo por la ley 24.557 del año 1995, que reguló en forma caótica la materia.

A partir del año 2003 se produjeron cambios importantes en la política económica y social, y el Estado pasó a tener mayor protagonismo. Se volvió al sistema jubilatorio de reparto, derogándose leyes regresivas como la 25.250, que fue estigmatizada como un acto de corrupción.

A su vez, se dictaron numerosas normas inspiradas en el principio tutelar propio del derecho del trabajo. Así, entre las más significativas, anoto la eliminación del carácter no remunerativo de los tickets canasta y vales alimentarios y la modificación de diversos artículos de la LCT; también, el art. 9º, extendiendo el principio de favor a la prueba de los hechos; el art. 12 que consagra la extensión de la irrenunciabilidad a toda cláusula que suprima o reduzca los derechos establecidos en el contrato a la par de los provenientes de la ley o de las convenciones colectivas, el agregado del art. 18 de la nueva ley del DJA P-1018 (hoy, art. 17 bis LCT) que fortalece y

especifica el fundamento del principio protectorio y el art. 67 —hoy 66— en cuanto prescribe que:

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

También, entre otras medidas legislativas favorables a los trabajadores, se reguló de nuevo el trabajo agrario y el del personal de empleados de casas particulares, aplicándose en ambos casos la LCT para los supuestos no contemplados expresamente en dichos estatutos.

Este proceso legislativo fue acompañado por una jurisprudencia judicial progresista que a partir de fallos señeros de la CSJN aplicó los principios de los tratados internacionales, extendiéndose la doctrina de que la persona humana no podía quedar librada a las fuerzas del mercado, y que ante todo, por tratarse de un derecho humano, debía ser protegida en su dignidad (Caso “Aquino” ya citado, entre muchos otros).

Considero que hoy el tema de reflexión pasa por evitar que se repitan episodios correspondientes a una época superada.

Para concluir, se puede decir que el derecho del trabajo, insuflado por la justicia social que lo hizo nacer, constituye un aporte imprescindible para la efectiva vigencia de la paz social y, al servicio de esa idea, la codificación debe reflejar acabadamente el estado actual de la legislación nacional e internacional en materia de derecho del trabajo a partir de la consideración de la dignidad de la persona humana como bien supremo.

---



# ¿Es necesario un Código de Seguridad Social?

por **JUAN B. GONZÁLEZ SABORIDO**<sup>(1)</sup>

## I | Existe un nuevo paradigma en materia de seguridad social

### I.1 | Antecedentes históricos

Entre las décadas de 1920 a 1940 en nuestro país se gestó una inédita revolución cultural, estética y epistemológica en la que, tanto la cuestión referida a la identidad nacional, como la cuestión social, cobraron una relevancia inusitada.

Dicha revolución, en el campo político, jurídico y social, se plasmó a partir de 1943 en el movimiento nacional justicialista encabezado por Juan Domingo Perón e integrado fundamentalmente por los trabajadores y sus organizaciones gremiales.

En el campo del derecho merecen resaltarse como integrantes del proyecto justicialista los nombres de tres destacados juristas: José Miguel Francisco Luis Figuerola, Tomás Casares y Arturo Sampay. Los tres, cobraron especial protagonismo en la elaboración de los marcos legales

.....

(1) Abogado (USAL). Director de Auditoría Legal de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS). Autor de diversos artículos en diversas revistas jurídicas sobre temas de seguridad social, defensa del consumidor y derecho comercial.

para que los cambios políticos, sociales y culturales producidos por el gobierno peronista pudieran ser instrumentados jurídicamente.

Es obvio que el instrumento legal por excelencia fue la Constitución de 1949, que constitucionalizó los derechos sociales incorporados al ordenamiento jurídico en la etapa inmediatamente anterior. Primero, se consagraron legalmente las conquistas sociales obtenidas durante ese período, y luego a esos derechos se les dio una categoría jurídica superior al incorporarlos a la nueva Constitución.

La Constitución de 1949 tuvo por objetivo supralegalizar lo real, darle un nuevo marco al orden jurídico transformado por la obra de gobierno de Juan Domingo Perón. Es decir que la reforma constitucional jerarquizó constitucionalmente un orden justo, la única manera para resguardar la libertad de las personas. Esto implicó la creación del Estado de Justicia y Seguridad Social.<sup>(2)</sup>

Así, por ejemplo, en la Constitución de 1949, se consagraron con la máxima jerarquía jurídica los derechos de la ancianidad. Entre ellos, cabe destacar los siguientes:

1. "Derecho a la asistencia: todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y a cargo de su familia. En caso de desamparo corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos (...) creados, o que se crearen con ese fin..."
2. "Derecho a la tranquilidad: Gozar de tranquilidad libre de angustias y preocupaciones, en los años últimos de su existencia, es patrimonio del anciano".
3. "Derecho al respeto: la ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes".

## 1.2 | Los cambios producidos en materia de seguridad social

Como una suerte de paralelismo histórico, los gobiernos iniciados a partir del año 2003, luego de las consecuencias sociales que produjo la profunda crisis del año 2001, comenzaron a realizar una ingente labor de reparación

---

(2) PESTANHA, FRANCISCO J., "La Constitución de 1949 como producto histórico histórico-cultural", [en línea] <http://www.losocial.com.ar/nota.asp?secc=Opini%F3n&iddocs=6205> consulta realizada el 11/06/2015.

y ampliación de derechos hacia los sectores más vulnerables de la población, entre ellos a los jubilados y, dentro de ellos, especialmente, a los de menores ingresos, a través de las políticas de seguridad social.

A través de estas políticas de reparación, ampliación de derechos y redistribución de la riqueza, se gestó un cambio fundamental en el paradigma de la seguridad social, que fue una de las herramientas fundamentales de las políticas de inclusión social llevadas adelante.

El nuevo paradigma de seguridad social implica fundamentalmente la universalización del derecho humano a la seguridad social; en este campo, la Constitución de 1949 fue precursora. La universalización de la seguridad social, implica concretar y hacer efectivo para todos el derecho a la seguridad social que se encuentra establecido en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, en el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; en el art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el art. 9° del Protocolo de San Salvador, entre otros.

Este nuevo paradigma, ha quedado plasmado, en las normas que instrumentaron las sucesivas moratorias (leyes 25.865, 25.994 y 24.476) que permitieron ensanchar el espectro de cobertura, incorporando al sistema —hasta el segundo trimestre de 2011— a más de 2.652.560 adultos mayores<sup>(3)</sup> que habían quedado marginados del sistema por causa de las tasas de desempleo, informalidad o precarización laboral existentes en el país, sobre todo a partir de la década de los 90. De esta forma, se alcanzó una tasa de cobertura inédita en materia previsional que llegó, en diciembre de 2014, al 92,90%<sup>(4)</sup> de los adultos mayores, la más alta de Latinoamérica.

Simultáneamente se inició una tenaz política de incremento de los haberes mínimos (decretos 391/2003, 1194/2003, 683/2004, 1199/2004, 748/2005, 764/2006, 1346/2007, 279/2008 y ley 26.198). Luego, se sancionó una ley histórica en materia previsional —la ley 26.417— que reinstaló

---

(3) BENIGNI, MARIANA; LIEUTIER, ARIEL; LUDMER, GUSTAVO, "Evolución reciente de sistema previsional argentino y su impacto en la pobreza de los adultos mayores", en *Debate Público*, 22/10/2012, [en línea] [http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web\\_revista\\_4/pdf/21\\_Benigni.pdf](http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web_revista_4/pdf/21_Benigni.pdf) consulta realizada el 11/06/2015.

(4) Ver [en línea] <http://www.transparencia.anses.gov.ar/gobierno-abierto/jubilados-pensionados>, consulta realizada el 11/06/2015.

la movilidad en los haberes previsionales. Movilidad que había sido negada por los gobiernos neoliberales sumiendo a nuestros jubilados en la pobreza y el desamparo.

Otro hito fundamental fue la universalización de las asignaciones familiares (Asignación por Embarazo para Protección Social y Asignación Universal por Hijo para Protección Social, decretos 446/2011 y 1602/2009).

Como consecuencia de los aumentos dispuesto a favor de los jubilados, los haberes jubilatorios aumentaron más de un 1025%, y la Asignación Universal por Hijo beneficia a alrededor de 3.500.000 niños.<sup>(5)</sup>

En el último tiempo, la presidenta Cristina Fernández anunció, la entrada en vigencia, desde el 10 de septiembre, de una nueva moratoria previsional (ley 26.970) con la cual más de 500 mil personas podrán regularizar sus aportes no realizados en el período 1993-2003, en 60 cuotas, y acceder a la jubilación. Gracias a esta medida, se prevé que la cobertura previsional aumentará 6,20%, y pasará del actual 92,90% a abarcar a casi la totalidad de los adultos mayores de nuestro país.

El conjunto de estas medidas conforma una verdadera revolución en materia de seguridad social y además un acto de reparación histórica a los sectores más vulnerables de la población. De esta forma, se logra un objetivo político prioritario como es el de la integración de todos los habitantes del país en una comunidad organizada, en la que todos se realicen como personas dignas, y en una comunidad que se realice también. Desde una perspectiva de derechos, es inaceptable que existan compatriotas excluidos sin posibilidad de gozar los derechos que le permitan vivir dignamente.

¿Cuáles son los principios jurídicos y políticos fundantes y fundamentales del nuevo paradigma en seguridad social? Estos principios son los siguientes:

- a. universalidad en cuanto al acceso y la exigibilidad de un piso mínimo y estable en materia de seguridad social para todos los habitantes;

.....

(5) OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "La Asignación Universal por Hijo Para Protección Social en Perspectiva. La Política Pública Como Restauradora de Derechos", 2012, [en línea] <http://observatorio.anses.gob.ar/archivos/publicaciones/OBS-000255%20-%20AUH%20en%20Perspectiva.pdf>, consulta realizada el 11/06/2015.

- b. solidaridad inter e intrageneracional y redistribución de la riqueza en forma horizontal y vertical, contribuyendo a combatir la pobreza y el fortalecimiento de la demanda de agregada; y
- c. sostenibilidad financiera, a mediano y largo plazo, del sistema de seguridad social.

Estos principios se pueden sintetizar en que el derecho a la seguridad social está en cabeza de cada persona, y en que eso es esencial para lograr una sociedad más igualitaria en la que impere la justicia social. Se trata, indudablemente, de una política enfocada en la ampliación de derechos de las personas y no de asistencialismo.

Además de la importancia que tiene de por sí la seguridad social como herramienta para la redistribución de la riqueza y la ampliación de derechos, es importante también como herramienta de estímulo de la demanda agregada, sobre todo en medio de la crisis financiera y económica que se vive actualmente el mundo desde el año 2008.

La trascendental importancia que tiene esta temática para el Gobierno nacional y la decisión irrevocable de continuarla y profundizarla se ve reflejada, por ejemplo, en el presupuesto para el año 2015, que alcanza la suma de \$1.489.900,1 millones. De dicha suma, el 34,10% está destinado al sistema de seguridad social, es decir: jubilaciones, pensiones, asignaciones familiares, asignación universal por hijo, etc.<sup>(6)</sup>

Desde nuestra perspectiva, este gasto es inversión social que, además de reparar derechos conculcados dignificando a los destinatarios de esos derechos, permitirá un mayor desarrollo, innovación y productividad. Pero lo más importante es que dicho desarrollo redundará en una mejor distribución de la riqueza material, tecnológica, cultural y espiritual de nuestros compatriotas.

No podía ser de otra manera, la seguridad social es una herramienta fundamental para construir un modelo social solidario y un Estado de justicia social. El objetivo del Estado de justicia social es lograr una comunidad organizada en base a un proyecto colectivo en común. En esa construcción, la seguridad social es esencial.

.....  
(6) Ver [en línea] <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/proy2015/mensaje/mensaje2015.pdf>, consulta realizada el 11/06/2015.

## 2 | Necesidad de consolidar el camino recorrido mediante una profunda reforma legislativa del sistema de seguridad social

Pues bien, para consolidar e institucionalizar los revolucionarios avances conquistados en materia de seguridad social, es necesario que los principios que fundan el sistema sean conocidos y debatidos profundamente por la sociedad.

Tal como se señaló más arriba, una característica ineludible que se debe difundir y debatir, es que el sistema de protección social destinado a la población adulta mayor debe alcanzar la cobertura universal. Si bien, en la actualidad, se logró más de un 92,90% de tasa de cobertura de los adultos mayores, y en breve se alcanzará el 99%, ello es posible gracias al plan de inclusión previsional, pues no había otra alternativa para ampliar sustancialmente la cobertura jubilatoria.

Así pues, se acerca el momento en el cual es necesario consolidar a futuro el derecho a la seguridad social con alcance universal, sin necesidad de recurrir nuevamente a soluciones de emergencia, explicitando a su vez con qué recursos se van a financiar dichos beneficios. El mismo método que siguió a la Constitución de 1949 es el que se debe seguir para consolidar el cambio de paradigma en el sistema de seguridad social.

### 2.1 | Heterogeneidad del sistema previsional

Por un lado, se impone replantear la estructura actual del sistema previsional en Argentina. En efecto, hoy está conformada de la siguiente manera:

- a. un régimen general;
- b. aproximadamente 120 regímenes diferenciales y especiales (entre los que se encuentran los regímenes de los jueces y funcionarios de cancillería); y
- c. un esquema de Pensiones No Contributivas (PNC).

En este aspecto estamos frente a una paradoja: no existen dudas sobre cuáles son los lineamientos y los principios fundamentales en materia

de seguridad social, pero eso todavía no está bien reflejado en la estructura legal del sistema. Quizás ha llegado el momento de confrontar los principios del nuevo paradigma de seguridad social con esta estructura y, de ser necesario, adecuarla mediante una reforma del sistema de seguridad social.

La composición de cada uno de los tres grupos antes mencionados termina por definir un escenario cuya fragmentación puede ser calificada como excesiva, y que conspira contra la unicidad y homogeneidad que debe regir el sistema. Esto se debe, básicamente, a la ausencia de correlación entre los tipos de beneficios jubilatorios que se otorgan y el financiamiento de los mismos y, en especial, a la existencia de un financiamiento procedente de rentas generales destinado a beneficios contributivos.<sup>(7)</sup> Es necesario que este aspecto sea conocido y discutido públicamente. Por ejemplo: ¿cómo se financian las jubilaciones de los regímenes especiales? ¿Se justifica en la actualidad el mantenimiento de dichos regímenes? ¿No responden a una lógica y a un paradigma ya superado?

Insistimos, si bien las directrices políticas sobre la seguridad social seguidas por el Gobierno desde el año 2003 son claras y están en un todo de acuerdo con el nuevo paradigma en la seguridad social que se desprenden de la Constitución y los pactos internacionales, no sucede lo mismo con todo el marco legal. Esta divergencia debe discutirse, debatirse públicamente, y solucionarse lo antes posible.

Por ejemplo, todavía muchos aspectos se siguen regulando por las leyes 24.241 y 24.463, sancionadas durante la década de los 90, que responden a un criterio y una lógica fiscalista y economicista.

Estas normas recién señaladas, conviven con las leyes 26.222, 26.417, 26.425, y 26.678, que ratifica el Convenio 102 de la OIT. Todas normas que responden al nuevo paradigma de seguridad social implementado desde el 2003 y basados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

---

(7) BERTRANOU, FABIO; CETRÁNGOLO, OSCAR; GRUSHKA, CARLOS y CASANOVA, LUIS, "Encrucijadas en la Seguridad Social Argentina. Reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones" OIT/CEPAL, 2011, [en línea] [http://www.academia.edu/1251035/Encrucijadas\\_en\\_la\\_seguridad\\_social\\_argentina\\_reformas\\_cobertura\\_y\\_desaf%C3%ADos\\_para\\_el\\_sistema\\_de\\_pensiones](http://www.academia.edu/1251035/Encrucijadas_en_la_seguridad_social_argentina_reformas_cobertura_y_desaf%C3%ADos_para_el_sistema_de_pensiones), consulta realizada el 03/06/2015.

Ergo, es necesario consolidar y unificar el marco legal en un mismo sistema que responda a los mismos principios de universalidad, solidaridad, redistribución de la riqueza y sostenibilidad —entre otros—, y del que quede claro que la prioridad la tienen los sectores más vulnerables y de menores ingresos.

## 2.2 | El cambio demográfico y el envejecimiento poblacional

Otro tema que motiva la discusión son los cambios demográficos que advienen en nuestro país. En ese sentido, debemos señalar que, durante el siglo XXI, el gran problema es el del envejecimiento poblacional. En el caso concreto de nuestro país, la tendencia es la misma: la Argentina envejece. Se calcula que para el año 2050, 1 de cada 5 argentinos tendrá más de 64 años de edad y con una población estimada en 50 millones de habitantes, los adultos mayores serán aproximadamente 10 millones. La Argentina es uno de los países más envejecidos de América Latina junto a Chile, aunque es probable que seamos superados por Brasil.

El problema del envejecimiento poblacional produce significativas consecuencias en el nivel de la composición y el tamaño de la población trabajadora. Esta se reduce progresivamente y afecta la tasa de dependencia en la sociedad. Recordemos que la tasa de dependencia es la relación que existe entre los trabajadores activos y los pasivos, factor clave entre muchas otras cosas para financiar los sistemas de seguridad social.

Por otra parte, desde el punto de vista económico, el envejecimiento poblacional implica que la productividad tiende a reducirse y esto puede empeorar la perspectiva respecto al financiamiento de los gastos destinados a salud y previsión social.<sup>(8)</sup>

La cuestión demográfica se ha tornado de extrema importancia para el futuro de los sistemas de seguridad social, y debe ser seriamente considerada en una eventual reforma legal y sanción de un Código de Seguridad Social.

---

(8) REGAZZONI, CARLOS J., "La Argentina y el Envejecimiento Poblacional. Connotaciones estratégicas para la educación, la economía y el desarrollo" [en línea], [http://www.caei.com.ar/sites/default/files/02\\_0.pdf](http://www.caei.com.ar/sites/default/files/02_0.pdf), consulta realizada el 11/06/2015.

### 3 | Las características que debe incluir el nuevo marco legal

En este nuevo marco legal a discutirse es esencial que se manifieste la previsibilidad del sistema, garantizando la existencia concreta de un piso de protección social para todos los adultos mayores. Este piso de protección social debería considerarse de manera conjunta con la cobertura del seguro de salud, y riesgos del trabajo, que también debe alcanzar a la totalidad de la población. Este objetivo, por supuesto, es difícil de alcanzar y llevará tiempo, pero es necesario que sea incluido en la agenda política para profundizar las políticas de seguridad social en un mundo cada vez más complejo y con fuertes tendencias a aumentar la brechas de desigualdad.

Para alcanzar un consenso significativo en el diseño de un sistema de seguridad social y previsional, que sea perdurable en el tiempo, es necesario lograr una gran amplitud en la cobertura, con especial cuidado de garantizar la equidad, tanto vertical como horizontal de las prestaciones.

Un nuevo marco legal y una nueva estructura del sistema de seguridad social es la forma de evitar, en el largo plazo, la litigiosidad y las inequidades y distorsiones que esta litigiosidad genera dentro del sistema. El diseño por parte del poder político de un sistema que sea sustentable, y que explicita claramente los beneficios que otorga, es el mejor camino para otorgarle previsibilidad al sistema y evitar la litigiosidad y su consecuencia inevitable: el gobierno de los jueces en una materia hartamente compleja que los excede largamente.

Los pilares fundamentales del nuevo sistema serían los siguientes:

- a. que el sistema contributivo se comprometa a brindar beneficios que guarden relación con su financiamiento, mediante aportes y contribuciones sobre el salario;
- b. la introducción de un pilar solidario puro —podría ser el seguro social, financiado por impuestos—, cuyas prestaciones sean definidas en función de los recursos disponibles y que la sociedad decida destinar a tal fin;
- c. la introducción de un pilar complementario al sistema contributivo, que le brinde un mayor carácter redistributivo, de atributos y alcances a ser definidos de acuerdo con los recursos disponibles.

Es necesario plantear, discutir y trabajar para que exista un amplio consenso social respecto a la necesidad de integrar los distintos segmentos y componentes del sistema de seguridad social. Condiciones de adquisición y prestaciones homogéneas para toda la población parecen ser un requerimiento indispensable para la seguridad básica que debe prestar un sistema público.

El diseño del sistema de seguridad social que se propone a largo plazo, no difiere en cuanto a sus fundamentos del que se encuentra actualmente vigente. El gran desafío, en cambio, consiste en consolidarlo e implementarlo en base a dichos principios. Por eso es necesario un Código de Seguridad Social, para que el sistema pueda desarrollarse dentro de un marco institucional que le de continuidad, evitando la litigiosidad, y que de esa manera posea un comportamiento previsible.

Las transformaciones sociales logradas a partir de la seguridad social deben adquirir un carácter irreversible.

---

# La codificación del derecho del trabajo y de la seguridad social en la República Argentina

## Una asignatura constitucional pendiente y necesaria

por **ROBERTO C. POMPA**<sup>(1)</sup>

### I |

El proceso de codificación del derecho del trabajo y la seguridad social no es ajeno a las disputas históricas que, sobre su evolución, ha tenido esa materia. Asimismo, se impone, como una lógica conclusión, que la demora en dar cumplimiento a lo que ya aparecía previsto al respecto en la Constitución Nacional sancionada el año 1949 —y, luego, en la del año 1957, ratificado en la reforma constitucional del año 1994— es fruto del sistemático enfrentamiento entre los sectores del capital y el trabajo, y de la imposición de los que —a contramano de los procesos políticos, de las decisiones judiciales y de la incorporación de los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas— procuran que sea el hombre el que se someta a los designios de la economía y no a la inversa.

.....

(1) Abogado. Especialista en Derecho Social. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y profesor adjunto de Derecho Colectivo de Trabajo en la Carrera de Relaciones del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Juez de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

## 2 |

Históricamente, los procesos de codificación han tenido distintas etapas en su evolución y, por lo general, se ha comenzado por la codificación del derecho civil, no solo como una manera de homologar el derecho del momento que se encontraba disperso, sino que en el siglo XIX fue pensado como un proceso necesario para la construcción, la unidad y la organización constitucional de los Estados nacientes.

Empero, esos procesos no han estado exento de cuestionamientos.

Es conocida por los estudiantes de leyes y operadores jurídicos, la recordada discusión (aunque por otras razones) entre Thibaut, Savigny e Ihering. Se dice que Hegel, en aquella oportunidad, al ver entrar a Jena las tropas de Napoleón, habría dicho que con las mochilas de los soldados entraba la razón a Alemania y, con ello, el *iusnaturalismo* y un Código Civil como un sistema codificado único, lo que era considerado muy necesario para una Alemania dividida.<sup>(2)</sup> En este sentido, Thibaut sostenía la necesidad de sancionar un Código para todos los alemanes, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares, como un instrumento necesario para lograr la unificación de ese país, y la fraternidad e igualdad entre la población, pero también para el crecimiento del tráfico mercantil entre los Estados que lo componían. Sin embargo, la mutación de Napoleón hacia un autoritarismo imperial hizo crecer, como formando parte de las reivindicaciones nacionales, a la Escuela Histórica del Derecho como negación del *iusnaturalismo*, al que oponía el reconocimiento de las experiencias históricas y la necesidad de que el derecho se adecúe a las circunstancias de tiempo y lugar. En esa línea, Savigny formuló sus críticas al proyecto de codificación, oponiendo al racionalismo codificado, una identificación entre el derecho y el lenguaje. Sostuvo, siguiendo a Montesquieu y a Burque, que el derecho es, como el idioma, privativo del pueblo y no un producto de la razón abstracta, por lo que no puede haber momentos de inercia o de estancamiento, sino que se encuentra sometido al movimiento y a la evolución. El derecho, a diferencia de la razón —que es absoluta—, es relativo, crece con el pueblo, se perfecciona con el pueblo y muere al perder el pueblo su peculiaridad. De la conciencia del pueblo, pasa a la conciencia de los juristas, por lo

.....

(2) Ver MARI, ENRIQUE, *La interpretación finalista de la ley*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

que sufre una bifurcación, como fragmento de la vida del pueblo y como ciencia especial de los juristas.<sup>(3)</sup> Por su parte, Ihering en su contribución a la llamada "jurisprudencia de los conceptos o ciencia dogmática", trabajó sobre el eje de conceptos jurídicos generales facturados sobre normas, en tanto normas existentes como dogmas. Es decir, un positivismo jurídico formalista que aspiraba a hacer del derecho un sistema, conectando sus elementos de manera lógica de la forma más rigurosa posible, lo que permitiría iluminar los principios lógicos del ordenamiento jurídico —que no siempre aparecen declarados por las normas jurídicas y de los cuales se pueden lograr nuevas normas, conceptos y proposiciones—.<sup>(4)</sup>

### 3 |

En tiempos más actuales, algunos sectores sostienen que, con la unificación que supone la codificación, se borran tanto las diferencias sociales como las particularidades de los derechos locales.

Entre los críticos, en el contexto internacional, Guido Astuti alertaba en el año 1977 sobre la preeminencia del legislador en la formación del derecho privado, y de la ley escrita en detrimento de la costumbre y de las decisiones de los jueces. De esta manera, la labor del juez, sostiene, se reduce a aplicar la ley.<sup>(5)</sup> Por su parte, Paolo Gross —en oportunidad de ser investido como doctor *honoris causa* de la Universidad Autónoma de Barcelona, en 1991— presentaba su tesis bajo el nombre de "Absolutismo jurídico y derecho privado en el Siglo XIX", en la que abordaba la codificación en el monopolio de la ley codificada y lo que consideraba la brutal apropiación del Estado en la producción de las normas. A su turno, Pío Caroni señalaba que, con la codificación, se crea una igualdad formal, que prescinde de una realidad marcada por las desigualdades.<sup>(6)</sup>

.....

(3) Ver THIBAUT y SAVIGNY, *La Codificación*, Madrid, Aguilar, 1970.

(4) Ver VON IHERING, RUDOLF, *La dogmática jurídica*, Bs. As., Losada, 1946.

(5) Ver ASTUTI, GUIDO, "La codificación del derecho civil", en *La formación histórica del derecho moderno en Europa. III Congreso Internacional de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho*, Florencia, 1977.

(6) Ver CARONI, PÍO, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1990.

## 4 |

En nuestro país, es conocido el enfrentamiento entre Vélez Sarsfield, en favor de la codificación, con Juan Bautista Alberdi, quien se oponía a ella; enfrentamiento al que podemos sumar el de Vicente López y Victorino de la Plaza, y el de Florentino González y José María Moreno; al punto que, en 1869, como sabemos, se sancionó el Código de Vélez a libro cerrado.

Con el dictado de la Constitución Nacional en el año 1853, se imponía la reforma de la legislación común en todas sus ramas, “para evitar que las libertades constitucionales se truequen en cadenas legales al llegar a la práctica”.<sup>(7)</sup> Alberdi pensaba que la codificación era un mal método para ello, por cuanto los Códigos están destinados a satisfacer todas las necesidades legislativas de un país en un solo día y en un solo acto. Los consideraba simples programas embarazosos, siempre incompletos y siempre refutados por la experiencia del día siguiente. Para Vélez, en cambio, la codificación era el producto científico surgido de la alianza del elemento histórico y del elemento filosófico, basado en tres pilares: el derecho existente, las reformas exigidas por la experiencia y las nuevas leyes propias del Estado actual.<sup>(8)</sup>

## 5 |

Ahora bien, así como el constitucionalismo social resultó ser superador del derecho decimonónico, lo mismo debe ocurrir con el proceso de codificación. En tanto sancionados los correspondientes al derecho común, debe continuarse por incluir la profundización de la raíz social, simbolizando el progreso, y receptando los intereses políticos, económicos y sociales de una sociedad, que supone el dictado de la legislación llamada social.

Por lo tanto, no puede esperarse que la necesidad de sancionar un Código, ahora de Trabajo y de la Seguridad Social, no vaya a producir a raíz de la experiencia histórica reseñada, serios enfrentamientos y discusiones sobre su oportunidad y conveniencia.

.....

(7) Según periódico *El Progreso*, editado por Delfín Huergo, n° 426 y 427.

(8) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La Codificación en la Argentina*, Bs. As., Editorial Histórica Emilio J. Perrot, 1977.

Filangieri, en el año 1780, ya se refería a la resistencia natural a lo nuevo, de cierta veneración del vulgo a favor de todo lo que es antiguo y su irritante desprecio de todo lo que es nuevo.<sup>(9)</sup>

Algunos doctrinarios consideran que no podría realizarse esta tarea sin un cotejo previo con normas que podrían estar hoy en contradicción con lo que son posturas jurisprudenciales mayoritarias, lo que se traduce en una carga tan difícil de llevar a cabo que tiraría por la borda todo intento por consagrar la codificación. Esta misma crítica la recibió Vélez con su proyecto de Código Civil, cuando se le pedía que anotase en cada artículo la conformidad o discrepancia de los mismos con el derecho civil vigente y con los principales Códigos Civiles del mundo, exponiendo por separado los motivos de aquellas resoluciones principales que alteraban el derecho actual y las razones fundamentales de las nuevas disposiciones que consideraba necesario introducir para elevar nuestra legislación al nivel de los progresos de la civilización y de la ciencia. A ello, Vélez respondía que el trabajo así concebido superaba toda posibilidad de ser realizado, advirtiendo que las ciencias no son estacionarias sino que el progreso es su vida y que, en cada época, las cuestiones científicas se transforman y cambian de aspecto.<sup>(10)</sup>

De esta manera, no resulta correcto, como lo procuran algunos sectores, referirse a la necesidad de realizar un estudio previo sobre su factibilidad, lo que supone la posibilidad de no aprobarlo, frente a la claridad del imperativo constitucional.

Pero la demora en su sanción no debiera ser un factor que impida su discusión y aprobación, máxime cuando la codificación del derecho del trabajo y de la seguridad social no es una facultad delegada de manera originaria al legislador común, sino un mandato que se deriva de la voluntad del constituyente, desde que el texto constitucional del año 1949 ya se refiere al dictado de un Código de Derecho Social (art. 68.11), al tiempo que en el texto del año 1957, ratificado por la última versión constitucional del año 1994, se alude al dictado de un Código de Trabajo y Seguridad Social (art. 75.12).

.....

(9) Ver FILANGIERI, CAYETANO, *Ciencia de la Legislación*, Edición Burdeos.

(10) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VICTOR, *La Codificación en la Argentina*, op. cit.

La ratificación por el constituyente del año 1994, en el sentido del texto de la Constitución Nacional que se encontraba vigente con anterioridad, da por supuesto no solamente el conocimiento de su contenido, sino también la posibilidad de que sea concretado.

Darle vida a esta asignatura constitucional que, pese al tiempo transcurrido, se halla pendiente, significaría un avance importante en el proceso de construcción social que se inició con el texto constitucional de 1949, y que en aquella oportunidad Arturo Enrique Sampay<sup>(11)</sup> describió como “el tránsito de la democracia económica a la democracia social”.

## 6 |

En todo caso, lo que sí puede ser materia de estudio a través de una Comisión especial redactora es el dictado de un Anteproyecto de codificación que defina los alcances y contenidos que han de ser incluidos.

Resulta también claro que el uso de la conjunción “y” luego de una coma, en el texto del referido artículo 75.12, indica a las claras que la codificación no solo debe abarcar al derecho del trabajo, sino también a la seguridad social.

Pero, de la misma manera, tampoco puede pensarse la idea de este Código sin que sea ampliamente discutido. Un Código necesita ser “aprobado” y “comprendido”. Hay que preparar a la sociedad en la idea de la necesidad de un Código. Un Código es para los juristas, pero también para el pueblo.

Quiero destacar, en este sentido, los encuentros y eventos académicos que están llevando a cabo tanto la Confluencia de Abogados Laboralistas como la Corriente 7 de Julio de Abogados Laboralistas y, más reciente, las Jornadas de Debate sobre la Codificación del Derecho del Trabajo —que, organizadas por la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo y la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se llevaron a cabo los días 1 y 2 de julio de 2015 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, que contaron con la participación de representantes de, además de las organizaciones convocantes, la Fundación Altos Estudios

---

(11) SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y Pueblo*, Bs. As., Cuenca Ediciones, 1973.

Sociales, la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, la Asociación de Abogados Laboralistas, la Universidad Católica Argentina, el CONICET Rosario, el Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la Fundación 14 bis, la Asociación Tucumana de Abogados Laboralistas, la Confluencia de Abogados Laboralistas de Rosario, la Corriente de Abogados Laboralistas 7 de Julio. En tales jornadas se presentó una mesa redonda a cargo de los grandes maestros del derecho del trabajo, al tiempo que se pudo escuchar la voz de los jueces, de representantes del interior del país y de invitados extranjeros, y culminó con la conferencia brindada por el diputado y abogado laboralista Héctor P. Recalde —disertación que, como una auténtica Asamblea, representó la expresión más amplia y plural que las instituciones de derecho y vinculadas al derecho del trabajo puedan brindar, convirtiéndose así en un verdadero plebiscito que, por el voto mayoritario de los asistentes, dijo “sí” a la codificación—. <sup>(12)</sup>

De esta manera, el tratamiento no puede prescindir de la doctrina de los juristas, ni de la jurisprudencia de los tribunales. Pero tampoco de las expresiones de los distintos sectores sociales, como sindicatos y cámaras empresarias, en tanto un Código debe ser la expresión jurídica y cultural de un pueblo.

## 7 |

Ahora, la codificación no puede inmovilizar el derecho, ni el rol del juez reducirse a aplicar mecánicamente la ley.

Tampoco puede pretender la unidad de todos. La uniformidad está lejos de atender a los problemas concretos de la comunidad.

Es cierto que tiene que recoger la ciencia jurídica.

Pero también los criterios empíricos de las ciencias sociales y la realidad de una disciplina en la que se presentan relaciones asimétricas de poder.

Es decir, no se puede pensar el sistema de codificación como un sistema abarcador, excluyente, abstracto, ahistórico.

.....

(12) Su contenido puede ser consultado para su estudio y debate en el siguiente link: <https://www.youtube.com/channel/UCcCJgYIDGeRjCdwGimW3pCQ/videos>

El Código debe servir de modelo y guía. Pero no puede desconocer el contorno histórico social, la correlación de fuerzas, ni los fines particulares en los que se inscribe la materia.

El Código debe ser pensado como signo de progreso de un Estado y de la expresión de las ideas, la cultura y de la vida política de un pueblo.

Esto puede alcanzarse a través de una recopilación de las normas existentes —lo que, de alguna manera, ya se ha hecho en nuestro país con el Digesto Jurídico, sancionado a través de la ley 26.939 (2014), o a través de una consolidación de leyes como lo hizo Brasil, lo que supone ordenar y sistematizar debidamente las disposiciones legales para su mejor conocimiento y consulta—.

Por su parte, creemos que sería la oportunidad histórica y política para realizar una verdadera transformación en el derecho del trabajo y de la seguridad social; para que el hombre que trabaja sea el sujeto de preferente tutela al decir de la Corte Suprema y para que esta protección alcance a todo el abanico de trabajo, y no solo al que se desarrolla en relación de dependencia bajo el imperio del art. 14 bis CN.

## 8 |

Esto nos debería llevar a preguntarnos:

- ¿Cuál es la idea central que nos conduce a la necesidad de promulgar un Código. Por qué es ineficaz el sistema actual?
- ¿Cuáles son las circunstancias históricas que lo promueven?
- ¿Para qué queremos promulgar un Código? ¿Para ordenar y simplificar el estado normativo vigente o para transformar el derecho?
- ¿Debemos refugiarnos en la recopilación del derecho interno o incorporar los instrumentos internacionales, como son los tratados internacionales, los convenios de la OIT, la Declaración Socio Laboral del Mercosur, las Recomendaciones de comisiones de expertos u organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) o nuevas constituciones de los países latinoamericanos —tan ricas en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos fundamentales—, además de en los fallos plenarios y los precedentes jurisprudenciales que reconozcan mayores derechos para los trabajadores, entre otros?

