

La aplicación de la norma en el tiempo y en el espacio.

Conflictos entre el nuevo Código Civil y Comercial y el derecho del trabajo

Autor: Eduardo A. Depetris (*) - **Fecha:** 22-oct-2015

Sumario:

I. Prelusión. II. La norma en cuestión. III. Derecho transitorio. IV. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. V. Principio general. VI. Relación jurídica. Situación jurídica. VII. Retroactividad. VIII. Aplicación de la ley. IX. Excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. X. Orden de prelación de las normas. XI. Debilitamiento del orden público laboral. XII. Jerarquía de las fuentes de regulación de acuerdo con la Constitución Nacional. XIII. Ley de contrato de trabajo, la ley especial: orden público laboral. XIV. Fuentes de regulación de la LCT. XV. Ámbito de aplicación. XVI. Otros casos en que la LCT fija la ley aplicable. XVII. Principio de la norma más favorable al trabajador.

Doctrina:

I. PRELUSIÓN

El fundamento epistemológico del racionalismo crítico de Karl Raimund Popper se basa fundamentalmente en el hecho incontestable de la limitación de nuestras facultades cognitivas. Nuestro «conocimiento» sobre el mundo es siempre un conocimiento provisional. No existe la verdad absoluta y, por tanto, nuestras acciones solo pueden ir encaminadas a resolver problemas concretos conocidos.

A su vez, Hans-Georg Gadamer, en «Teoría de la verdad y el método», expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad.

Signado por estas dos afirmaciones filosóficas, trataré de realizar una aproximación al tema concreto elegido, desde mi propia universalidad y limitación.

II. LA NORMA EN CUESTIÓN

«Art. 7



- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

»La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

»Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo».

III.DERECHO TRANSITORIO

El derecho, como todo fenómeno cultural o vivencial, tiene un principio y un fin, y esta norma viene a dar respuesta a los conflictos que se provocan o pueden provocarse cuando nace una nueva norma que ocupa el lugar de la que se encuentra vigente y solucionar los problemas de la norma aplicable en el tiempo y en el espacio.

Esta solución es proporcionada por las normas de transición o de derecho transitorio, que no regulan en forma directa el caso, sino que, al igual que el derecho internacional privado, determinan cuál es la norma aplicable que se intercala entre el fenecimiento de una norma y la entrada en vigencia de la nueva, resolviendo el conflicto que allí se presente.

A través de esa norma formal, el juez aplica la nueva o la vieja ley, la que corresponda, aunque nadie se lo solicite, y aunque la nueva ley sea supletoria, pues se trata de una cuestión de derecho («iuria novit curia»), según expresiones de Aída Kemelmajer de Carlucci (1).

IV. A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGENCIA, LAS LEYES SE APLICAN AUN A LAS CONSECUENCIAS DE LAS RELACIONES Y SITUACIONES JURÍDICAS EXISTENTES

El autor Francés Paul Roubier manifiesta lo siguiente:

«El tiempo se descompone en tres momentos: presente, pasado y futuro. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la

aplicación de una ley en el tiempo:

»- puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al pasado;

»- tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el presente;

»- tiene efectos diferidos si, viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley la ha sustituido» (2).

V. PRINCIPIO GENERAL

El principio general determinado por la norma es el del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en


vigor del nuevo texto legal.

Este es el principio general fijado por el art.7 del CCivCom, y de él dimana que la nueva ley deroga a la anterior, ya que es diferente, viene a ocupar su lugar presentando incompatibilidades con la vieja ley que fenece desde el mismo momento que la nueva entra en vigencia, en nuestro caso: el 1 de agosto de 2015.

En forma abstracta, se afirma que ello se debe a la evolución necesaria del ordenamiento jurídico, lo que no es necesariamente así, ya que las normas son consecuencia de las relaciones de poder existentes en un momento determinado y no en el abstracto bien común aristotélico-tomista, que no es más que una construcción subjetiva colectiva de una cultura y una ética sobre un deber ser del derecho.

Al hablar de relaciones de poder, no me refiero al gobierno de turno, ni al anterior ni al posterior -que sí les cabe-, sino también al fenómeno del bio-poder del que habla Michel Foucault, como así también a la evolución cultural y las relaciones económicas imperantes de las que ilustra con claridad su influencia en las decisiones políticas y construcción del derecho por Max Weber (3)

Más que «evolución» del derecho, creo que sería más atinado afirmar «cambio», ya que la evolución del derecho no es lineal y depende tanto de lo señalado en los párrafos que anteceden, como de la correlación de fuerzas en un momento histórico determinado.

Para ello, basta nuestro reciente ejemplo, la Ley 24.557  de Riesgos del Trabajo, ley regresiva que llevó una larga lucha para lograr su inconstitucionalidad y poder humanizar todo lo que se refiere a los accidentes de los trabajadores.

Esto no significa ignorar que el pasado no es intangible y que merece la adecuación de las normas a las nuevas realidades, solo que, de acuerdo con las correlaciones de fuerzas, convicciones culturales e intereses que no hacen necesariamente al progreso social, pueden incidir peyorativamente en la transformación normativa.