- ¿Debemos poder preguntarnos si hay derecho fuera del Código? Y, entonces, ¿cuál es el papel de la costumbre? ¿Y cuál es el rol del juez en la valoración y apreciación de la norma?
- ¿Qué rol ocupa la persona humana, la persona del trabajador como sujeto de preferente tutela y la sociedad a la que va dirigido?
- ¿La sanción debe ser general o deben admitirse reformas parciales y sucesivas o hay que acelerar el proceso de manera definitiva?
- ¿Debe ser nacional o provincial?
- ¿Debe comenzarse por el derecho colectivo o por el individual?

## 9 |

Con una intención no taxativa sino meramente enumerativa, podríamos preguntarnos:

- ¿Se puede pensar en la incorporación en la parte general, además de los ya conocidos y consagrados principios protectorios del derecho del trabajo, del principio de progresividad y no regresividad, como dirigido no solo a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, sino también al Poder Judicial?
- ¿Se puede pensar en incorporar la tutela de los derechos de ciudadanía a los que todo trabajador tiene derecho primero como ciudadano, que es en la empresa?
- ¿Se puede pensar en un sistema de democratización de las relaciones de trabajo, con participación de los trabajadores no solo en la colaboración sino en la organización y dirección de la empresa; participación que incluya la toma de decisiones a través de comités mixtos?
- ¿Se puede incluir el trabajo en el sector público, conjuntamente con los estatutos profesionales y, de manera más general, todo tipo de trabajo, incorporando nuevas figuras como la del trabajador autónomo dependiente?
- ¿Se puede incluir el procedimiento administrativo? Lo que nos conduce a preguntarnos: ¿cuál es el rol de la autoridad de aplicación, del control y de las inspecciones de trabajo?
- ¿Se puede incluir y, de esta manera, imaginar un derecho penal del trabajo?
- ¿Se puede plantear la estabilidad laboral como verdadera fuente de tutela de los demás derechos de los trabajadores y, en todo caso, definir en qué tipo de establecimientos podría aplicarse?
- ¿Se puede contemplar el derecho procesal, judicial y extrajudicial?
- ¿Es posible pensar en un procedimiento uniforme para todo el país, aunque para ello sea necesario reformar la Constitución Nacional en cuanto consagra las autonomías de las provincias?

- ¿Podemos pensar en un proceso oral e informatizado, alejado de los principios civilistas, que ponga a las partes en una situación de igualdad real, con aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que pueda dar solución a los conflictos en un muy breve período de tiempo teniendo en cuenta el carácter alimentario de los créditos y prestaciones, previendo —por ejemplo— un sistema de pago de salarios por tramitación y la fijación del inicio del cómputo del plazo de prescripción a partir del cese de la relación laboral?
- ¿Se puede consagrar el tan proclamado 82% móvil para los jubilados y la participación en las ganancias de los trabajadores?
- ¿Se puede pensar en un sistema que, antes que reparar, prevenga los infortunios y enfermedades derivadas del trabajo y que, a la hora de reparar, brinde la más amplia satisfacción, sin opciones ni pérdida de mínimos irrenunciables?
- ¿Se puede pensar el derecho colectivo de trabajo, tan rico en la noción de autonomía de los trabajadores y sindicatos, respetando quizá el modelo sindical, pero recogiendo los cuestionamientos de la OIT y los fallos más recientes sobre libertad sindical emanados de la Corte Suprema, que han sido reconocidos por la Comisión de Expertos en Relaciones Laborales, que fue creada y que funcionó en nuestro país hasta hace muy poco?

## IO |

Claro que sí se puede. Hay que tener voluntad y coraje para hacerlo. Pero para eso hay que entender que en el derecho del trabajo se juegan relaciones de poder y que el sistema actual, pese a los avances registrados en los últimos tiempos, otorga poderes precisamente a quien ya lo tiene por ser el titular de los medios de producción, del capital, de la organización y dirección del trabajo y del poder sancionatorio.

Debemos aprovechar la oportunidad referida para convertir al derecho del trabajo y de la seguridad social en un derecho revolucionario, en el sentido de que la igualdad y la libertad de los trabajadores no sean consideradas un punto de partida, como ocurre con el derecho civil, sino uno de llegada.

Pero, especialmente, para desterrar la idea de un trabajador en relación de “dependencia”. Es muy difícil pensar en estos tiempos de ampliación y tutela de derechos y libertades que una persona, en este caso un trabajador, pueda ser considerada como que se encuentra en una situación de “dependencia”. Este concepto nos retrotrae a épocas de la servidumbre que debemos desterrar para siempre.

No podemos pensar que el trabajador se encuentra relacionado con un empleador por intermedio de un contrato, debido a que no se encuentran presente, con la intensidad necesaria, los elementos que configuran a los contratos. Sabemos que el hombre que trabaja no se encuentra en una situación de igualdad por su situación de hiposuficiente. Tampoco se halla presente la libertad, por el estado de necesidad al que está sometido. De la misma manera, en tal situación laboral, tampoco está presente la voluntad, desde que es el empleador el que impone las condiciones de trabajo. Y menos se encuentra el trabajador posibilitado de ofrecer prestaciones recíprocas y semejantes, desde que el empleador dispone de un poder disciplinario del que el trabajador carece, lo que compromete de manera indudable la presunción de inocencia de la que debe gozar.

Por eso, para concluir, pensamos que la idea del contrato de trabajo debe ser reemplazada por la de un régimen normativo, estatal, de orden público, indisponible, que rijan las relaciones del trabajo. De manera que esos poderes que hoy detenta el empleador, como los derechos y obligaciones, no le sean propios sino que emanen de la ley. En ese orden, el contrato debe aparecer después, para ampliar los derechos considerados mínimos, inderogables y de orden público.

---



# El arduo camino hacia el Código del Trabajo

por **LUIS A. RAFFAGHELLI**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción al tema

Encarar una codificación en sentido estricto, armonizando y sistematizando sus normas con unidad de concepción en cualquier rama del derecho es una tarea compleja y lo es mucho más en el derecho del trabajo, en el que sus normas están fuertemente influidas por la dinámica social a través del gran sujeto transformador que es el colectivo de los trabajadores y sus organizaciones, con la garantía de proteger el trabajo.

El tema siempre desató polémica por la oportunidad y ahora no constituye la excepción.

Y hacerlo horizontal y federalmente, en todo el país, intersectorialmente, para que en la sociedad argentina se termine de legitimar lo que no admite ya dudas en el ambiente académico. Así se hizo con la Ley de Medios Audiovisuales y, si bien ello no evitó que sus detractores intentaran frenar su vigencia, quedaron reducidos a voces aisladas, frente al consenso social logrado.

El Acta<sup>(2)</sup> pomposamente denominada "Estatuto el Proceso de Reorganización Nacional", que da cuenta de la constitución formal de la dictadura cívico militar de 1976, determinaba que "... las facultades que la Constitución .....

(1) Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala 6°. Consejero de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo (ALJT).

(2) Se puede acceder a las actas en [www.archivosdescubiertos.com](http://www.archivosdescubiertos.com)

Nacional otorga al Congreso serán ejercidas por el Presidente de la Nación y una Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL) que intervendrá en la formación y sanción de leyes ..." (art. 5).<sup>(3)</sup>

Esta muestra del tiempo del horror resalta más claramente los avances del pueblo argentino en la tarea de concretar una democracia sustancial, lo que permite afrontar este debate sobre el código del trabajo, para recuperar lo perdido y consolidar lo obtenido, en un corpus sistemático, coherente y orgánico.

Hemos constatado que varios países de la región lucharon por lograr la codificación del trabajo como dique de contención frente a la lógica de acumulación del capital. Ello no empaña la crítica a la ineficacia de su aplicación a la realidad, como lo señalara Oscar Ermida.<sup>(4)</sup>

La codificación genuina del derecho del trabajo es una tarea no superada en Argentina.

Desde 1960 en el 1º Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social celebrado en Tucumán, organizado por el Profesor Mariano Tissembaum, con ese tema como eje convocante, no pudo arribar a acuerdos, ya que el plenario no aprobó la idea de la codificación, a diferencia de la subcomisión.<sup>(5)</sup>

Rodolfo Aníbal Nápoli, profesor de la Universidad Nacional de La Plata, sostenía que un Código significa la puesta en valor del trabajo para una sociedad y por tanto es un desafío que la interpela como tal.

Y lo es principalmente para el movimiento obrero en su conjunto, ya que está en juego la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus miembros.

.....

(3) En los primeros días de abril de 2015 el Sr. Ministro de Defensa de la Nación, Ing. Agustín Rossi hizo entrega a la "Corriente de Abogados Laboralistas 7 de Julio", un valioso material informativo sobre ese periodo de gravísimas violaciones a los derechos humanos, con numerosas víctimas entre nuestros colegas.

(4) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *La Flexibilización de la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, setiembre 1999.

(5) La Comisión lo consideró conveniente en un dictamen firmado por Juan Pozzo, Alfredo Palacios, Mario Deveali Mariano Tissembaum y Luis Despontin entre otros. Dijo Tissembaum que la codificación es un "sistema legal" y no una traba legal. El argumento de su reforma no es válido porque con ese criterio no se podría sancionar ninguna norma. Sin embargo, el plenario no acompañó este criterio.

El debate convoca a la lucha para evitar que la globalización imponga la tercerización como herramienta de precarización del trabajo, la fragmentación de los colectivos, para debilitar la acción sindical.

Y nos convoca también a debatir un nuevo modelo de prevención y reparación de riesgos del trabajo para proteger al hombre que trabaja.

La Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo eleva su voz como respuesta a la ampliación de las prestaciones con el crecimiento exponencial de la litigiosidad, sin advertir que decirlo es la más cruda confesión del fracaso del régimen de aseguramiento privado que rige en Argentina y no hemos podido superar. Es una deuda pendiente de este proceso democrático de inclusión social.

Nos convoca a debatir sobre los significados de la libertad sindical en este contexto, entendiéndola como fortalecimiento y no como fragmentación, pero no solo en su aspecto **externo**, en la acción frente al Estado y la empresa sino también en el **interno**, en cuanto a la democracia sindical para ampliar plenamente la participación obrera.

Es un debate insoslayable que atraviesa al movimiento obrero y al sistema democrático en su conjunto antes que a la academia.

Hemos comprobado en Costa Rica, Chile, Perú, Ecuador y Brasil los avances en materia procesal laboral y la modernización de la infraestructura: el avance hacia el expediente electrónico "EE". En Argentina queremos lograrlo sin abdicar de las garantías y derechos fundamentales, es el objetivo y es el sueño.

Quizás, para ello, debemos unificar el procedimiento laboral y eso requiere un profundo pacto federal, que podrá entenderse si se explicita el objetivo y se toma la experiencia comparada. Terminar con la banalización del trabajo exige ese esfuerzo.

No es posible que tengamos talleres clandestinos donde hay trabajo semiesclavo.

Es fenomenal la experiencia del Ministerio Público del Trabajo de Brasil para actuar en la primera línea contra la degradación, la explotación y la violencia

laboral. Y hacerlo en conjunción con el Ministerio de Trabajo, en paralelo con la justicia del trabajo para estar en el momento y lugar que se requiere.

Es imperioso que esta actividad no sea un mero ejercicio de academicismo, sino que concrete determinaciones y propuestas.

Es mucho más complejo y difícil avanzar en un Código del Trabajo que en un Código Civil, ya que aquel requiere mayor vocación para construir esa herramienta de progresividad y una fuerte decisión política que la acompañe, atravesando presiones e intereses poderosos.

Es cierto que hubo y hay opiniones muy respetables contrarias a la codificación pero creo que en estos días hemos palpado un consenso mayoritario para consolidar los avances y terminar de recuperar los derechos conculcados por la dictadura cívico militar.

Es indiscutible que no se puede compilar la regresividad. Hay que terminar de recuperar lo que se tenía, adecuado al presente.

Es necesario hacer autocríticas. Al Poder Judicial que aplicó aquellas normas; a los empresarios, que fueron a pedir que las sancionen *manu militari* —la sanción de la huelga con cárcel—; y a algunos dirigentes sindicales que fueron cómplices por conveniencia.

Y si bien no hay momentos ideales, considero que este es uno especial. No hablo de días o meses, sino del momento histórico en el que se expanden derechos sociales, se recupera soberanía, se ha logrado reestablecer por vía legislativa derechos esenciales y la jurisprudencia ha rendido un tributo significativo.

No habrá unanimidad seguramente, pero es necesario articular los consensos de las representaciones de las mayorías populares para lograrlo.

La propuesta elaborada por el Dr. Héctor Pedro Recalde establece en su artículo 1º la creación de una subcomisión Redactora del Anteproyecto de Código del Trabajo, que funcionará en el seno de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación, y estará integrada por once de sus miembros, con participación del sector sindical y empresarial.

Y en el art. 2° agrega que: “La Subcomisión Redactora tendrá por finalidad la redacción del Proyecto de Código de Trabajo para la Nación Argentina en cumplimiento del mandato dispuesto por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional”. Esta subcomisión ya ha comenzado su labor.

Se trata de un objetivo que debe ser apoyado sin dudas, con un fuerte compromiso de todos los actores vinculados con el derecho social.

Daremos así un paso gigantesco hacia la justicia social y será el mejor homenaje al martirologio de Norberto Centeno y de miles de luchadores por esta democracia que hoy vivimos.

## 2 | Antecedentes históricos

### 2.1 |

Experiencia comparada. A principios de los años 30 varios países de América Latina ya estaban maduros para dar el paso siguiente, naciendo el Código de Trabajo de Chile y la Ley Federal del Trabajo de México, ambos adoptados en 1931 y de indiscutible influencia en las leyes laborales adoptadas ulteriormente en otros países de la región.

Siguieron varias leyes promulgadas a partir de 1931 en el Brasil (codificadas en 1943), la Ley del Trabajo de Venezuela, de 1936, el Código de Trabajo del Ecuador de 1938 y la Ley General del Trabajo de Bolivia en 1939.

Del decenio siguiente son los Códigos del Trabajo de Costa Rica (1943), Nicaragua (1945), Guatemala y Panamá (1947); al propio tiempo la legislación laboral también alcanzaba considerable desarrollo en países como la Argentina, durante la primera administración peronista, Cuba, Perú y el Uruguay, sin que en ellos fuese codificada. En 1950 se adoptó el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, al que siguieron los de la República Dominicana en 1951 y de Honduras en 1959. Este ciclo se cerró en 1961, con la promulgación del Código del Trabajo del Paraguay.

El ciclo siguiente, de profundización de la legislación laboral, comenzó en 1965 con una importante reforma laboral en Colombia, y continuó con la adopción en Chile de dos leyes, sobre protección contra el despido injustificado en 1966 y sindicación campesina en 1967.

Le siguieron una nueva Ley Federal del Trabajo, en México en 1970, un nuevo Código del Trabajo en Panamá en diciembre de 1971 (quizás el paradigma de toda esta legislación garantista), el Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela, de 1973, que amplió la protección ofrecida en la ley original de 1936, las leyes laborales adoptadas entre 1970 y 1974 en el Perú por el régimen militar populista de Velasco Alvarado, y finalmente la ley argentina sobre contrato de trabajo, LCT, promulgada en 1974.

## 3 | Proyectos nacionales

### 3.1 |

En 1901, Juan Bialet Massé propone la regulación sistemática del contrato de trabajo con el "Proyecto de Ordenanza Reglamentaria del Servicio Obrero y Doméstico de acuerdo a la Legislación y Tradiciones de la República Argentina", en 121 artículos y 16 capítulos que incluyen: preaviso, indemnización por despido incausado, enfermedad inculpable, descanso dominical, pago de salarios en moneda nacional, reglamentación del trabajo de mujeres y niños son los institutos regulados en el proyecto, y desarrollados teóricamente. Reconoció a la huelga como un derecho y propuso reglamentarla.

### 3.2 |

En 1904, Joaquín V. González impulsa el proyecto la Ley Nacional del Trabajo, tratado en el Parlamento, pero se consideró, sin mayores fundamentos que no era el momento de su sanción. Se componía de 466 artículos y 14 títulos que regulaba además de las relaciones individuales del trabajo, los accidentes de trabajo, las asociaciones industriales y obreras, y también cuestiones procesales, como Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

### 3.3 |

En 1921 por iniciativa del gobierno de Hipólito Yrigoyen, se elevó al Congreso un proyecto del Código de Trabajo, autoría del profesor Alejandro UNSAIN que no tuvo tratamiento parlamentario. Tenía 674 artículos, con 24 títulos e incluía los accidentes de trabajo.

## 3.4 |

En 1933, el Poder Ejecutivo Nacional presentó el proyecto del Código del Trabajo elaborado por el Dr. Carlos Saavedra Lamas, que fuera Director General de la OIT en 1928 y Premio Nobel de la Paz en 1936. El proyecto portaba dos libros: el 1º con 268 artículos, en 10 títulos con disposiciones generales, contrato de trabajo, contratos colectivos, protección del salario, jornada de trabajo, trabajo nocturno en panaderías, descansos y normas de derecho colectivo que regulaban las asociaciones patronales y obreras mientras que el Libro 2º tenía 6 títulos con accidentes de trabajo, trabajo de mujeres y trabajo a domicilio.

Resulta una paradoja de la historia que durante la década que fue calificada como infame por la entrega del patrimonio nacional y el retroceso social se impulsara esta normativa. Sin embargo, tampoco tuvo eco parlamentario y se convirtió en una mera declamación intelectual de su autor.

En 1941 fue presentado un proyecto muy similar al de Saavedra Lamas, por el Diputado Pío Pandolfi, sin ningún resultado.

## 3.5 |

La Constitución Nacional Argentina sancionada en 1949 dio reconocimiento constitucional a la creación de lo que denominó correctamente el Código de Derecho Social y otorgó al Congreso la facultad de dictarlo.

## 3.6 |

En 1966 se presenta un Anteproyecto de Código de Trabajo de la Nación que fue redactado por la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional el 09/05/1965, integrada por Luis A. Despontin; Mariano R. Tissembaum y Rodolfo A. Nápoli que sistematiza, armoniza y desarrolla las instituciones jurídicas relativas al trabajo subordinado. El proyecto fue enviado el 13 junio 1966 y el golpe militar de 28 de junio de ese año, que derrocó al gobierno del Presidente Arturo Illia, impidió que esta importante obra fuera tratada por el Congreso.

Eran 645 artículos y cinco Libros con un título único:

- Libro I, sobre el Contrato y Relación de trabajo. Jornada de trabajo: con eje en la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires.

- Libro II, sobre remuneración del trabajador: se reconoce la participación en los beneficios de las empresas de los trabajadores que tengan una antigüedad superior a un año. Se toma el precedente mexicano.
- Libro III, contratos “especiales” se aplica el Código de Trabajo en lo que no sean objeto de las disposiciones Especiales.
- Libro IV, contemplaba los tres pilares del derecho sindical o colectivo: asociaciones sindicales, negociación colectiva y conflicto colectivo. Como novedad regula la asociación de empleadores.

Este proyecto mantiene la asociación profesional más representativa de la actividad. Se da mayor reconocimiento a las simplemente inscriptas.

En materia de Convenios Colectivos del Trabajo, no serían homologados sin antes recibir y considerar sus impugnaciones.

Se le da juridicidad a la huelga. Pero paralelamente se le da status jurídico al *lock - out* patronal limitado a las medidas ilegales de los trabajadores o sus sindicatos.

Propone crear el Consejo Nacional de Relaciones Profesionales cuyos miembros debían ser designados por el PEN con acuerdo del Senado. Se adecua la propuesta de la Corte Suprema de arbitraje integrada por un magistrado y las partes que proponía el proyecto de Ley del trabajo de 1904 de Joaquín V. González.

El Libro V está dedicado a las sanciones para las infracciones a las normas propuestas.

### 3.7 |

En 1974 se sanciona la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (20/09/1974) que constituyó un importante paso hacia la codificación.

### 3.8 |

En 1987, la Comisión Redactora propone la reforma de la LCT y el Proyecto de Código del Trabajo impulsada por Ricardo J. Cornaglia, restituyendo los derechos conculcados por la dictadura cívica militar.

## 4 | Codificación: ventajas e inconvenientes

Se trata de un mandato constitucional incorporado a la Constitución Nacional vigente por la Convención de la Reforma de 1957 al agregar el inc. 11 al art. 67, ratificado implícitamente por la Reforma de 1974 en el art. 75, inc. 12.

Eugenio Pérez Botija<sup>(6)</sup> sostuvo que la codificación supone la plena recepción del Derecho laboral como ciencia "es el ser o no ser" de su autonomía doctrinal.

Como se dijo *supra*, contra la opinión de grandes maestros de la Comisión respectiva, el Plenario del Congreso de Derecho del Trabajo de Tucumán de 1960 se expidió en contra de la codificación argumentando:

- a. Falta de madurez de suficiente en los principios fundamentales.
- b. Se encuentra en plena formación elaborativa
- c. Se produciría cierta inmovilidad o estancamiento afectando el desarrollo de la legislación Laboral.

Un Código no es una simple recopilación de leyes dispersas. Lo que caracteriza a un Código es su unidad conceptual, su filosofía jurídica para darle la unidad científica que determina su espíritu y su interpretación.<sup>(7)</sup>

Eso evita que el Derecho del Trabajo quede amarrado "al cadáver que inmoviliza su acción" como decía Guillermo Cabanellas.<sup>(8)</sup>

Un Código debe tener las siguientes características:

1. Sus normas deben tener unidad conceptual.
2. Debe adecuarse a las ideas que el proceso histórico ha impuesto.
3. Las normas deben tener una vigencia real con durabilidad mínima referida a la etapa histórica en que habrá de regir.

.....

(6) PÉREZ BOTIJA, EUGENIO, *Estudios de Derecho del Trabajo* en memoria de Alejandro Unsain Bs. As., 1954, p.339.

(7) CERRUTI COSTA, LUIS, en Birgin, Mauricio (dir.), *Revista de Derecho Laboral*, 1965, p. 198.

(8) *Introducción al Derecho Laboral*, t. II, México, Bibliográfica Omeba, 1960, p. 118.

Un mero digesto o recopilación no es lo que se necesita ya que es una sumatoria de textos de distinta inspiración y tiempos históricos.

No puede unificarse el texto de la LCT original con la ley de modalidades promovidas “contratos basura” o la Ley 25.250 con la 25.877 del comienzo de la recuperación social en 2004.

Eduardo Stafforini señalaba<sup>(9)</sup> “... el Código debería constituir una especie de Ley Constitucional del trabajo y no un conjunto normativo reglamentario con el riesgo de pasar a la antijuridicidad”.

Y agregaba que el Código del Trabajo debe contener:

- a. una buena sistemática jurídica;
- b. ordenamiento racional de las normas positivas y
- c. unidad de doctrina inspirada en cada institución jurídica.

Por ello, primero debe fijarse el concepto del derecho del trabajo y los principios doctrinarios fundamentales, dándole gran importancia a la responsabilidad social, la solidaridad social y la autodeterminación profesional, o dicho en otras palabras, la autonomía colectiva que serviría como canales o válvulas de superación o de particularismos en relación al Código.

Sttaforini postulaba garantizar un mínimo de derechos que la conciencia media de la sociedad esté dispuesta, para proteger el trabajo subordinado.

La corriente codificadora tenía vigor internacional casi desde los albores de la OIT con el objeto de unir las instituciones en un todo orgánico, en un pensamiento común. No pueden ser simples recopilaciones de leyes. Deben tener una buena técnica y una dialéctica sencilla.

El sistema jurídico anglosajón nunca fue proclive a las generalizaciones y abstracciones como el latino con origen en el Digesto de Justiniano y en la modernidad el Código Civil Francés.

Ricardo Cornaglia sostiene que la codificación obligará a consolidar, depurar y sistematizar las normas vigentes. Pero no podrá agotarse en estas

.....

(9) STTAFORINI, EDUARDO, “Principios y orientaciones generales para la Codificación del DTySS”, LL T.96 – oct/nov. 1959, pp. 843/851.

importantes tareas, que ya de por sí van más lejos de la simple recopilación agregando importantes consideraciones que se comparten. “La concepción de un derecho social, que atacando las causas de la desprotección de grandes sectores de la población, procure un orden fundado en la dignidad del hombre, necesita de este instrumento normativo”.<sup>(10)</sup>

## 5 | Contenidos

La inclusión de disposiciones en materia de accidentes de trabajo reconoce como antecedente del derecho comparado el Código del Trabajo español de 1926.

Coincido con el orden metodológico que apunta de Mauricio César Arese, en función de la idea que lo anima:

- a. Preliminarmente debe referir las normas constitucionales y declaraciones tratados de derechos humanos, universales, interamericanos y del Mercosur. Además un índice y resumen de Convenios y Recomendaciones de OIT ratificados por Argentina.<sup>(11)</sup>
- b. Luego debe seguir con las normas de Derecho Colectivo del Trabajo y seguir con las normas que rigen las relaciones individuales del trabajo. Coincido en que aquel es la fuente primordial del derecho del trabajo y la generadora del último.
- c. En materia de riesgos, independientemente de la conveniencia de unificar las normas en un nuevo cuerpo, en primer lugar debe insertarse la Ley de Higiene y Seguridad 19.587 que se refiere a la prevención y condiciones y medioambiente de trabajo y luego la Ley de Riesgos de Trabajo 24.557 y la 26.773, que son normas fundamentalmente reparatorias. Primero prevenir y evitar. Luego atender y reparar.
- d. En los recientes foros, celebrados en Rosario (provincia de Santa Fe) y Mendoza,<sup>(12)</sup> (a los que sucederán otros) organizado por la Corriente de Abogados Laboralistas y la Corriente 7 de julio de Abogados Laboralistas se escucharon propuestas profundas que recogen la evolución de este nuevo tiempo, tanto en el aspecto individual, colectivo y de la seguridad social, combinándose

---

(10) CORNAGLIA, RICARDO, “ La codificación pendiente del derecho del trabajo y de la seguridad social”, LL, 29/05/2015.

(11) ARESE, M. CÉSAR, en comunicación directa con el autor y en su intervención en paneles sobre la codificación laboral, 2015.

(12) Primer Foro Federal para la Reforma del Código del Trabajo, Rosario, 9 de abril de 2015; Segundo Foro para la Discusión del Código de Trabajo, Mendoza 14 y 15 de mayo de 2015.

aportes de la experiencia con la fuerza de los jóvenes, luego de ricos debates, que enriquecen el proyecto legislativo en ciernes, entre otras:

- Incluir los Principios Generales en un Capítulo único inicial, incluyendo el concepto del art. 4° de la LCT y los aportes del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), e incorporando los principios arquitectónicos definidos por la jurisprudencia de la CSJN.
- En materia de relaciones individuales, numerosas modificaciones al contrato de trabajo.<sup>(13)</sup>

Serrano Alou<sup>(14)</sup> reclamó:

Elaborar un cuerpo normativo que tienda a la regulación de un nuevo tipo de relaciones de producción de bienes y servicios, basada en la igualdad y la estabilidad del empleado. Un punto clave en lo atinente al Derecho del Trabajo es la estabilidad del trabajador vigente a partir de la recepción en la Constitución de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que proyectará sus efectos positivos en el combate de la precarización y los índices de trabajo no registrado, en la tercerización, en la sinies-tralidad laboral y en la formación de los trabajadores, entre otros.

La Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo (ALJT) presidida por el Dr. Roberto C. Pompa y la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, presidida por el Dr. Hugo R. Mansuetti organizaron días atrás<sup>(15)</sup> una jornada intensa con participación nacional e internacional,

.....

(13) Extensión de un mínimo de 21 días de vacaciones, ampliación a 100 días de la licencia por maternidad, a 15 por paternidad y equiparación de los derechos entre padres adoptantes y biológicos; aumento tasa de interés para los juicios laborales; posibilidad de estabilidad absoluta de los dependientes; participación de los empleados en las utilidades de las compañías; pago de salarios caídos, es decir, cuando el dependiente se encuentre suspendido aún por su culpa; ante despidos por discriminación, los empleadores deberán demostrar las causas; brecha mínima del 20% del sueldo entre los mandos medios y sus subordinados para evitar el solapamiento; mayores remuneraciones para los dependientes que trabajan los fines de semana; imposibilidad de suspender por razones económicas que afectan a la operatoria de una empresa; eliminación del tope del resarcimiento por antigüedad; protección de los empleados testigos (es decir, aquellos que declaren en contra de la compañía en un juicio); reducción de la jornada laboral hasta las 45 horas semanales.

(14) SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, Foro sobre el Código de Trabajo, UTN Rosario, 09/04/2015.

(15) Jornada sobre la Codificación del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2 y 3 de julio, Bs. As., Asociación Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Sus conclusiones e intervenciones pueden verse en página web de la AIDTySS.

caracterizada por su pluralidad, donde se escuchó la voz de todas las entidades vinculadas con el Derecho del Trabajo y de grandes maestros como Juan C. Fernández Madrid, Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Cornaglia.

No se conocieron aún posiciones adoptadas orgánicamente por las diversas centrales sindicales sobre la propuesta de codificación. Aunque la CGT Azopardo participa a través de sus legisladores en la Comisión formada a tal efecto en el Congreso Nacional.

La Cámara Argentina de Comercio por intermedio de su presidente destacó que no quieren “quedar prisioneros de la demagogia populista en un año electoral”, si bien no se oponen a un nuevo Código de Trabajo afirman que desincentiva el empleo.

Otros sectores empresariales<sup>(16)</sup> expresaron que la unificación de las diversas normas en un Código deberá ser lo suficientemente **flexible** para incorporar todas aquellas modificaciones que la realidad dinámica del mundo laboral haga menester incluir, de manera de no tornarlo un cuerpo rígido, destacando que en la actualidad la prioridad es otra y el foco debería estar en suprimir la “escandalosa litigiosidad laboral” aunque no se aclaró cómo y cuál es su causa. Se indicó que las reformas deben ser sistémicas, resultando fundamental que todo proyecto sea sometido a un análisis profundo, minucioso y previo de las implicancias que traerá aparejado.<sup>(17)</sup>

La Coordinadora de Industrias de Productos Alimenticios (COPAL) a través del vicepresidente de la UIA, Daniel Funes de Rioja, rechazó la iniciativa por considerar que no hace más que “endurecer la posibilidad del ingreso al mercado de trabajo” y que “es un incentivo a que haya mayor informalidad laboral”.

También reclaman analizar propuestas para regularizar el sistema de riesgos de trabajo y la reducción del empleo no registrado mediante la promoción de un régimen laboral especial para las pequeñas y medianas empresas.

.....  
(16) Expresadas en *eldial.com*, Biblioteca Jurídica Digital, 2015.

(17) Sergio J. Alejandro, director del Suplemento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de elDial.

Los Códigos no se formulan por caprichos del legislador o de la doctrina sino que surgen de la realidad política y social.

Avanzar hacia la sistematización del derecho del trabajo y la del derecho de la seguridad social es uno de los desafíos jurídico-políticos más audaces de esta coyuntura histórica.

Es en definitiva, la concreción de una etapa inconclusa de la transformación del orden jurídico nacional, reclamada por la Constitución Nacional, y que en los precedentes citados es confirmado por la incorporación de los Pactos y Tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un programa para una sociedad con justicia social y vigencia plena de los derechos humanos sociales e individuales.

---

# La estabilidad del trabajador

## El Código del Trabajo y la Seguridad Social y una línea rectora para el nuevo modelo de relaciones del trabajo

por **SEBASTIÁN SERRANO ALOU**<sup>(1)</sup>

*“... La estabilidad laboral y los demás derechos de los trabajadores, ¿serán de aquí a poco un tema para arqueólogos? (...) El miedo al desempleo, que sirve a los empleadores para reducir sus costos de mano de obra y multiplicar la productividad, es, hoy por hoy, la fuente de angustia más universal...”*

**Eduardo Galeano**, “Los derechos de los trabajadores”<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

A fines de 2014, por iniciativa del diputado Héctor Recalde y un grupo de abogados laboristas nucleados en Confluencia Federal de Laboralistas, comenzó a hablarse de la necesidad de sancionar un Código del Trabajo y la Seguridad Social (en adelante, CTySS). Esto no fue accidental y responde

.....

(1) Abogado (UNCuyo). Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTreF). Miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario. Conferencista y autor de artículos de doctrina en distintas publicaciones jurídicas.

(2) En *Página 12*, 18/11/2012.

a las necesidades históricas, jurídicas, sociales, políticas y económicas de que así suceda, viéndose como oportuno el momento actual en función de las distintas iniciativas y reformas acontecidas en los últimos años. Podría decirse, en resumidas cuentas, que se trata de:

1. Cumplir con la manda constitucional de sancionar un CTySS (art. 75, inc. 12, CN), sobre todo en tiempos de reforma de los códigos ya existentes, lo que hace más urgente cumplir con la codificación nunca consumada en esta materia.
2. Organizar la multiplicidad creciente de normas dispersas, muchas veces contradictorias (sobre todo normas constitucionales con legislación infraconstitucional), en un cuerpo único y dinámico; integrar las normas del bloque de constitucionalidad federal (en adelante, BCF),<sup>(3)</sup> los arts. 14 bis y 75, incs. 19 y 22, CN y los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante, TIDHs), con las leyes del trabajo y la seguridad social, desactivando la “involución” normativa de la dictadura y la continuación llevada adelante por los gobiernos flexibilizadores elegidos por el voto en la etapa en que el neoliberalismo se impuso hasta el estallido social de 2001. El avance en la materia de la legislación laboral, recuperando algunas de las normas cercenadas por la dictadura, ha demostrado ser muy lento si se lleva delante por medio de modificaciones parciales. Existen materias fundamentales que fueron objeto de la “deforma” de la dictadura a la Ley de Contrato de Trabajo y deben ser revertidas, pero no volviendo a su redacción originaria, sino mejorándolas con la experiencia de estos 40 años y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH).
3. Plasmar los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, una CSJN cuya integración y la forma en que se conformó, desplazando una integración anterior deslegitimada por la tristemente célebre “mayoría automática”, una Corte que fue uno de los grandes logros reconocidos al Gobierno por distintos sectores, incluidos los denominados opositores. Especialmente se debe recoger de las sentencias lo referente a los principios cardinales del BCF. Asimismo, se debe rescatar la jurisprudencia del resto de los jueces del país que en muchos casos han sido la base para los fallos de la Corte, y en otros son de una mayor progresión en materia de derechos humanos aplicados a las relaciones del trabajo y a la seguridad social.
4. Elaborar un nuevo cuerpo normativo que tienda a la regulación de un nuevo tipo de relaciones de producción, relaciones democráticas basadas en el respeto de principios básicos como la igualdad, que se proyecten con su faz

(3) La CN debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás. Dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22, CN dicho cuerpo no es otro que el **bloque de constitucionalidad federal**, comprensivo de aquellos y de la CN, de manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. CSJN, “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA”, 07/12/2010.

normativa-protectoria a todas las relaciones sociales vinculadas con la producción y distribución de bienes y servicios, abarcando la temática de la seguridad social en el más amplio sentido posible (v. gr., prestaciones por accidentes y enfermedades inculpables y del trabajo, desempleo, asignaciones familiares, jubilaciones, pensiones, etc). El nuevo Código debe estar destinado a una regulación que se inserte en un proyecto común de democratización de las relaciones sociales, un sistema inclusivo e igualador, entrando de lleno en los ámbitos fundamentales de la economía que hoy impiden mayores avances de la justicia social. Las distintas conquistas alcanzadas por la sociedad en el último tiempo deben tener vigencia también dentro de la relación de trabajo, en especial aquellas que llevan a democratizar relaciones mediante la igualdad de derechos. En lo que hace a la igualdad, es fundamental combatir un flagelo que siempre existió, el de la discriminación, teniendo en cuenta los avances que la jurisprudencia del trabajo ha tenido en el último tiempo al respecto, fundamentalmente en lo que hace a la reparación de los actos discriminatorios, nulos de nulidad absoluta. Ya no alcanza con indemnizar con dinero el daño, sino que se debe evitar toda exclusión, sobre todo aquellas en que la discriminación es evidente, buscando la reparación integral en el caso concreto, debiendo contar los trabajadores con la opción de la reinstalación frente a los despidos arbitrarios.