Se realizan objeciones a la aplicación inmediata de la norma desde la perspectiva de que se pone en riesgo la seguridad jurídica; por ello, la solución que puede darse desde el derecho transitorio requiere ponderación prudente y equilibrada.

VI. RELACIÓN JURÍDICA. SITUACIÓN JURÍDICA

Cuando la norma conceptualiza «relación jurídica», se está refiriendo a un vínculo entre dos o más personas de carácter particular, peculiar y esencialmente variable que se encuentra sujeta al derecho vigente en un momento y lugar determinado; ergo, se trata de un vínculo jurídico del que emanan derechos y obligaciones regidos por el derecho, el que puede ser modificado por decisión del legislador.

Estas relaciones se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas.

El art. 7 del CCivCom también toma en consideración la situación jurídica, que es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea que genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos.

La situación jurídica del sujeto es objetiva y permanente; los poderes que de la norma derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos y mientras la ley esté vigente.

En el primer caso, el negocio jurídico elaborado entre las partes bajo el amparo de un derecho determinado viene a estar ahora regido por otro nuevo, mientras que, en la situación jurídica, los sujetos encuentran que las normas que les otorgan los poderes que pueden ejercer en sus negociaciones y contrataciones son diferentes.

Lo importante no es la distinción entre «situación» y «relación» jurídica, ya que ambas se rigen por las mismas normas, sino las fases en las que estas se encuentran al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. De allí la necesidad del derecho transitorio que analizamos.

Al respecto, el Dr. Guillermo Borda afirmó que la mención de ambas expresiones en el texto tuvo por objetivo que ningún derecho escape a la regla de la aplicación inmediata de la nueva ley (4).

Explicó lo siguiente: «Relación jurídica es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente

variable; es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Los más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos».

Y también especificó lo siguiente: «Situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea, genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder está organizada por la ley de modo igual para todos (por ejemplo, el derecho de propiedad, y, en general, todos los derechos reales, la situación de padre, hijo, etc.)» (5).

A los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo, el CCivCom, al igual que la Ley 17.711, equipara las expresiones, situaciones y relaciones jurídicas. En consecuencia, todo lo que se dice de una, se afirma de la otra (6).

1. Consecuencias de la aplicación de este principio

Cuando hablamos de consecuencias, nos referimos a las de hecho y de derecho que surgen de una situación jurídica existente y que se producen luego de entrar en vigencia la nueva ley.

El Dr. Borda, siguiendo al jurista francés Paul Roubier, distinguía diferentes etapas de las relaciones jurídicas, tales como la constitución y la extinción de la relación jurídica como así también los efectos o consecuencias que se producían entre estos dos momentos, lo que lleva a distinguir estas consecuencias:

2. Relación jurídica ya constituida o ya extinguida

Estas relaciones se rigen por la ley vigente al momento de constituirse o de extinguirse, de lo contrario si se aplica la nueva ley nos encontramos ante la hipótesis de retroactividad de la ley.

Los hechos ilícitos constituidos por una ley que los declaraba tales no pueden ser saneados por la nueva ley, atento a que, al momento de su constitución, los consideraba ilícitos; lo mismo sucede con los vicios en la constitución del acto jurídico, no pueden ser saneados por la nueva ley, porque la ley vigente al momento de su celebración los tenía como viciosos e impedía la constitución del acto jurídico.

3. Relación jurídica en curso de constitución o «iter» constitutivo

En esta hipótesis, como no se encuentra consolidada la relación jurídica, es aplicable la nueva normativa a la constitución.

4. Producida la extinción de la relación o situación jurídica

En este caso, la nueva ley no se aplica, ya que no puede afectar un pago ya realizado bajo el amparo de la ley anterior, y si este fue en moneda extranjera, no puede pretender repetirlo para pagar en moneda nacional, ya que se trata de efectos, relaciones o situaciones jurídicas ya consumidas.

En síntesis, la nueva ley no puede volver sobre la constitución de una relación jurídica o situación jurídica regida por la ley que deroga, ya que solo se aplica a los efectos que se producen entre la constitución y la derogación de esas relaciones y situaciones.

5. Efectos alcanzados por la nueva ley

Las posturas doctrinarias toman diferentes carriles en este tópico tal como lo indica el Dr. Julio César Rivera, quien señala que no es fácil distinguir la constitución de los efectos y los efectos futuros de los efectos consumidos. Se relatan a continuación diversas posiciones: «Así, para Kemelmajer de Carlucci la nueva ley debería aplicarse a todas las obligaciones pendientes, incluso las vencidas (...). Mientras que para López de Zavalía, la nueva ley no debería afectar a ninguna cuota, ni aun las futuras, pues el pacto sobre los intereses haría a la constitución de la relación jurídica y no podría ser afectada por la nueva ley (..)- «En realidad, aquí se descubre una constante de la obra de Roubier, muy razonable si se tiene en cuenta que Roubier escribió entre 1928 y 1960: el contrato es sagrado, de allí la salvedad de que las nuevas leyes, incluso las de orden público, en la concepción del Decano de Lyon, no se aplican a los contratos...» (7).