5. Consolidar los avances de la última década y profundizarlos, al incorporarlos en un cuerpo único con una coherencia interna basada en los principios que irradian los derechos humanos, pilar de lo construido en el último tiempo en materia de inclusión, democratización y justicia social. Un cuerpo normativo solido por su coherencia interna pero a la vez dinámico por las posibilidades de continuar realizando modificaciones progresivas para un respeto pleno de los derechos humanos; que recoja lo mejor de lo conseguido en materia de derecho del trabajo y la seguridad social e incorpore las normas necesarias para conseguir los avances que aun restan, que difícilmente pueda ser derogado y/o alterado por normas sueltas, las que además serán evidentemente inaplicables al ser sometidas a un control de constitucionalidad y convencionalidad, por violar los principios básicos del bloque federal de constitucionalidad, como el principio de progresividad. Así como a mediados del siglo XX se crearon los juzgados del Trabajo para lograr el cumplimiento de la prolífica y flamante normativa laboral, es necesario hoy codificar en un nuevo cuerpo las normas de la materia, integrándolas con los cambios ocurridos en el último tiempo. Es también la oportunidad para introducir en las leyes sobre la materia temas discutidos, como una efectiva prevención en materia de enfermedades y accidentes del trabajo (v. gr., constitución de comités mixtos de seguridad), la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección, una efectiva protección contra el despido arbitrario que asegure la estabilidad a los trabajadores en sus empleos, limitar la tercerización y establecer una amplia extensión de responsabilidad en los casos en lo que esto sucede —como se da en otras materias—, democratizar la relaciones de trabajo limitando el excesivo poder en manos de una sola de las partes, establecer una regulación que tienda a posibilitar un modelo sindical con organizaciones libres y democráticas,

combatir efectivamente la precarización laboral, todo lo cual es necesario para dar un efectivo cumplimiento al bloque federal de constitucionalidad.

Por lo dicho anteriormente, y por una multiplicidad de razones más, es necesario que el 2015 sea el año del definitivo nacimiento del Código del Trabajo y la Seguridad Social, con un amplio debate nacional en el que colectivamente se cumpla con la deuda para con el pueblo trabajador y la Constitución Nacional, recogiendo la mejor experiencia de los años de avance en protección de derechos sociales, y revirtiendo la "deforma" de la dictadura a la Ley de Contrato de Trabajo con un texto progresivo que recoja y regule los derechos humanos plasmados en el BCF, con base en los principios que sustentan los mejores fallos de la CSJN de los últimos 10 años, e incorporando todas las conquistas de la seguridad social obtenidos para el pueblo en tiempos recientes.

Como son muchos los temas a tener presentes en el CTySS, a continuación me interesa destacar dos lineamientos básicos que me parece debe tener la nueva normativa, uno general para todo el Código y otro más específico de la parte relativa al derecho del trabajo. El primer lineamiento general y fundamental del nuevo Código es el BCF, puntualmente sus principios fundamentales. Como en el caso de los arts. 1° y 2° Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), se debe establecer que todos los artículos contenidos en el CTySS tienen su fuente primera en el BCF y, por ello, la aplicación e interpretación de este cuerpo se encuentra sometida a un adecuado control de convencionalidad y constitucionalidad, siendo fundamental receptor luego algunos de los principios en forma concreta. El segundo lineamiento, específico de lo atinente al derecho del trabajo, es un principio rector que debe ser tenido en cuenta si se quiere democratizar definitivamente las relaciones de trabajo, generando otro espacio donde la igualdad y la libertad sean la regla: se trata de la estabilidad del trabajador.

## 2 | Los principios fundamentales del Código del Trabajo y la Seguridad Social

Como se dijo anteriormente, uno de los objetivos del nuevo CTySS debe ser dictar una normativa imbuida del BCF a la vez que plasmar los avances de la jurisprudencia de la CSJN en los 10 años que se extienden desde la "primavera laboral" de 2004 hasta fines del año 2014. Si había algo

que resultó cada vez más habitual para la CSJN, que funcionó casi 10 años con una determina integración,<sup>(4)</sup> era que recurriera para fundar sus decisiones a distintos principios que surgen del bloque de constitucionalidad federal, volviéndose imprescindibles al momento de elegir y analizar las normas aplicables a la realidad social de la cual forman parte esencial las relaciones de trabajo. Se trata de un conjunto de principios que deben ser tenidos como fundamentales en el nuevo Código, siendo la base que obligue a todos los operadores jurídicos —en especial, a los jueces— a ejercitar, en el momento de aplicar la nueva normativa, un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad, con una interpretación de las normas surgida de dicho control, como la misma CSJN lo hacía.

Tener presentes los principios elementales del sistema constituido por el BCF, que se relacionan y complementan, es indispensable para realizar una correcta aplicación de las normas a los casos concretos, resolviendo las cuestiones con normas que han sido evaluadas y aplicadas luego de realizado un control de constitucionalidad y convencionalidad adecuado. Se trata de herramientas que facilitan la tarea del juez, y también de las partes, haciendo más dinámica la labor y facilitándola mediante una sistematización. A partir de ellos, no sería necesario recurrir en todos los casos a cada uno de los TIDH, sus normas complementarias y la interpretación de sus intérpretes naturales, lo que convertiría la tarea en cada caso en una epopeya.

Como bien explica Hugo Boleso, los principios generales (entre los que, sin duda, cabe incluir los del BCF) tienen una triple función: a) de interpretación, b) normativa —o integradora—, y c) fundamentadora —o informadora—.

... todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los

.....

(4) La etapa iniciada por la CSJN en 2003 ha llegado a su fin luego del fallecimiento de dos de sus integrantes, Carmen Argibay y Enrique Petracchi, y la renuncia de E. Raúl Zaffaroni para cumplir con el mandato constitucional. Es el fin de una CSJN que empezó a conformarse con la llegada de Zaffaroni, el primero de los nuevos miembros en ser nombrado, a fines de 2003, y que definitivamente ha quedado modificada luego de su renuncia.

principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos (...) Los principios generales del derecho han así inspirado no sólo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso legiferante de su elaboración. En suma, en todo sistema jurídico (de derecho interno o internacional) los principios generales marcan presencia, asegurando su coherencia y revelando su dimensión axiológica. Cuando uno se aleja de los principios, se incurre en distorsiones, y violaciones graves del orden jurídico incluso positivo...<sup>(5)</sup>

Todos los principios que la CSJN ha ido refiriendo en sus precedentes sobre DDHH, entre los que se encuentran los derechos del trabajador, apuntan a una protección más efectiva de la dignidad de la persona humana, fundamento de todo el sistema jurídico, siendo el hombre el fin y el derecho un instrumento para su realización en un Estado social de derecho. La elaboración de la CSJN es antropocéntrica: el ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.<sup>(6)</sup> Son principios que deben ser tenidos presentes por todos aquellos que intervienen en la interpretación y aplicación de las distintas normas vigentes en el país.<sup>(7)</sup>

(5) BOLESO, HÉCTOR H., "Constitución. Derechos humanos y principios del derecho del trabajo", en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*, n° 63, 04/08/2010, <http://www.eft.org.ar>

(6) CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004; "Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", 01/03/2009; "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.", 18/12/2007; "Álvarez Maximiliano...", fallo cit.; entre otros.

(7) "... si bien el control sub examine, en su sentido fuerte, es propio y exclusivo del Poder Judicial, nunca debe olvidarse que a los dos restantes poderes también los alcanza el ejercicio de dicho control, *lato sensu* considerado, a fin de que su actividad se adecue, rigurosamente, a la Constitución Nacional y a las normas con jerarquía constitucional o suprallegal, lo cual comprende, además y con igual finalidad, la permanente revisión —y, llegado el caso, modificación— del ordenamiento legal vigente...". GIALDINO, ROLANDO E., "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos", en *La Ley* 2008-C, 1295.

Si bien los principios se encuentran íntimamente vinculados y se relacionan de manera difícilmente escindible, a los fines de sistematizar la exposición, y quizás en el futuro una estructuración en los primeros artículos del Código, se los analiza por separado en la medida de lo posible; siempre con un enfoque particular que es el del derecho del trabajo.

## 2.1 | El principio *pro homine*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio *pro homine* implica la interpretación extensiva de los derechos humanos y la interpretación restrictiva de sus limitaciones; al tiempo que explica que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional y, dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio *pro homine*, es decir, aplicando la norma que mejor proteja a la persona humana, incluso en su condición de trabajador.<sup>(8)</sup>

En sintonía con esto, el voto de la mayoría de los miembros de la CSJN en “Madorrán”<sup>(9)</sup> indica que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Dicho principio es recogido por posteriores precedentes de la CSJN.<sup>(10)</sup>

El principio *pro homine* es una derivación del hecho de que el ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual

(8) CORTE IDH, Opinión Consultiva 18, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17/09/2003.

(9) CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”, 03/05/2007.

(10) CSJN, “Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA”, 10/08/2010; “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. En el caso de la relación de trabajo, esto está aún más presente que en otras relaciones, ya que se trata de una relación que muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes —la del trabajador—, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y de su dignidad.<sup>(11)</sup>

La concepción instrumental del trabajador ha sido materia de terminante censura por la CSJN, que ha dejado en claro que no es admisible la confrontación entre los derechos humanos y derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica. Por encima de los derechos de propiedad del empresario, que lo habilitan según algunos a dirigir como le plazca su empresa, en función de distintos derechos económicos reconocidos por la CN, se encuentra la dignidad de los trabajadores, que ocupa el lugar principal en la cúspide normativa nacional e internacional, siendo parte del *ius cogens*, de donde se desprende su derecho social al trabajo.

Al respecto, refiere Diana Cañal:

Hete aquí la gran discusión, que en lo que a la jerarquización de las normas constitucionales en materia de derecho del trabajo se refiere, se traducirá en que, o bien el par dominante es el de los arts. 14 y 17, o lo es el de los arts. 14 bis y 17. Lo que equivale a decir: la economía es el eje y el trabajo una mercancía más, o a la inversa, el trabajo es un bien social y la economía se encuentra a su servicio...<sup>(12)</sup>

Y es ella misma la que se ocupa de aclarar cuál es la elección entre esas alternativas que hoy está definida en la propia CN, indicando que el art. 75, inc. 22 CN da entrada a una serie de tratados internacionales con su propia jerarquía, el art. 75, inc. 19 CN introduce la cláusula del progreso —“el progreso económico con justicia social”, que fija un límite al lucro—, así como el art. 75, inc. 23 CN a partir del cual el legislador debe asegurar

(11) CSJN, “Aquino, Isacio...”, fallo cit.; “Silva, Facundo...”, fallo cit.; “Pérez, Aníbal c/ Disco SA”, 01/09/2009; “Álvarez, Maximiliano...”, fallo cit.; “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.”, 28/06/2011.

(12) CAÑAL, DIANA, “Según pasan las cortes (El futuro de ‘De Luca’)”, en *La Ley*, DT 2006 (julio), 995.

“el pleno goce y ejercicio de los derechos” reconocidos por la CN y los TIDH, dan al sistema constitucional una racionalidad interpretativa, y es la del par conformado por los art. 14 bis y 17, es decir, el mercado al servicio del trabajo, con respeto a la propiedad privada. Por lo tanto, el propio sistema ha determinado qué “es” justo al organizar el orden jerárquico de sus reglas.<sup>(13)</sup>

Lo expresado por Cañal guarda relación, como ella misma lo reconoce, con las palabras de la CSJN en “Vizzoti”;<sup>(14)</sup> pero además se ve confirmado posteriormente con lo dicho en precedentes como “Torrillo”<sup>(15)</sup> y “Álvarez”.<sup>(16)</sup> En “Vizzoti” fallo que definitivamente abre una nueva etapa en la jurisprudencia de la CSJN relativa al mundo del trabajo, el considerando 11 es claro en cuanto a la elección que debe realizarse en el conflicto de derechos e intereses en juego dentro de las relaciones de trabajo, y los conceptos ahí vertidos son retomados y profundizados en “Álvarez” (con referencia expresa a “Vizzoti”)

... admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., pp. 3691/3692). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (Mata, José María c/ Ferretería Francesa, Fallos: 252:158, 163/164), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales

(13) CAÑAL, DIANA, “Según pasan...”, *op. cit.*

(14) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA”, 14/09/2004.

(15) CSJN, “Torrillo Atilio...”, fallo cit.

(16) CSJN, “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

de sustancia predominantemente económica (...). El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental...<sup>(17)</sup>

Esta preferencia de la CSJN por la validez de los derechos del trabajador y el desarrollo de la persona humana por sobre los derechos de contratar y propiedad del empleador no es algo nuevo, como la propia CSJN lo destaca en el voto mayoritario de "Álvarez", sino que

El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador (...) "toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental" ...<sup>(18)</sup>

En síntesis, la persona humana es centro y eje del sistema, su dignidad intrínseca a su condición es inviolable, y se encuentra por encima de cualquier otro derecho o valor, en especial si estos son de naturaleza netamente económica, todo lo cual se ve potenciado en las relaciones de trabajo con respecto a la persona en su condición de trabajador/a, y por las particularidades de este tipo de vínculo. Por ello, el principio protectorio puede considerarse una de las principales derivaciones del principio *pro homine* con respecto al derecho del trabajo, la regla de protección de la persona humana que trabaja por sobre los intereses netamente mercantilistas del propietario de la empresa, y de la dignidad de la persona por sobre la propiedad de las cosas.

(17) CSJN, "Álvarez, Maximiliano...", fallo cit.

(18) *Ibid.*

## 2.2 | El principio protectorio

La etapa iniciada por la CSJN en la primavera de 2004 va de la mano de una reafirmación del principio protectorio y de la preferente tutela del trabajador. En "Vizzoti", y en muchos otros fallos posteriores,<sup>(19)</sup> la CSJN deja en claro que el trabajador es sujeto de preferente tutela, y que esto no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis CN, sino por el renovado ritmo universal que representa el derecho internacional de los derechos humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Una semana después de "Vizzoti", la CSJN refiere en "Aquino" que

... el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", y al precisar que éstas "asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor", la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. (...) La "excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo" que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis 'se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional' (...) Para el constituyente que la elaboró y sancionó, la citada norma entrañaba, en palabras del miembro informante de la Comisión Redactora, convencional Lavalle, una aspiración "a derrotar [...] al 'hombre tuerca' [...] y soliviantar al 'hombre criatura' que, agrupado en su pueblo, en el estilo de la

(19) CSJN, "Aquino, Isacio...", fallo cit.; "Ferreyra, Gregorio Porfidio c/ Mastellone Hnos SA", 28/06/2005; "Silva, Facundo...", fallo cit.; "Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad", 12/08/2008; "Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo", 24/02/2009; 01/03/2009, "Torrillo Atilio Amadeo..." fallo cit.; "Pérez, Aníbal..."; "Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros", 24/11/2009; "Rossi Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina", 09/12/2009; "Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA", 10/08/2010; "Álvarez Maximiliano...", fallo cit.; entre otros.

libertad y en nombre de su humana condición, realiza, soñador y doliente, agredido y esperanzado, con perspectiva de eternidad, su quehacer percedero“(...) la manda constitucional del art. 14 bis (...) se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección recoode derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22).<sup>(20)</sup>

Como lo ha indicado la misma CSJN, la situación de sujeto de preferente tutela del trabajador conlleva, entre otras cuestiones, una no menor, y es que debe darse un particular enfoque al control de constitucionalidad de las normas aplicables a las relaciones de trabajo,<sup>(21)</sup> en el que lo determinante sea dicha preferencia por el bienestar del trabajador en caso de conflicto entre normas y/o intereses.

Las derivaciones del principio protectorio son múltiples, y una fundamental es la de tener presente la desigualdad que existe entre las partes en la producción de la prueba. De ahí surgen principios como el del *in dubio pro operario*, ya que, como se dijo anteriormente, la prueba suele ser muchas veces una barrera que cierra el paso al trabajador al momento de reclamar sus derechos, debido a la dificultad que tiene para conseguirla, mientras que para el empleador es todo lo contrario: una barrera de protección por contar con mayor facilidad de producirla.

Según el principio del *in dubio pro operario*, cuando la realidad admite varias lecturas, su interpretación ha de inclinarse en favor del trabajador, con lo cual la solución final le favorece.<sup>(22)</sup> Si bien es cierto que el principio *in dubio pro operario* es de naturaleza procesal, su proyección es de mayor amplitud, ya que se introduce en la problemática filosófica y social para nivelar desigualdades.<sup>(23)</sup>

En este sentido, la doctrina ha planteado que el *in dubio pro operario* actúa como una regla de sana crítica, teniendo por sana crítica aquellas re-

.....

(20) CSJN, “Aquino, Isacio...”, fallo cit.

(21) CSJN, “Vizzoti...”, fallo cit., consid. 9°.

(22) CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo*, La Plata, Editorial Platense, 1998, p. 255 y ss.

(23) RUBINSTEIN, SANTIAGO, “El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria”, *DT* 1992-B, 2407.

glas aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, la experiencia y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso. De tal modo, la sana crítica en el proceso laboral sería la que indica que el trabajador, que se encuentra en inferioridad de condiciones probatorias, que ha generado una razonable duda a favor de sus pretensiones, las que no han sido desvirtuadas por quien se encuentra en mejores condiciones de producción de prueba, y que ha acudido a la justicia en defensa de sus derechos, sea beneficiado con esta forma de resolver la razonable duda.<sup>(24)</sup>

Debiendo el juzgador evaluar la prueba según las reglas de la sana crítica, con la ayuda de la lógica y de la experiencia, al considerar las pruebas en los casos concretos, ante la duda, podrá pronunciarse a favor del obrero, pues de la observación del comportamiento humano a veces surge que las distintas pruebas rendidas no reflejan la verdad de los hechos o no arrojan suficiente luz como para iluminar la convicción del sentenciante, quien deberá considerar la desigualdad de las partes y la dificultad permanente de los trabajadores para el ofrecimiento y producción de sus pruebas.<sup>(25)</sup>

Si la regla *pro operario* no se aplicara en los casos de duda, teniendo en cuenta que el juez carece de la facultad de omitir pronunciarse ante el caso concreto, la cuestión debería resolverse a favor del empleador, lo cual resultaría contrario al principio protectorio que informa toda la normativa laboral.<sup>(26)</sup> En los casos de duda, cuando existen motivos en pro y en contra, es razonable decidir a favor del económicamente débil en un litigio que no quiere satisfacer ambiciones, sino proveer a las necesidades inmediatas de la vida.<sup>(27)</sup>

.....

(24) RECALDE, HÉCTOR y RECALDE, LEANDRO; "Fundamentos de la Reforma al artículo 9 de la LCT", en *La Ley*, Sup. Act. 21/04/2009, 1.

(25) RUBINSTEIN, SANTIAGO, "El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria y la justicia social", *DT* 1984-A, 571.

(26) CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 256; GORLA, MIGUEL A. y RUSSO PATRICIA S., "La apreciación judicial de la prueba en el proceso laboral", en *RDLSS* 2008-5-377.

(27) ACKERMAN, MARIO E. (dir.); TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 385, con cita de Amadeo Allocati, *La duda en el derecho Laboral*.

## 2.3 | El principio de justicia social

Es la propia CSJN<sup>(28)</sup> la encargada de recordar y destacar que la “justicia social” es la que inspiró la elaboración y sanción del art. 14 bis CN;<sup>(29)</sup> indicando cómo la llamada nueva cláusula del progreso —introducida en la Constitución Nacional para 1994— es prueba manifiesta del renovado impulso que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75, inc. 19, CN con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al “desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”, ideas que rememoran la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986.<sup>(30)</sup>

Según refiere la CSJN en “Aquino”, y reitera en otros precedentes,<sup>(31)</sup> la justicia social es un principio señero de nuestra CN y del DIDH. Este principio, inscripto en el Preámbulo de la OIT y presente en nuestra Constitución desde sus mismos orígenes, al expresar como su objetivo preeminente el logro del “bienestar general”, cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral como un medio para establecer la paz universal pero también como un fin propio. Se trata de “la justicia en su más alta expresión”, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se

.....

(28) CSJN, “Aquino, Isacio...”, fallo cit.

(29) “... según lo asentaron con toda claridad los reformadores de 1957 (convencionales Jaureguiberry —informante del despacho de la Comisión Redactora—, Peña, Palacios, Schaposnik, Pozzio y Miró, Diario de sesiones..., cit., t. II, ps. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente), y lo advirtió oportunamente esta Corte (Fallos: 246:345, 349, considerando 7º, y 250:46, 48, considerando 2º)...”, CSJN, “Aquino, Isacio...” fallo cit.

(30) Esta declaración de la ONU (resolución 41/128) establece que: “Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste” (art. 3), y les corresponde garantizar “la justa distribución de los ingresos” y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de “erradicar todas las injusticias sociales” (art. 8.1).

(31) CSJN, “Madorrán, Marta...”, fallo cit.; “Pérez, Aníbal...”, fallo cit.

tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible que la persona humana se desarrolle conforme con su excelsa dignidad.

En “Aquino” y “Madorrán”, la CSJN recuerda el caso “Berçaitz”,<sup>(32)</sup> en el que se sostuvo la categoría constitucional de la justicia social como principio de hermenéutica jurídica, plasmada en el *in dubio pro justitia sociales* (regla varias veces reiterada por la Corte);<sup>(33)</sup> principio por el cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con este sentido, consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.

En este sentido, el principio fue receptado por la normativa infraconstitucional —art. 11 ley 20.744—, que fue mantenido intacto en la Regla de Contrato de Trabajo (RCT)<sup>(34)</sup> surgida de la norma 21.297, que indica “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

El alcance internacional en el ámbito de los derechos humanos de este principio puede encontrarse explicitado en los considerandos de “Aquino”.

.....

(32) CSJN, “Berçaitz, Miguel Ángel”, 13/09/1974.

(33) CSJN, “Sánchez, María del Carmen c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, 17/05/05; “Gentini, Jorge Mario...”, fallo cit.; “Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA”, 10/08/2010; “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.; “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.”, 28/06/11.

(34) No utilizo las siglas comunes LCT, Ley de Contrato de Trabajo, pues el régimen actualmente vigente en la materia no es una ley, como si lo fue la ley 20.744. Siguiendo a otros laboristas, uso las siglas RCT en referencia a la Regla de Contrato de Trabajo, ya que lo que se encuentra vigente desde la última dictadura militar —año 1976—, es la regla 21.297. En consonancia con el desarrollo que se realiza en este trabajo, hay que destacar que las palabras no se utilizan en forma inocente. Llamar ley a algo que no lo es no busca otra cosa que perpetuar una injusticia en contra de los trabajadores y la justicia social, y mediante el olvido, intenta buscar que esta situación se consolide. Por otra parte, si lo que se persigue es el logro de una sociedad más democrática, no deben aceptarse actos arbitrarios de poderes de facto. Para quienes nacimos casi al final de la dictadura 1976/1983, el ejercicio de la memoria de lo sucedido en épocas no democráticas se vuelve más difícil, pero a la vez más necesario, por lo que debemos culturalmente abrir los ojos y ver lo que es y no lo que pretenden hacernos ver: la regla 21.297 solo está usurpando el lugar de la ley 20.744 por obra de un acto violento y arbitrario de un poder antidemocrático.

Es muy interesante rescatar el párrafo donde se entronca, con fundamentos extraídos del ámbito internacional, la realización de la justicia social con la democracia, destacando la importancia de la participación de los individuos en esa tarea

... Desarrollo humano y progreso económico con justicia social, (...) rememoran la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128): "Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste" (art. 3), máxime cuando también les corresponde garantizar "la justa distribución de los ingresos" y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de "erradicar todas las injusticias sociales" (art. 8.1). En este último sentido, resulta de cita obligada la Corte Europea de Derechos Humanos: "Eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático" (James y otros, sentencia del 21-2-1986, Serie A n° 98, párr. 47).<sup>(35)</sup>

## 2.4 | El principio de progresividad

En el fallo "Aquino", la CSJN hace referencia al principio de progresividad como un "principio arquitectónico" del DIDH en general y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) en particular. Este principio, que establece que todo Estado se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos, es reiterado en posteriores fallos de la Corte tanto de temática laboral<sup>(36)</sup> como no laboral.<sup>(37)</sup>

.....

(35) CSJN, "Aquino, Isacio...", fallo cit.

(36) CSJN, "Madorrán, Marta Cristina...", fallo cit.; "Álvarez Maximiliano ...", fallo cit.

(37) CSJN, "Q. C/, S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/04/2012. Una mujer en situación de calle, que reside en la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2000, inició una acción de amparo con el objeto de que el Gobierno local la incluyera, junto con su hijo menor que sufre una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida

Acudiendo directamente a las fuentes internacionales de jerarquía constitucional, el art. 2° PIDESC establece:

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.

Interpretando el texto del PIDESC, indica Gialdino:

... “lograr progresivamente” enuncia la dinámica y el sentido que deben guiar el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones, esto es, de perfeccionamiento, de progreso, de avance. Lograr es alcanzar; “progresivamente” significa con progresión, y “progresión” denota la acción de avanzar. Luego, “lograr progresivamente” dice, en el contexto indicado, acción y sentido de esta.<sup>(38)</sup>

También en “Aquino” la CSJN transcribe algunas de las interpretaciones que, al respecto, realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal según lo reconoce la propia Corte. Es así que, con cita del CDESC, la CSJN refiere que “... todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga...”,<sup>(39)</sup> existiendo una “fuerte

.....

por una encefalopatía crónica, en los programas en materia de vivienda y le proporcionara alguna alternativa para salir de la situación en la que se encontraba. El Tribunal Superior de la Ciudad revocó la sentencia que hizo lugar a la acción. La CSJN dio vuelta esta decisión y ordenó que la demandada garantice el derecho de la reclamante.

(38) GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, en *RDLSS*, 2006-23-2085.

(39) El detalle de la cita contenida en el fallo de la CSJN es: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9. Asimismo: Observación General 15, p. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional

presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado,<sup>(40)</sup> sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1.

Nuestra CN, en su propio texto, también esta imbuida de este principio y lo contiene. Si bien la formulación más precisa del principio de progresividad se encuentra en los TIDH, puede verse una incipiente formulación en el preámbulo de la CN, que entre sus objetivos tiene el de “promover el bienestar general”, lo que luego es reforzado en la llamada cláusula del progreso del art. 75, inc. 19, CN. En este sentido de progresividad se elaboró e incorporó el art. 14 bis CN, como la CSJN refiere en “Aquino”, que trata sobre este principio, al indicar:

Cabe memorar, en este contexto, las palabras del ya mencionado miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que “un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante”, aun cuando ello “podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme” (Diario de sesiones..., cit., t. II, p. 1060).<sup>(41)</sup>

Un laboralista muy abocado al tratamiento y desarrollo del principio de progresividad, Ricardo Cornaglia, refiere que

Este principio funciona como una válvula dentro del sistema, que impide retroceder, desactivando los derechos y las garantías sociales ya alcanzados (...) Para cumplir la función protectoria, se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición

.....  
de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillippe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23.

(40) El detalle de la cita contenida en el fallo de la CSJN es: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14 y 15, p. 103 párr. 32, y p. 122 párr. 19, respectivamente.

(41) CSJN, “Aquino, Isacio...”, fallo cit., consid. 10.

más beneficiosa. Impone la necesaria aceptación de la regla de la aplicación inmediata de la ley laboral más favorable en el tiempo, a las situaciones y causas pendientes (...) Alcanza el llamado principio de progresividad a la categoría de tal en los Estados Sociales de Derecho, por cuanto impregna a todo el sistema normativo laboral de sus notas características y excluyentes propias del garantismo. El sistema adquiere coherencia en función del principio. Las normas se deben al mismo y lo expresan, de lo contrario resultan asistémicas e irrazonables. De ello se desprende la fuerza vinculante del principio, que llega ser tal, no como una regla de interpretación (que también lo es), sino como una fuente material normativa (...) Del principio de progresividad del que podemos hablar en términos de una revolución democrática, es el de la liberación del hombre a partir del trabajo.<sup>(42)</sup>

Frente a los cambios operados en la CSJN en 2014, con una nueva integración que, al parecer, pretende volver el tiempo atrás y desactivar evidentes progresos en materia de relación del trabajo —como la búsqueda de una protección adecuada frente al despido arbitrario, la nulidad del despido discriminatorio, el fin de las interpretaciones restrictivas en materia de solidaridad, la responsabilidad amplia de las ART en materia de accidentes y enfermedades del trabajo en los que existió falta de una adecuada prevención, y la reparación justa/integral del daño sufrido por los trabajadores, entre otras—, el principio de progresividad es una de las vallas fundamentales para el retroceso y la regla que obliga a continuar con los avances.

## 2.5 | El principio de efectividad y plenitud

La efectividad y plenitud de los derechos se encuentra íntimamente relacionada con el principio de progresividad, como lo demuestra su tratamiento conjunto en distintos TIDH, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y su Protocolo adicional, o el PIDESC. Los derechos humanos, progresivamente, deben ser reconocidos por los Estados que firman los tratados internacionales, pero no solo esto, sino

.....

(42) CORNAGLIA, RICARDO J., "El principio de progresividad como protección de la propiedad social y la indemnidad del trabajador", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011, p. 227 y ss.

que deben verse concretados en la realidad, deben ser efectivamente gozados por sus titulares, y no de manera retaceada sino plena. En el caso del derecho del trabajo, también se relacionan y en cierta forma derivan del principio protectorio laboral.

Acudiendo nuevamente a las palabras de la CSJN, es preciso tener en cuenta que la CN —la que, obviamente, debe ser entendida en bloque con los TIDH— asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano.<sup>(43)</sup> Por ello, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la efectividad y plenitud que le reconozca la Constitución Nacional.<sup>(44)</sup>

Como explica Gialdino,<sup>(45)</sup> en relación a la efectividad y plenitud de los derechos humanos, si algo ponen en la liza los derechos económicos, sociales y culturales, no sin fervor, y ello suele ser oscurecido por motivos no siempre del todo desinteresados, es, principal aunque no exclusivamente, la forma en que es distribuida la riqueza de un país, los recursos. Debe tenerse presente que, para el logro de la plena efectividad de los derechos, el Estado se ha comprometido a emplear “hasta el máximo de los recursos de que disponga”.

Pero la obligación de dar efectividad y plenitud a los derechos humanos no pesa solo sobre el Estado. Como lo ha expuesto la CSJN,<sup>(46)</sup> en el marco de la relación laboral privada, el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores, esto es, una obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos. Los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes

(43) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto...”, fallo cit.; “Madorrán, Marta Cristina...”, fallo cit.; “Silva, Facundo Jesús...”, fallo cit.; “Aerolíneas Argentinas SA...”, fallo cit.; “Pérez, Aníbal...” fallo cit.; “Trejo, Jorge Elías...”, fallo cit.; “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.)”, 06/04/2010”.

(44) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto...”, fallo cit.; “Madorrán, Marta Cristina...”, fallo cit.; “Pérez, Aníbal...”, fallo cit.

(45) GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al trabajo...”, en *op. cit.*

(46) CSJN, “Pérez, Aníbal...”, fallo cit.; “Trejo, Jorge Elías...”, fallo cit.; “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

públicos como por los particulares en relación con otros particulares (teoría del *Drittwirkung*). Si bien es el Estado quien debe velar porque los derechos de los trabajadores sean respetados por todos, logrando su cumplimiento efectivo y pleno, y comprometiendo, en caso de que ello no suceda, su responsabilidad en el plano internacional,<sup>(47)</sup> los particulares no son ajenos en este compromiso, y deben cuidar que su acción no interfiera con la efectividad y plenitud de los derechos, además de ser responsables de su realización en algunos casos, en que por su actividad específica deben obrar positivamente a través de acciones requeridas para alcanzar este objetivo.

## 2.6 | El principio de favorabilidad

Si bien el BCF está conformado por la CN y los TIDH, y no solo estos son fuentes de derechos humanos, en los casos en que hay distintas normas que tratan una cuestión particular referida a ellos, en función del principio de favorabilidad se impone la que es más favorable para su protección y cumplimiento.

Hace varias década, la CSJN, en el precedente “Berçaitz”,<sup>(48)</sup> tuvo oportunidad de censurar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, indicando que esto contrariaba su propia jurisprudencia concordante con la doctrina universal y el principio de favorabilidad, postura que se ve nuevamente asumida con fuerza por la CSJN a partir del 2004,<sup>(49)</sup> en especial en fallos que han ordenado la reinstalación de trabajadores, como son “Madorrán” y “Álvarez”.

En tiempos mas recientes, y en lo que hace al derecho del trabajo, la Corte IDH refiere que

... 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

.....

(47) CSJN, “Aerolíneas Argentinas...”, fallo cit.

(48) CSJN, “Berçaitz, Miguel Ángel”, fallo cit.

(49) CSJN, “Madorrán, Marta Cristina...” fallo cit.; “Benedetti, Estela Sara c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 16/09/08; “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

persona humana, en este caso, al trabajador. Esto 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...<sup>(50)</sup>

Las formulaciones de este principio puede encontrarse, por ejemplo, en la Constitución de la OIT, que en su artículo 19 dice que: "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación". Por lo tanto las normas de la OIT, como el resto de las normas de derechos humanos, deben tomarse como un piso, como un mínimo de derechos a reconocer a los trabajadores, el cual no puede ser perforado, pero desde el cual si se puede buscar condiciones más favorables. En el caso de que estas condiciones más favorables ya existieran en el Estado en su regulación interna, se debe estar a la regulación del Estado y no a la norma de derecho internacional.

El art. 29, inc. b, CADH, a su vez, establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En síntesis, dos son los efectos fundamentales del principio de favorabilidad, aquel que se proyecta al momento de la elección de la norma y el que tiene gravitación al momento de interpretarla, y en ambos casos se debe elegir lo que sea más favorable para la realización de los derechos humanos en el caso concreto.

.....

(50) CORTE IDH, Opinión Consultiva 18, "Condición jurídica...", *op. cit.*

## 2.7 | El principio de interpretación evolutiva

Del precedente "Kot", de la CSJN, puede extraerse otro principio que no siempre es tenido en cuenta como tal, que podría denominarse de "interpretación evolutiva", en el sentido de un avance en la interpretación de las leyes, fundamentalmente de las del BCF, que acompañe las modificaciones que se van operando en la sociedad con el transcurso del tiempo. Este principio puede considerarse retomado en fallos posteriores, como "Berçaitz", "Gentini" y "Álvarez".

A poco de iniciada la segunda mitad del siglo XX, la CSJN, en "Kot", dijo:

Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: "Las leyes disponen para lo futuro", dice el art. 3° del Cód. Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución...<sup>(51)</sup>

Luego, en el fallo "Berçaitz", un año y medio anterior al golpe de Estado genocida de 1976, la Corte continuó la elaboración de este principio, al plantear que

... el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una "Constitución rígida", consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa "superley" se propone promover; y este fin establecido en el

(51) CSJN, "Samuel Kot SRL", 05/09/1958.

documento de la Constitución formal por una generación del pasado, "como derecho recibe su fuerza y efecto de la presente generación, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente y con la mira puesta en los problemas del presente". (EDWARD S. CORVIN, *The Constitution and what it means today*, —Atheneum—, New York, 1963, p. 2). Y como esta Corte lo ha declarado, "el objetivo preeminente" de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el "bienestar general" ...<sup>(52)</sup>

En la etapa de la CSJN posterior al 2004, este principio es retomado primero en "Gentini" y luego en "Álvarez". En el fallo "Álvarez", con cita del precedente "Kot", esta doctrina es profundizada en lo que hace al art. 14 bis CN. En este sentido, indica la Corte:

... las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción, y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento", respecto de la Constitución Nacional que "tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción". (...) De ahí que, además, el art. 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (v. Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja, Fallos: 329:1794, y García Méndez, Fallos: 331:2691, 2700/2701), no excluyente de "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las "condiciones de trabajo". Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar "el

.....  
(52) CSJN, "Berçaitz, Miguel Ángel", fallo cit.

pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...<sup>(53)</sup>

En sentido similar al del análisis transcripto y emanado de la CSJN, la jueza Kogan, de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en un fallo que al igual que el precedente "Álvarez" ordena la nulidad de un despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador, indica que el perfil exigible a los jueces es el de

... una judicatura que pronuncia sus decisiones y cumple sus deberes funcionales diligentemente, pero que además, a partir de una visión progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus pronunciamientos un sentido constructivo y modernizador, orientándolos a la consagración de los valores esenciales en vigor. Valores que no son otros que los protegidos por nuestra Constitución Nacional...<sup>(54)</sup>

Este principio evolutivo, que encuentra su correlato doctrinario en lo que Pompa denomina "carácter dinámico",<sup>(55)</sup> surge indefectiblemente del contorno abierto y la dinámica constitucional que obliga a tener como estándares mínimos el texto de la CN y los TIDH, un piso pero no un techo de la protección humana, protección que se debe acrecentar, profundizar y complejizar con el avance de las sociedades.

En síntesis, el derecho debe acompañar el devenir del pueblo para el que fue dictado, adaptarse a sus cambios, el derecho de un Estado debe acompañar a la vez que impulsar los cambios del pueblo de ese Estado y el DIDH de todos los pueblos del mundo considerando las particularidades de cada uno, siempre teniendo en cuenta el fin último de todo el ordenamiento jurídico, el desarrollo digno de la persona humana en un ámbito de paz conseguida por medio de la justicia social.

.....

(53) CSJN, "Álvarez Maximiliano...", fallo cit.

(54) SCJ BUENOS AIRES, "Villalba, Franco Rodrigo c/The Value Brands Company de Argentina", 22/12/2010.

(55) POMPA, ROBERTO C., "La estabilidad como Derecho Humano", en L. E. Ramírez (coord.), *El Derecho Laboral...*, op. cit., p. 23.

## 2.8 | El principio de reparación justa y/o integral

En “Aquino” hay un primer planteo de la CSJN, con su integración posterior a 2004, de este principio, que es abordado como un derivado directo del art. 19 CN y la regla del *alterum non laedere*. Refiere la CSJN que

... el art. 19 de la Constitución Nacional establece el “principio general” que “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”: *alterum non laedere*, que se encuentra “entramablemente vinculado a la idea de reparación” (...) la Corte, en “Provincia de Santa Fe c. Nicchi”, juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” (...) lo que “impone que la indemnización deba ser ‘integral’ —que vale tanto como decir ‘justa’—, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte” (...) en forma unánime la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia de casi todos los tribunales del país, sostienen que la indemnización debe ser “integral” o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización (...) Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una “justa indemnización”. Y las reparaciones, “como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” y no pueden implicar el “empobrecimiento de la víctima” (Bamaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones, sentencia del 22-2-2002, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, ps. 107/108, párrs. 40/41 y sus citas)...<sup>(56)</sup>

(56) CSJN, “Aquino, Isacio...”, fallo cit.

Por lo tanto, de "Aquino" surge claramente que resulta inconstitucional la reparación de un daño que no sea "justa" y/o "integral", que haga desaparecer por completo el daño y vuelva las cosas al estado anterior al mismo, y ello con mayor razón cuando no está en juego la protección de la integridad patrimonial, esto es, un valor instrumental, sino uno fundamental, un derecho humano fundamental, como la protección de la inviolabilidad física, psíquica y/o moral del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador.

En lo que hace a la reparación frente a un despido injusto, el caso más común de daño sufrido por un trabajador que lo lleva a realizar un reclamo judicial, en "Madorrán" primero y "Álvarez" después, el principio de reparación integral recibe una atención especial cuando la CSJN refiere que

... la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 —y su cita— y 214. 7, y "Madorrán", cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley" (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la "restitución" (Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última solo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no

puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55)...<sup>(57)</sup>

Con lo cual puede verse que la reinstalación es la forma de reparación justa y/o integral ante un despido sin justa causa, y mucho más si se trata de un despido claramente discriminatorio. Se trata de la única manera de hacer desaparecer por completo el daño, volviendo las cosas al estado anterior, encontrándose en juego la dignidad del trabajador.

## 2.9 | Los principios de cooperación y solidaridad

Según Gialdino,<sup>(58)</sup> es en el propio texto constitucional de 1853/1860 en el que la CSJN fundó una cavilosa doctrina según la cual los derechos sociales están regidos por el “principio de solidaridad”. En este sentido, indica que la introducción del art. 14 bis CN, a su turno, no ha obrado sino como caudaloso afluente de la vertiente antes mencionada, y más aún lo hicieron los instrumentos de derechos humanos regionales y universales que, a partir de 1994, se inscribieron en la propia Ley Fundamental

Hace un holgado medio siglo que la Declaración Universal de Derechos Humanos expresó: “Todos los seres humanos ... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1º), reafirmando así la mención de su Preámbulo a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la “familia humana”. Y unos meses antes de ello, cabe siempre recordarlo, el camino ya había sido franqueado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: los hombres “deben conducirse fraternalmente los unos con los otros” (Preámbulo), al paso que su art. XXIX rezaría: “toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad”, máxime cuando “los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y

.....

(57) CSJN, “Álvarez, Maximiliano...”, fallo cit.

(58) GIALDINO, ROLANDO E., “La fraternidad humana”, en *ED* 192-732, 2001.

los fundamentan" (Preámbulo). Posteriormente, en 1966, los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, persistirían en el señalamiento de la mentada "familia humana"...<sup>(59)</sup>

En concordancia con esto, se encuentran las reflexiones que, en el nuevo milenio, viene desarrollando la CSJN,<sup>(60)</sup> que plantea que la relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad. Son estas, entre otras, las "características" del trabajo humano", que imponen su consideración con criterios propios" que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia" normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. La primera enunciación de este principio en la nueva etapa de la CSJN puede leerse en "Aquino", cuando refiere que el

... trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, [...] normativamente comprendidos en la Constitución Nacional...Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan ("S.A. de Seguros 'El Comercio de Córdoba' c. Trust" Fallos: 258:315, 321, considerando 10 y sus citas; en igual sentido Fallos: 304:415, 421, considerando 7º). El Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744) se inscribe en esta perspectiva, cuando preceptúa que el "contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico..."(art. 4)...<sup>(61)</sup>

(59) GIALDINO, ROLANDO E., "La fraternidad...", *op. cit.*

(60) CSJN, "Aquino, Isacio...", fallo cit.; "Silva, Facundo Jesús...", fallo cit.; "Pérez, Aníbal...", fallo cit.; "Álvarez, Maximiliano..."; "Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.".

(61) CSJN, "Aquino, Isacio...", fallo cit.

Este principio ha tenido recepción expresa en la norma infraconstitucional, primero en el art. 67 ley 20.744, y luego en el art. 62 RCT, dejando en claro la CSJN que a su vez ese artículo se relaciona con el art. 4° de este último cuerpo normativo, siendo fundamental por ello que los criterios de colaboración y solidaridad sean antropocéntricos y no economicistas. Esto es lógico si se repara en que la solidaridad es una característica eminentemente humana que tiende a la interacción que busca el bien del otro, de manera desinteresada en lo económico y con vistas a privilegiar lo humano. Como refiere Capón Filas,<sup>(62)</sup> la solidaridad, potenciando el dato biológico de la unidad de la especie, aglutina esfuerzos tras un proyecto común, estructurando un continuo en el que no actúen más “lo mío” y “lo tuyo”, en una dialéctica entre naturaleza y cultura que conlleva una tarea común y un esfuerzo compartido.

## 2.10 | El principio de igualdad y prohibición de discriminación

Con cita de la CIDH,<sup>(63)</sup> y dejando en claro que la cita surge con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera, refiere la CSJN<sup>(64)</sup> que el principio de igualdad y prohibición de discriminación resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”. A renglón seguido, la CSJN sigue sus reflexiones en los siguientes términos

... cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “derecho internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su

(62) CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Derechos Sociales en la Constitución”, en DT 1998-B, 1592.

(63) CORTE IDH, Opinión Consultiva 18, “Condición jurídica...”, *op. cit.*, párrs. 87/88 y 100.

(64) CSJN, “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales...<sup>(65)</sup>

La CSJN<sup>(66)</sup> pone el acento en que el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de esta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la

.....

(65) CSJN, “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

(66) CSJN, “Álvarez Maximiliano...”, fallo cit.

cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquellos. Además, y con respaldo en la Carta Democrática Interamericana, la Corte afirma que la eliminación de toda forma de discriminación contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Es un principio fundamental de toda sociedad que quiera lograr la paz eliminar toda forma de violencia, siendo hoy difícil de negar que una de las principales causas de la violencia es la desigualdad, violencia que puede surgir de un acto discriminatorio hacia quien es desigual o de la desesperación de quien por su situación desigual ha sido excluido de la sociedad en parte o en todo. La discriminación debe ser erradicada y la forma es mediante el respeto de la igualdad de derechos humanos básicos a todos los integrantes de la sociedad.

## 2.II | El principio de estabilidad<sup>(67)</sup>

Este principio ha sido dejado para el final para rescatar su importancia con relación al resto de los principios en lo que hace a las relaciones de trabajo. Se trata, como indica Juan Orsini,<sup>(68)</sup> de un principio de trascendental importancia dentro de lo que es el derecho del trabajo. Es un principio de acuerdo al cual no puede privarse al trabajador de su trabajo salvo que exista una justa causa para ello, debiendo mantenerlo de manera inalterada en el mismo, a salvo de todo tipo de arbitrariedades, ordenando se respeten las condiciones de prestación frente a modificaciones arbitrarias y su reincorporación en caso de expulsión injusta.

... es el de estabilidad un principio de cuya vigencia efectiva depende, en gran medida, la de la totalidad de los derechos de los

(67) A quien le interese profundizar sobre la estabilidad en el caso del trabajador argentino, pero realizando un análisis comparado con otros países y momentos históricos, con un efecto multidisciplinario (económico, jurídico, político, sociológico, etc), pongo a disposición mi tesis de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, UNTreF, "La Estabilidad del Trabajador Argentino y su importancia para la Democracia", aprobada en abril de 2013. Puede solicitarse por mail a serranoalou@yahoo.com.ar

(68) ORSINI, JUAN I., "Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 113.

trabajadores en relación de dependencia, toda vez que aquellos pueden convertirse fácilmente en letra muerta, en meras declaraciones líricas, cuando el principio de estabilidad se debilita o flexibiliza. Ello no es difícil de comprobar si advertimos que todos los derechos que se reconocen a quien reviste la condición de trabajador dependiente solo tienen valor en tanto se conserve esa condición (...) el principio de estabilidad tiene una doble dimensión alimentaria-democrática (...) pretende compensar la asimetría de poder existente en el trabajo subordinado entrelazando derechos individuales y colectivos en una relación que asegure un determinado estándar de vida dotado de una cierta dignidad, es decir, un estatuto protector de los trabajadores...<sup>(69)</sup>

El fundamento esencial del principio de estabilidad en Argentina se encuentra en el BCF, según puede verse en las sentencias de la CSJN del período 2004/2014, empezando por "Vizzoti" y haciendo un recorrido que tiene su punto más alto en "Álvarez". Sin embargo, es un principio que puede verse receptado por legislaciones de todo el mundo, como en Alemania,<sup>(70)</sup> Italia<sup>(71)</sup> o Japón<sup>(72)</sup>, países con economías desarrolladas

(69) ORSINI, JUAN IGNACIO, "Hacia un nuevo paradigma...", *op. cit.*, pp. 113 y 115.

(70) En la normativa alemana de 1951, el "despido arbitrario" no tenía eficacia para disolver la relación, quedando el vínculo subsistente, pudiendo por ello el trabajador reclamar su reincorporación y el pago de los salarios que se hubiesen devengado. En estos casos, el empleador podía negarse a reintegrar al trabajador, pero los salarios se seguían devengando, pudiendo cambiar su decisión y solicitar al trabajador la prestación efectiva de tareas en cualquier momento. Este sistema, previsto para empresas con más de 5 trabajadores, es utilizado de inspiración en una nota de doctrina por Justo López, para esbozar un posible sistema de estabilidad absoluta (llamada por él de estabilidad propia plena) para nuestro país. Ver LÓPEZ, JUSTO, "El Derecho a la Estabilidad y la estructura de la empresa", en *Legislación del Trabajo*, t. XV, p. 668 y ss; y "¿Es inconstitucional el Derecho a la estabilidad?", en *Legislación del Trabajo*, t. XVII, pp. 385/398.

(71) A Italia la estabilidad le llegó de la mano del Estatuto de los Trabajadores (1970), que en su art. 18 establece la llamada tutela real frente al despido ilegítimo, es decir, la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo como respuesta a un despido declarado improcedente por el magistrado. Se aplicaba a las empresas con más de 15 empleados, y 5 si eran agrícolas; y disponía que el trabajador fuera reintegrado en su trabajo si se demostraba que no había habido una justa causa para echarlo. Esta norma emblemática, que sufrió distintos embates de gobiernos conservadores como el de Berlusconi sin que lograran reformarlo, fue vaciado de contenido en junio de 2012, mediante una reforma impulsada por el gobierno de un servidor del poder económico, en la ola regresiva en que ingresó Europa en los últimos años.

(72) Japón comparte con Alemania e Italia no solo el haber sido parte de "las fuerzas del eje" durante la Segunda Guerra Mundial, sino que también tiene en común el establecimiento

y estables, lo que desmiente a quienes se oponen a la estabilidad con fallacias económicas (v. gr., aumento del desempleo, baja de las inversiones, etc); pero sobre todo en legislaciones Latinoamericanas,<sup>(73)</sup> como el caso de México,<sup>(74)</sup> Cuba,<sup>(75)</sup> Brasil,<sup>(76)</sup> Bolivia,<sup>(77)</sup> Perú,<sup>(78)</sup> Colombia,<sup>(79)</sup> Paraguay<sup>(80)</sup> y Venezuela,<sup>(81)</sup> lo que demuestra la innegable esencia latinoamericana de este principio.

Refiere Barreto Ghione,<sup>(82)</sup> al analizar la estabilidad del trabajador y su fundamento normativo internacional, que el “derecho al trabajo” es el fundamento último y principal de toda limitación del poder de poner

.....  
de sistemas de trabajo con estabilidad de los trabajadores luego de dicha guerra, tiempo en el que Japón se enorgullecía de crear su propia forma durable de capitalismo en la que los trabajadores y los gerentes podían contar con empleos de por vida.

(73) La estabilidad del trabajador es connatural al constitucionalismo social, ya que nace junto con él, al estar dentro de la Constitución de Querétaro, del México de 1917. Y no solo eso, sino que es tan inherente al constitucionalismo latinoamericano que las constituciones alumbradas en el nuevo milenio, denominadas por algunos como “constituciones de última generación”, como la de Bolivia y Venezuela, la tienen entre los derechos que confieren a los trabajadores. No es casual entonces que el instrumento que más claramente establece el derecho a la estabilidad del trabajador, el Protocolo de San Salvador, y el que le sigue, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, sean latinoamericanos.

(74) Art. 123, Constitución Mexicana, 1917; Ley Federal del Trabajo, 1931, y también la Ley Federal del Trabajo, 1970.

(75) Art. 77, Constitución de 1940.

(76) La Ley de Consolidação brasileña, 1943, que establecía que los trabajadores, a partir de los 10 años de antigüedad, adquirirían un derecho de estabilidad.

(77) Art. 157, Constitución de 1967 (con las reformas de 1994, texto concordado de 1995, y reformas de 2002, 2004 y 2005); y arts. 46 al 55, Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

(78) Art. 48, Constitución de 1979.

(79) Art. 53, Constitución de 1991.

(80) Art. 94, Constitución de 1992; y Código del Trabajo vigente desde el año 1993, este último para todo trabajador con más de 10 años de antigüedad para el mismo empleador.

(81) Art. 88, Constitución anterior a la adoptada en el año 1999; art. 93, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; y Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

(82) BARRETO GHIONE, HUGO, “Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento”, en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*, n° 80, 04/01/2012, [en línea] <http://www.eft.org.ar>

fin a la relación de trabajo por el empleador, e indica que el derecho al trabajo es reconocido con diversas formulaciones en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH, 1948), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (en adelante, CIAGS, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (en adelante, DPDS, 1969), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (en adelante, PSS, 1978); a los que se suman, de manera directa, el Convenio 158 OIT, y de manera indirecta (no refieren expresamente al derecho al trabajo, pero sí a los caracteres del mismo), los Convenios 29, 111 y 122 OIT. A la enumeración que realiza Ghione pueden agregarse dos instrumentos más, que la CSJN<sup>(83)</sup> destaca en su jurisprudencia en relación al "derecho al trabajo": la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM).

Barreto Ghione extrae, de las normas referidas anteriormente,<sup>(84)</sup> los principales caracteres del derecho al trabajo, que —refiere— surgen con nitidez bajo la formulación "toda persona tiene derecho al trabajo" (DUDH, DADDH, PIDESC, DPDS, PACADH, etc.); caracterizándose luego ese trabajo como "libremente elegido" (DUDH, PIDESC, PACADH, Convenio 122 OIT); "en condiciones equitativas", "dignas" o "justas" (DUDH, DADDH, PACADH); "productivo y socialmente útil" (DPDS, Convenio 122 OIT); y protegido mediante la prohibición del trabajo forzoso (Convenio 29 OIT) y la eliminación de toda discriminación en el acceso al empleo (Convenio 111 OIT). El derecho al trabajo así reconocido por las normas internacionales sobre derechos humanos, funcionaría además como una regla de reconocimiento intermedia, o sea, un criterio que permite justipreciar la validez de las normas de inferior jerarquía, las que deberán referenciarse a ese estadio superior para decidir en relación a su validez.

(83) CSJN, "Vizzoti, Carlos Alberto...", fallo cit.; "Madorrán, Marta Cristina..." fallo cit.; "Álvarez Maximiliano...", fallo cit.

(84) BARRETO GHIONE, HUGO, "Derecho al trabajo y...", *op. cit.*

Debe ser por la claridad y contundencia de los TIDH, en relación al tema de la estabilidad, que estas normas están normalmente ausentes de los planteos de quienes rechazan la estabilidad que llaman maliciosamente absoluta,<sup>(85)</sup> y cuando se los menciona es con intenciones de recortar sus efectos por medio de análisis que desconocen el contexto en el cual deben aplicarse, como es por ejemplo ignorar lo que dicen los interpretes naturales de estas normas, o haciendo salvedades como referir que no resultan aplicables en situaciones como las que existen en la actualidad o en países como el nuestro, o evitando hacer referencia a los principios de interpretación constitucional y de los tratados.

Pasando a analizar los casos más relevantes de normas internacionales sobre estabilidad en el empleo, en lo que hace al Derecho Internacional, estas serían, en opinión del autor y por orden de relevancia: el art. 7º, inc. d, del Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales); el art. 19 la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el PIDESC, y en particular su interpretación por medio de la Observación General 18 —del año 2005—); y el Convenio 158 OIT (convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador).

El instrumento que más claramente establece el derecho a la estabilidad del trabajador es claramente el Protocolo de San Salvador, al referir que

... el derecho al trabajo (...) supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los

(85) Es confuso (y generar confusión es lo que se busca) referirse a “estabilidad absoluta”, ya que parece que de ninguna manera pudiese despedirse al trabajador; en especial si se acude al diccionario y se ve que como adjetivo absoluto es algo “ilimitado” y/o “incondicionado”, cuando en el caso de un sistema de estabilidad si se prevé la posibilidad de despedir, ello no es ilimitado ni incondicionado, al contrario, se encuentra limitado a los casos en que hay una justa causa para despedir, esa es la condición para que se habilite la conducta unilateral de disolución de la relación de trabajo por parte del empleador. Si puede despedirse al trabajador, pero debe existir una justa causa, con lo cual la estabilidad no resulta absoluta. De lo que se trata es de evitar el “despido arbitrario” y no todo despido, dejando la posibilidad de que exista un despido ante una “justa causa”.

trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...

El que le sigue en claridad y contundencia es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que indica: “La Ley garantizará la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y las justas causas de separación...”. Ambos se produjeron en Latinoamérica, donde surgió a principios del siglo XX el constitucionalismo social,<sup>(86)</sup> y de la mano del mismo se consagró por primera vez la estabilidad del trabajador, además de ser el continente donde las nuevas constituciones plebiscitadas por los pueblos a inicios del siglo XXI (Ecuador, Bolivia y Venezuela) contienen este derecho (en forma expresa en las de Bolivia y Venezuela, siendo para destacar la redacción de la primera al respecto), a la vez que incorporan derechos como el del “buen vivir” (*sumak kawsay*) y el cuidado de la tierra, de la Pachamama, como un ser viviente.

Pero es la Corte, la misma que durante 10 años y hasta 2014 fue desarrollando una progresiva jurisprudencia protectoria de los derechos humanos, la que instala este principio con fuerza fundándolo principalmente en los derechos humanos. Como indica Toselli:

Los más recientes pronunciamientos del máximo tribunal nacional han marcado una preocupación (Y denotan una tendencia hacia su adhesión) respecto de aquellas normas de rango superior que consagran el derecho del trabajador de permanecer en el puesto laboral mientras no existe causal alguna a el imputable que habilite el cese de su vinculación laboral...<sup>(87)</sup>

(86) Recuerda Zaffaroni cómo “... la contribución más original de América Latina al constitucionalismo comparado fue la incorporación de los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917 (...) los intelectuales de su tiempo ridiculizaron al constitucionalismo social, que dos años más tarde —en 1919— se inauguraría en Europa con la Constitución de Weimar...”. ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Pachamama y el Humano*, Bs. As., Colihue/Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011, p. 115.

(87) TOSELLI, CARLOS A., “La estabilidad en la hora actual. Un análisis necesario”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 81.

Esto no quiere decir que antes no hubiese fallos de la Corte que defendieran la estabilidad del trabajador, remontándose los antecedentes al año 1949.<sup>(88)</sup>

Los cuatros TIDH fundamentales en lo que hace al principio de estabilidad han sido utilizados por la CSJN en sus sentencias a partir de 2004, y tres de ellos en el fallo fundamental en lo que hace al principio de estabilidad, "Álvarez c/ Cencosud". Se trata del PIDESC, el PSS y el Convenio 158 OIT. El primero de ellos, el PIDESC, fue incorporado en las sentencias de la CSJN que han analizado el "despido arbitrario" y la "reincorporación" del trabajador desde el principio de la etapa que va de 2004 a 2014, empezando por "Vizzoti", pasando por "Madorrán" y llegando a "Álvarez", fallo este último que es fundamental en relación al principio de estabilidad.<sup>(89)</sup>

Como bien afirma Luis Raffaghelli,<sup>(90)</sup> la recurrencia de la CSJN al art. 6º PIDESC y la singular relevancia otorgada al mismo constituyen un piso de marcha en la doctrina de dicho Tribunal. Su incorporación en "Vizzoti" es el inicio de un camino de reflexión y debate acerca del derecho al trabajo y la protección efectiva contra el despido arbitrario, que dejó entrever elementos de un bagaje conducente hacia nuevas definiciones, construidas gradual pero sin pausa en pronunciamientos posteriores hasta el presente.

(88) En el año 1949 puede encontrarse un fallo de la CSJN donde se convalida un régimen de estabilidad, el que disponía la ley 12.637, estatuto del bancario. El fallo es "Rodsevich", y la CSJN afirma en el mismo que "La ley 12.637 asegura a los empleados bancarios el derecho a la estabilidad. Correlativamente, las instituciones de que dependan no tienen derecho a separarlos de sus cargos sino por las causas graves que dicha ley enumera taxativamente en el art. 3º", CSJN, "Rodsevich, Estanislao c/ Bco. Polaco Polska Kasa Opieki S.A.", 01/01/1949.

(89) Al respecto, sobre la importancia del fallo "Álvarez" en relación a la estabilidad, puede consultarse: SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "La CSJN y el fallo 'Álvarez': un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo", en *La Ley, Derecho del Trabajo on line*, año 5, 15/12/2010; "Derecho al trabajo, protección contra el despido arbitrario y estabilidad. Paralelo entre la situación Argentina y un caso del Tribunal Constitucional del Perú", en A. A. Lavin y M. E. Macedo (coords.), *La Instancia Judicial, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, 2011-1, Villa María, López Moreno Editores, 2011, pp. 19/49.

(90) "... Resulta inescindible la doctrina de 'Vizzoti' con la expresada en 'Álvarez', como lo es el debate sobre la protección contra el despido arbitrario, la indemnización por despido y su corolario: la tarifa, con el principio de estabilidad ...". RAFFAGHELLI, LUIS, "Otra mirada sobre el fallo 'Vizzoti'. Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de 'Vizzoti' a 'Álvarez'", en *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 1-2011, pp. 234 y 237.

En "Vizzoti", uno de los primeros fallos de la primavera de 2004 que inició esta nueva etapa del Máximo Tribunal, introdujo la cuestión relativa a la existencia de un "régimen inequitativo de despidos arbitrarios"<sup>(91)</sup> (que se ratificó en "Álvarez" y "Aceval");<sup>(92)</sup> luego reproducido y ampliado en fallos posteriores como "Madorrán", para reafirmar la estabilidad del empleado público, y en "Álvarez", para declarar la nulidad del despido discriminatorio de un trabajador privado, ordenando en ambos casos la reincorporación del trabajador, puesto que el "derecho a trabajar" reconocido por el PIDESC es "... comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. (...) Derecho al trabajo que (...) debe ser considerado 'inalienable de todo ser humano'...".<sup>(93)</sup> En "Álvarez", además, puede leerse lo siguiente

... el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Galassi, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el "bloque de constitucionalidad federal", comprensivo de aquellos y de la Constitución Nacional (Dieser, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, (...) cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso Madorrán: la protección del "derecho a trabajar" previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado

(91) Citando antigua jurisprudencia de la Corte (CSJN, "Mata, José María c/ Ferretería Francesa SA", 28/03/62), se recuerda en Vizzoti que rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios.

(92) CSJN, "Aceval Pollacchi, Julio César...", fallo cit. (sobre el agravamiento de la indemnización en épocas de crisis).

(93) CSJN, "Vizzoti, Carlos Alberto..." fallo cit.

arbitrariamente de su empleo, "si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta" (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (Torrillo, Fallos: 332:709, 713), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, "tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]" (Observación general N° 18, cit., párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: Observación general N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales —artículo 3— del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (Observación general N° 18, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y ordenar la "readmisión" del trabajador (art. 10). A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el "derecho a trabajar" (Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23.1—, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV— y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial —art. 5.e.i—), el cual debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer (art. 11.1.a). No huelga observar que el citado Protocolo de San Salvador contempla a la 'readmisión en el empleo' como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7°.d) ...".

Se trata de una sentencia que marca un giro claro en relación a fallos de épocas no tan positivas de la CSJN, y como en su momento "Aquino" desactivó "Gorosito",<sup>(94)</sup> o como "Benítez"<sup>(95)</sup> desactivó "Rodríguez".<sup>(96)(97)</sup> "Álvarez" desactiva las nefastas consecuencias de fallos como "De Luca"<sup>(98)</sup> y "Figuroa",<sup>(99)</sup> entre otros. Esta sentencia de la Corte es de una importancia clave en lo que hace a las relaciones del trabajo en general y en relación a la estabilidad en particular, y por ello sus consideraciones se encuentran a lo largo de todo el desarrollo del análisis que aquí se hace.

Pero no solo los TIDH dan fundamento al principio de estabilidad, sino que este también se encuentra presente en el art. 14 bis CN, al imponer la protección de las leyes al trabajo, con el objetivo de crear condiciones dignas y equitativas de labor, para lo cual, entre otras cosas, se debe proteger al trabajador del "despido arbitrario", siendo la forma más efectiva de lograr este cometido un régimen de estabilidad. La protección básica es asegurar la no pérdida del trabajo por una arbitrariedad del empleador, y la solución cuando se da este acto arbitrario es ordenar la reinstalación cuando el trabajador pretende recuperar su trabajo; lo que se da junto a la reparación, complementaria, del daño material y moral causado por medio de una indemnización.

.....

(94) CSJN, "Gorosito, Juan R. c/ Riva S.A. y otros", 01/02/2002.

(95) CSJN, "Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otro", 22/12/2009.

(96) CSJN, "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina SA y otro", 15/04/1993.

(97) Ambos cambios fueron analizados por el autor en: SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "Hacia un nuevo sistema basado en la protección de la persona humana por sobre los intereses económicos del mercado", *Microjuris*, 20/09/2010, *Novedades Laborjuris*, Boletín 178, MJ-DOC-4892-AR/JD4892; y "Las normas de solidaridad derivada de relaciones de trabajo. Necesaria interpretación casuística", en *La Ley*, 10/02/2010, año LXXIV, n° 28, *Derecho del Trabajo on line*, año 5, n° 914, 17/02/2010, LL 2010-A 433.

(98) CSJN, "De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata", 25/02/1969.

(99) CSJN, "Figuroa, Oscar F. y otro c/ Loma Negra SA", 04/09/1984.

Si bien el art. 14 bis CN menciona expresamente solo dos situaciones de estabilidad laboral —los empleados públicos y los representantes sindicales—, de ninguna manera puede entenderse que niega esta posibilidad para el resto de las situaciones. El artículo 14 bis CN establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario...”, resultando fundamental para interpretar hoy esta cláusula recurrir a las palabras de la CSJN, además de los TIDH. En relación a las palabras de la Corte, es fundamental el considerando 9º de “Álvarez”, que indica que:

... solo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. (...) el art. 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (...) sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las “condiciones de trabajo”. Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)” (Vizotti, cit., p. 3688)...<sup>(100)</sup>

Este planteo sobre la posibilidad de que el art. 14 bis CN no implica una prohibición de la reinstalación, una negación de un régimen de estabilidad en las relaciones de empleo privado, no es algo nuevo. Desde mucho antes del fallo de la CSJN existían planteos desde la doctrina<sup>(101)</sup>

(100) CSJN, “Álvarez Maximiliano y otros...”, fallo cit.

(101) LÓPEZ, JUSTO, “¿Es inconstitucional el Derecho a la estabilidad?”, en *Legislación del Trabajo*, t. XVII, p. 385 y ss; y “Despido arbitrario y Estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, t. XXI, pp. 288/321; ACKERMAN, MARIO E. (dir.) y TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado...*, op. cit., p. 115; ÁLVAREZ, EDUARDO O., “Algunas precisiones en torno a la estabilidad propia y su dimensión axiológica”, *La Ley*, DT 1985-A, 469; TOSELLI, CARLOS ALBERTO, “La estabilidad en la hora actual. Un análisis necesario”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 63/83; MACHADO, JOSÉ D., “Estabilidad y derecho ‘al’ trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales”, en *Revista Derecho Laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010-2, 2010, p. 273, nota al pie 13.

en relación a que la fórmula de la CN, incluida con la reforma de 1957, dejaba al legislador la posibilidad de elegir qué sistema adoptaría para esta protección, no quedando descartando por ende la elección de un sistema de estabilidad de la mal llamada absoluta. Así, por ejemplo, Bidart Campos<sup>(102)</sup> refería que la redacción del art. 14 bis CN no significaba una prohibición para que la ley establezca razonablemente en determinados tipos de empleo privado la estabilidad que impide despedir sin causa y obliga a reincorporar.

Es importante tener en cuenta que esta elección, de la forma de proteger al trabajador frente al despido arbitrario, como ha demostrado el paso del tiempo, y lo desarrollado al inicio en relación al principio de estabilidad y sus fundamentos, puede darse mediante la redacción de leyes o por la incorporación de normas de origen internacional a la resolución interna de conflictos, y esto último es lo que ha sucedido en nuestro país, se han incorporado TIDH que no permiten otra opción de protección frente al despido arbitrario que no sea la estabilidad del trabajador, y ello ha comenzado a aplicarse en los casos en que resulta más difícil de tolerar un despido arbitrario, el de los despidos discriminatorios.

Este principio de estabilidad se conecta con los restantes, que fueran desarrollados anteriormente. Por lo tanto, el principio de estabilidad no solo tiene fundamento normativo dentro del BCF, en los TIDH cuando hablan del "derecho al trabajo" o la CN cuando impone la protección frente al "despido arbitrario", sino que es un principio que surge del juego armónico de los distintos principios del bloque y las normas aplicadas en conjunto.

El principio *pro homine* está presente en dos sentencias de la CSJN íntimamente conectadas con la estabilidad del trabajador. En el primero de ellos, "Madorrán", con el claro objetivo potenciar la referencia y aplicación de normas internacionales que protegen el "derecho al trabajo" y la posibilidad de reinstalar al trabajador despedido arbitrariamente. Tres años y medio después, dos veces es mencionado este principio por la CSJN en "Álvarez": la primera vez en una cita de "Madorrán", que trata sobre la estabilidad del empleado público, la segunda en relación a la

.....

(102) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Bs. As., Ediar, 1997, p. 202.

interpretación del art. 14 bis CN y la posibilidad de ordenar la reinstalación de un trabajador despedido arbitrariamente en el caso de una relación de empleo privado. Por lo tanto, puede extraerse de estos precedentes, y la conexión que la Corte realiza entre los mismos, que la estabilidad es una sola para todos los trabajadores, es un derecho que se encuentra establecido en los TIDH y debe ser reconocido a la persona que trabaja, lo que no hace otra cosa que proteger su dignidad humana en una acción *pro homine*.

En lo que hace al principio protectorio, no hay otra forma de lograr que la protección contra el despido arbitrario resulte efectiva y no ilusoria, dentro de una relación desigual entre ambas partes donde debe protegerse al trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, que mediante la estabilidad, la que contribuye indiscutiblemente a la construcción de relaciones con "trabajo digno y equitativo". Los pretendidos fundamentos de inconstitucionalidad de esta protección resultan inatendibles por varios motivos, dos de los fundamentales son que se encuentra establecida en normas de jerarquía constitucional (como el PIDESC) y superior a las leyes (*vgr.*, PSS), y que el análisis de constitucionalidad en estos casos, realizado a la luz de la preferente tutela del trabajador, privilegia la protección del trabajador y el trabajo por sobre otros intereses, como los de tipo económico.

La estabilidad que surge del derecho al trabajo tiene también una innegable vinculación con el logro de la "justicia social", que, al ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización, debe tener en cuenta que la persona que trabaja depende de la conservación de su trabajo para ello. Al asegurarse al trabajador su empleo, mientras no exista justa causa para que lo pierda, podrá desarrollarse conforme con su excelsa dignidad en una relación segura. El empleador no puede argüir que estas interpretaciones menoscaban sus derechos y por ello no pueden considerarse válidas, ya que las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con sentido de "justicia social", consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", un bienestar que es más fácil que el trabajador logre con la estabilidad en una relación de trabajo decente, al tiempo que no se frustra la misma posibilidad para el empleador.

Es palpable también la íntima relación, en función de lo hasta aquí expuesto, que existe entre la innegable vigencia normativa del derecho a la estabilidad del trabajador y el principio de progresividad. Si el trabajador debe permanecer indemne, siendo fundamental en un Estado social de derecho la protección de la propiedad social y el logro de la liberación del hombre mediante la democratización de las relaciones, resulta ineludible en nuestro país progresar y concretar la situación más beneficiosa que contiene la norma más favorable para el trabajador y, en este caso, declarar la plena vigencia de la estabilidad contenida en el DIDH vigente, que asegura al trabajador la propiedad de su empleo, y al conjunto social la propiedad de las riquezas que conforman y producen las empresas.

En relación a la plenitud y efectividad, no puede considerarse efectiva la protección contra el despido arbitrario sino es por medio de la estabilidad, la que a su vez lleva a la plenitud el derecho al trabajo como derecho a no verse privado del trabajo sin justa causa. Con base en el principio de favorabilidad, en el caso de la protección contra el despido arbitrario y el derecho al trabajo la norma que mejor protege al trabajador es la que asegura su estabilidad, y la interpretación de la misma debe inclinarse por reconocerle el derecho a petitionar su reinstalación.

El principio de interpretación evolutiva también se conecta con el de estabilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que fue considerado por la CSJN en "Álvarez" al indicar que solo un entendimiento superficial del art. 14 bis CN llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. Por otra parte, también se puede constatar en el voto de la jueza Kogan de la SCJBA, en el fallo en que ordena la reinstalación de un trabajador despedido en forma discriminatoria.<sup>(103)</sup> Es, por lo tanto, un principio que lleva a que las normas sobre protección del trabajador frente al despido arbitrario evolucionen hacia una mayor tutela, que es lo que piden las sociedades que saben de los efectos perniciosos del despido y el desempleo. En estos casos, la estabilidad es la respuesta.