Paul Roubier -a quien siguió el Dr. Guillermo Borda- señalaba lo siguiente:

«Que si las partes plantearon una tasa legal de intereses en el contrato, la nueva ley por tratarse de intereses legales, los modifica;

»ahora si los intereses fueron consecuencia de un acuerdo de partes, la nueva ley no puede cambiar lo acordado por las partes».

Paul Roubier aceptaba la existencia de excepciones en la aplicación inmediata de la ley, atento a que el concepto es claro, se trata del efecto propio y normal de toda ley, o sea que rige los tramos aun no cumplidos de la relación o situación jurídica preexistente; pero la aplicación práctica es compleja. Por ello afirmaba lo siguiente:

«... sea cual sea la regla admitida, ella no puede serlo sin reconocer excepciones. En otros términos, hay necesariamente hipótesis de efectos inmediatos de la ley nueva e hipótesis de supervivencia de la ley antigua» (8).

VII. RETROACTIVIDAD

«Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario».

En este párrafo, el art.7 del CCivCom afirma el principio de irretroactividad de las leyes.

Andrés Mariño López expresa lo siguiente:


«La retroactividad mueve la ley a un período anterior a su promulgación; es una especie de ficción de preexistencia de la ley que se proyecta temporalmente a hechos, conductas o derechos, previos a su promulgación» (9).

O sea que la ley retroactiva es la que se aplica como si hubiese estado vigente antes de entrar en vigor, ya que afecta situaciones y relaciones jurídicas habidas en el tiempo anterior a su vigencia, sucedidas en el tiempo transcurrido bajo la vigencia de otra norma.


La ley por su propia naturaleza regula las situaciones y relaciones jurídicas constituidas mientras se encuentra vigente y, por principio, no puede afectar las regidas por la norma que deroga, de allí dimana su irretroactividad, que solo en casos excepcionales puede fijar el legislador.

Ahora bien, la nueva ley rige la extinción de la situación o relación jurídica constituida por la ley vieja, siempre que la extinción se produzca cuando la nueva ley se encuentra en vigencia; ello, debido a que las consecuencias no se encuentran consumadas, no existe un consumo jurídico que permita que esta provoque una modificación a lo impuesto por otra norma jurídica que la convierta en retroactiva.

Lo que tampoco puede la nueva ley es atribuir a hechos o actos jurídicos efectos que no tenían; v. gr., atribuir un impuesto a una actividad desarrollada con anterioridad a la vigencia de la ley, ya que en este caso sería retroactiva (ejemplo propuesto por el Dr. Borda).

La nueva ley no puede aplicarse a los efectos que provoca una sentencia firme, atento a la existencia de cosa juzgada formal y material; y ello debido a que la aplicación inmediata afecta la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de propiedad atribuido por la sentencia que se encuentra amparado en el art. 17  de la CN.

La irretroactividad, en materia civil y atento a que no tiene base constitucional como en el derecho penal, es una regla de hermenéutica jurídica dirigida al juez, no se trata de una norma de conducta del legislador.

Antes de la reforma del art. 3  del CCiv realizada por el Dr. Guillermo Borda, se consideraba que una ley era retroactiva si afectaba derechos adquiridos, no si se trataba de derechos en expectativa o facultades.

El referido autor respondía que toda ley nueva afecta de un modo u otro derechos adquiridos que son merecedores de ser amparados de la irretroactividad; mas, si la nueva ley suprime el derecho de propiedad con su vigencia, evidentemente afectará este derecho.

Ahora bien, desde la introducción del art. 3 del CCiv y el ahora art. 7 CCivCom, se ha prescindido del concepto de derecho adquirido y se conceptualiza como derechos garantizados por la CN, lo que implica un significado y contenido diferente.

Esto en definitiva conduce a la doctrina de la Corte que desde «Horta c/ Harguindeguy» (21/8/1922) sostiene lo siguiente:

«El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán, a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad».

La Corte fijó una regla rígida, ya que expresó que, así como la razonabilidad de una restricción hipotética podía ponderarse para reglar «nuevas facultades inherentes al derecho de propiedad, con relación a su ejercicio futuro», cuando la restricción era retroactiva, la afección del derecho adquirido resultaba en la directa inconstitucionalidad: «desde el momento que la aplicación de la ley da por resultado una privación de propiedad, su validez ya no es cuestión de grado».


VIII. APLICACIÓN DE LA LEY

«Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo».

Las normas supletorias configuran la excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley; ya que, si la nueva ley es imperativa, es de aplicación inmediata, mas si tiene el carácter de supletoria, no.

Ello es debido a que el legislador presume que las partes la han incorporado voluntariamente sin necesidad de acuerdo y prima el respeto a la voluntad de los contratantes, ya que integra la decisión de ellos.

Paul Roubier planteaba al respecto que ninguna ley era aplicable a un contrato en curso de ejecución.


El art. 962  del CCivCom determina lo siguiente:

«Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que, de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible».

Del texto de la norma surge con claridad lo siguiente:

- La ley es supletoria cuando las partes pueden disponer de ella, ya que ley supletoria es sinónimo de ley dispositiva.

- La ley es imperativa cuando prevalece, se impone, sobre cualquier acuerdo en contrario que los particulares hayan celebrado, pues ellos no pueden acordar un régimen distinto, ya que se trata de normas de orden público.