.....

(103) SCJ BUENOS AIRES, "Villalba, Franco Rodrigo...", fallo cit. Este fallo fue comentado, y pueden ampliarse las consideraciones que aquí se realizan sobre el mismo, en: SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "Luego de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se pronuncia también contra el despido discriminatorio", en LLBA 2011 (marzo), 176.

La relación del principio de reparación “justa” y/o “integral” con la estabilidad es evidente, y esta presente también en “Álvarez”, como se vio en al desarrollar este principio. La forma de reparar integralmente al trabajador que es despedido sin justa causa es mediante los efectos de la estabilidad: la nulidad del acto que dispuso el despido y el derecho del trabajador a petitionar la reinstalación.

Partiendo de criterios de colaboración y solidaridad resulta imposible justificar que una de las partes de la relación tenga la potestad de despedir sin justa causa a la otra; mientras que, por el contrario, la estabilidad del trabajador y su respeto por parte del empleador se encuentra en consonancia con lo que debe ser una relación en la que prima la colaboración y solidaridad de las partes, en una vinculación fundamentalmente humana y secundariamente económica.

Finalmente, para el principio de igualdad y prohibición de discriminación, también es importante tener presente las consideraciones fundamentales transcritas por la CSJN en el fallo “Álvarez”. En dicho fallo de la Corte puede verse de manera evidente que el despido sin justa causa es un acto segregatorio que encierra en sí mismo una discriminación hacia el trabajador, una violación de su derecho humano al trabajo, posibilitada por la diferente “posición económica” y “condición social”<sup>(104)</sup> de las partes en la relación laboral y en la estructura social capitalista, lo cual no puede ser tolerado en un Estado social y democrático de derecho, que respete las bases de una convivencia democrática y el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos

(104) La referencia a la “posición económica” y la “condición social” se encuentran presente en el PIDESC y la ley 23.592. El obrar discriminatorio no siempre es claramente advertido en la sociedad, y menos lo es cuando se trata de la discriminación por la condición social, como indica Cornaglia, quien, como legislador informante, defendió el proyecto que finalmente fuera consagrado como la ley 23.592 contra la discriminación. Fue en ese momento, que también sostuvo que mucho nos cuesta advertir la existencia de las prácticas discriminatorias cuando ellas tienen por víctimas a los trabajadores, defendiendo por lo tanto, la consideración especial en el texto de la ley de un agregado que refería a las discriminaciones por la condición social y económica. Al informar el proyecto en el recinto, se dejó constancia expresa de que se entendía entre las discriminaciones por la condición social a las discriminaciones laborales. CORNAGLIA, RICARDO J., “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación”, *La Ley*, 18/08/2004, 9; “La discriminación laboral, los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos”, *La Ley*, DJ 2005-3, 998; “La relación entre la discriminación y la anulación del despido”, *La Ley*, LL 2006-E, 100.

## 3 | Proyecciones de la estabilidad laboral en el diseño jurídico del Código del Trabajo y la Seguridad Social

Establecer la estabilidad en el trabajo como principio fundamental tiene derivaciones, consecuencias y efectos sobre todo el sistema jurídico de relaciones del trabajo. Algunas de las fundamentales se desarrollan a continuación.

### 3.1 | Estabilidad inicial. Incompatibilidad con la precarización derivada de la empresarización del trabajo subordinado, los contratos a plazo y la tercerización

Actualmente en nuestro país, como en otros, las relaciones de trabajo admiten diversas formas y modalidades. Es así que en Argentina, el principio general de la ley 20.744, luego trasladado, a pesar de los recortes de la dictadura, a la RCT, es que los contratos de trabajo se entienden celebrados entre el trabajador y quien utiliza su prestación (arts. 14, 21, 22, 25, 26 y 29, párr. 1, RCT), para el desarrollo de una relación que se presume de dependencia (art. 23 RCT) y por plazo indeterminado (Título III —De las modalidades del contrato de trabajo—, capítulo I —Principios generales—, arts. 10, 90 y 91 RCT). Es decir, la normativa argentina, independientemente de lo que disponen la CN y los TIDH, se inclina claramente por la relación de dependencia directa entre quien se sirve de la prestación del trabajador y el trabajador, y por la continuidad de esa relación de trabajo, y solo como excepción admite que ante la prestación de servicios no se considere que existe relación de trabajo dependiente, como que una relación de trabajo dependiente tenga plazo determinado y no esté destinada a desarrollarse hasta tanto el trabajador esté en condiciones de jubilarse, o se dé una justa causa de desvinculación prevista normativamente, siendo contraria a que exista intermediación en casos de contratación eventual en las relaciones de trabajo.

La CN y los TIDH no hacen más que reforzar estos principios, a partir de las distintas normas y principios que contienen, y que buscan asegurar la mayor protección posible para la persona que trabaja, para lograr relación de

trabajo decente, que entre otras cosas implica la estabilidad del trabajador en condiciones que favorezcan su desarrollo y el de su núcleo familiar. Por lo tanto, el nuevo Código debe ser aún más claro en cuanto a la estabilidad inicial, eliminando toda forma de precarización derivada de la empresarización del trabajo subordinado, los contratos a plazo y la tercerización.

Los modelos que plantean la flexibilización de las relaciones de trabajo y su regulación, valiéndose, entre otras cosas, de la invención de distintas formas de contratación que posibilitan a los empresarios, al inicio de la relación laboral, limitar y/o desligar responsabilidades laborales, poniendo a los trabajadores en relaciones de trabajo caracterizadas por la incertidumbre y la marginalidad, resultan inadmisibles. Las formas predilectas para flexibilizar las relaciones de trabajo en el inicio de la vinculación consisten en la creación de contratos de trabajo que llevan en sí mismos la precariedad, ya sea porque se oculta el carácter dependiente de la relación o se pretende que la misma tiene características que limitan la estabilidad y los derechos del trabajador, o porque se utiliza la llamada tercerización que deriva la responsabilidad en otro, normalmente insolvente o difícil de responsabilizar. Todas estas maniobras apuntan a que el trabajador no pueda consolidar su relación de trabajo, vea debilitados sus derechos —entre ellos, el derecho al trabajo—, junto con la pérdida de otros, como la protección contra el despido arbitrario y el derecho a un salario digno.

El inicio de la relación de trabajo, y las pautas y condiciones que se establecen en ese momento, marcan definitivamente el futuro de la misma, especialmente en lo que hace a la estabilidad del trabajador. Los efectos que surgen del modo y las condiciones de contratación de trabajadores son de una importancia fundamental para la estabilidad y los derechos del trabajador, las relaciones de trabajo en general, y el futuro de las empresas. Por lo tanto, los distintos principios que se establecen para las relaciones de trabajo, como la dependencia, la continuidad de la relación y la contratación directa, deben ser respetados, por ser derivaciones directas del derecho al trabajo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta la opción legal por la dependencia en la prestación de servicios en el desarrollo de un trabajo que es apropiado por otro. El nuevo CTySS debe eliminar definitivamente la posibilidad de pretender ocultar una relación de trabajo dependiente bajo el ropaje

de una supuesta locación de servicios, siendo al respecto de aplicación sumamente restringidas las normas del CCyC.<sup>(105)</sup> La única posible de locación de servicios sería aquella en la que “por las circunstancias sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio” (art. 23, párr. 2, RCT), porque asume el riesgo comercial, asunción que debe ser producto de una organización voluntaria de medios para independizarse por parte de quien presta el trabajo, y no una imposición de quien lo recibe. Es decir, debe existir una real independencia y no un sometimiento enmascarado.

La tendencia a la empresarización del trabajo dependiente es contraria a derecho. Excepcionalmente, puede considerarse que cuando hay prestación personal de servicios por cuenta de otro no hay relación de trabajo dependiente, dada la esencia protectora del derecho del trabajo y el favor pro contrato de trabajo del legislador.

En segundo lugar, es fundamental tener presente que la continuidad de la relación de trabajo en la modalidad de la contratación de los trabajadores es un principio básico para la protección del derecho al trabajo. Son muy elocuentes y claras las reflexiones de Pérez Rey, sobre los efectos negativos de las modalidades de contratación que atentan contra la estabilidad de los trabajadores, efectos que no solo alcanzan a los trabajadores:

En primer término la estabilidad exige que a través de pactos contractuales relativos a la duración de la relación laboral no se pueda limitar o parcelar artificialmente la extensión temporal del contrato, otorgando al empresario continuas y recurrentes posibilidades extintivas amparadas sin más en términos o condiciones de origen contractual. La necesidad de que exista una correspondencia objetiva entra la naturaleza de las tareas a acometer por el trabajador y la duración del contrato es un elemento decisivo, como lo es el hecho de que la contratación temporal

(105) En palabras de Ferreirós, en rigor de verdad, sostener que una persona puede con su trabajo ser objeto de una locación de servicios, no es solo dar muestras de un enorme atraso histórico y social, sino que también es “cosificar” al ser humano; por lo que para hacer frente a estas concepciones, se han lanzado los más prestigiosos juslaboralistas del mundo detentando para ello las banderas de la dignidad, concepto estrechamente ligado a los derechos humanos. CNAC. APEL. TRAB., Sala VII, “Cordero, Laura Beatriz c/ Obra Social de Actores”, 20/05/2009, con cita de E. M. Ferreirós, “El contrato de trabajo y la locación de servicios”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, n° 270, Bs. As., Errepar, 2008. En consonancia con el hecho de que la locación de servicios del CC era anacrónica; CNAC. APEL. TRAB., Sala II, “Sinesi, Marta c/ Fundación Hogar Madre Hijo Homahí y otro”, 21/12/2001.

u otras fórmulas de contratación atípica no se constituyan en mecanismo de política de empleo, pues, como demuestran muchas experiencias nacionales, no solo son ineficaces para reducir el desempleo, sino que además provocan un efecto precarizador inadmisibles que condena a gran parte de los trabajadores a ser pasto de la rotación laboral, la siniestralidad y la falta de cualificación, al mismo tiempo que condena a las empresas a la pérdida de competitividad derivada de esta misma falta de pericia laboral característica del trabajador temporal y, finalmente, tiene hondas repercusiones económicas derivadas de la imposibilidad de acometer inversiones a medio y largo plazo por parte de los trabajadores sumidos en la precariedad. La necesidad de erigir el contrato indefinido como vía preferente de asunción laboral y de poner límites a los mecanismos de sucesión o concatenación contractual, a la vez que se descarta que la política de empleo transite por la vía de la precariedad laboral es la primera exigencia de la estabilidad en el empleo...<sup>(106)</sup>

Cuando el trabajador es contratado es fundamental la proyección que se hace de la relación de trabajo en el tiempo. La protección contra el despido arbitrario, presente en nuestra Constitución desde el año 1957, lleva a ser cautos en relación a los contratos de trabajo a plazo, los que deben ser excepcionales y estar fundados en causas objetivas, en una real necesidad de tareas transitorias.<sup>(107)</sup>

Es por este motivo que la ley 20.744 estableció como principio una preferencia por el contrato indefinido, con exigencia de causalidad objetiva para admitir excepciones, lo que se mantuvo también con la RCT. Esta razonabilidad, sostiene Moisés Meik, exige que

... a necesidades regulares y permanentes de la actividad productiva empresarial solo se acepta, con sentido protectorio (Art. 14 bis CN) la configuración de un contrato por tiempo indeterminado o indefinido, con expectativa de perdurabilidad (Art. 90, 91, 95 y 10 de la LCT). Quedaba de tal modo implanta-

(106) PÉREZ REY, JOAQUÍN, "El trabajo estable como condición de ciudadanía", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo Hacia una Carta...*, op. cit., pp. 63 y 64.

(107) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución...*, op. cit., p. 203.

do uno de los dos sólidos pilares del derecho a la estabilidad en el empleo, que está referido al momento de entrada al desarrollo contractual y que condiciona, desde el inicio, su devenir normal y su terminación lícita sólo por causales taxativas y restrictivas (...) Se tutela al contratante desvalido en términos de poder negocial, que se inserta en la relación desde su relativa libertad, severamente condicionada por la necesidad. En esa relación resigna tiempo de vida y de libertad. Se lo protege de modo que tenga expectativa de perdurabilidad y para que así "situado", en un marco de asimetría de poder, no se resigne a aceptar bajo la cosmética de la autonomía de la voluntad, condiciones de mayor precarización del vínculo, bajo la amenaza explícita o implícita de privación de "su" empleo...<sup>(108)</sup>

La proliferación durante la década de los 90 de los contratos precarizados fue uno de los principales embates que la ola flexibilizadora perpetró contra la estabilidad de los trabajadores; es fundamental eliminar todo este tipo de modalidades de contratación e impedir su proliferación en el futuro. En un régimen de estabilidad, la razonabilidad de las causas que objetivamente justifiquen la limitación temporal de una relación de trabajo, constituyendo motivo determinado *ab initio* de finalización de la relación, deben ser apreciadas con un criterio restrictivo con el fin de evitar que, por este medio, se busque disfrazar posibles violaciones del derecho humano al trabajo y su derivación fundamental, la estabilidad del trabajador.

En tercer lugar, y asegurado el reconocimiento de la existencia de una relación de dependencia por tiempo indeterminado, debe tenerse presente que la tercerización es en esencia contraria a la estabilidad del trabajador, y por ello al principio protectorio constitucional. No pocas veces, y más aun a medida que pasa el tiempo, la estabilidad del trabajador es vulnerada al momento de su contratación mediante la práctica de la tercerización con vistas a la precarización, entendida esta como la disminución de derechos del trabajador por medio de una situación de debilitamiento de lazos entre quien aprovecha el trabajo y quien lo realiza.

(108) ΜΕΙΚ, ΜΟΙΣΗΣ, "El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (nulidad y reincorporación)", en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión unificadora*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2010, pp. 296 y 297.

Se trata de un fenómeno que, si bien fue advertido en la redacción de la ley 20.744, se ha visto potenciado a lo largo del tiempo, siendo un fenómeno mundial en la actualidad.<sup>(109)</sup>

El resultado final es que el trabajador se ve cada vez más desprotegido, perdiendo cualquier atisbo de estabilidad, aun de la llamada relativa. Los trabajadores quedan muchas veces a la deriva, con incertidumbre y sin saber a quién reclamar por sus derechos. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador.<sup>(110)</sup>

La tercerización también debe ser una excepción de aplicación restringida, y en los casos en que se la permita, las normas sobre solidaridad deben combatir los efectos adversos de la tercerización, deben ser necesariamente consideradas a la luz del bloque federal de constitucionalidad y el derecho a la estabilidad del trabajador, que debe quedar fundamentalmente resguardado.

No es accidental que el neoliberalismo, primero con el ataque durante la dictadura cívico militar a la flamante ley de contrato de trabajo, y luego mediante la embestida del gobierno de la década de los 90 y su CSJN de "mayoría automática", haya tenido especialmente en cuenta eliminar todo freno a la tercerización, sobre todo limitando la responsabilidad y posibilitando la proliferación de este tipo de contrataciones. Tampoco es

(109) "El actual capitalismo aplica un método de valorización más astuto, más complejo y más cínico de lo que pudieran imaginar sus antepasados. El capitalismo temprano se orientó a explotar el trabajo; el contemporáneo explota la responsabilidad (...) La primacía del mismo principio igualador en responsabilidad rige tanto si se deslocalizan fases del trabajo separables por 'outsourcing' como si, al revés, se vincula al suministrador externo mediante incorporación a la propia cadena productiva". BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Bs. As., Paidós, 2004, p. 207.

(110) "La clásica bilateralidad del contrato de trabajo aparecen en muchos casos inmersa en franca multilateralidad o atrapada en un juego de espejo que reflejan imágenes falsas, deformadas y hasta inexistentes de un titular del nexo laboral. En ocasiones, el trabajador ve a su empleador como fondo de un loco e imaginativo calidoscopio (...) La realidad económica del mercado permeabiliza las instituciones jurídicas más previsoras y astutas (...) la intermediación de mano de obra genera incertidumbre sobre la estabilidad laboral y socava y hasta liquida la actividad sindical y convencional. El trabajador intermediado es un individuo precarizado, sujeto a movilidad contractual y de difícil identificación con un grupo profesional o de actividad. De ahí que el acotamiento, la compresión, el desaliento y hasta la eliminación del trabajo intermediado aparece como un objetivo del derecho del trabajo". ARESE, CÉSAR, "Solidaridad laboral e intermediación de mano de obra", *La Ley, DT* (2008), 830.

accidental que en estos últimos años la CSJN, con el fallo “Benítez”,<sup>(111)</sup> haya puesto fin al automatismo restrictivo generado por “Rodríguez c/ Embotelladora”<sup>(112)</sup> en el campo de la obligaciones solidarias derivadas de la tercerización de las relaciones laborales.

La solidaridad originaria de la LCT, ley 20.744, era una responsabilidad objetiva, lo que hacía más sencilla su aplicación a los casos concretos para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores. Para desactivar esta responsabilidad objetiva y amplia, se realizaron distintas modificaciones al articulado, aun en contra del principio protectorio del art. 14 bis CN y —claramente— contra el principio de progresividad, reformas que son por ello inconstitucionales y que deben ser desactivadas en el nuevo Código.

Si hay en la actualidad una forma de tercerización que resulta de muy dudosa constitucionalidad es el sistema de contratación con intermediación de una empresa de servicios eventuales (en adelante, ESE), ya que el contrato de trabajo eventual ya estaba previsto en la RCT, de manera excepcional, y el establecimiento de un sistema de empresas que intermedian en ese tipo de contratación ha demostrado, en la práctica, que solo beneficia a esas empresas —y no a los trabajadores—, mediante contrataciones en su gran mayoría fraudulentas que vulneran las laxas normas que rigen en la materia. Además, se trata de una modalidad que contradice dos cuestiones esenciales para la estabilidad: la duración de la relación y la contratación directa del trabajador, y en la práctica ha demostrado ser utilizada más para el fraude que para contrataciones adecuadas a derecho.

La contratación por medio de una ESE es hoy uno de los medios más elegidos para evadir responsabilidades y precarizar. Esta situación de fraude extendido generaba la discusión de si el registro de la relación laboral en condiciones que eran contrarias a los objetivos planteados al habilitar esta modalidad de contratación podía considerarse válida, o si era alcanzada por

(111) CSJN, “Benítez, Horacio Osvaldo...”, fallo cit. En palabras de Toselli, el fallo “Benítez” ha venido a reconocer que la decisión de la Corte menemista de tratar de amordazar a los tribunales de grado era intrínsecamente perversa, y que el derecho admite múltiples facetas que deben ser consideradas por los tribunales competentes a la hora de resolver si es factible la extensión de condena o no. TOSELLI, CARLOS A., “Responsabilidad solidaria: extensión y límites de sus efectos”, en *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Semanario Jurídico Especial*, n° 18, Temas Actuales de Derecho del Trabajo, Córdoba, diciembre de 2010, pp. 7/15.

(112) CSJN, “Rodríguez, Juan Ramón...”, fallo cit.

la normativa que castiga el trabajo precario, especialmente, por el art. 8° LNE que castiga el empleo no registrado, y por ello se convocó al plenario<sup>(113)</sup> en el que la mayoría de los integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo votaron que en los casos de fraude, “Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria”, una sanción que demuestra la gravedad de las consecuencias de este tipo de contratación en fraude a la ley y fundamentalmente de la estabilidad del trabajador.

En síntesis, en el nuevo CTySS se debe establecer claramente, en función del principio de estabilidad, que la contratación de los trabajadores debe ser efectuada en forma directa por quien aprovecha su prestación de trabajo y en una relación de dependencia por tiempo indeterminado en la cual se proteja la estabilidad. Solo excepcionalmente, y mediando razones objetivas indubitables, pueden dejarse de lado estas cuestiones fundamentales sin que ello implique, en las relaciones de dependencia, recortar la responsabilidad de todos los que se aprovechan del trabajo prestado en forma dependiente.

### 3.2 | Estabilidad durante la relación de trabajo. *Ius variandi* arbitrario. Irrenunciabilidad de derechos

Durante la relación de trabajo, y siendo procedente la renuncia al trabajo por el trabajador, o la disolución de la relación por denuncia del trabajador de una injuria del empleador, deben desalentarse todos aquellos actos del empleador que busquen generar estos desenlaces desvinculatorios como una forma de burlar la estabilidad; actos que además conspiran contra otros derechos humanos del trabajo también relacionados con la dignidad del trabajador. Así, los procedimientos especialmente aptos para generar una perturbación de la estabilidad del trabajador en sentido amplio, entendida como la modificación de su situación en un sentido contrario a sus derechos morales y materiales, y plasmados en la modificación de situaciones esenciales de la relación de trabajo, como el recorte o limitación de derechos (*v gr*,

(113) CNAC. APEL. TRAB., Plenario n° 323, “Vásquez María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro”, 30/06/2010.

del salario), resultan inadmisibles en un régimen de estabilidad protegida, más aun si se trata de la denominada estabilidad absoluta.

Como explicaba Sarthou,

... el derecho humano al trabajo se integra no solo con el mantenimiento del vínculo, sino también con la estabilidad de las condiciones de trabajo sujetas a la arbitrariedad patronal (...) La estabilidad del trabajo requiere, también, la estabilidad del contenido de las obligaciones incluidas porque, de otro modo, puede funcionar la alteración contractual unilateral como elemento de exclusión.<sup>(114)</sup>

Si bien quien dirige la comunidad de trabajo —casi en la totalidad de los casos de las empresas privadas, por no decir en todos, es el empleador— debe tener ciertas facultades de dirección y control dentro de la relación de trabajo, estas facultades no son absolutas, y dentro de una sociedad democrática deben ser ejercidas de forma razonable y en armonía con el respeto de los derechos del trabajador, entre ellos, el de estabilidad.

En el caso argentino, una de las facultades del empleador es la de introducir de forma unilateral cambios en la relación de trabajo, facultad que debe ser ejercida respetando los requisitos y principios generales (como los que hoy surgen de los arts. 4, 10, 12, 62 y 63 RCT, y especialmente los del BCF). Se trata del denominado *ius variandi*, que debe ser armonizado con los derechos del trabajador, entre los cuales es muy importante destacar el derecho que el trabajador tiene, como persona humana, a realizarse mediante un “proyecto de vida”<sup>(115)</sup> libremente elegido. La vida del trabajador no se resume a su condición de tal, a su función dentro de la empresa; su trabajo es un medio para su realización, el trabajador no es un

(114) SARTHOU, HELIOS, “Filosofía de la estabilidad y su negación”, en G. Gianibelli y O. Zas, *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)*, Bs. As., Editorial Bomarzo Latinoamericana, 2006, pp. 286 y 290.

(115) La CIDH ha tratado el concepto de “proyecto de vida”, asociado al de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Para el Tribunal Internacional, en rigor, las opciones son la expresión y la garantía de la libertad, y difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú” (Reparaciones y Costas), 27/11/1998, párr. 148. La CSJN ha citado en dicha jurisprudencia en: CSJN, “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía”, 08/04/2008.

medio de la empresa sino un fin en sí mismo, por lo que su trabajo debe coadyuvar a su realización y no limitarla.

Los cambios en la relación de trabajo deben ser producto del consenso de las partes, y, de ser posible, con intervención de los representantes de los trabajadores. Lo fundamental es que antes de que se tome una medida que altere condiciones fundamentales de la relación de trabajo, dicha medida sea consultada al trabajador, y en caso de que no sea aceptada, someter la cuestión a un organismo imparcial que decida la procedencia o improcedencia de la misma. Igualmente, la aceptación inicial del trabajador, siempre que sea en un término razonable, puede ser dejada sin efecto si una vez puesta en marcha la medida el cambio demuestra ser perjudicial para el trabajador.

Resulta un avance la nueva norma sobre *ius variandi* —art. 66 RCT— en cuanto prevé la posibilidad del trabajador de petitionar ante el cambio de condiciones una vuelta de las cosas al estado anterior, así como la opción de interponer una medida cautelar mientras se sustancia su pedido, lo que es una forma de protección de su estabilidad y así debe ser entendida y aplicada, y por ello debe ser mantenida en el CTySS.

En consonancia con la norma actual —art. 66 RCT—, solo resulta procedente el cambio dispuesto por el empleador que: 1) sea fruto de un ejercicio razonable de su facultad de organización; 2) no altere las modalidades esenciales del contrato; 3) no cause perjuicio material ni moral al trabajador. Si no se cumple el primero, ni siquiera vale la pena ver si se dan el segundo, y mucho menos el tercer requisito: son requisitos que no son alternativos, sino que son acumulables. Toda medida que viola uno de estos requisitos debe ser declarada nula.

La razonabilidad debe ser la que surge de criterios de colaboración con el otro, en el logro de los objetivos de la comunidad de trabajo y el respeto de la dignidad del trabajador, siendo solidarios y buscando el beneficio mutuo, actuando siempre de buena fe y con lealtad, evitando ejercer las facultades de dirección conferidas de manera abusiva. De lo dicho surge que quien tiene la facultad de introducir cambios en la relación de trabajo debe hacerlo razonablemente, es decir, de manera tal que, apreciándolos con criterios objetivos, se demuestre que se estaba buscando un beneficio positivo para la comunidad de trabajo, que repercute en el bienestar

del conjunto evitando que los cambios contengan objetivos ocultos que busquen ocasionar perjuicio a otro, o que sean una forma de represalia y/o persecución al trabajador al cual se dirige la medida.

Confirmada la razonabilidad de la medida, se debe verificar que el cambio no altera “modalidades esenciales del contrato”.<sup>(116)</sup> No cualquier situación de la relación de trabajo puede sufrir una modificación introducida en forma unilateral. Quien dirige la comunidad de trabajo solo puede introducir modificaciones en cuestiones no esenciales de la relación, cuidando de no causar perjuicios al trabajador. Por lo tanto, las cuestiones esenciales, los elementos estructurales de la relación de trabajo, no pueden ser modificados en forma unilateral, sin importar si esta modificación puede resultar razonable, ya que se presume que al alterar cuestiones fundamentales de la vinculación el trabajador sufrirá algún daño.

Los elementos estructurales tienen una íntima relación con el “proyecto de vida” del trabajador, y por ello no pueden estar sometidos al poder unilateral del empleador, siendo ello un arma muy poderosa para vulnerar derechos humanos fundamentales.

Por último, una vez verificados los dos primeros requisitos, de razonabilidad y no alteración de elementos esenciales, debe tenerse presente que el cambio debe mantener indemne el bienestar moral y material del trabajador. Las modificaciones introducidas en forma unilateral no solo deben ser razonables en los términos referidos anteriormente, y no alterar cuestiones estructurales de la relación de trabajo, sino que, además, no deben causar perjuicios morales o materiales al trabajador. Es fundamental rescatar que se hable, en el texto normativo, de la indemnidad del trabajador no solo en la faz económica y material, sino que también, y lo que es más importante, se deba tener cuenta resguardar su bienestar anímico-espiritual. El trabajador es un ser humano y debe ser tratado como tal por su empleador.

(116) Dentro de los elementos estructurales de la relación laboral pueden incluirse los siguientes: 1) calificación profesional o valencia (de acuerdo a ellas es exigible el débito laboral); 2) horario de trabajo (separa tiempo laboral y tiempo libre a disposición del trabajador); 3) remuneración (permite acceder a los bienes naturales y culturales); 4) lugar de trabajo (permite planificar la vida personal). Elementos que por regla general —no siempre— pueden considerarse coyunturales serían los siguientes: 1) conformación de equipos de trabajo; 2) ropa de trabajo; 3) utilización de máquinas e instrumentos de producción. CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 305 y ss.; ACKERMAN, MARIO E. (dir.) y TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 806 y ss; CNAC. APEL. TRAB., SALA VI, “Machirola, Claudia Rosana c/ Itard SRL”, 15/12/1995.

En lo que hace a la irrenunciabilidad, vinculada íntimamente con el principio protectorio y el de progresividad, la norma fundamental aplicable a las relaciones de trabajo es el del art. 12 RCT, que establece la nulidad absoluta de la renuncia, disminución o resignación de derechos por parte del trabajador. La reducción o supresión de derechos del trabajador, es nula, pero no se trata de una nulidad cualquiera, sino que estamos ante el caso de una nulidad absoluta, por lo tanto inconfirmable e imprescriptible. Como bien señala De la Fuente,<sup>(117)</sup> al analizar su voto en la resonante causa "Velazco c/ Celulosa"<sup>(118)</sup> (jurisprudencia que debe ser recogida por el CTySS), precisamente porque media una nulidad absoluta en caso de irrenunciabilidad de derechos, la respectiva acción de nulidad resulta inconfirmable, irrenunciable e imprescriptible.

La irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales del trabajador, íntimamente vinculados con sus derechos humanos,<sup>(119)</sup> son dos caracteres que van de la mano. El principio de irrenunciabilidad, derivado del principio protectorio, es cardinal dentro del derecho del trabajo; y la formulación del mismo contenida en la RCT, como en la originaria LCT, establece la nulidad absoluta de toda renuncia de derechos, de donde se sigue la imprescriptibilidad de la misma. Es decir, la renuncia de derechos por parte del trabajador es nula de nulidad absoluta, y la nulidad absoluta resulta inconfirmable e imprescriptible. Si el trabajador no puede renunciar a sus derechos, tampoco puede renunciar a reclamarlos, y por ello el derecho a este reclamo resulta imprescriptible.<sup>(120)</sup>

(117) DE LA FUENTE, HORACIO H., "Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo", en DT 1999-A, 988.

(118) CNAC. APEL. TRAB., SALA VI, "Velazco, Héctor D. c/ Celulosa Jujuy SA", 14/10/1998.

(119) Los derechos del trabajador, como pueden ser el derecho al salario o al cobro de las indemnizaciones debidas por incumplimientos del empleador, no deben ser considerados derechos económicos de índole patrimonial, sino que se trata de derechos humanos fundamentales. SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "La cuestión salarial y la dignidad", *Microjuris*, Novedades Laborjuris, Boletín n° 162, 29/08/2011, MJ-DOC-5500-AR / MJD5500.

(120) Si hablamos de prescriptibilidad de los derechos laborales como derivado de la irrenunciabilidad, tema que se encuentra íntimamente relacionado con el carácter de derechos humanos fundamentales de los mismos, es indudable que es inconstitucional el plazo de 2 años de la RCT. Sería bueno introducir, en el nuevo CTySS, la imprescriptibilidad de los derechos del trabajador, al menos algunos de ellos, y evidentemente ampliar el plazo de 2 años, que resulta inexplicablemente injusto frente al plazo de 10 años del antiguo CC para los contratos (5 en el CCyC) o de 20 años para el derecho sobre la propiedad inmueble

Lo importante, ante un recorte de derechos del trabajador es ver si hubo o no otra modificación en la relación —además de la que afectó los derechos del trabajador—, y si existió un verdadero consentimiento del trabajador, un acuerdo de partes que no perjudicó al más débil. Solo en aquellos casos en los que hubo consentimiento del trabajador, y además exista una contraprestación adecuada para el trabajador, que asegure su indemnidad<sup>(121)</sup> y la de su familia, podrá considerarse que existió un verdadero acuerdo de partes<sup>(122)</sup> y verse modificados sus derechos sin que la modificación implique una renuncia nula. Es decir, la modificación nunca puede significar una disminución de derechos para el trabajador, debiendo haber, junto al derecho modificado, un cambio que asegure un derecho igual o mejor; en caso contrario, se está ante un acto nulo, de nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible.

Nuevamente aquí se ve la importancia del derecho a la estabilidad del trabajador, ya que no puede considerarse, como contraprestación a la disminución de derechos del trabajador, la promesa de no despido por el empleador, ya que ello es su obligación en función de la protección contra el despido arbitrario de la CN y el derecho al trabajo presente en DIDH.

Salvo cuando tiene una justificación profundamente vinculada a sus derechos humanos (v gr., cuando renuncia a su trabajo en ejercicio de su libertad como persona), de ninguna manera puede admitirse que el trabajador renuncie a sus derechos, o consienta, de manera expresa o tácita, un recorte de sus derechos o la privación de los mismos.

.....  
por prescripción adquisitiva. La imprescriptibilidad de los derechos laborales no resulta descabellada como demuestra la Constitución de Bolivia, que expresamente la establece.

(121) Como bien recuerda Barrera Nicholson, enseña Ricardo J. Cornaglia que en nuestra materia el instituto de la irrenunciabilidad surge, en los albores del derecho del trabajo, como una regla accesoria del principio de indemnidad y como modo de asegurar su vigencia. BARRERA NICHOLSON, ANTONIO, "La validez jurídica de las rebajas salariales", en DT2005 (marzo), 277, con cita de R. Cornaglia, *Reforma Laboral, Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 85 y ss.

(122) Una modificación de derechos del trabajador sin un verdadero beneficio para él, que aun bajo el pretendido ropaje de acuerdo de partes obedece a la única voluntad del empleador, se trata de una renuncia del trabajador, acto prohibido por la ley. Coincidiendo con los planteos de Barrera Nicholson, "... la técnica básica de protección del trabajador en el marco del derecho del trabajo, y ahora también en el del consumidor, es la de sustituir las causales subjetivas de nulidad, siempre de difícil prueba, por causales objetivas. Es el reemplazo de los vicios de la voluntad como técnica de protección por la supresión del objeto negocial, o, dicho de otra manera, la prohibición de negociar sobre determinadas cuestiones o de determinada manera ...". BARRERA NICHOLSON, ANTONIO, "La validez...", op cit.

### 3.3 | Estabilidad y finalización de la relación de trabajo. Consecuencias del despido sin justa causa ante la estabilidad del trabajador

El principal efecto que se advierte en un sistema de estabilidad, en relación a la finalización de la relación de trabajo (y en general), es que el despido injustificado es un acto prohibido (ilícito); por lo tanto, el despido injustificado es un acto ineficaz, nulo o inexistente, que no produce ningún efecto sobre la relación de trabajo, la que continúa produciendo sus efectos normales como si aquel no se hubiere producido. La consecuencia fundamental de la estabilidad del trabajador, y la ineficacia del despido sin justa causa, es que no puede ser expulsado de la comunidad de trabajo, y si esto sucediera, se lo debe reincorporar si es esa su intención, además de abonarse las indemnizaciones que pudieran corresponder por el daño que le produjo el acto ilícito.

El empleador está obligado a dar trabajo, y en caso de que así no suceda, deben aplicarse sanciones pecuniarias (astreintes) para que modifique su comportamiento; pudiendo llegar a considerarse su incumplimiento como desobediencia a la autoridad, debiendo aplicarse las sanciones, aun penales, que se previeran para ese caso.<sup>(123)</sup>

Otra consecuencia que surge de la ineficacia del acto es que se debe abonar la remuneración correspondiente al trabajador, aun cuando no ha prestado servicios por culpa del empleador, ya que es este el que injustificadamente se ha negado a recibirlos (mora del acreedor). El trabajador puede asimismo reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el acto ilícito que constituye el despido arbitrario le ha ocasionado, incluido el daño moral.<sup>(124)</sup> Aun cuando el trabajador opte por su retorno a la empresa, y se le abonen los salarios devengados durante el lapso en que no se le permitió prestar tareas, ello no impide que se ordene el pago de un indemnización por el daño que le causó el acto arbitrario perpetrado por el poder de dirección de la empresa.

(123) Refiere De La Fuente que esto estaba previsto en la legislación peruana. DE LA FUENTE, HORACIO H., "Reformas al régimen de estabilidad en el empleo", en *La Ley*, 1984-C, 990. Es lo que prevé hoy la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela, sancionada el 01/05/2012.

(124) DE LA FUENTE, HORACIO H., *ibid.*

En caso de no permitírsele ingresar a la empresa y mientras no sea reincorporado, el trabajador puede trabajar por cuenta propia o ajena, no correspondiendo deducir las ganancias que obtenga de las remuneraciones que normalmente le debe seguir abonando el empleador.<sup>(125)</sup>

Pero si algo debe quedar en claro es que, por la ineficacia del despido sin justa causa, de ninguna manera puede convalidarse la pretensión del empleador de poner fin a la relación de trabajo de forma arbitraria. Un claro ejemplo de convalidación es aquel que permite que, impedido el trabajador de prestar tareas por la resistencia del empleador, se pueda poner fin a la relación mediante el pago de una indemnización agravada o pagada por anticipado, a elección del empleador y sin intervención del trabajador.