Esto, atento a que en virtud del art. 12  del CCivCom, tenemos que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. Lo referido a las normas supletorias solo atañe a las partes del acto jurídico realizado libremente que pudieron excluir las normas disponibles anteponiendo sus acuerdos, por ello, el legislador presume que aceptaron la regla, debido a que las partes en estos casos tienen la facultad de configurarlas.

Ello es así, debido a que las normas no coactivas no imponen un deber de observancia, atento a que son derogables por la voluntad de las partes, ya que tienen en mira el interés particular de los contratantes, razón por la que la legislación permanece neutral.

Esto lleva a que la vieja ley posea un efecto diferido, prolongado o ultraactivo, ya que, estando derogada, sigue vigente.

La ultraactividad es el efecto opuesto de la retroactividad, ya que:


- la retroactividad toca, modifica el pasado regido por otra norma que ella deroga; y
- la ultraactividad toca, rige el futuro, sigue teniendo vigencia, aunque haya sido derogada por otra ley que no puede tener aplicación inmediata.

La supervivencia de los efectos de la ley derogada, en estos casos, no afecta la situación jurídica a la que se refiera.

IX. EXCEPCIÓN DE LAS NORMAS MÁS FAVORABLES AL CONSUMIDOR EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Debido a que los intereses del consumidor, parte débil de la relación, se encuentran amparados por el principio protectorio de raigambre constitucional, se les otorga una excepción y, en el caso de ellos las leyes supletorias, en caso de serles más favorables, se les aplica de inmediato, e incluso se la puede imponer con efecto retroactivo si no viola principios constitucionales

X. ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS NORMAS

Vinculado con el derecho del trabajo y su relación con el nuevo CCivCom en su aplicación en el tiempo, es de importancia tener presente lo establecido por el art. 963  , CCivCom, con respecto a la prelación normativa que este fija:

«Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:»a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;

»b) normas particulares del contrato;


»c) normas supletorias de la ley especial;


»d) normas supletorias de este Código».

Este artículo es una novedad del nuevo CCivCom, ya que el CCiv no contenía ninguna disposición equivalente que resuelva el tema de la prelación de las leyes especiales con las normas del CCivCom, ya que este coexiste con estatutos especiales y, amén de ello, no pretende abarcar todo el derecho.

El CCivCom actúa como un tejido conectivo como centro del sistema del derecho privado y los microsistemas sobre los que tiene influencia y de los que es su norma general, haciéndolo inteligible y coherente.

Ante la eventualidad de que una misma relación jurídica quede subsumida en una norma especial y reglas generales del CCivCom, con el agregado de previsiones de las partes, surge atinada esta escala de aplicación de las regulaciones legales y convencionales.

Al ser el derecho en nuestro país una unidad, una universalidad coherente; el derecho del trabajo, como una rama especial signada por el orden público [leyes imperativas] y el principio protectorio de orden constitucional (art. 14 bis ) , es de aplicación a sus contratos, relaciones jurídicas, situaciones jurídicas y todo tipo de negocio jurídico laboral; y supletoriamente se aplica el CCivCom atento a que el art. 963 del CCivCom es claro al establecer en el orden de prelación que las normas indisponibles de la ley especial se aplican previamente y luego las de este Código.

«Artículo 1709 

: Prelación normativa - Responsabilidad civil. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:»a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;

»b) la autonomía de la voluntad;

»c) las normas supletorias de la ley especial;

»d) las normas supletorias de este Código».



Como surge del texto concreto de esta norma que tampoco tenía el Código de Vélez, se colocan en primer lugar a las normas indisponibles del CCivCom y luego a la ley especial.

De todos modos, si la norma imperativa de la ley especial colisionara con la del CCivCom, es claro que será la primera la que prevalezca.

XI. DEBILITAMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO LABORAL

Es evidente que, al equiparar jerárquicamente el orden público laboral de la ley especial con el orden público del CCivCom que es la ley general, se elimina directamente el criterio de especialidad que fortifica el orden público laboral. En el caso de resolución de antinomias entre disposiciones de orden público, ahora solo existe el criterio de la prelación y todo queda en manos del intérprete y de su formación.

El criterio de especialidad y de jerarquía es un criterio que daba fortaleza a la ley especial al momento de solucionar antinomias.


El orden público específicamente fijado por el art. 7  de la LCT y el orden de prelación establecido por el art. 1  de la LCT

quedan debilitados al equiparar el orden público laboral con el civil a través del art. 963 del CCivCom, si bien se amerita tener en consideración que no me parece casual que se cite en primer lugar a las normas indisponibles de la ley especial y luego a las del CCivCom, lo que se resuelve en forma diferente en el art. 1709 del CCivCom.

La solución a este entuerto proviene del art. 9 de la LCT que determina que debe siempre aplicarse la norma más favorable al trabajador, norma emanada del art.14 bis de la CN de donde dimana el principio protectorio.

Este tema se encuentra desarrollado con más profundidad y propiedad por Pajoni y Elgorriaga (10).

XII. JERARQUÍA DE LAS FUENTES DE REGULACIÓN DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL


Ahora bien, este orden de prelación del CCivCom se encuentra sujeto al orden jerárquico de las fuentes de regulación fijado por el art. 31  de la CN que determina dicho orden así:

- La Constitución Nacional.

- Las leyes de la Nación que, en su consecuencia, se dicten por el Congreso.

- Los tratados con potencias extranjeras que son ley suprema de la Nación.

- Las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

También incide en el orden de prelación de las normas el art. 75, inc. 22 , de la Constitución Nacional introducido en la reforma de 1994, que indica lo siguiente:

- Que los tratados y concordatos firmados con potencias extranjeras tienen jerarquía superior a las leyes.

- Los tratados sobre derechos humanos que enumera taxativamente, en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional.

- Estos no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución Nacional y son considerados complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

- Que estos tratados sobre derechos humanos solo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo con aprobación del Congreso, el que deberá tener una mayoría especial de los 2/3 de los miembros de cada Cámara.

- Los demás tratados sobre derechos humanos que se aprueben para que gocen de jerarquía constitucional necesitan la aprobación del Congreso con mayoría especial de los 2/3 de los miembros de ambas Cámaras.

XIII. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, LA LEY ESPECIAL: ORDEN PÚBLICO LABORAL

Las leyes de orden público son imperativas, «no negociables» y, en el orden social, se imponen de forma irrevocable con el objeto de conservar progresivamente el sistema social establecido, limitando el ejercicio de los derechos individuales y sociales, como así también la aplicación de la norma extranjera en el ámbito del derecho internacional privado; o bien, en el internacional público, la actividad contractual de las Naciones o la práctica cotidiana interestatal.

No limitan la autonomía de la voluntad, solo impiden que una de las partes, en mejor situación de poder, en mejor situación

económica o social, imponga a otra, que se encuentra signada por su estado de necesidad permanente, las condiciones de la negociación.

Este mínimo inderogable, «no negociable» es imperativo tanto para el negocio jurídico laboral individual, como para el colectivo.

El orden público es una valoración jurídica respecto de la tutela de un derecho y el grado de tutela que el Estado considera merece; en el caso que nos ocupa se refiere a la tutela de un derecho del hombre que trabaja, que es el sujeto amparado por el derecho del trabajo.

Se sostiene que ante el cambio de la situación económico-social y del modelo de relaciones de trabajo que se adopte, el orden público debe variar, en menos.

Creemos, amerita se reelabore este concepto, atento a que el «ius cogens» internacional, fundado en la dignidad del ser humano, dato antropológico previo a los derechos humanos, es el fundamento de ellos, y estos han fijado una serie de derechos mínimos inderogables



obligatorios para todos los «seres humanos», Estados, instituciones, empresas etc., que habitan la Tierra.


De los derechos humanos dimanan los principios de progresividad positiva y negativa, los que determinan, desde esa atalaya axiológica, que la situación jurídico-social lograda en una comunidad, nación, etc., en un momento histórico determinado, no puede modificarse peyorativamente y menos dando preeminencia a razones de índole económica por sobre las humanas.




Amén de ello, el Estado no puede usar el «orden público económico» como justificativo para desnaturalizar, suprimir, privar o derogar un derecho humano.

Los derechos humanos forman parte del «ius cogens» internacional, tal como surge del Tratado de Viena (1969) sobre los tratados, por lo tanto, son de aplicación universal y obligatoria.

Por ello, se podrán mejorar, mas nunca desandar y menoscabar los beneficios sociales logrados.

Entre los derechos sociales reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 23  y 28 , y el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 , y la Constitución Nacional Argentina, figuran el de condiciones dignas y equitativas de trabajo, una retribución justa.

También la propiedad privada es un derecho humano que tienen todos los hombres, y así surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXIII , la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17, el Pacto de San José de Costa Rica, art. 26 , y la CN en su art. 17 .

La propiedad debe cumplir una función social; así lo entendió el papa Juan Pablo II cuando afirmó que «la propiedad privada de los medios de producción está gravada por una hipoteca social» (11).

XIV.FUENTES DE REGULACIÓN DE LA LCT

Cuando se analizan las fuentes del derecho, nos referimos a las normas válidas en un ordenamiento estatal determinado y en un momento histórico específico.

Se afirma un ordenamiento estatal determinado, habida cuenta de que en los diferentes Estados existen, a su vez, diferentes ordenamientos jurídicos dictados por cada uno de ellos, en principio, de manera soberana.

Se afirma también, en un momento histórico determinado, porque el orden de prelación de las normas varía según la situación histórica que se vive, la importancia dada a ciertas realidades o prioridades y especialmente a la relación de fuerzas de los grupos sociales, políticos y económicos que determinan la prevalencia de ciertos valores en la sociedad.

Independientemente de ello, la expresión «fuentes del derecho» es considerada una expresión ambigua, ya que dentro de ella pueden mezclarse criterios opuestos tales como:

1. La voluntad de las partes, que hace referencia al poder normativo de los particulares.
2. La ley, que trata de las normas o conjunto de normas impuestas por los poderes normativos, tal como es el órgano estatal.
3. El convenio colectivo de trabajo, o sea, las normas o conjunto de normas impuestas por el poder normativo colectivo.
4. Los laudos con fuerza de tales, impuestas por el poder normativo de un árbitro.