Para vencer resistencias, al establecer un sistema de estabilidad en lo que hace a la terminación de la relación laboral, una posibilidad es seguir el diseño de países como Alemania e Italia, y disponer un sistema de estabilidad para determinadas empresas tomando la cantidad de trabajadores como estándar, entre 5 (Alemania) y 15 (Italia).

### 3.4 | Derecho de defensa: estabilidad del trabajador y propuesta de despido. El control de los cambios en la relación y las sanciones al trabajador

Hay distintas medidas que pueden adoptarse para que la estabilidad del trabajador en la empresa se vuelva un derecho cada vez más efectivo, y muchas de ellas tienen que ver con la democratización de la relación de trabajo, entendida esta como la participación de las mayorías en la adopción de las decisiones trascendentales, y la erradicación de las conductas arbitrarias mediante la privación de sus efectos. En este sentido, resulta muy interesante establecer un sistema por el cual las decisiones fundamentales que afectan al trabajador sean sometidas a un contralor previo, como en aquellos casos en los que, según el ordenamiento, exista una justa causa para que el empleador pueda poner fin a la relación de trabajo de manera unilateral, se cree un sistema de "propuesta de despido", o que cuando se trata de modificar condiciones de la relación de trabajo y/o aplicar sanciones, se dé

.....  
(125) *Ibid.*

previamente un procedimiento con participación del trabajador ejerciendo su derecho de defensa ante un órgano imparcial.

La forma más efectiva de democratizar el acto del despido y evitar arbitrariedades, a la vez que de asegurar la vigencia efectiva de la estabilidad, es quizás el sistema de "propuesta de despido", en el que la extinción de la relación de trabajo es el resultado de un acto complejo en el que el empleador o quien decide el despido participa con una iniciativa pero no puede efectuar el despido por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea esta judicial, administrativa o interprofesional. El patrón solo está facultado a ejercer una acción pretensora de despido, que el organismo competente puede admitir, decretando la disolución del vínculo o su prosecución, o rechazarla y por lo tanto ordenar mantener la relación de trabajo. Por su parte, el trabajador mantiene su derecho de defensa, y por ello de participar del procedimiento con la asistencia adecuada, oponiéndose a los planteos de quien pretende despedirlo alegando una justa causa. En este contexto, es inválido el despido dispuesto por el empleador hasta tanto se tome la decisión de poner fin a la relación de trabajo por el órgano competente, y el trabajador conserva su trabajo y no puede verse privado del mismo de manera arbitraria, siendo un incumplimiento todo hecho que impida al trabajador continuar prestando tareas.

Este sistema es el que hoy se encuentra vigente en Venezuela, país que ha ratificado el Convenio 158 OIT, cuyo art. 7° (junto a lo dispuesto por la recomendación 166) presta respaldo a este tipo de sistemas, en los que el ejercicio pleno del derecho de defensa del trabajador lo resguarda de las arbitrariedades que puedan afectar su estabilidad en la empresa.

Este sistema en sí mismo es una forma de potenciar la estabilidad del trabajador y su aceptación social. Destaca Cornaglia cómo

... es notorio en el derecho comparado, que por esa vía revisora de los procedimientos que deben acompañar al despido, avanza la aceptación cada vez más generalizada, de que la estabilidad con facultades de nulificación del despido declarado improcedente, es plenamente válida y no agravia el sacralizado derecho de propiedad del empleador que viola la carga de no despedir sin causa o despedir arbitrariamente.<sup>(126)</sup>

(126) CORNAGLIA, RICARDO J., "La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación", en *La Ley*, 18/08/2004.

Resulta fundamental que el nuevo CTySS contemple este procedimiento, ya que lo que se debe evitar es la expulsión arbitraria del trabajador del ámbito de la empresa, "exclusión" que es de por sí un daño a sus derechos humanos fundamentales, una afrenta a su dignidad, que debe ser prevenida y en la medida de lo posible evitada. Además, si el trabajador no es expulsado de la empresa no es necesario que se lo deba reincorporar, con lo que se ahorra gran parte de un desgaste innecesario y perjudicial.

Si hay algo que es esencial y propio de un sistema de estabilidad es el sistema de garantías que efectivicen, concreta y realmente, la permanencia del trabajador en su trabajo hasta tanto exista una justa causa de despido, la que debe ser debidamente acreditada de manera tal que no se vean vulnerados sus derechos hasta que sea apartado del mismo, o hasta el momento que él tome la decisión de renunciar a su trabajo.

Pero no solo los beneficios en relación a la efectividad de la estabilidad imponen un sistema de "propuesta de despido", sino que los fundamentos más importantes de este tipo de sistema surgen de la propia CN y los TIDH en cuanto establecen el "derecho de defensa" y al "debido proceso" (art. 18 CN; art. 8° CADH; art. 11, inc. 1°, DUDH; arts. 7° y 8° Convenio 158 OIT, etc.). En este sentido, en los casos en que se pretende el despido con justa causa del trabajador, resultan muy acertadas las palabras de Sarthou,<sup>(127)</sup> para quien, frente a los textos constitucionales, no puede reputarse protectora la norma que acuerda efecto extintivo a la voluntad patronal sin previo ejercicio del derecho de defensa, indicando además que, en los casos de despido sin previa defensa del trabajador, la igualdad formal cae ante la propiedad de los medios de producción y el carácter alimentario del empleo.

Que las decisiones fundamentales en lo que hace a la estabilidad del trabajador y su derecho al trabajo —en sentido amplio— sean adoptadas luego de un procedimiento en que el trabajador fue escuchado (consenso entre las partes) y pudo defender sus derechos si consideró injusta la medida (procedimiento ante un tercero imparcial que puede ser un consejo de empresa o autoridad pública, administrativa o judicial), y que la última palabra la tenga un órgano imparcial (juez), resulta indispensable para una eficaz protección de la estabilidad del trabajador, la protección de sus derechos humanos y la democratización de la relación de trabajo.

(127) SARTHOU, HELIOS, "Estado actual de la estabilidad laboral. Ocho tópicos sobre la estabilidad laboral inexistente", en *Contextos*, n° 2, 1998, p. 209.

## 3.5 | Un caso excluido del régimen de estabilidad absoluta: los trabajadores de casas particulares

Un caso muy utilizado por quienes buscan generar una oposición social al régimen de estabilidad del trabajador es el los trabajadores de casas particulares, caso puntual y fácilmente diferenciable del resto por sus características específicas, que no debe llamar la atención que sea utilizado ya que se ha llegado a hacer un paralelo entre la obligación de reintegrar al trabajador y la imposibilidad de divorciarse.<sup>(128)</sup>

Las excepciones no escapan a la ley, y por ello, puede excluirse del sistema de estabilidad a ciertas profesiones. Este es el caso de quienes trabajan en casas particulares, quienes razonablemente deben excepcionales de un régimen de estabilidad, pero no así de la protección indemnizatoria frente a un despido arbitrario.

En el art. 7 Protocolo de San Salvador puede leerse que la estabilidad de los trabajadores en sus empleos se establece "... de acuerdo con las características de las industrias y profesiones...". En el caso de quienes trabajan en casas particulares, su profesión tiene la característica particular de que se desarrolla en un ámbito muy personal para quien da trabajo. Por lo tanto, hay aquí diversos derechos humanos fundamentales en juego: 1) el "derecho al trabajo" del trabajador por un lado; 2) el derecho al resguardo de su "intimidad", en su "inviolable ámbito domiciliario" (art. 18 CN), donde se desarrolla su "vida familiar" (la que debe ser protegida, art. 14 bis CN) en el caso del sujeto empleador. Aquí no puede el "derecho al trabajo" implicar una estabilidad que impida el despido si no es con una justa causa, por lo numerosos de los derechos fundamentales de la otra parte que se verían perjudicados.

Pero que los trabajadores de casas particulares no queden comprendidos en el sistema de estabilidad denominada absoluta no quiere decir, como se adelantó, que también estén excluidos de toda protección con-

(128) Estos paralelos fueron realizados por Guibourg en el precedente "Camusso" (CNAC. APEL. TRAB., SALA III, "Camusso Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio sumarísimo", 29/07/2009), lo que le valió mi crítica a este tipo de razonamientos (SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador", en *La Ley, Derecho del Trabajo on line*, año 4, n° 876, 23/12/2009 y n° 889, 13/01/2010).

tra el despido arbitrario, ni tampoco que se los prive de otros derechos y protecciones, como el de las normas que buscan combatir la precariedad laboral, lo que actualmente sucede con los trabajadores de casas particulares argentinos. En este sentido, resulta fundamental la modificación reciente de la normativa aplicable a los trabajadores (mayormente trabajadoras) de casas particulares, que dejó sin efecto una norma inconstitucional por la deficiente protección que otorgaba —además del periodo en que surgió y quien fue su autor—, lo que la volvía una verdadera normativa de desprotección y discriminatoria.

No se agotan en este caso las excepciones en un régimen de estabilidad. Pero, en caso de que se llegara a considerar que otras situaciones debieran excluirse de esta protección, debe ser por motivos fundados en cuestiones de índole humanitaria, y no meras argumentaciones económicas. Así, si se pretendiera que solo se aplicara a empresas con cierto número de trabajadores, debería tratarse de casos muy particulares, de empresas muy reducidas y en las cuales el contacto con el empleador es permanente, donde el conflicto realmente se vuelve insalvable y ello hace peligrar el futuro de la empresa. En este sentido, de ninguna manera pueden exceptuarse aquellas empresas que distan de ser pequeñas empresas de conducción unipersonal o directa de un grupo reducido, ni aquellas empresas constituidas como sociedades comerciales.

Las excepciones a la estabilidad del trabajador deben ser limitadas y fundadas, y en caso de duda debe estarse por la estabilidad.

## 4 | Proyecciones de la estabilidad laboral en el diseño de relaciones democráticas de producción de bienes y servicios insertas en un Estado social de derecho

Resulta muy difícil no estar de acuerdo con que

... solo los hombres que tienen una vivienda y un puesto de trabajo seguro, y con ello un futuro material, son o llegan a ser ciudadanos que se apropian de la democracia y la convierten en algo vivo. La verdad desnuda es esta: sin seguridad material no

puede existir libertad política, ni por tanto democracia alguna; y entonces todos nos vemos amenazados por nuevos y antiguos regímenes e ideologías totalitarios.<sup>(129)</sup>

La falta de estabilidad laboral lleva a la rotación de los trabajadores en las comunidades de trabajo y profesiones, dificultando, hasta hacerla casi imposible, la conformación de vínculos durables que lleven a la asociación y a la realización de situaciones y acciones, especialmente colectivas, de tipo democrático. Este es un objetivo perseguido por el poder económico y el resto de los poderes conservadores que buscan proteger su situación de privilegio, la posesión de las riquezas y recursos, y que ven amenazada ante la posibilidad de una democracia profunda y con una participación activa de la mayor parte de la sociedad, los trabajadores. Mediante el ejercicio del poder en el ámbito privado, que construye situaciones de temor por la violencia con que puede ser ejercido, el poder económico logra mantener sus privilegios, lo que no es una cuestión menor en la configuración de la democracia.

Con magistral claridad y sólidos fundamentos, ya en 1967 señalaba Justo López la relación que existe entre estabilidad y democracia en la empresa, y la proyección que esto tiene para la construcción del Estado social de derecho con democracia plena. En un profundo trabajo doctrinario, señalaba que:

... Si las dos ideas (fines) inspiradoras del derecho del trabajo contemporáneo (tanto individual como el colectivo) son la protección de la personalidad del trabajador y su integración social –inevitablemente conexas con aquella– en comunidades intermedias (sindicato, empresa) y, a través de ellas, en la comunidad nacional, importa fundamentalmente que estos fines se realicen en la comunidad de trabajo en la empresa a la que incorpora su actividad personal. Y en esta, como en las demás comunidades (incluido el estado) “deben conciliarse la individualidad y la colectividad” porque “el individuo no debe ser suprimido por esta, pero tampoco por otro individuo más fuerte, ni la colectividad socavada por intereses individuales” y ningún interés

(129) BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, 1º edición, Bs. As., Paidós, 2004, pp. 97 y 98.

parcial, sea individual o colectivo (de grupo), puede prevalecer sobre el supremo interés común. La impunidad del “despido arbitrario” frustra ambos fines, porque el sometimiento del trabajador al capricho del “poder de mando” en la dirección empresaria es contrario a su dignidad personal y la posibilidad de exclusión, sin motivo justificado, de la comunidad de trabajo lo convierte en un desarraigado, en un instrumento fungible o “pieza” intercambiable de una “maquinaria” social de producción de bienes y servicios.<sup>(130)</sup>

En tiempos más recientes, en una publicación del 2009, Baylos y Pérez Rey, al analizar la democracia material surgida de la mano del constitucionalismo social, plantean en la misma línea de pensamiento, de eliminar la arbitrariedad de la empresa como requisito para la construcción de sociedades democráticas, que

... esta dimensión político-democrática conectada con las exigencias de reformular las condiciones económicas y sociales que vayan construyendo escenarios reales de igualdad material en las que se vayan diluyendo y recortando las diferencias entre las personas, obliga a una regulación consecuente del mercado y de la empresa que lleva consigo un sistema de limitación y control del despido como acto lesivo del derecho del trabajo...<sup>(131)</sup>

La relación que existe entre estabilidad del trabajador y democracia, así como la invalidez de una norma que pretendiera validar un despido sin causa en una sociedad que se pretenda hoy democrática —enfrentada dicha norma con principios básicos que imperan en un Estado democrático y social de derecho, como son la racionalidad, consenso y participación—, puede encontrarse en los agudos razonamientos que, en clave filosófica, realiza Hugo Barreto Ghione:

El principio del discurso deviene en fundante de todo el edificio de la validez del derecho mediante la clásica formulación de Habermas: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas

.....  
(130) LÓPEZ, JUSTO, “El Derecho a la Estabilidad y la estructura de la empresa”, en *Legislación del Trabajo*, t. XV, p. 675.

(131) BAYLOS, ANTONIO y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009, p. 40.

normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales. Solo la racionalidad (entendida como capacidad argumentativa y crítica) comunicativa es capaz de generar los consensos en que reposaría la validez de las normas (...) Si los términos estructurantes de las relaciones privadas reposa y se fundamenta en el consenso (de modo de dotar de validez a la norma) producido por participantes (sujetos afectados) en discursos racionales, de ningún modo podría admitirse que la ruptura de la relación laboral pudiera quedar al imperio de la unilateralidad dislocada de una de las partes, o que una de las partes pudiera prescindir del método de la argumentación y los "actos del habla" para dar cuenta de los motivos de la ruptura. No parece concebible que pueda considerarse válida (producto del consenso y la aceptación de los participantes/afectados) una norma que permitiera el despido incausado o arbitrario...<sup>(132)</sup>

Estas reflexiones llevan a Barreto Ghione a afirmar que la facultad de despedir del empleador debe ajustarse al "derecho al trabajo" plasmado en los TIDH, en tanto constituye garantía básica sobre la cual se construye la vigencia de los derechos ciudadanos en la empresa. La empresa no es, ni puede ser, un ámbito ajeno a la democracia y sus reglas. Al celebrar un contrato de trabajo, la persona no deja de ser tal, y continúa siendo titular de los derechos humanos fundamentales que obligan al empleador a respetarlos.<sup>(133)</sup>

El poder económico tiene formas particulares de llevar a cabo su práctica de limitación de la democracia y, de ser posible, desaparición de la misma, siendo una de las principales la separación artificial de la persona humana y los derechos ciudadanos, disfrazando a la persona de otra cosa, por ejemplo, de trabajador, como si un trabajador por el hecho de serlo dejara de ser persona humana y por ello ciudadano. Indica Luis Bruchstein<sup>(134)</sup>

(132) BARRETO GHIONE, HUGO, "Derecho al trabajo y...", *op. cit.*

(133) DUARTE, DAVID, "La nulidad del despido discriminatorio a propósito de 'Álvarez' y 'Pellejero'", en RDLSS, 2011-4-308, n° 0003/402603.

(134) BRUSCHTEIN, LUIS, *El lugar de los Derechos Humanos*, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-176988-2011-09-17.html>

que el liberalismo propone escenarios con protagonistas en estado de suspensión, en los que el que tiene una profesión deja de ser ciudadano, igual que el trabajador, el gremialista o el activista de derechos humanos; como si ninguno fuera persona o, por el contrario, como si alguien pudiera ser más que una persona, cuando no se puede dejar de ser ciudadano ni persona. Para Bruchstein, este escenario es tan ideal que es el que más se presta para ingenuos y tramposos, sobre todo a estos últimos, que son los que le sacan provecho.

Si bien siempre ha existido una intención en el derecho del trabajo de combatir las arbitrariedades en el seno de la empresa, convirtiéndola en una institución más civilizada y democrática, esta tarea se vio potenciada por medio de los TIDH, que en cierta forma han pasado a ocupar el papel fundamental en esta tarea. Se trata de marcos normativos que no distinguen ámbitos que, como refiere Gialdino,<sup>(135)</sup> consideran a la persona humana según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia, la persona plena, en toda su extensión y hondura; en esta no diferenciación esta la potencia de estos instrumentos en la relación de los derechos humanos en todos los ámbitos de la sociedad.

... el Derecho del Trabajo como pionero en materia de protección de una de las partes débiles de las relaciones civiles, perdió protagonismo exclusivo ante otros derechos, básicamente el Derecho de los Derechos Humanos extendidos a los derechos sociales y, aunque sea discutible, ante el derecho común transversal de naturaleza constitucional e inclusive civil. A la mirada autosuficiente del derecho del trabajo que daba respuestas a casi todo lo que podía ocurrir en derredor de la relación de trabajo, se le antepuso la lente siempre en aumento como podría ser de otro manera, de los derechos fundamentales de la persona, se encuentre o no en relación de dependencia. El trabajador de overol se convirtió en un hombre dotado de personalidad civil o social y sujeto protegido de los derechos civiles en el amplio sentido del concepto.<sup>(136)</sup>

(135) GIALDINO, ROLANDO E., "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en *RDLSS 2006-23-2085*.

(136) ARESE, CÉSAR, "La readmisión laboral en el PIDESC, el convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo CS 'Álvarez'", en *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni,

Por lo tanto, hay una situación dentro de la relación de trabajo que es fundamental en cuanto a la democratización de la comunidad de trabajo y el reconocimiento de los derechos civiles y políticos del trabajador como persona humana, con el respeto de la dignidad inherente a su calidad de tal, y es asegurar la estabilidad del trabajador, impidiendo su despido si no media una justa causa para ello, poniendo un límite a la arbitrariedad. El despido arbitrario es esencialmente antidemocrático, atenta contra la igualdad y la libertad en la empresa, imposibilita la construcción de relaciones fraternas, y proyecta sus efectos negativos sobre la democracia en el Estado.

Resalta Capón Filas que la vinculación entre empleo y régimen democrático es evidente a medida que se reflexiona sobre la relación entre desempleo y autoritarismo;<sup>(137)</sup> y que el despido arbitrario es buen disciplinador social, ya que quien pierde el trabajo pierde su vida, afirmación que se exponencia en una situación de des-empleo, sub-empleo y/o marginalidad.<sup>(138)</sup>

La inestabilidad de los trabajadores tiene consecuencias nefastas tanto social como individualmente. Es, quizás, uno de los medios más eficaces que tienen los empleadores para afianzar e imponer su condición de contratantes “más fuertes” que el derecho del trabajo trata de corregir. Desde el poder económico se apunta a generar la idea de que lo único que se ataca con el despido es el ingreso que se pierde, y si esto se soluciona de algún modo, temporalmente con una indemnización o a largo plazo con una prestación social, desaparece el problema. En realidad, lo que se vulnera —fundamentalmente— es otra cosa: la dignidad del trabajador y sus derechos de ciudadanía en la empresa.

Es importante tener en cuenta que lo esencial para potenciar la democratización de la empresa y la sociedad es la existencia de una estabilidad real del trabajador, en contraposición con la llamada estabilidad relativa propia o impropia, ya que lo que resulta fundamental es que el trabajador no sea “excluido” del ámbito de la empresa de manera arbitraria, porque todo

1-2011, p. 33 y ss.

(137) CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo...*, op. cit., p. 34.

(138) CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Estabilidad laboral como sinalagma relacional”, en *Equipo Federal del Trabajo*, año I, n° 4, pp. 43/49.

tipo de exclusión social arbitraria es nociva para una convivencia democrática, y para los derechos fundamentales de la persona humana. Para la realización de relaciones y asociaciones democráticas dentro de las empresas, resulta fundamental la estabilidad de los trabajadores, ya que su rotación atenta contra el establecimiento de vínculos que hagan posible dicho funcionamiento democrático con participación activa de los trabajadores.

Si bien el hecho de la pérdida del trabajo conlleva —en nuestro país y en la mayoría de los países— la pérdida del ingreso, esto es un riesgo o contingencia social, una consecuencia de la exclusión arbitraria del trabajador de la comunidad laboral, siendo la segregación el objetivo principal a combatir y no el mantenimiento de ingreso, sin importar la dignidad de quien lo percibe. No resulta adecuado plantear un sistema con la denominada estabilidad relativa propia, o un seguro de desempleo, o cualquier otro sistema en el que no se dispone la reincorporación del trabajador a la empresa como solución al “despido arbitrario”, y mucho menos como protección frente al mismo, ya que lo único que logran esas medidas, en algunos casos (cuando el importe es suficiente, y se paga en tiempo y forma, lo que no es el caso de nuestro país), es preservar el ingreso, dar soluciones al riesgo social del desempleo, pero no combatir la arbitrariedad del despido y su proyección negativa sobre la dignidad del trabajador, así como tampoco se contribuye a la democratización del Estado y sus comunidades intermedias. La única solución para combatir eficazmente el despido arbitrario y sus consecuencias más negativas es la estabilidad que llaman absoluta o, como prefiero llamarla —en caso de que sea necesario diferenciarla de otros “pretendidos tipos de estabilidad”—, la estabilidad real.

La forma de proteger al trabajador del despido arbitrario tiene mucho que ver con los poderes económicos y sus representantes dentro de las empresas, que se oponen firmemente al recorte de sus poderes aún autoritarios, los que se ven claramente amenazados con el derecho del trabajador a la estabilidad y a solicitar su reincorporación cuando existe un despido sin justa causa. Coincidiendo con Justo López,<sup>(139)</sup> más que el costo del despido, molesta a los empleadores la limitación de sus “poderes jerárquicos”,

.....

(139) “No hay ningún ‘sucedáneo’ factible de la protección contra el ‘despido arbitrario’. Ni el ‘seguro contra el desempleo’, ni un ‘fondo de desempleo’ o de ‘garantía de la antigüedad’, ni las instituciones del derecho colectivo del trabajo —incluidas las de participación en la dirección de la empresa— pueden remplazarla en la función de posibilitar la protección del trabajador contra el abuso...”. LÓPEZ, JUSTO, “El Derecho a la Estabilidad...”, *op. cit.*, p. 672.

pero la única forma de proteger al trabajador frente al despido arbitrario es la limitación de esos poderes, asegurando una efectiva protección del trabajador frente al despido arbitrario mediante la ineficacia del mismo y el derecho a ser reintegrado del trabajador.

Con todo lo dicho hasta aquí no se quiere decir que el ingreso asegurado de una suma de dinero no sea un derecho fundamental para el ser humano y/o la familia, pero es una cuestión que debe ser reparada por medio de la seguridad social, por medio de una renta ciudadana universal o asignación universal,<sup>(140)</sup> como una forma de protección de la persona humana y su derecho cubrir sus necesidades básicas, y no dentro del derecho del trabajo como justificación de la protección contra el despido arbitrario. El fundamento principal de la protección contra el despido arbitrario es democratizar la empresa evitando la existencia de un poder abusivo, que no debe existir en ninguno de los diversos ámbitos de una sociedad democrática.

Siendo el principal objetivo la protección contra el despido arbitrario, se debe buscar la forma que en mejor medida asegure dicho objetivo, cual es la ineficacia del despido sin justa causa y el derecho de reincorporación del trabajador (en caso de ser expulsado por la fuerza). Esto no quiere decir que “subsidiariamente” no se establezcan indemnizaciones cuando el trabajador opta por retirarse de una comunidad de trabajo donde no ve respetados sus derechos fundamentales, indemnización que debe estar a cargo de quien ocasionó el alejamiento, y perseguir el doble objetivo de ser una sanción real, que busque que quien actúa de manera arbitraria corrija su conducta y se acomode a derecho, actuando democráticamente, además de reparar el daño sufrido por el trabajador, de manera justa. Es decir, incluso cuando existen respuestas patrimoniales al despido injustificado, para el caso de que el trabajador opte por una indemnización y no por mantener la relación de trabajo o solicitar su

(140) De los 20 puntos de la Carta Sociolaboral Latinoamericana, que contienen derechos y garantías necesarios en la actualidad, el 10 refiere a la “Institucionalización de una Renta Básica Ciudadana, como derecho de cada persona, sin importar su raza, sexo, edad, condición civil o social, de recibir una renta para atender sus necesidades vitales”; y la estabilidad del trabajador es tratada aparte, en el punto 4, “Derecho a un empleo estable, y prohibición y nulidad del despido arbitrario o sin causa”. Esta “Renta Básica Ciudadana” tiene, según palabras de Diego Boglioli, sólido sustento normativo en diversas cartas internacionales, a saber: El Preámbulo y art. 25, DUDH; el Preámbulo y los arts. 1º, 2º, 21.1 y 26 CADH (Pacto de San José de Costa Rica); el Preámbulo y art. 11 PIDESC. BOGLIOLI, DIEGO FERNANDO, “Hacia la redistribución y la reapropiación de la riqueza social”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 131.

reincorporación, las indemnizaciones previstas han de encontrarse a cargo del empleador, y deben ser suficientemente disuasorias, respondiendo tanto al daño que al trabajador causa la pérdida de su trabajo como a sancionar la conducta antijurídica.

Sobre todo a partir de la globalización, debemos tener en cuenta que resulta fundamental que el Estado y los trabajadores se presenten unidos frente al capitalismo; y una de las necesarias alianzas debe partir del Estado, el que debe retomar con fuerza sus funciones de protección al trabajo con estabilidad y los trabajadores, buscando la progresiva democratización de las relaciones laborales que se proyecta en el fortalecimiento de los derechos ciudadanos en todos los ámbitos.<sup>(141)</sup>

No es accidental que los TIDH, que surgen a partir del fenómeno de la globalización como una forma de protección efectiva de los derechos humanos, se muestren a favor de la estabilidad y la democratización de la empresa, y estos instrumentos deben ser la base para la acción de construcción de mayor justicia social. Hay que poner frenos a las acciones del capitalismo globalizado valiéndose de las herramientas positivas de esta misma globalización.

## 4.1 | Posibilidad de concretar la democratización de las empresas contenida en la Constitución Nacional

Siguiendo a Justo López, podemos decir que la empresa argentina ha ido experimentando, en la historia, transformaciones histórico-jurídicas íntimamente relacionadas con la “democratización”, que pueden dividirse básicamente en 3 etapas: 1) la de la empresa “puramente capitalista”

(141) “... la globalización posibilita eso que siempre estuvo presente en el capitalismo, pero que se mantuvo larvado durante su etapa de domesticación por la sociedad estatal y democrática: que los empresarios, sobre todo los que se mueven a nivel planetario, puedan desempeñar un papel clave en la configuración no solo de la economía, sino también de la sociedad en su conjunto, aun cuando ‘sólo’ fuera por el poder que tiene para privar a la sociedad de sus recursos materiales (capital, impuestos, puestos de trabajo) (...) en este nuevo ‘asalto’ al viejo enemigo ‘trabajo’ (...) se trata, en definitiva, de la liberación de los corsés del trabajo y el Estado tal y como han existido en los siglos XIX y XX (...) no pretende solamente eliminar las trabas de los sindicatos, sino también las del Estado nacional (...) en el tema de la globalización, no solo ‘se juegan la piel’ los sindicatos, sino también la política y el Estado...”. BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Bs. As., Paidós, 2004, pp. 16 y 17.

del capitalismo liberal, caracterizada por el poder “autocrático” —ilimitado de hecho por quedar al margen del derecho— del empresario; 2) la del poder del empresario limitado jurídicamente, a partir de distintas regulaciones del derecho; 3) la del “poder directivo” o gobernante de la empresa no solo “limitado” por el derecho, sino a su vez “compartido”, en alguna medida, entre el empleador y los trabajadores.<sup>(142)</sup> La estabilidad del trabajador permitirá el paso definitivo a la 3ª etapa, y con ella, la realización más plena del BCF en lo que hace a las relaciones del trabajo.<sup>(143)</sup>

Es interesante lo que destaca Luis Roa,<sup>(144)</sup> en el sentido de que el art. 14 bis CN admite el ejercicio conjunto de los poderes empresarios; por lo que mientras que el poder de dirección de la empresa no está en la CN reconocido en cabeza exclusiva del empresario y no tiene soporte constitucional, si lo tiene su ejercicio compartido. Es más, indica Roa que el propio dispositivo constitucional formula claras limitaciones al ejercicio unilateral del poder de dirección y organización de la empresa, cuando en el art. 14 CN dice que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Aunque parezca contradictorio, el art. 14 bis CN, que contiene una formulación de la democratización de la empresa, fue incorporado a la Constitución Nacional durante un gobierno de facto que interrumpió y puso en

(142) LÓPEZ, JUSTO, “El Derecho a la Estabilidad...”, *op. cit.*, p. 661 y ss.

(143) La primera etapa va desde la independencia a principios del siglo XIX hasta pasadas las primeras décadas del siglo XX; la segunda etapa comienza a abrirse paso en la década del 30 del siglo XX; mientras que la tercera etapa puede verse asomar durante los diez años del Gobierno peronista, y se plasma en las reformas constitucionales de 1949 y la posterior de 1957 (durante el gobierno de facto que derogó la de 1949). En relación a la democratización, es claro el texto del art. 14 bis CN introducido en 1957, al establecer el derecho de los trabajadores a la “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”. La tercera etapa, según Justo López se encontraba en 1967 en vías de desarrollo, y no ha avanzado mucho desde ese entonces, hace 45 años.

(144) Plantea Roa, con fundamento en la obra de Arias Gibert, que “...desde el punto de vista del derecho positivo, “a todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que se corresponda a derechos reales” (Art. 497 del Código Civil). Si el ejercicio de los poderes empresarios tiene por objeto crear o modificar obligaciones en cabeza del trabajador, no puede aceptarse que estas obligaciones surjan de un derecho real...”. ROA, LUIS, “A propósito del fallo Greppi: un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, en *Doctrina Laboral*, t. XIX, diciembre de 2005, p. 1127 y ss.

retroceso una de las etapas de mayor avance en conquistas de parte de los trabajadores, en una convención constituyente no democrática en la que el peronismo estaba proscripto. Un gobierno impuesto por la fuerza, que entre sus objetivos fundamentales tenía el de limitar el avance de derechos a favor de los trabajadores y la consiguiente democratización de la empresa, deroga la Constitución vigente y, en la práctica, limita los derechos sociales y democráticos del pueblo, dejando solo un bosquejo legal, que sin la fuerza de las acciones, sin una democracia verdadera y con el predominio del poder económico, demostró que de nada sirven las leyes sin las políticas activas para hacer que se cumplan. Otros gobiernos impuestos por la fuerza de los militares y el poder económico, y otros elegidos por el voto pero sometidos por el poder económico, fueron los que continuaron con los frenos fundamentales para que el art. 14 bis CN lograra una plena realización en la práctica, impidiendo la democratización de la empresa, sobre todo los gobiernos dictatoriales posteriores al golpe de 1976, los de la década de los 90 y el que tras un breve lapso —pero no por ello menos negativo— terminó con el estallido social de 2001.

Después del 2001 se abrió una posibilidad de modificar esto, sobre todo luego del cambio en las políticas del gobierno nacional a partir de mayo de 2003. Pero aún no se ha trabajado en forma directa y específica para hacer efectivos los derechos que democratizan la empresa, centrándose las políticas de igualdad y democratización hasta ahora en ámbitos de la sociedad civil. A pesar de que ha cambiado la política en relación al empleo, siendo prioritaria la creación y el mantenimiento de puestos de trabajo, y la búsqueda de que cada vez existan más empleos que requieran una cierta capacitación, no se ha trabajado en lo que hace a la protección de los trabajadores frente a las arbitrariedades cometidas en las comunidades de trabajo, ni en la democratización de las empresas. Si bien hubo una iniciativa para legislar la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, la misma no pudo concretarse.<sup>(145)</sup> Pero igual, aunque no se haya avanzado en la democratización de las relaciones laborales, sí se lo hizo en la creación y la protección del empleo, siendo las condiciones creadas por el gobierno a partir del 2003 las más favorables desde el regreso de la democracia para pensar en legislar y

.....

(145) Sobre la falta de apoyo del poder ejecutivo, ver: PREMICI, SEBASTIÁN, "Otro round por el reparto", [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-181897-2011-11-24.html>

hacer efectiva la cláusula constitucional en lo que refiere a la democratización de la empresa.

La plena vigencia de los derechos que establece el art. 14 bis CN, que en mayor o menor medida hacen a la democratización de la empresa y la sociedad, es una deuda impostergable. Con base en la forma gramatical del art. 14 bis CN, al establecer que el trabajo “gozará” y las “leyes” asegurarán una serie de derechos, Bidart Campos<sup>(146)</sup> indica que el Congreso tiene el deber inmediato de legislar para que esos derechos sean efectivos, incurriendo con su inacción en una inconstitucionalidad por omisión. La sanción del CTySS se presenta como una oportunidad ideal para cumplir con esta deuda.

La cláusula constitucional ofrece, a partir de su formulación, la posibilidad de enfrentar la globalización y las injusticias del capitalismo mediante una política social orientada a que el trabajo participe del capital, completando (o confrontando) el principio de copropiedad con el de consenso, lo que resulta fundamental en épocas en que el trabajo es sustituido cada vez más por el conocimiento y el capital, y se impone alcanzar una justicia distributiva que centre sus esfuerzos en una real distribución del capital. Por lo tanto, la falta de una legislación que reglamente de manera amplia y progresiva cada uno de los derechos del art. 14 bis CN resulta no solo injustificada, sino inadmisibles. Es más, no solo es grave el atraso en el incumplimiento por falta de realización práctica del art. 14 bis CN, sino que nos encontramos retrasados en cuanto a la nueva formulación que debe darse a la CN de acuerdo a los tiempos que corren y el ejemplo de las nuevas constituciones latinoamericanas, en especial las de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Al respecto, Mario Elffman indica que

... concierne al contenido más específico e irrenunciable de los derechos democráticos el de la participación en las ganancias de las empresas y con control de la producción (...) que el constitucionalismo social argentino incorporó de modo categórico en el art. 14 bis. Mientras estén negados estos derechos constitucionales y el de información, que es su complemento necesario, no podemos hablar de real democratización. Los trabajadores

.....

(146) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución...*, op. cit., p. 195.

seguirán siendo extranjeros, desciudadanizados, ilotas en el interior de las empresas...<sup>(147)</sup>

Los trabajadores deben participar de la empresa, opinando y siendo consultados, recibiendo información de todo tema que pueda afectarlos o resultar de su interés, surgiendo organizaciones libres y democráticas dentro de las empresas y en el más amplio mundo de las relaciones de trabajo, realizándose una integración e interacción democrática de quienes forman parte de una empresa y/o ambiente de trabajo. Esto debe ser tenido en cuenta dentro del objetivo mayor que es democratizar radicalmente las sociedades, ampliando los principios democráticos al dominio de la economía, en un contexto donde los recursos son limitados y es necesario poner fin a la especulación abstracta como base de la acumulación de poder económico. Pero una precondition para lograr todo esto es liberar al trabajador, ponerlo en una situación de mayor igualdad frente a su empleador, y ello difícilmente se pueda conseguir si el empleador conserva un poder absoluto y arbitrario de expulsar al trabajador de su trabajo sin justa causa ni control previo.