En el derecho del trabajo, no existe tal ambigüedad al establecer la LCT, bajo el título de «Fuentes de Regulación», en el art. 1 que afirma: «el Contrato de Trabajo y la Relación de Trabajo se rigen...» y luego detallan las fuentes. Están señalando en forma específica los distintos tipos de normas admitidas como reguladoras del contrato de trabajo y la relación de trabajo. Por lo tanto, la expresa enumeración de las fuentes del derecho del trabajo en la LCT quita todo tipo de ambigüedad al tema de las fuentes del derecho del trabajo.

El art. 1 de la LCT, desde el orden público (normas imperativas) y bajo el amparo del principio protector del art.14 bis,

especifica concretamente sus fuentes determinando lo siguiente:

«El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen:

»a) por esta ley;

»b) por las leyes y estatutos profesionales;

»c) por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales;

»d) por la voluntad de las partes;

»e) por los usos y costumbres».


Este art. 1 de la LCT especifica imperativamente su vocación de universalidad, de regular todo el fenómeno del derecho del trabajo, colocándose como el cuerpo legislativo principal y básico en todo lo referido a los contratos y relaciones de trabajo.

Otra característica es el lugar que otorga dentro de este detallado orden de primacía a las demás normas jurídicas, las que se aplican en las condiciones y alcances que la LCT determina, atento a su especialidad y especificidad del fenómeno regulado.

La normativa ajena a esta LCT ingresa a regular fenómenos dentro de su ámbito solo en las condiciones y alcances que ella le otorga.

Las fuentes del derecho permiten conocer quién tiene el poder de crear la reglamentación con valor de norma jurídica y de determinar cuál de ellas, en caso de colisión, es la preferida, lo que está determinado dentro de la LCT, como norma específica y especial del fenómeno trabajo bajo relación de dependencia.

XV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Es por ello que el art. 2  de la LCT, al referirse al ámbito de aplicación, explica que las condiciones de vigencia de la ley y la aplicación de sus disposiciones debe resultar compatible a la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate, y como específica de la regulación jurídica a la que está sujeta; ergo, nos dice que debe tratarse de trabajo bajo relación de dependencia y no otro fenómeno y que debe sujetarse a la normativa de orden público que regula este fenómeno e indica algunos casos y condiciones en los que no se aplica.

XVI. OTROS CASOS EN QUE LA LCT FIJA LA LEY APLICABLE

Se prevén en forma detallada casos de aplicación de normas, convenios colectivos de trabajo, la voluntad de las partes en diversas hipótesis.

El art. 7



de la LCT regula la circunstancia en que las partes pacten condiciones menos favorables que las dispuestas por las normas legales, los convenios colectivos de trabajo y los laudos con fuerza de tales, imponiendo la nulidad de dichos acuerdos y determinando como fuente de aplicación las normas de orden público, o sea imperativas que se violaron.

Por el art. 8

de la LCT se regula que, en los casos en los que los convenios colectivos de trabajo, los laudos con fuerza de tales fijan condiciones más favorables para el trabajador que las leyes que regulan el contrato de trabajo o relación de trabajo, son de aplicación las más favorables al trabajador.

A su vez, el art. 11

de la LCT resuelve las cuestiones lagunosas, en las que la duda no permite resolver los entuertos presentados en la causa por las normas que regulan el contrato de trabajo, ni por las leyes análogas. Se toma como fuente de regulación los principios de la justicia social, los principios generales del derecho, la equidad y la buena fe.

La duda deber ser razonable e insalvable, o sea que no se trata de cualquier duda.

La voluntad de las partes como fuente del derecho se encuentra reglamentada también en el art.12

de la LCT al determinar la nulidad y carencia de valor de toda convención o acuerdo de partes mediante el que se supriman o reduzcan los derechos que le otorgan al trabajador por la LCT, los estatutos profesionales, los convenios colectivos de trabajo, los acuerdos de parte; en cualquier momento de la vida del contrato de trabajo desde su origen a su extinción.

También dentro de lo que se llama la «limitación de la autonomía de la voluntad», que no es tal, atento a la hiposuficiencia del trabajador, su estado de necesidad permanente que le impide tener libertad de decisión (atento a que la libertad existe solo entre iguales); en virtud del art. 13


de la LCT, las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por estas; el orden público nuevamente impone las normas a aplicarse por sobre los acuerdos que puedan realizar las partes.

Otro caso en el que la voluntad de las partes es fuente de regulación del contrato de trabajo, es el del «ius variandi» -art. 66




de la LCT- excepción al principio protectorio del trabajador atento a que la fuente de regulación en este caso es la voluntad del empleador al que se lo faculta unilateralmente a modificar el contrato de trabajo, sin siquiera el acuerdo del trabajador, ya que se le otorgan facultades para introducir todos los cambios en las formas y modalidades de la prestación del trabajo bajo ciertas limitaciones, tales como no afectar las condiciones esenciales del contrato.

Esta norma es excepcional e inconstitucional (viola el principio protectorio, art.14 bis de la CN), ya que la parte más fuerte de la relación, sin acuerdo del otro contratante, en este caso el trabajador signado por su permanente estado de necesidad, modifica condiciones contractuales, por ello, es que afirmamos viola el principio protectorio cristalizando el derecho del más fuerte al modificar unilateralmente el contrato.

Por el art. 16 

de la LCT se limita como fuente de derecho la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo, las que solo pueden ser tenidas en consideración para la resolución de conflictos según la profesionalidad del trabajador y ello atento a que regula situaciones muy particulares de trabajos específicos.

Por el art. 196 

de la LCT se fija en forma expresa que la Ley 11.544 

, que es anterior a la LCT, regula la jornada de trabajo y es


aplicable a todo el universo regulado por esta ley.

Como se puede apreciar, todo lo referente a las fuentes de regulación del contrato de trabajo y relación de trabajo se encuentra detallado en forma muy específica dentro de la propia LCT y mediante normas de orden público, y en el caso de la aplicación supletoria de institutos regulados en otros regímenes, el art. 2 fija las condiciones de su aplicabilidad.

XVII. PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR

Este principio al igual que la norma que lo regula y todo el derecho del trabajo se encuentra bajo el amparo del principio protectorio establecido en el art.14 bis de la CN, ya que al determinar que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, se está «protegiendo» a todas las reglas, principios y normas que regulan el derecho del trabajo.

Los principios de «in dubio pro operario» como el de la norma más favorable al trabajador desde el momento en que otorgan siempre la opción más beneficiosa al dependiente, sirven como disparadores del principio de progresividad negativo, o sea, el que impide que se pierdan los logros sociales ya obtenidos, siendo una afirmación de que es ineluctable la modificación peyorativa, in peius del régimen legal logrado.

El art. 9 

de la LCT establece el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador en dos hipótesis:

- La primera considera que, en caso de duda de la aplicación de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Esto significa que, en el devenir temporal de las normas, luego de comparar todas las aplicables al caso, se debe estar a la condición más favorable al trabajador como solución del conflicto de leyes.

Esta afirmación jurídica emanada de una norma de orden público coloca en crisis a tres conceptos que hacen a nuestra lógica jurídica cotidiana, tales como:

a) Que la ley especial desplaza a la ley general.

b) Que la ley posterior deroga a la anterior.c) Que la nueva ley es de aplicación inmediata a las consecuencias de los hechos vigentes que se regularon por la ley derogada.

a) Que la ley especial desplaza a la ley general:

Este principio se funda en que la ley general es de aplicación en el derecho común y para casos generales, mientras que la ley especial regula un instituto específico o áreas específicas de la realidad que le da preeminencia en su aplicación por su especialidad.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la norma general es más beneficiosa al trabajador que la especial?

En virtud del principio de progresividad positivo que por el art. 75, inc. 22, de la CN es derecho positivo en nuestro país, y que ya era operativo con anterioridad debido a la Convención de Viena (1965) sobre los tratados que determinaba que estos tratados internacionales formaban parte del «ius cogens» internacional, lo que los hacía operativos y obligatorios, tenemos que:

1) los Estados nacionales están obligados a hacer todo lo posible para el logro de mejores estándares de vida y goce de los derechos reconocidos a sus ciudadanos.

2) que los legisladores deben cumplir su función de forma tal que posibiliten el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos.

3) de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos surge la aplicación del principio de interpretación «pro homini» que da plena operatividad al principio de la norma más favorable.

Si se aplica la LCT por ser norma especial y no la general que otorga mayores beneficios al trabajador, se lo está discriminando del resto de los ciudadanos a los que se les aplica la ley más generosa.b) Que la ley posterior deroga a la anterior:

Sobre la base de este apotegma, tenemos que si la ley anterior era más beneficiosa que la nueva que la deroga deja de existir y adquiere vigencia la ley peyorativa a los intereses de los trabajadores.

Esta situación deviene contradictoria con la aplicación de la norma más beneficiosa.

Ello no es así debido a que la nueva ley es inconstitucional por ser contraria al principio protectorio desarrollado en el art. 14 bis de la CN y al principio de progresividad negativo (PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) atento a que no puede disminuir el nivel de protección alcanzado por los trabajadores.

Puede darse la hipótesis de que la ley siga vigente para otras situaciones jurídicas; en este caso, adquiere aplicabilidad respecto de los trabajadores el principio de la norma más favorable.

c) Que la nueva ley es de aplicación inmediata a las consecuencias de los hechos vigentes que se regularon por la ley derogada en el art. 7 del

CCivCom:


Como ya lo señalamos más arriba, con la vigencia del nuevo CCivCom, las nuevas leyes se aplican de inmediato, aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En el derecho del trabajo, que está signado por el orden público laboral, es de aplicación la norma vigente al momento de consolidarse el negocio jurídico laboral y la nueva ley solo podrá aplicarse a las consecuencias siempre que sea más favorable al trabajador, en virtud del principio de progresividad positivo.

En síntesis, la condición más beneficiosa expresa el principio protector en el tiempo y el principio de progresividad, que impiden que una norma posterior, perjudicial al trabajador, deje sin efecto una estructura normativa anterior.

- La segunda hipótesis está referida al caso de que la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, y allí el art.9 de la LCT determina que los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

En primer lugar, debe determinarse que la duda debe ser insuperable, o sea, que el juez no tenga forma de resolverla y, en este caso, si la norma permite varias decisiones o la realidad admite varias lecturas, su interpretación ha de inclinarse en favor del trabajador.