A continuación, un breve esbozo de los beneficios que conlleva la posibilidad de realizar el proyecto democratizador contenido en la CN, que necesariamente requiere de trabajos estables que permitan a los trabajadores expresarse y participar sin temor a perder su fuente laboral, de la interiorización del funcionamiento de la empresa, del derecho a ser informado sobre el cómo y por qué de las decisiones, todo lo cual debe desarrollarse en el texto del nuevo CTySS.

#### 4.1.1. Colaboración en la dirección

La colaboración de los trabajadores en la dirección de las empresas es un derecho constitucional y, como tal, debe ser efectivo. Distintos son los beneficios sociales que se derivan del cumplimiento de esta cláusula constitucional, siendo los principales el avance en la democratización de la sociedad y sus distintos ámbitos públicos y privados, y la fiscalización del poder en ámbitos de la economía, la misma que tiene derecho a ejercer el ciudadano en la esfera pública y resulta así trasladada a la esfera privada.

Al participar los trabajadores en la dirección de las empresas, indudablemente tendrán injerencia en las decisiones sobre el destino de los bienes

(147) ELFFMAN, MARIO, "La democratización de las relaciones laborales y su versión jurídico-normativa", en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión...*, op. cit., p. 213.

y las riquezas que se producen socialmente, pudiendo elegir cuál es el uso que se da a recursos limitados, qué bienes y servicios son necesarios para producir, además de decidir qué parte de las riquezas generadas se distribuye entre los que integran la empresa, propietarios y trabajadores, y qué se hace con la parte que no se distribuye. Esto resultaría un medio fundamental para evitar que parte importante de las ganancias se destine a la especulación financiera, tan nociva, y se dedique a la reinversión en maquinaria, investigación, mejoramiento de las condiciones laborales, contratación de nuevos trabajadores, ampliación de la capacidad productiva, etc.

En nuestro país, donde a mediados de la década del XX se intentó, desde el poder político, generar una burguesía nacional que se hiciera cargo del sector productivo, generando riquezas que llevaran a un crecimiento del país, buscando no solo un beneficio personal, sino un crecimiento colectivo, lo que también ha sido una intención de otros gobiernos más actuales, esto no ha logrado concretarse, en especial, por la mirada cortoplacista y el egoísmo que han demostrado mayormente quienes tienen en su poder las riquezas del país. Es por esto que se hace necesaria la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa y decidir el destino de las riquezas, ya que han sido estos quienes han advertido tempranamente, en el año 1955, este problema. No fue otro que el secretario de la CGT quien, en el Congreso de la Productividad de ese año, apuntó las falencias y la falta de compromiso del sector empresarial, señalando que no solo no cumplían las leyes laborales y previsionales, sino que en vez de reinvertir sus ganancias en el sector productivo lo hacían en bienes suntuarios para marcar su estatus.<sup>(148)</sup>

Al habilitar la colaboración de los trabajadores en la dirección de las empresas, también será decidido con la colaboración de los trabajadores cuál es el margen de ganancia que se espera obtener. Esto no es menor, sobre todo en un contexto en el que se debe capacitar a los trabajadores (derecho que debe estar regulado en el nuevo Código en forma extensa), entre otras cosas, en economía, ya que, proyectando que su decisión puede verse replicada en el resto de las industrias, los trabajadores tendrán en cuenta evitar provocar una inflación que solo tiene su justificación en una

(148) Sobre las declaraciones del secretario de la CGT, Juan Vuletich, en el Congreso de la Productividad de 1955, ver: PIGNA, FELIPE, *Los Mitos de la Historia Argentina 4. La Argentina Peronista (1943-1955)*, 3ª edición, Bs. As., Planeta, 2009, p. 305 y ss.

intención de maximizar el lucro más allá de lo que resulta razonable.<sup>(149)</sup> Por lo tanto, se trata de una herramienta para controlar la inflación provocada por el afán de ganancias de gran parte de los empresarios, sobre todo aquellos que obtienen las mayores ganancias, a la vez que por la parte del mercado en la que intervienen son formadores de precios; empresarios que antes que resignar un ápice de ganancias, por más elevadas que sean, ven la forma de mantener su margen y de ser posible aumentarlo, dentro de la lógica de acumulación capitalista.

La colaboración en la dirección de las empresas radicadas en el país por parte de los “trabajadores argentinos”, entendiéndolos así a los que tienen su ciudadanía argentina y aquellos que llegaron al país para quedarse,<sup>(150)</sup> resulta fundamental en función de la historia de concentración y extranjerización de empresas de nuestro país, fenómeno que se ha dado en toda Latinoamérica y hoy se busca revertir por sus nocivos efectos.<sup>(151)</sup>

Solo con participación en la dirección de la empresa de representantes de los intereses nacionales, como son la casi totalidad de los trabajadores, que además de ser trabajadores son ciudadanos argentinos —en el sentido amplio de habitantes que contiene el “Preámbulo” CN—, se podrá influir positivamente en el aprovechamiento nacional y en la redistribución de la riqueza, así como en la generación de empleo de calidad con mayores niveles de capacitación. Se podrá, asimismo, reinvertir la mayor parte de las riquezas obtenidas en el país de origen, lo que implicará un avance estructural y tecnológico, y dificultará que el capital y los poderes

(149) Según Galasso, en los últimos tiempos de su segunda presidencia, Perón sugiere a gremialistas la posibilidad de que los sindicatos intervengan en el análisis de costos de las grandes empresas a fin de aplicar una justa política de precios. GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina. Desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, t. II, Bs. As., Colihue, 2011, pp. 343.

(150) En palabras del preámbulo de nuestra CN, “... todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...”.

(151) “... respecto a la extranjerización, basta con señalar que de las 500 empresas más grandes del país, la participación de las de origen extranjero crece ininterrumpidamente en la década del ‘90, pasando de 44 por ciento en 1993 a un 68 por ciento en 2002, estabilizándose en 67 por ciento para el promedio 2003-2010. Más significativo resulta que, en promedio, las ganancias de las empresas extranjeras son cuatro veces las de las locales, y que las utilidades y dividendos que sacaron del país en 2011 alcanzaron los 8500 millones de dólares, cifra cuatro veces superior al promedio de la convertibilidad...”. HARRACA, MARTIN, “La vía de la estatización”, en T. Lukin, “¿Crisis internacional o errores internos?”, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-197669-2012-07-02.html>

económicos foráneos presionen sobre gobiernos democráticos en la búsqueda del beneficio de sus intereses particulares, poniendo a la economía al servicio del interés general y de todos los habitantes de la república argentina, mediante un contralor interno de las empresas.

La colaboración de los trabajadores en la dirección de las empresas posibilitará que los conflictos entre los intereses nacionales y los extranjeros sean solucionados en el ámbito mismo de la empresa, evitando, en la medida de lo posible, acudir ante órganos del Banco Mundial, los para nada imparciales pseudotribunales del CIADI, órgano al cual la mayoría de los tratados bilaterales de inversión de la década de los 90 sometieron al país, como juez inapelable de cualquier controversia.

Con la necesaria capacitación y formación al efecto, la colaboración de los trabajadores en la conducción de las empresas resulta aplicable a los bancos y entidades financieras, y a todas aquellas empresas que son actualmente los actores principales de la especulación financiera.

La participación de los trabajadores en la dirección de la empresa debe ser el primer paso, ya que, en un proceso de profundización de la democracia, esta debe ir extendiéndose a todos los interesados en las decisiones acerca de cómo se utilizan los recursos, qué bienes y/o servicios se va a producir, cómo van a ser producidos y de qué manera van a ser distribuidos, para lograr una verdadera apropiación social de la producción de riquezas del país.<sup>(152)</sup>

La fiscalización de los trabajadores sobre lo que sucede en las empresas, a modo de un control que busque evitar la violación de distintas normas, que es algo indisolublemente unido a su participación en la dirección, resulta indispensable para evitar los incumplimientos, fraudes y simulaciones que perjudican a los trabajadores en particular y a la sociedad en general. Por ejemplo, al ser más difícil que los empresarios puedan tener ingresos clandestinos para evadir obligaciones, también será más difícil que existan pagos clandestinos, porque como bien destaca Mario Elffman,<sup>(153)</sup> no es sino con ingresos empresarios “en negro” que pueden pagarse salarios “en negro”.

(152) LACLAU, ERNESTO y MOUFFE CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Bs. As., FCE, 2010, p. 231

(153) ELFFMAN, MARIO, “La democratización...”, en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión...*, op. cit., pp. 200 y 201.

Si el trabajador puede colaborar en la dirección de la empresa, resulta innegable que esta participación se extiende sobre todo a determinar cómo se pueden mejorar los derechos de los trabajadores. La contratación de trabajadores, decidida con la participación de otros trabajadores que tienen conciencia de que se trata de personas con sus mismos derechos y aspiraciones, se dará en un contexto en que la precarización se volverá muy difícil.

Los trabajadores deben participar activamente en la dirección de las empresas con el fin de lograr una mejor distribución del trabajo existente, reduciendo la duración e intensidad del trabajo para cada individuo, logrando una autogestión de los tiempos y ritmos de trabajo para su realización y no solo para aumentar las ganancias de las empresas, terminando con la determinación de la producción con base en necesidades inventadas con el único fin de aumentar el lucro y la acumulación de ganancias, proyectando la misma en función de las necesidades de la sociedad y el bien común. De esta manera, la persona humana puede comenzar a desarrollarse, en función del menor tiempo dedicado al trabajo tradicional dentro de la empresa, en otras facetas también importantes que hoy muchas veces son consideradas improductivas y por lo tanto marginadas, como el arte, el deporte, la invención, etc.; posibilitando que las personas se dediquen, además de a las necesidades económicas de las empresas, a otras actividades que hacen a un mayor grado de desarrollo individual y colectivo.<sup>(154)</sup>

Sin lugar a dudas, una de las consecuencias fundamentales de la participación de los trabajadores en la dirección y las decisiones adoptadas en la empresa, es su participación en lo que hace a la protección de la integridad psicofísica y la vida, la propia y la del resto de los trabajadores e integrantes de la empresa. Refiere Luis Ramírez que

Los trabajadores deben tener el derecho y la obligación de participar, tanto en el diseño del sistema de prevención de los riesgos del trabajo, como en su implementación en cada lugar de trabajo. Nadie mejor que ellos conoce cuáles son los riesgos. Esto garantizará, además, el cumplimiento de las normas y procedimientos de prevención. La capacitación permanente es necesaria, pero insuficiente. El trabajador debe participar

(154) Es muy interesante el desarrollo al respecto en GORZ, ANDRÉ, *Misericordias del presente, riqueza de lo posible*, Bs. As., Paidós, 2003.

activamente en todas las cuestiones relativas a la seguridad laboral, ya que es el principal interesado.<sup>(155)</sup>

En función de la reciente ratificación por nuestro país del Convenio 155 OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, y medioambiente de trabajo, es todavía más necesaria la participación de los trabajadores en la prevención de accidentes y enfermedades del trabajo a partir de una política tripartita —trabajadores, empleadores y Estado— de seguridad y salud en el trabajo, que busque generar un medioambiente de trabajo que privilegie la prevención y reducción de siniestros y enfermedades. El Convenio de la OIT establece, expresamente, que la cooperación entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes en la empresa deberá ser un elemento esencial de las medidas en materia de organización y de otro tipo que se adopten a nivel de empresa para resguardar la salud y seguridad de los trabajadores (art. 19). Coincidimos con Jorge Elizondo:

... cuando —en nombre del poder de organización y dirección— se pretende prescindir de la voluntad de los trabajadores para la toma de decisiones, inclusive aquellas que afectan su propio destino como personas, como es la adopción de medidas de prevención y seguridad en el trabajo, no solo se pone en riesgo la indemnidad de los trabajadores, sino el bloque de constitucionalidad inherente a la persona dentro de la empresa ...<sup>(156)</sup>

#### 4.1.2. El control de la producción

En el año 1964, a poco de incorporado el art. 14 bis CN, que, entre otras cosas, introducía el derecho de los trabajadores al control de la producción en la CN, Herbert Marcuse planteaba:

El control del proceso productivo por los 'productores inmediatos' debe iniciar supuestamente el desarrollo que distingue la historia de los hombres libres de la prehistoria del hombre. (...) Por primera vez en la historia, los hombres actuarían libre y colectivamente bajo y contra la necesidad que limita su libertad y su humanidad. (...) aunque el campo de la necesidad persiste,

(155) RAMÍREZ, LUIS E., "El 'impuesto de sangre'", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., p. 143.

(156) ELIZONDO, JORGE L., *Riesgos del trabajo. Análisis crítico de la LRT*, Santa Fe/Rosario, Nova Tesis, 2010, p. 184.

su organización, teniendo en cuenta fines cualitativamente diferentes, cambiaría no solo la forma sino también el grado de la producción socialmente necesaria. (...) Puesto que el desarrollo y la utilización de todos los recursos disponibles para la satisfacción universal de las necesidades vitales es el prerrequisito de la pacificación, es incompatible con la prevalencia de intereses particulares que se levantan en el camino de alcanzar su meta. (...) La meta de la auténtica autodeterminación de los individuos depende del control social efectivo sobre la producción y la distribución de las necesidades. <sup>(157)</sup>

Varias décadas después, a poco de finalizar el siglo XX, pueden encontrarse similares planteos de parte de André Gorz, quien dice que

... en el nivel de las opciones de producción, en el nivel de la definición del contenido de las necesidades y de su modo de satisfacción se sitúa la apuesta política del antagonismo entre capital y trabajo viviente. Esta apuesta es en última instancia el poder de decidir el destino y el uso social de la producción, es decir el modo de consumo al que ella está destinada y las relaciones sociales que este modo de producción determina. <sup>(158)</sup>

De las reflexiones de ambos pensadores puede extraerse que resulta fundamental que los trabajadores participen en el control de la producción y, dentro de esta tarea, tengan activa intervención en la decisión de la producción, la definición del producto, la forma de producirlo y su destino. Es, además —no puede perderse de vista—, un derecho establecido en la CN.

El capitalismo, cuyo objetivo fundamental es la acumulación de riquezas materiales en cada vez menos cantidad de personas, desentendiéndose de las cuestiones humanas fundamentales, destruyendo todo lo que se interpone en su camino, desde la dignidad humana hasta el equilibrio ecológico, pasando por los Estados-nación y la unidad de los pueblos, debe tener un freno, tiene que haber un cambio, la humanidad vivió cientos de años sin capitalismo y hoy necesita cambiar el sistema que ha ido

---

(157) MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, 3ª ed., México, Joaquín Mortiz, 1968, pp. 63, 258 y 268.

(158) GORZ, ANDRÉ, *Miserias del presente...*, op. cit., p. 45.

mutando hasta llegar a este capitalismo neoliberal: es indispensable un cambio profundo para que pueda sobrevivir. Dentro de su lógica primaria, el capitalismo acumulaba riquezas en un número limitado de propietarios que reinvertían para generar nuevas y mayores riquezas y apropiarse de las existentes. Con el tiempo, se potencio cada vez más la reinversión en distintos medios (v gr., publicidad) para generar la sensación de una necesidad de consumo de los más diversos productos, que son elaborados con los recursos naturales limitados que se encuentran en el mundo, sin importar si realmente lo producido era útil, creando una lógica de participación social a través de la constitución de la persona humana como consumidor inserto en el mercado. Las riquezas, apropiadas injustamente por una parte mínima de la población (cada vez más mínima),<sup>(159)</sup> son utilizadas en la forma en que dispone esa minoría, y solo pueden ser aprovechadas —mayormente derrochadas— por un número reducido y sectorizado de la población mundial. Pero como la codicia y la acumulación no tienen límites, en un momento determinado se potenció la parte especulativa del capitalismo, lo más abstracto de la economía, quedando entonces las riquezas sujetas al juego de fuerzas invisibles para la mayoría de la población, manejadas por cada vez menos personas y empresas. Ante el estado actual de cosas, el control de la producción por los trabajadores, y no por unos pocos mercaderes y especuladores, es cada vez más necesario. Es a partir de la multiplicación de sujetos que intervienen en la decisión de cómo utilizar las riquezas y qué se considera valioso —en función de las necesidades reales de la mayoría—, que puede comenzarse a revertir el sistema capitalista actual y sus efectos destructivos.

Esto ya fue advertido por los trabajadores argentinos hace medio siglo, lo que puede verse plasmado en los programas de “La Falda”, en 1957, previo a la reforma constitucional de ese año, y “Huerta Grande”, 1962, luego del golpe de Estado de ese año.<sup>(160)</sup> Se destacan declaraciones como la

(159) KLIKSBERG, BERNARDO, “Un escándalo ético mayor”, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-265370-2015-02-04.html>

(160) El golpe de Estado de 1955 puso en marcha un plan de demolición de las conquistas sociales y políticas logradas por el Movimiento Obrero Argentino a lo largo de décadas. En la resistencia a esos planes, en la lucha por impedir el avance de las patronales y el imperialismo, los trabajadores fueron elaborando propuestas políticas, sociales y económicas, que tenían el doble fin de integrar las fuerzas propias, al mismo tiempo que neutralizar el discurso de los sectores oficiales. El Programa de La Falda, de agosto de 1957, y el de Huerta Grande, de junio de 1962, son resultado de esa acción.

de Andrés Framini, dirigente sindical, que durante el plenario de Huerta Grande explicaba que:

Con el capitalismo no hay solución alguna: es un sistema que pertenece al pasado y nosotros debemos marchar hacia el porvenir (...) qué es el salario en el sistema capitalista? Una pequeña parte del valor real de lo que producimos (...) ¿De qué nos sirve, en consecuencia, luchar por un mero aumento de salarios si a los dos meses todo aumento y volvemos a lo mismo: apenas a ganar unos pesos para subsistir? Lo que está en crisis en nuestro país (...) Aquí y en el mundo, es el sistema capitalista, basado en el lucro, la injusticia y la incapacidad para satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los pueblos. Y eso no se arregla con aumentos de salarios (...) Hay que transformar toda la estructura económica, financiera y jurídica, social, política y estatal...<sup>(161)</sup>

El objetivo fundamental del golpe de Estado de 1976 y de la dictadura genocida era que este tipo de programas no pudieran concretarse. Luego de más de una década intentando revertir los nefastos efectos de ese cuarto de siglo, es momento de un paso mayúsculo, que puede plasmarse en un CTySS.

El control de la producción es una obligación colectiva que resulta fundamental sea compartida en la comunidad de trabajo por todos, tomando conciencia de su repercusión en la sociedad y el planeta en el que vivimos, donde los recursos no son ilimitados y las alteraciones agresivas producen consecuencias peligrosas. Como bien refiere Zaffaroni:

La naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo estaría acotado por el criterio del *sumak kawsay* (...) La necesidad —eterna celestina de todas las matanzas y guerras— deberá evaluarse conforme a las condiciones humanas de supervivencia digna y al uso no abusivo respecto de todos los entes naturales, y no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos...<sup>(162)</sup>

(161) GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina...*, op. cit., p. 397.

(162) ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Pachamama...*, op. cit., pp. 142 y 144. En la página 111, explica Zaffaroni que el *sumak kawsay* es una expresión quechua que significa buen vivir, que no se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien

La participación de los trabajadores, desde su posición de sujeto social mayoritario, en la elección del destino de las riquezas sociales y su forma de utilización en la empresa, es fundamental para comenzar a generar un sistema de mayor justicia social, en el que se privilegie la producción de bienes y servicios destinados al desarrollo humano de quienes los producen y utilizan, buscando que el número de participantes sea cada vez mayor, y las condiciones de participación más humanas. Esto se encuentra en sintonía con el art. 21 CIDH, ya que si bien toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, a disponer de su propiedad privada, la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

#### 4.1.3. Participación en las ganancias de las empresas

Como bien sostiene la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, una remuneración digna no es solo aquella que le permite al trabajador cubrir sus necesidades y las de su familia, sino la que también contempla una creciente participación en la riqueza que el trabajo humano genera. Se plantea, desde dicha Asociación, que debe reconocerse el derecho a una retribución digna, que cubra todas las necesidades del trabajador y de su familia y que, además, tenga en cuenta los beneficios obtenidos por el empleador.<sup>(163)</sup>

En este sentido es que se impone una participación cada vez mayor de los trabajadores en las riquezas de las empresas, en especial si partimos de reconocer que es el trabajo el principal generador de riquezas.

La relación de interdependencia existente entre la dignidad de la condición humana y el trabajo como expresión central de la misma configura la remuneración del trabajo personal como instrumento de participación en la riqueza que el trabajo humano genera y no sólo respuesta a la satisfacción de las meras exigencias de cobertura de las necesidades básicas de las/los trabajadoras/es y de sus familias. No se trata por tanto de garantizar el derecho a una retribución cualquiera, ni tampoco de asegurar una retribución de mera subsistencia, sino más bien de reconocer el valor

.....  
común de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

(163) ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ABOGADOS LABORALISTAS, "Declaración de México", 23/10/2009, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., p. 11 y ss.

económico, social y político del trabajo y por tanto el derecho de todas/os las/os trabajadoras/es a participar del mismo...<sup>(164)</sup>

La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas es un derecho derivado de su trabajo, que se ve potenciado por su colaboración en la dirección y el control en la producción de las empresas, lo que reconoce la CN; ya que, si solo por realizar su trabajo tiene derecho a participar de las ganancias que ese trabajo genera, con mayor razón tiene ese derecho el trabajador cuando participa en el desarrollo e implementación de los objetivos de la empresa y la forma de concretarlos, además de controlar y participar en la determinación de que es lo que se produce, cómo y por qué. La estabilidad da al trabajador la certeza de que el crecimiento que alcance en el largo plazo la empresa donde se desempeña, producto en gran medida de su trabajo y el de los otros trabajadores, es una riqueza que lo beneficiará a él y a la sociedad que integra junto a sus compañeros de trabajo.

El salario es el precio que el empresario acepta pagar al trabajador (cuando se da una negociación), que en muchos casos decide pagar sin importarle si es o no justo (*v gr.*, cuando hay trabajo precario), mientras que la participación en las ganancias de las empresas es un reconocimiento social de que la primera y principal fuente de riquezas es el trabajo. Se trata de la diferencia entre el valor de la capacidad de trabajar, que es el mínimo que se debe pagar al trabajador para que pueda seguir trabajando, y el valor del trabajo, que es la ganancia que el trabajo genera. En una sociedad que se centra en el valor de la capacidad de trabajar se le pone un precio al trabajo, que se determina como si se tratara de una mercancía más, y que indudablemente es impuesto por quien tiene un mayor poder en el mercado, el empresario; mientras que una sociedad que reconoce el valor del trabajo, aunque sea en parte, no puede negar la participación del trabajador en las ganancias de las empresas, un reconocimiento del derecho del trabajador a participar proporcionalmente de una parte de las riquezas que genera con su trabajo. La participación en las ganancias es una forma de limitar la explotación y la apropiación del valor del trabajo de manera injusta (apropiación que ha recibido el nombre de plusvalía), para impedir que se proyecte socialmente, ya que

(164) CASTELLI, NUNCIA, "La Función del Salario", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, *op. cit.*, p. 81.

al consolidarse esta injusticia, las desigualdades que impiden una democratización profunda y con justicia social se vuelven cada vez más difíciles de combatir.

La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas implica que estos deben conocer efectivamente cuáles son esas ganancias, y es quizás este uno de los motivos que lleva a que la resistencia de las empresas sea mayor. Por otra parte, si los trabajadores participan de las ganancias de las empresas, cuando las empresas suben los precios para aumentar sus ganancias, los trabajadores también verían incrementados sus ingresos, con lo cual los efectos de la inflación deberían ser menores para los trabajadores, y los aumentos dispuestos por los empresarios con el solo objetivo de aumentar sus ganancias perderían en parte su sentido, en un contexto global de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas.

La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas contribuye a democratizarlas, pues hace necesario que se habilite la participación de los trabajadores en el control de los ingresos. Al mismo tiempo, contribuye a democratizar la sociedad, ya que al redistribuirse las riquezas se disminuyen las desigualdades y las injusticias, y genera una base material en la cual los trabajadores pueden apoyarse para constituirse, junto a sus familias, en sujetos que tienen satisfechas sus necesidades básicas y acceden a un desarrollo pleno, que les permite pensar su actividad política sin condicionamientos impuestos por la debilidad que implica vivir en una situación de exclusión y/o necesidad.

Como la CSJN se ha encargado de aclarar,<sup>(165)</sup> para lograr comprender la magnitud histórica del tema, la salarial es una cuestión que no ha cesado de emerger en la historia de la humanidad desde antiguo, con la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria, que interesan a vastos sectores de la población y que se originan en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes en menoscabo del empleado. La relevancia de todo lo atinente al salario supera los límites del llamado mercado de trabajo o, mejor dicho, somete a este a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común. De ahí que los criterios propios que deben presidir la consideración del trabajo humano, incluida la cuestión de la retribución

.....

(165) CSJN, "Pérez, Aníbal...", fallo cit.

del trabajador, obviamente exceden el marco del mero mercado económico, y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional.

#### 4.1.4. Organización sindical libre y democrática

La acción colectiva para el logro de objetivos comunes, la asociación en vistas a la construcción de sociedades más justas, es un derecho humano fundamental que hace a la esencia social de la persona. Está reconocido en el art. 14 CN desde sus orígenes (“asociarse con fines útiles”), lo que, en el caso de las relaciones de trabajo y con referencia a los trabajadores, recibió una confirmación y protección mayor con la incorporación de los TIDH a la CN (v. gr., art. 22 PIDESC, art. 16 CADH, art. 20 DUDH), y la jerarquía superior a las leyes que se dio al resto (v. gr., Convenio 87 OIT; art. 26 CIAGS). Los sindicatos de trabajadores son organizaciones fundamentales en una sociedad en la cual existen trabajadores en constante pugna porque el capital respete sus derechos humanos fundamentales.

En su primer párrafo, entre los derechos de los trabajadores que las leyes deben proteger, el art. 14 bis CN indica el de tener una “organización sindical libre y democrática”. La importancia de una organización sindical que reúna ambas características, de libre y democrática, resulta fundamental, ya que, como sostiene la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, los derechos de las personas que trabajan serían una mera fantasía

... si no se garantizara a los trabajadores la posibilidad de organizarse para defenderlos. Para ello la legislación debe asegurarles la libertad de asociación y la democracia interna. Sindicatos fuertes y dirigentes gremiales auténticamente representativos, democráticamente elegidos, y que sean la correa de transmisión de las demandas de sus bases y no voceros de los poderes constituidos, son la única garantía de la efectividad de los derechos laborales.<sup>(166)</sup>

No solo el Estado debe cuidarse de intervenir negativamente en el plano individual y colectivo de la libertad sindical, sino todos, incluidas las

(166) ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ABOGADOS LABORALISTAS, “Declaración de México”, 23/10/2009, en L. E. Ramírez, (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., p. 12.

burocracias sindicales y las dirigencias anquilosadas en algunos sindicatos, los empresarios, las asociaciones de empleadores, los poderes económicos, etc.

Deben protegerse ambas facetas, la individual y la social, lo que a su vez es una forma de proteger la libertad en el ejercicio de la actividad sindical. El trabajador, como sujeto individual, tiene derecho a tener su propia opinión, la cual debe ser respetada y escuchada; y, a su vez, los trabajadores en su conjunto tienen derecho a unirse en pos del logro de objetivos que les son comunes, a asociarse y deliberar sobre los caminos a adoptar, eligiendo a sus representantes y expresándose por medio de los mismos. Es importante que no se descuide el valor individual que tiene cada trabajador como persona humana, evitando diluir al individuo en el colectivo; pero a la vez debe darse importancia a la posibilidad de actuar en forma colectiva, o por medio de quienes consideren representan sus intereses de clase.

Una organización sindical libre y democrática sirve para potenciar la opinión de los trabajadores, la que resulta ser la base de la construcción de comunidades de trabajo democráticas, en las que las bases son escuchadas al momento de decidir. No hay democracia posible cuando las opiniones están prohibidas, o son castigadas injustamente; una forma de proteger y fomentar la opinión de los trabajadores la otorga la posibilidad de asociarse entre ellos en función de sus opiniones coincidentes, sin temor por ello a ser despedidos.

Señala Norberto Bobbio:

Libertad de asociación y libertad de opinión deben considerarse como condiciones fundamentales del buen funcionamiento de un sistema democrático, porque ponen a los actores de un sistema basado en la demanda proveniente de abajo y en la libre toma de decisiones o en la libre elección de delegados que deben elegir, en posibilidad de expresar las propias demanda y de tomar decisiones con conocimiento de causa, después de la libre discusión.<sup>(167)</sup>

La democracia, en el seno de la comunidad de trabajo, debe respetar la relación de los trabajadores entre sí y con las organizaciones colectivas

.....

(167) BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2010, p. 82.

que los representan. Los trabajadores, en su carácter de tal, deben tener los mismos derechos que en el Estado democrático en cuanto ciudadanos, pudiendo elegir a sus representantes, postularse para representar a sus pares, tener acceso a la información a la que acceden sus representantes, peticionar en forma directa o por medio de quienes los representan, y todo ello, estén o no afiliados al sindicato. Por lo tanto, la estabilidad en el trabajo no debe limitarse a los representantes gremiales.

Como lo ha puesto de manifiesto la Corte,<sup>(168)</sup> el hecho de afiliarse o no a un sindicato determinado, o a una clase determinada de sindicatos (con personería gremial), no puede menguar el ejercicio de derechos, aun sindicales, de parte del trabajador, que debe poder participar de manera individual o colectiva en un ambiente democrático y libre que debe existir en la empresa y la sociedad. Se deben evitar las limitaciones directas e indirectas a la democracia sindical, especialmente los privilegios o ventajas injustificadas concedidos por ley a determinadas organizaciones sindicales por sobre otras, limitando las funciones de ciertas organizaciones en relación a otras de manera arbitraria. Los requisitos de funcionamiento de las organizaciones sindicales, así como los de la participación de los trabajadores en las mismas, no deben ser tales que frustren la práctica o la desalienten. Los mismo sucede respecto de los trabajadores: no pueden haber privilegios injustificados para pocos, y establecer la estabilidad solo para algunos se constituye en eso.

En Argentina, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (en adelante, LAS) no ha llevado a institucionalizar la libertad y la democracia sindical, y se ha alejado del art. 14 bis CN, al establecer un sistema de monopolio sindical con privilegios para los sindicatos con personería frente a los que no tienen personería, lo que es contrario a la libertad y la democracia sindical, además del bienestar general.<sup>(169)</sup>

Un grupo de doctrinarios del derecho realiza un diagnóstico de la situación sindical, que en el nuevo milenio ve entorpecida su evolución a la par de los cambios sociales y económicos experimentados, en gran medida, por la anacrónica LAS, que con la sanción del nuevo CTySS debe ser

(168) CSJN, "Asociación Trabajadores del Estado...", fallo cit.; "Rossi Adriana María...", fallo cit.

(169) CSJN, "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" fallo cit.; "Rossi Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina", fallo cit.

derogada, regulando en forma adecuada estos temas en el nuevo Código. En este sentido, refieren que:

Las formas organizativas sindicales tradicionales aún responden al modelo productivo-social vinculado a la etapa fordista y que fuera “puesto en crisis” a partir de la última dictadura. Esto se corrobora, por un lado, por el desconocimiento de derechos y las trabas legales impuestas a las nuevas asociaciones sindicales, de modo que nuevos sectores económicos o formas de organización del capital no han recibido como respuesta el reconocimiento formal o institucional de la capacidad de los nuevos sujetos sindicales para aglutinar y representar los intereses de los trabajadores de esos sectores. Mientras tanto, las estructuras tradicionales de representación no han experimentado cambios, pese a las modificaciones socioeconómicas operadas, potenciando su descrédito a través de las prácticas antidemocráticas de dirigencias emblemáticas con tradición autoritaria, poco transparentes y desapegadas de la acción. El “modelo legal” de organización condiciona el modelo “voluntario-decisional” de los trabajadores. Habiendo permitido una cohabitación funcional en el período inicial, hoy el sistema legal impide o dificulta la adecuación al nuevo contexto económico productivo social. El régimen normativo plasmado en la ley 23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408), y su reglamentación, impide el desenvolvimiento de nuevos sujetos sindicales que debieran ser la expresión de una nueva composición de la clase trabajadora —en razón de las condiciones impuestas por el capital— y del conjunto de la sociedad en general. La continuidad de este desajuste puede determinar, no solo que el sistema legal sea antifuncional con respecto a las necesarias estructuras sindicales para responder al modelo económico productivo, sino —lo más grave— que se convierta, como en muchos casos, en funcional a los intereses de los empleadores, conspirando de tal modo contra el principio-derecho fundamental de libertad sindical...<sup>(170)</sup>

(170) GARCÍA, HÉCTOR O.; GIANIBELLI, GUILLERMO; MEGUIRA, HORACIO DAVID; MEIK, MOISÉS y ROZENBERG, ENRIQUE M., “Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia (Primer documento)”, en DT2005-A.

Las organizaciones sindicales y los trabajadores deben enfrentarse, como indican Baylos y Pérez Rey,<sup>(171)</sup> a un contexto cultural en el que la empresa se plantea desde el discurso neoliberal como un sujeto histórico en sí mismo, que ocupa el lugar de actor central, desplazando a los trabajadores y ciudadanos como sujetos históricos. Esta empresa, devenida en sujeto principal, plantea a la sociedad, como características necesarias, la descentralización, la flexibilidad, la movilidad y el cambio; aspectos presentados como socialmente positivos, y a los que el trabajador, en su aspecto individual desconectado de toda dimensión colectiva, debe adaptarse. Dentro de este marco de situación, el lugar de trabajo, definido físicamente por el conjunto de personas que en el desarrollan actividad y evoca el aspecto colectivo, desaparece de la narración. El trabajador aparece aislado, comprometido solo con su proyecto individual; y el propio lugar se volatiliza. Este discurso de ficción, que quiere imponerse como verdadero, deja poco espacio para la afirmación de la actuación de los sujetos colectivos que representan al trabajo y tienen una identidad de clase.

Este discurso que intenta crear una realidad única debe ser desactivado, teniendo en cuenta que lo fundamental es la comunidad de trabajo conformada por personas, en su mayoría trabajadores, verdaderos sujetos principales dentro de la empresa con una actuación colectiva fundamental. La importancia de los sindicatos surge de su razón de ser: convertirse en una organización libre y democrática que forma parte de un ámbito de ciudadanía más amplio, y que no son en sí mismas un universo completo y cerrado, sino que se insertan en realidades mayores como el Estado, donde constantemente se intenta construir una sociedad con un proyecto colectivo de desarrollo común con equidad.

Es pensando en la organización sindical libre y democrática, en su faz individual y colectiva, que la CN garantiza a los gremios el derecho a concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; y el derecho de huelga. Por lo tanto, si se pierden las características que deben revestir dichas asociaciones, pierden sentido los derechos conferidos.

Es importante destacar que quizás es aquí donde queda más clara la relación entre democracia en la empresa y estabilidad del trabajador, ya que, en relación a la actividad sindical es que la CN instituye la estabilidad en el

.....

(171) BAYLOS, ANTONIO, y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o...*, op. cit., pp. 35/39.

ámbito del empleo privado y público, sin distinciones y en forma expresa, para posibilitar una democratización necesaria de los ámbitos de trabajo; esto cuando refiere: “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

En relaciones de trabajo donde se ataca la estabilidad, sea al inicio de la relación, durante su desarrollo, o al momento de ponerle fin, se hace más difícil que exista una organización sindical libre y democrática. Las relaciones precarias (v. gr., por falta de registro, registro defectuoso y/o tercerización), o donde los cambios y abusos son moneda constante (v. gr., traslados y/o cambios de horarios de trabajo), o cuando el despido arbitrario es práctica de la empresa, la unión y solidaridad entre los trabajadores difícilmente podrá aparecer y proyectarse, siendo necesario el tiempo y la relación constante entre los trabajadores para que nazca una organización fuerte y duradera. El debilitamiento de la organización sindical libre y democrática es uno de los principales objetivos de los ataques contra la estabilidad de los trabajadores.