- La jurisprudencia de la CSJN -in re- «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S. A.» , respecto del principio de progresividad:

«Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a esta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata"».

Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo «más explícita y eficazmente posible» a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, «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» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 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.º; asimismo: Observación General N.º 15, cit., p. 122, párr. 19.º, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23) (12).

Este principio funciona como una válvula dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados.

Impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos que registran un mayor grado de desposesión legitimada.

Se expresa articuladamente para cumplir la función protectoria con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.

Un derecho del trabajo regresivo es impensable, asistémico e inconstitucional; y bueno resulta que la Corte comience a reconocerlo.

El carácter progresivo de esa rama del derecho no es una nota pasatista a la que corrientes conservadoras de política social puedan borrar.

El avance paulatino y acumulativo de los derechos de los trabajadores no puede ser reemplazado por un proceso de alternancias con medidas regresivas, sin afectar la naturaleza misma del sistema.

En realidad, las normas que corresponden a la derogación de derechos de los trabajadores, aunque estén inspiradas en el

orden público económico o el mero interés de la empresa, no forman parte del derecho laboral. En definitiva, son la negación de este. Y ello agravia a la CN.

G. H. Camerlynck y G. Lyon-Caen afirman lo siguiente: «Se ha podido decir que el derecho del trabajo, al rechazar toda regresión, evoluciona "en sentido unívoco"». Y también anotan con agudeza el siguiente concepto referido a que «la idea de los derechos adquiridos ha penetrado profundamente en los trabajadores».

La regla de la progresividad del orden jurídico, en este sentido, acompaña al cambio ordenándolo no en función del todo, sino en función de los que más necesitan.

Esa es la esencia del orden público laboral.

El principio de progresividad del derecho del trabajo cumple la función de regular la dominación del porvenir. Actúa particularmente en la regulación de la inseguridad social.

Esta función de dominar al porvenir es esencial y fundante del Estado de derecho, que reconoce la cuestión social y la cuota de injusticia social

que el orden establecido y vigente mantiene.

La regla de la progresividad, en la medida en la que llega a limitar la normativa fundada en el progreso (orden público económico), asegura paz social, en la medida en que si bien posterga en el presente la cuota de desigualdades, la pauperización y marginalización del sector más numeroso, dinámico y necesitado de la población, garantiza el proceso de cambio racional en función del menor daño posible a sufrir por los sectores más necesitados.

Asegura que el mañana será mejor que hoy en la medida de lo posible.

También se analiza en este fallo el principio de progresividad teniendo en consideración que la orientación del PIDESC no es otra que «la mejora continua de las condiciones de existencia», según reza, preceptivamente, su art. 11, inc.1; lo que trae como consecuencia que toda norma que signifique un retroceso legislativo es inconstitucional.

Según este principio todo Estado Parte se «compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2, inc.1).

Por otra parte, la norma «debe interpretarse a la luz del objetivo general, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata».

Como consecuencia de ello, tenemos (art. 2, inc. 1), entre sus consecuencias, que los Estados deben proceder lo «más explícita y eficazmente posible» a fin de alcanzar dicho objetivo.

Luego se indica que los Estados como consecuencia de sus compromisos frente a los derechos humanos tienen obligaciones positivas y negativas.

La obligación positiva del Estado se da cuando este realiza todo lo necesario al efecto de que los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social se lleven a cabo.

Existe «obligación negativa, cuando el Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a

estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derechosocial».

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La Plata, 2015.

(2) Texto tomado de KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit.

(3) Véase «Economía y Sociedad».

(4) BORDA, Guillermo: «Efectos de la ley con relación al tiempo», en ED 28-810.

(5) BORDA, Guillermo: «El art. 71 bis, Ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley», en LL, 147-63.

(6) BORDA, Guillermo: «Efectos de la ley con relación al tiempo», op. cit.

(7) RIVERA, Julio C.: El Código Civil y Comercial, Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, elDial.com.

(8) ROUBIER, Paul: «Le droit transitoire», reproducción de la edición de 1960, Dalloz, 2008, N.º 69, p. 336.

(9) MAR IÑO LÓPEZ, Andrés: «Aplicación en el tiempo de la Ley N.º 19.075 de matrimonio igualitario, con especial referencia a la obligación alimentaria entre cónyuges y ex cónyuges», en Revista Crítica de Derecho Privado, Montevideo, año 11, N.º 2014, p. 1390.

(10) Ver PAJONI, Guillermo, y ELGORRIAGA, Leonardo: «El nuevo Código Civil y Comercial en relación a los derechos de los trabajadores», en Revista «La Causa Laboral».

(11) Segunda Conferencia Episcopal Latinoamericana de Puebla de los Ángeles, 1979.

(12) FORMARO, Juan J.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho del Trabajo. Hammurabi.

(*) Abogado y procurador. Profesor de Derecho del Trabajo en dos cursos de posgrado para médicos legistas, Universidades de Córdoba y Católica de Salta. Exprofesor de Derecho Social, Universidad Nacional de Catamarca. Exfiscal de Estado de la provincia de Catamarca. Expositor. Autor de publicaciones sobre temas de su especialidad.