Por lo tanto, y como sostiene un sector de la doctrina,<sup>(172)</sup> “El para qué de la libertad sindical actual, no es otro que reforzar la garantía de estabilidad en la relación de trabajo”. De esta manera, ambas cuestiones se retroalimentan, estabilidad de los trabajadores para la construcción de la libertad sindical, y libertad sindical para consolidar la estabilidad de los trabajadores.

#### 4.1.5. Un derecho implícito: el derecho a la información

Es la propia Constitución Nacional la que prevé la posibilidad de que algunos derechos no estén formulados en forma expresa y no por ello deban ser desconocidos, se trata de los “derechos implícitos”. El art. 33 CN refiere: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En este sentido, y de acuerdo a Bidart Campos,<sup>(173)</sup> los derechos implícitos, aunque no forman parte expresamente del orden normativo de la constitu-

(172) GARCÍA, HÉCTOR O.; GIANIBELLI, GUILLERMO; MEGUIRA, HORACIO DAVID; MEIK, MOISÉS y ROZENBERG, ENRIQUE M., “Tiempo de Derechos...”, *op. cit.*

(173) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 101 y ss.

ción formal, han de reputarse incluidos en ella, siendo especialmente relevante para su aceptación tener como pauta la ideología de la constitución que organiza la forma democrática de nuestro Estado, respetando la dignidad de la persona, su libertad y derechos fundamentales, en base a valoraciones socialmente progresivas y acordes con los tratados internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, resulta indiscutible, y una condición necesaria para la realización de sus derechos democráticos, el derecho a la información, que no puede excluirse del seno de la empresa, teniendo el trabajador y la organización sindical derecho a la información dentro de la misma, complementando este derecho el resto de los dispuestos por el art. 14 bis CN, en especial los que hacen a la esencia de la democratización de las comunidades de trabajo, aunque la CN no lo explicita y se trate de un derecho implícito. Es tal la relevancia del derecho a la información y su relación con la democratización de la empresa prevista en el art. 14 bis CN que, al decir del Cornaglia,

Solo la información permitirá que este programa democratizador de la obsoleta empresa argentina, comience a desprenderse de sus prácticas autoritarias. En la era de la revolución tecnológica y la informatización y robotización, sólo la democratización del conocimiento nos podrá salvar de la creciente marginalización social y segmentarización (...) la paz social dependerá siempre a largo plazo, de la información. A corto plazo podría la ignorancia ser un instrumento pacificador que institucionalice por el derecho prácticas represivas. Pero nunca una forma perdurable de resolver los conflictos...<sup>(174)</sup>

Toda participación del trabajador en la empresa, ya sea en forma individual o por medio de las organizaciones colectivas de trabajadores, requiere del acceso a la información, posible de ser decodificada, veraz, precisa y completa.<sup>(175)</sup> Los derechos de colaboración en la dirección, de

(174) CORNAGLIA, RICARDO J., *El derecho a la información de los trabajadores*, DT 1997-B, 1319.

(175) Son numerosos los autores que coinciden en que para la democratización de la empresa, y el ejercicio de derechos vinculados a la democracia dentro de la misma, resulta fundamental asegurar el derecho a la información a los trabajadores. CORNAGLIA, RICARDO J., "El derecho a la información de los trabajadores", DT 1997-B, 1319; DUARTE, DAVID, "La participación de los trabajadores en la empresa", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., pp. 55/60; ELFFMAN, MARIO, "La democratización...", en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión...*, op. cit., p. 213.

control de la producción, de participación en las ganancias, de opinión, y los derechos de asociación y actuación conjunta, requieren de un instrumento fundamental: la información. Los trabajadores, al momento de participar, deben poder acceder a la información que es necesaria para la toma de sus decisiones, asumir posturas determinadas, y elegir con las herramientas necesarias de manera libre y consiente entre las opciones que se presentan.

La información, en palabras de David Duarte,<sup>(176)</sup> desempeña un papel clave en la promoción del diálogo social y de relaciones de confianza en las empresas y los centros de trabajo, lo cual es fundamental para garantizar un entorno laboral favorable a la innovación, la previsión y la adaptación, en aras tanto de los empresarios como de los trabajadores.

La naturaleza del derecho a la información obrera es al mismo tiempo individual y colectiva.<sup>(177)</sup> Tal es así que, los trabajadores, en forma individual y colectiva tienen derecho a acceder a la información que existe en la empresa y que afecta la comunidad de trabajo y, en forma individual, tienen derecho a acceder a la información en poder de las organizaciones sindicales.

La información se relaciona íntimamente con la libertad de opinión. Resulta muy valiosa la opinión que puede fundarse en la información necesaria para su formulación, por tratarse de una opinión que puede ser sostenida con las herramientas necesarias por la persona que la detenta, y difícilmente puede ser ignorada por el destinatario y/o los destinatarios de la misma, y mucho menos atacada de manera arbitraria sin que el atacante quede al descubierto en su conducta antidemocrática.

La libertad de opinión, también llamada de pensamiento y expresión, es tratada en el derecho internacional junto al derecho de información. En este sentido, el art. 13, inc. 1, CADH establece que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole,

(176) DUARTE, DAVID, "La participación...", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit, p. 58.

(177) En este sentido puede verse: CORNAGLIA, RICARDO J., "El derecho a la información...", op. cit. Según el jurista, en la falsa oposición de esa categorización del derecho a la información —individual o colectivo—, se agazapa, en definitiva, la forma actual de relativizarlo.

sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". Queda claro que se trata de un derecho compuesto de la dualidad de búsqueda y obtención de información por un lado, y emisión de información e ideas por el otro. El art. 19, inc. 2, PIDCP contiene una formulación casi idéntica a la del art. 13, inc. 1, CADH. En el ámbito de las comunidades de trabajo, es especialmente esclarecedora al respecto la Recomendación 129 OIT sobre las comunicaciones entre la dirección y los trabajadores dentro de la empresa, donde se plantea la importancia de una información adecuada y amplia intercambiada entre la empresa y los trabajadores.<sup>(178)</sup>

Quizás una de las mayores resistencias a la democratización de la empresa, mediante una participación efectiva de los trabajadores, consista en la resistencia a compartir información sobre el manejo de la misma. El hecho de que los trabajadores colaboren en la dirección de la empresa y controlen su producción y participen en las ganancias, conlleva implícitamente que la información de lo que sucede en la empresa debe ser accesible para ellos, lo que constituye un cambio revolucionario ya que contraviene la tendencia tradicional del poder, de todo poder, de ocultarse y ocultar sus intenciones y algunas de sus acciones. Los motivos que se esgrimen desde el poder para actuar así son variados, y entre los más comunes se cuentan los que pretenden que no se pueden descuidar algunos secretos, ya que el enemigo podría conocerlos, o que se trata de cuestiones complejas que, puestas en conocimiento de la mayoría, no serían comprendidas, motivos que resultan igualmente inválidos y/o falaces.<sup>(179)</sup>

Si bien resulta entendible que algunos datos o parte de la información no pueda ser divulgada a todos o en cualquier momento, estos límites deben ser apreciados de manera objetiva y con un criterio restrictivo, ya que lo que se está haciendo es limitar un derecho humano, y es fundamental evitar arbitrariedades u ocultamientos maliciosos. Como indica Ricardo Cornaglia, cualquier forma no razonable de limitación al poder legitimado

(178) La enumeración que hace la Recomendación 129 sobre la información que los trabajadores tienen derecho a conocer debe considerarse la enumeración de un mínimo, nunca como una enumeración taxativa. Ver [en línea] <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R129>

(179) BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2010, pp. 210 y 211.

de informarse encubre una práctica de dominación de los informados, y solo la dictadura y el autoritarismo tienen la necesidad de coartar el conocimiento humano en todos los planos de la sociedad y en especial en el mundo del trabajo.<sup>(180)</sup>

En consonancia, haciendo centro en lo que sucede en el interior de la empresa, sostiene David Duarte:

Resulta imposible el diálogo social que se pregona si no hay información fidedigna, porque siempre habrá algún punto del que no se puede hablar. La transparencia en el funcionamiento de las actividades empresarias, en la que se involucra la vida del trabajador, expresaría también una relación decente, en palabras de la OIT. El trabajo decente debe tener también una formulación en acciones concretas, como sería el compromiso de la empresa de dar a conocer a los directos y verdaderos interesados, los trabajadores, la situación económica de la empresa. El poder empresario se resiste a dar este tipo de información, pues se escuda en la confidencialidad frente a la competencia. Pero esta confidencialidad no debe ser tal que termine siendo un pacto de silencio mafioso para eludir la ley, que en el derecho del trabajo es siempre el instrumento protectorio (...) La información es necesaria para el contralor de los poderes públicos, de las empresas o de los grupos económicos. El derecho de acceso a la información es la exigencia de socialización de la información y, por ende, juega como límite a la exclusividad o al secreto de la información...<sup>(181)</sup>

Para la democratización de las empresas, y de las relaciones que se producen allí, es indispensable que los trabajadores cuenten con información adecuada y amplia de lo que sucede, la que debe ser proporcionada por parte del empresario en tiempo útil y con modalidades y contenido que garanticen su eficacia, de tal forma que pueda permitir a los trabajadores examinar atentamente la información recibida.<sup>(182)</sup>

.....

(180) CORNAGLIA, RICARDO J., "El derecho a la información...", *op. cit.*

(181) DUARTE, DAVID, "La participación...", en en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, *op. cit.*, pp. 55/57.

(182) LOFFREDO, ANTONIO, "Democracia Industrial", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, *op. cit.*, p. 52.

El derecho a la formación profesional, a partir de recibir información y conocimiento, tiene que ver directamente con la democratización de las comunidades de trabajo, y la estabilidad en el empleo es uno de los derechos que se ven potenciados. La formación profesional, que el trabajador puede requerir directamente del empleador, le permite adaptarse a los cambios dentro de la empresa y mantener su empleo; además de ser un multiplicador de posibilidades en el logro de mejoras, como puede ser el ascenso de categoría, la mejora salarial, la posibilidad de participar en áreas de desarrollo de productos y de ser consultado para la toma de decisiones, entre otras.<sup>(183)</sup>

La globalización y la transnacionalización creciente del capital, acompañada de una tendencia a la tercerización y fragmentación del proceso productivo, con el claro objetivo de debilitar los derechos del trabajador, dificultar la democratización de la empresa y evadir responsabilidades, es otro de los motivos por los cuales hoy el derecho a la información es tan importante. Así lo entiende Loffredo, quien sostiene:

De manera especial, resulta hoy muy urgente encontrar una respuesta sindical transnacional frente a la transnacionalización de las empresas (...) Así, una de las finalidades que se pueden conseguir con el reconocimiento del derecho de información y consulta es la individualización de la responsabilidad de gestión y política de las decisiones que afectan territorios en los que la autoridad política tradicional tiene cada vez más dificultad a incidir; y, en consecuencia, el máximo acercamiento posible de los representantes de los trabajadores al lugar donde, de hecho, vienen adoptadas las decisiones, sea a nivel nacional o global, facilitando también el nacimiento de nuevas unidades de negociación.<sup>(184)</sup>

El acceso a la información hace a la igualdad de los hombres y es fundamental para el acceso a la verdad, verdad que es una parte importante de

(183) BARRETO GHIONE, HUGO, "La Formación Profesional como Derecho Humano", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., pp. 101/102; SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, "La propiedad del empleo y el derecho humano a la formación", *Microjuris*, 18/03/2011, *Novedades Laborjuris*, Boletín n° 70, MJ-DOC-5301-AR / MJJD5301.

(184) LOFFREDO, ANTONIO, "Democracia Industrial", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta...*, op. cit., p. 50.

la libertad de los hombres. En las comunidades de trabajo, en las empresas, no pueden negarse estos derechos humanos fundamentales, siendo arbitrarios y antidemocráticos los fundamentos para hacerlo. Si los trabajadores tienen estabilidad en sus empleos, resulta lógico que quieran estar cada vez más informados de lo que sucede en el lugar donde trabajan y producen; a la vez que resulta más difícil negar este derecho a quienes durante largos años vienen trabajando en una misma empresa. La sanción del CTySS es la oportunidad de incorporar expresamente el derecho a la información y regularlo en forma adecuada, siguiendo los lineamientos que hasta aquí se han desarrollado, interrelacionando derechos y sometiendo a los principios fundamentales del BCF.

## 5 | Consideraciones finales

En sociedades cada vez más violentas, donde la violencia surge esencialmente de las diferencias económicas y del ejercicio de la fuerza que surge de estas, y en las que la violencia es ejercida, en forma directa o indirecta, principalmente por el poder esencialmente económico, resulta indispensable reconocernos y reconocer al otro como un ser igual y digno, respetando sus derechos humanos fundamentales y exigiendo este respeto por parte de todos en todas las relaciones sociales, para un desarrollo humano y colectivo de todas y todos. La meta es lograr una convivencia democrática en un marco de respeto de los derechos humanos; las reglas de conducta que deben primar entre las personas, entre los grupos, entre los Estados, y en general entre todas y todos provienen de la vigencia del BCF conformado por la CN y los TIDH con sus principios fundamentales. Se debe exigir este respeto de parte del otro y al Estado, en sus distintos poderes. Es el Estado el garante del respeto de los derechos humanos, y el poder judicial, en función de la organización actual del Estado, el que tiene la última palabra dentro del sistema republicano, y por ello es necesario determinar cuál es su objetivo fundamental en función de la regulación básica que nos autoimponemos como sociedad.

Solo en la medida en que a cada persona se le reconozca su dignidad intrínseca, su derecho a la vida en igualdad de condiciones con el resto de las personas, y el acceso a los bienes materiales e inmateriales necesarios para su desarrollo, podrá vivirse en sociedades pacíficas y justas. Con este objetivo, y ante el fracaso que implicaron las guerras y genocidios empen-

didados por los Estados, surgieron los organismos internacionales y para ello se redactaron los TIDH, invitando a los Estados a suscribirlos. El principal enemigo de la realización de tan importantes objetivos fue y será el poder económico, entendido como aquellas pocas personas y grupos reducidos que tienen el manejo desigual y excesivo de recursos materiales, lo que puede verse comprobado en el hecho de que el actor con mayor peso económico global, EEUU, es uno de los Estados que tiene mayor concentración en personas y grupos del denominado poder económico, a la vez que es el que menos TIDH ha suscripto, el que menos observancia hace de los mismos, pero que a la vez mayor control pretende tener sobre las decisiones de los organismos internacionales.<sup>(185)</sup>

La sanción de un CTySS se presenta como una oportunidad única para legislar sobre la primacía de los derechos humanos, el respeto de la persona humana como eje de todo el sistema, y la democratización de todas las relaciones sociales. En este caso, se trata de una relación donde evidentemente se define una parte importante de los destinos de la sociedad, pues es uno de los ámbitos de interacción y participación colectiva, distribución de riquezas y asignación de recursos. Es momento de legislar un nuevo tipo de relaciones de trabajo, para democratizarlas y democratizar el ámbito donde se desarrollan, en pos de una mayor igualdad y libertad, siendo un primer paso asegurar al trabajador la estabilidad en su puesto de trabajo, como principio posibilitador de la realización plena de todos sus derechos, especialmente sus derechos humanos laborales.

---

.....

(185) Lo que puede verse en cómo esta conformado el Consejo de Seguridad de la ONU.



# Fuentes ciudades

---



# Fuentes citadas

- ACKERMAN, MARIO E. (dir.); TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- ÁLVAREZ, EDUARDO O., “Algunas precisiones en torno a la estabilidad propia y su dimensión axiológica”, en *DT* 1985-A.
- ARDAU, GIORGIO, “Nuevas Reflexiones sobre el Pacto de Prueba”, en *Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo*, Bs. As., Heliasta, 1979.
- ARESE, CÉSAR, “La readmisión laboral en el PIDES, el convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo CS ‘Álvarez’”, en *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 1-2011.
- ARESE, CÉSAR, “Solidaridad laboral e intermediación de mano de obra”, *La Ley*, *DT* 2008.
- ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ABOGADOS LABORALES, “Declaración de México”, 23/10/2009, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- ASTUTI, GUIDO, “La codificación del derecho civil”, en *La formación histórica del derecho moderno en Europa. III Congreso Internacional de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho*, Florencia, 1977.
- BARRERA NICHOLSON, ANTONIO, “La validez jurídica de las rebajas salariales”, en *DT*, marzo, 2005.
- BARRETO GHIONE, HUGO, “Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento”, en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*, n° 30, 04/01/2012, [en línea] <http://www.eft.org.ar>
- BARRETO GHIONE, HUGO, “La Formación Profesional como Derecho Humano”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- BAYLOS, ANTONIO y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Bs. As., Paidós, 2004.
- BENIGNI, MARIANA; LIEUTIER, ARIEL; LUDMER, GUSTAVO, “Evolución reciente de sistema previsional argentino y su impacto en la pobreza de los adultos mayores”, en *Debate Público*, 22/10/2012, [en línea] [http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web\\_revista\\_4/pdf/21\\_Benigni.pdf](http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web_revista_4/pdf/21_Benigni.pdf)
- BERTRANOU, FABIO; CETRÁNGOLO, OSCAR; GRUSHKA, CARLOS y CASANOVA, LUIS, “Encrucijadas en la Seguridad Social Argentina. Reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones” OIT/CEPAL, 2011, [en línea] [http://www.academia.edu/1251035/Encrucijadas\\_en\\_la\\_seguridad\\_social\\_argentina\\_reformas\\_cobertura\\_y\\_desaf%C3%ADos\\_para\\_el\\_sistema\\_de\\_pensiones](http://www.academia.edu/1251035/Encrucijadas_en_la_seguridad_social_argentina_reformas_cobertura_y_desaf%C3%ADos_para_el_sistema_de_pensiones)
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Bs. As., Ediar, 1997.
- BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2010.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BOGLIOLI, DIEGO F., "Hacia la redistribución y la reapropiación de la riqueza social", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- BOLESO, HÉCTOR H., "Constitución. Derechos humanos y principios del derecho del trabajo", en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*, n° 63, 04/08/2010, <http://www.eft.org.ar>
- BRUSCHTEIN, LUIS, *El lugar de los Derechos Humanos*, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-176988-2011-09-17.html>
- CABANELLAS, GUILLERMO, *Introducción al Derecho Laboral*, México, Bibliográfica Omeba, 1960, vol. II.
- CALAMANDREI, PIERO, *Opere giuridiche*, vol. IX, Nápoles, Morano, 1983.
- CAÑAL, DIANA, "Según pasan las cortes (El futuro de 'De Luca')", en *La Ley, DT*, julio, 2006, 995.
- CAPÓN FILAS, RODOLFO, "Estabilidad laboral como sinalagma relacional", en *Equipo Federal del Trabajo*, año I, n° 4.
- CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo*, La Plata, Editorial Platense, 1998.
- CARONI, PÍO, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1990.
- CASTELLI, NUNCIA, "La Función del Salario", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- CORNAGLIA, RICARDO J., *El derecho a la información de los trabajadores*, DT 1997-B.
- CORNAGLIA, RICARDO J., "El principio de progresividad como protección de la propiedad social y la indemnidad del trabajador", en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- CORNAGLIA, RICARDO J., "La codificación pendiente del derecho del trabajo y de la seguridad social", en *LL*, 29/05/2015.
- CORNAGLIA, RICARDO J., "La discriminación laboral, los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos", *La Ley, DJ* 2005-3.
- CORNAGLIA, RICARDO J., "La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación", *La Ley*, 18/08/2004.
- CORNAGLIA, RICARDO J., "La relación entre la discriminación y la anulación del despido", *LL* 2006-E.
- DE FERRARI, FRANCISCO, *Derecho del Trabajo*, t. I, Bs. As., Depalma, 1975.
- DE LA FUENTE, HORACIO H., "Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo", en *DT* 1999-A.
- DE LA FUENTE, HORACIO H., "Reformas al régimen de estabilidad en el empleo", en *LL* 1984-C
- DUARTE, DAVID, "La nulidad del despido discriminatorio a propósito de 'Álvarez' y 'Pellejero'", en *RDLSS*, 2011-4-308, n° 0003/402603.
- DUARTE, DAVID, "La participación de los trabajadores en la empresa", en L. E. Ramírez, (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2011.
- ELFFMAN, MARIO, "La democratización de las relaciones laborales y su versión jurídico-normativa", en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión unificadora*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2010.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- ELIZONDO, JORGE L., *Riesgos del trabajo. Análisis crítico de la LRT*, Santa Fe/Rosario, Nova Tesis, 2010.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “La Flexibilización de la Huelga, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria”, 1999.
- GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina. Desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, t. II, Bs. As., Colihue, 2011.
- GALLART FOLCH, ALEJANDRO, “La reforma constitucional y la codificación del derecho del trabajo”, en *DT*, 1958.
- GARCÍA, HÉCTOR O.; GIANIBELLI, GUILLERMO; MEGUIRA, HORACIO DAVID; MEIK, MOISÉS y ROZENBERG, ENRIQUE M., “Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia (Primer documento)”, en *DT* 2005-A.
- GIALDINO, ROLANDO E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *LL* 2008-C, 1295.
- GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, en *RDLSS*, 2006-23-2085.
- GOLDÍN, ADRIÁN, *et. al.*, *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Bs. As., La Ley, 2009.
- GORLA, MIGUEL A. y RUSSO PATRICIA S., “La apreciación judicial de la prueba en el proceso laboral”, en *RDLSS* 2008-5-377.
- GORZ, ANDRÉ, *Miserias del presente, riqueza de lo posible*, Bs. As., Paidós, 2003.
- GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- HARRACA, MARTIN, “La vía de la estatización”, en Lukin, T, “¿Crisis internacional o errores internos?”, [en línea, <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-197669-2012-07-02.html>]
- JEAMM AUD, ANTOINE, “A codificação em Direito do Trabalho: pragmatismo e ilusões”, en 70 años de CLT: pasado y futuro de relaciones del trabajo, Anuario de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo, 2013.
- KLIKSBERG, BERNARDO, “Un escándalo ético mayor”, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-265370-2015-02-04.html>
- LACLAU, ERNESTO y MOUFFE CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Bs. As., FCE, 2010.
- LOFFREDO, ANTONIO, “Democracia Industrial”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2011.
- LÓPEZ, JUSTO, “¿Es inconstitucional el Derecho a la estabilidad?”, en *Legislación del Trabajo*, t. XVII.
- LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, t. XXI.
- LÓPEZ, JUSTO, “El Derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, en *Legislación del Trabajo*, t. XV.
- MACHADO, JOSÉ D. “Estabilidad y derecho al trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales”, en *Revista Derecho Laboral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010-2, 2010.
- MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, 3ª ed., México, Joaquín Mortiz, 1968.
- MARÍ, ENRIQUE, *La interpretación finalista de la ley*, Bs. As., Eudeba, 2014.

- MEIK, MOISÉS, “El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (nulidad y reincorporación)”, en L. E. Ramírez (coord.), *Relaciones Laborales. Una visión unificadora*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2010.
- MONZÓN, MÁXIMO D., “Reflexiones sobre la codificación del derecho del trabajo”, en *DT*, 1957.
- MORELLO, AUGUSTO, *El proceso justo*, 2a ed., Editora Platense-LexisNexis, 2005.
- OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “La Asignación Universal por Hijo Para Protección Social en Perspectiva. La Política Pública Como Restauradora de Derechos”, 2012, [en línea] <http://observatorio.anses.gob.ar/archivos/publicaciones/OBS-000255%20-%20AUH%20en%20Perspectiva.pdf>
- ORSINI, JUAN I. “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, en L. E. Ramírez (coord), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2011.
- PÉREZ BOTIJA, EUGENIO, *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro Unsain* Bs. As., El Ateneo, 1954.
- PÉREZ REY, JOAQUÍN, “El trabajo estable como condición de ciudadanía”, en L. E. Ramírez (coord), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2011.
- PESTANHA, FRANCISCO JOSÉ, “La Constitución de 1949 como producto histórico histórico-cultural”, [en línea] <http://www.losocial.com.ar/nota.asp?secc=Opini%F3n&iddocs=6205> consulta realizada el 11/06/2015
- PIGNA, FELIPE, *Los Mitos de la Historia Argentina 4. La Argentina Peronista (1943-955)*, 3ª edición, Bs. As., Planeta, 2009.
- PISARELLO, GERARDO, *Un largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011.
- POMPA, ROBERTO C., “La estabilidad como Derecho Humano”, en L. E. Ramírez (coord) *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2011.
- PREMICI, SEBASTIÁN, “Otro round por el reparto”, [en línea], <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-181897-2011-11-24.html>
- RAFFAGHELLI, LUIS, “Otra mirada sobre el fallo ‘Vizzoti’. Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de ‘Vizzoti’ a ‘Alvarez’”, en *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 1-2011.
- RAFFAGHELLI, LUIS, “Tercerización y encuadramiento convencional”, en *Revista La Causa Laboral*, año XIII, N° 54, julio de 2013.
- RAMÍREZ, LUIS E. “El ‘impuesto de sangre’”, en L. E. Ramírez (coord), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2011.
- RECALDE, HÉCTOR P., “Derecho del Trabajo. Una historia pendular y un camino irreversible” en *Revista de Trabajo. Nueva época*, MTESS, año 10, n° 12, 2014.
- RECALDE, HÉCTOR y RECALDE, LEANDRO; “Fundamentos de la Reforma al artículo 9 de la LCT”, en *La Ley*, Sup. Act. 21/04/2009, 1.
- REGAZZONI, CARLOS JAVIER, “La Argentina y el Envejecimiento Poblacional. Connotaciones estratégicas para la educación, la economía y el desarrollo”, [en línea] [http://www.caei.com.ar/sites/default/files/02\\_0.pdf](http://www.caei.com.ar/sites/default/files/02_0.pdf)

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- ROA, LUIS, “A propósito del fallo Greppi: un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, en *Doctrina Laboral*, t. XIX, diciembre de 2005.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva; carencias normativas”, en *Revista de Derecho Social*, n° 15, Albacete, Bomarzo, 2001.
- RUBINSTEIN, SANTIAGO, “El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria”, en *DT 1992-B*, 2407.
- RUBINSTEIN, SANTIAGO, “El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria y la justicia social”, en *DT 1984-A*, 571.
- RULLANI, ENZO, *Flessibilità del lavoro e flessibilità di impresa: le nuove regole dello sviluppo industriale*, Milán, 1988.
- SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y Pueblo*, Bs. As., Cuenca Ediciones, 1973.
- SARTHOU, HELIOS, “Estado actual de la estabilidad laboral. Ocho tópicos sobre la estabilidad laboral inexistente”, en *Contextos*, n° 2, 1998.
- SARTHOU, HELIOS, “Filosofía de la estabilidad y su negación”, en Gianibelli, G. y Zas, O. *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)*, Bs. As., Editorial Bomarzo Latinoamericana, 2006.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “Derecho al trabajo, protección contra el despido arbitrario y estabilidad. Paralelo entre la situación Argentina y un caso del Tribunal Constitucional del Perú”, en A. A. Lavin y M. E. Macedo (coords.), *La Instancia Judicial, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, 2011-1, Villa María, López Moreno Editores, 2011.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “Hacia un nuevo sistema basado en la protección de la persona humana por sobre los intereses económicos del mercado”, *Microjuris, Novedades Laborjuris*, 20/09/2010, Boletín n° 178.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La CSJN y el fallo ‘Álvarez’: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo”, en *La Ley, Derecho del Trabajo on line*, año 5.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La cuestión salarial y la dignidad”, en *Microjuris, Novedades Laborjuris*, Boletín n° 162, 29/08/2011, MJ-DOC-5500-AR / MJD5500.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador”, en *La Ley, Derecho del Trabajo on line*, año 4, n° 876, 23/12/2009 y n° 889, 13/01/2010.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La propiedad del empleo y el derecho humano a la formación”, *Microjuris, Novedades Laborjuris*, 18/03/2011, Boletín n° 70, MJ-DOC-5301-AR / MJD5301.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “Las normas de solidaridad derivada de relaciones de trabajo. Necesaria interpretación casuística”, en *La Ley*, 10/02/2010, año LXXIV, n° 28.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “Luego de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se pronuncia también contra el despido discriminatorio”, en *LLBA*, 2011.
- STTAFORINI, EDUARDO, “Principios y orientaciones generales para la Codificación del DTYSS”, en *LL T.96 – oct/nov. 1959*.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La Codificación en la Argentina*, Bs. As., Editorial Histórica Emilio J. Perrot, 1977.

THIBAUT y SAVIGNY, *La Codificación*, Madrid, Aguilar, 1970.

TISSEMBAUM, MARIANO, “El Contrato de Trabajo en la República Argentina”, en *Contrato Individual de Trabajo*, Bs. As., Ediar, 1981.

TOSELLI, CARLOS A., “Responsabilidad solidaria: extensión y límites de sus efectos”, en *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Semanario Jurídico Especial*, n° 18, Temas Actuales de Derecho del Trabajo, Córdoba, diciembre de 2010.

TOSELLI, CARLOS ALBERTO, “La estabilidad en la hora actual. Un análisis necesario”, en L. E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Montevideo/Bs. As., B de F, 2011.

UNSAIN ALEJANDRO, “La legislación del trabajo y los seguros sociales”, en *DT*, t. II, 1942.

VON IHERING, RUDOLF, *La dogmática jurídica*, Bs. As., Losada, 1946.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Pachamama y el Humano*, Bs. As., Colihue/Ediciones madres de Plaza de Mayo, 2011.

# Índice temático

## A

ACOSO SEXUAL P. 4, 8, 9, 10, 17, 18

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL P. 3, 9, 17, 19, 20, 21, 27, 29, 30, 32, 38, 51, 57, 68, 71, 74, 75, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 115, 116, 118, 161, 162, 168, 170, 172, 177, 190, 191, 199, 205, 214, 215

## C

CODIFICACIÓN P. 27, 29, 32, 72, 73, 75, 77, 90, 91, 92, 95, 101, 102, 104, 108, 109, 110, 113, 116  
codificación del derecho del trabajo P. 71, 89, 93, 94

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN P. 19, 21, 22, 23, 24, 30, 31, 73, 118, 163

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 8, 14, 17, 20, 24, 27, 31, 32, 37, 41, 50, 59, 60, 62, 71, 72, 73, 75, 80, 81, 84, 85, 89, 92, 94, 96, 97, 101, 105, 107, 109, 112, 114, 116, 117, 118, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 164, 167, 173, 177, 178, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 196, 197, 198, 201, 203, 205, 207, 208, 209, 214

bloque de constitucionalidad federal p. 116, 118, 119, 135, 137, 147, 153, 157, 169, 188, 214

Cláusula del progreso P. 122, 128, 132

control de constitucionalidad P. 117, 119, 126, 158

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO P. 22, 26, 35, 73, 108, 207

## D

DEMOCRATIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO P. 175, 177, 187, 189  
control de la producción P. 28, 33, 117, 190, 196, 197, 198, 199, 210

democratización de la empresa P. 184, 187, 188, 189, 190, 209, 211, 212, 213

derecho a la información obrera P. 208, 209, 210, 213, 214

organización sindical libre y democrática P. 203, 204, 207, 208

participación de los trabajadores en la dirección de la empresa P. 117, 191, 192, 193, 194, 195, 201, 209

participación en las ganancias de las empresas P. 28, 32, 117, 189, 190, 200, 201, 202

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO P. 21, 25, 26

DERECHO AL TRABAJO *véase* DERECHO DE TRABAJAR

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL P. 71, 89, 93, 94, 96, 98, 112, 114

DERECHO DE TRABAJAR P. 38, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 165, 169, 173, 177, 178, 182

DERECHOS DEL TRABAJADOR P. 19, 22, 33, 37, 48, 59, 75, 76, 97, 115, 120, 124, 135, 145, 146, 162, 165, 167, 169, 172, 173, 189, 195, 203, 213

dignidad del trabajador P. 6, 14, 122, 142, 168, 170, 184, 185

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES P. 31, 32, 33, 75, 80, 81, 104, 118, 131, 134, 135, 142, 143, 149, 150, 154, 183, 189

DERECHOS FUNDAMENTALES *véase* DERECHOS HUMANOS

DERECHOS HUMANOS P. 21, 22, 27, 31, 32, 41, 77, 96, 111, 117, 118, 120, 121, 122, 126, 129, 136, 138, 140, 141, 142, 144, 146, 149, 151, 154, 165, 168, 169, 171, 172, 178, 211

Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 73, 112, 114, 116, 123, 125, 128, 130, 139, 145, 159, 160, 173

Tratados Internacionales de Derechos Humanos P. 81,

85, 112, 116, 119, 123, 132, 133, 134, 135, 139, 150, 152, 155, 156, 157, 158, 161, 177, 182, 183, 187, 203, 209, 214, 215

DESPIDO P. 23, 34, 38, 41, 51, 67, 68, 72, 105, 106, 139, 141, 142, 151, 154, 160, 174, 175, 176, 177, 179, 181, 182

despido arbitrario p. 30, 117, 123, 133, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 162, 164, 173, 174, 178, 179, 181, 184, 185, 186, 208

despido discriminatorio p. 133, 139, 142, 153, 157, 159

despido sin justa causa P. 105, 142, 151, 155, 160, 174, 175, 185, 186

propuesta de despido P. 175, 176, 177

DISCRIMINACIÓN P. 10, 15, 16, 18, 33, 38, 40, 41, 57, 58, 68, 117, 141, 145, 149, 154

E

ESTABILIDAD LABORAL P. 63, 97, 112, 115, 118, 148, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 184, 185, 188, 207, 208, 213

estabilidad absoluta P. 169, 178

estabilidad del empleado público P. 153, 157

principio de estabilidad P. 146, 147, 152, 155, 157, 168

reincorporación del trabajador P. 16, 153, 157, 158, 159, 185, 186

ESTADO SOCIAL DE DERECHO P. 120, 159, 179, 180, 181

I

IUS VARIANDI P. 30, 168, 169, 170

J

JUSTICIA SOCIAL P. 59, 77, 83, 105, 114, 117, 122, 128, 129, 130, 139, 158, 187, 200, 202

L

LCT *véase* LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO P. 14, 22, 23, 24, 28, 30, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 72, 75, 76, 77, 106, 108, 110, 112, 116, 118, 129, 144, 161, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 172

N

NEGOCIACIÓN COLECTIVA P. 26, 56, 57, 59, 108

O

OIT *véase* ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 4, 5, 11, 27, 31, 32, 73, 85, 96, 98, 107, 110, 111, 128, 136, 149, 150, 152, 154, 176, 177, 196, 203, 211, 212

ORDEN PÚBLICO P. 21, 22, 23, 25, 30, 99, 144

P

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y PLENITUD P. 133, 134, 135

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD P. 135, 136, 159

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN P. 144, 146, 160

PRINCIPIO DE INDEMNIDAD DEL TRABAJADOR P. 13, 15, 17, 171, 173, 196

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD P. 59, 97, 117, 130, 132, 133, 159, 167

PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL P. 140, 141, 142, 152

## ÍNDICE TEMÁTICO

---

PRINCIPIO *PRO HOMINE* P. 121, 124, 157

PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO P. 20, 25, 30, 74

primacía de la realidad p. 27, 44, 45, 53, 63

principio de irrenunciabilidad p. 76, 132, 172

principio *in dubio pro operario* p. 126, 127, 223

principio protectorio p. 77, 124, 125, 126, 127, 134, 138, 156, 158, 165, 167, 172

## R

RELACIÓN DE DEPENDENCIA P. 23, 25, 55, 96, 147, 161, 162, 163, 165, 168, 183

REMUNERACIÓN P. 25, 41, 72, 75, 87, 107, 108, 162, 169, 174, 199, 200, 201, 202

redistribución de la riqueza p. 81, 83, 86, 193

RIESGOS DEL TRABAJO P. 21, 24, 28, 47, 72, 76, 87, 103, 195

accidentes y enfermedades del trabajo p. 32, 35, 106, 107, 111, 133, 196

## T

TERCERIZACIÓN P. 32, 38, 45, 53, 54, 103, 112, 117, 161, 162, 165, 166, 167, 208, 213

## V

VIOLENCIA LABORAL P. 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18