

EL DERECHO DEL TRABAJO: PRINCIPIOS GENERALES E INSTITUTOS FUNDAMENTALES.

Viviana Mariel Dobarro

I. EL DERECHO DEL TRABAJO.

El trabajo humano ha sido definido como una actividad realizada por una persona, orientada hacia una finalidad, la prestación de un servicio o la producción de un bien -que tiene una realidad objetiva y exterior al sujeto que lo produjo-, con una utilidad social: la satisfacción de una necesidad personal o de otras personas. El trabajo así entendido involucra a todo el ser humano que pone en acto sus capacidades y no solamente sus dimensiones fisiológicas y biológicas, dado que al mismo tiempo que soporta una carga estática, con gestos y posturas despliega su fuerza física, moviliza las dimensiones psíquicas y mentales¹.

El trabajo humano, en el sentido amplio mencionado anteriormente, ha sido analizado desde diferentes disciplinas, entre otras, la sociología, la economía, la psicología, la medicina y el derecho.

Ahora bien, desde el derecho la rama que se dedica a esta cuestión es el derecho del trabajo, cuyo objeto de estudio es más estricto y se circunscribe a la actividad lícita prestada por una persona física a favor de quien tiene la facultad de dirigirla y a cambio de una remuneración (art. 4 L.C.T.²). Se trata del trabajo personal prestado en condiciones de libertad, ajenidad, a cambio de una remuneración y en dependencia, caracteres sobre los que volveremos posteriormente. Pero que no se agota en la faz económica o la relación de intercambio, sino que tiene como principal objeto "la actividad productiva y creadora del hombre" (art. 4 L.C.T.).

El derecho del trabajo puede dividirse en –por lo menos- tres partes: el derecho individual del trabajo, el derecho colectivo del trabajo y el derecho administrativo y procesal del trabajo.

El derecho individual del trabajo, que es el que a los fines de este trabajo nos convoca, puede ser definido como el conjunto de principios generales y normas jurídicas que regulan la relación o contrato individual de trabajo, es decir, el prestado en relación de dependencia³.

Estas notas no pretenden analizar íntegramente la materia, sino que sólo nos abocaremos a sus orígenes, finalidad perseguida, principios generales, fuentes, el orden público laboral y sus caracteres, así como al estudio del contrato de trabajo, sus notas típicas, los sujetos que lo celebran, su objeto, los derechos y obligaciones de las partes contratantes y, en especial, los límites a las facultades del empleador.

II. ORÍGENES Y METAS DEL DERECHO DEL TRABAJO. SU CARÁCTER PROTECTORIO.

El derecho del trabajo es un derecho del siglo XX, que nace y se estructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores, reunidos u organizados en asociaciones. No es un derecho gestado pacíficamente sino arrancado al régimen capitalista y liberal bajo las formas imperantes en los siglos XVIII y XIX.

La lucha obrera estuvo motivada, desde sus inicios, por la situación de gran desprotección en la que estaba sumido el hombre de trabajo, en un contexto en el que los postulados políticos y económicos imperantes eran la libertad de mercado, la libertad de contratación y, en consecuencia, la vigencia irrestricta de la autonomía de la voluntad. Este último principio, que implica que aquello que las partes pactan tiene entre ellas iguales efectos que la "ley misma", en el ámbito

¹ NEFFA, Julio C., El trabajo humano, Asociación Trabajo y Sociedad, CEIL-PIETTE/CONICET, Lumen Humanitas, Bs. As., 2003, pág. 261.

² Art. 4 L.C.T.: "Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley".

³ Por tanto queda afuera el trabajo autónomo, el benévolo y el familiar.

laboral de los siglos XVIII y XIX⁴ significó el sometimiento del dependiente a las reglas y condiciones de trabajo impuestas por el empleador, sin limitación alguna y con escaso o nulo margen para negociar.

La aplicación irrestricta de la autonomía de la voluntad condujo a los abusos y explotaciones que son por todos conocidas y dieron origen a la denominada "cuestión social".

Los trabajadores frente a un contexto de tanta explotación, se agruparon y unieron sus fuerzas ante la adversidad, con el objeto de lograr los primeros reconocimientos o reivindicaciones, móvil primigenio de la acción sindical y que sigue vigente en nuestros días, tal como puede advertirse en los arts. 2 y 3 de la ley 23.551⁵.

Ahora bien, otros fenómenos, además de la lucha obrera, han tenido influencia en el nacimiento y consolidación del derecho del trabajo y ellos han sido:

- la difusión de ciertas corrientes de pensamiento que cuestionaban el modelo de acumulación de capitales y de producción, así como la forma de organización social imperante en la época (tal el caso de las ideas anarquistas y socialistas y de las que inspiraron y sustentaron ideológicamente a la revolución rusa de 1917);
- la respuesta que desde la Doctrina Social de la Iglesia se intentó dar, al condenar cualquier tipo de explotación del hombre por el hombre, en especial, la proveniente de los modelos económicos propiciados por el capitalismo y por el marxismo y revalorizar el rol del hombre que trabaja y su dignidad⁶;
- la aparición del constitucionalismo social (Constitución de México de 1917 y de Weimar de 1919); y
- el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de la firma de la paz de Versalles en 1919, se creó la Organización Internacional del Trabajo, cuya labor tuvo por objeto poner límites y organizar mecanismos de contralor de la forma y condiciones en que se prestaban las tareas en relación de dependencia en la mayoría de las naciones y, por la vía de la igualación de los niveles mínimos de protección, combatir el "dumping económico"⁷.

Vale decir, el derecho del trabajo nació cuando los Estados tomaron conciencia que era necesario dar respuesta a la cuestión social imperante y establecer mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación de empleadores y trabajadores, para ello se dictaron las

⁴ Esta situación no difiere demasiado de la que se verifica en los albores del siglo XXI.

⁵ Art. 2 de la ley 23.551: "Las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores se regirán por esta ley". Art. 3 de la ley 23.551: "Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador".

⁶ Doctrina que tuvo su puntapié inicial con la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) en que se sostuvo que "...lo realmente vergonzoso o inhumano es abusar de los hombres como cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí ... Entre los primordiales deberes de los patrons se destaca el dar a cada uno lo que sea justo ... defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen... Han de evitar cuidadosamente los ricos perjudicar en lo más mínimo los intereses de los proletarios... El trabajo no es una vil mercancía sino que es preciso reconocer la dignidad humana del trabajador...". En similar sentido se pueden mencionar las Encíclicas *Quadragesimo Anno* (1931) y *Mater et Magistra* (1961).

⁷ Esto se pone de relieve en el propio texto constitucional de la O.I.T., en el que se señala que "Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo..."

normas laborales que a través de la imposición de derechos de mínima obliga a las partes contratantes a respetar ciertos contenidos y sólo le otorga validez a los pactos que contienen mejores derechos para los trabajadores que los establecidos en las normas imperativas.

En tal sentido, la funcionalidad o razón de ser histórica del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica independiente es, por ello, la de servir al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital, de su integración o institucionalización (canalización) por el Estado⁸.

En definitiva, el surgimiento del derecho del trabajo implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajador, como fruto de un largo proceso histórico que traduce -en definitiva- la lucha por la obtención de la justicia social; es decir, la fuerza de trabajo dejó de considerarse como una mera mercancía o instrumento de cambio, para dar paso a la revalorización de la persona del trabajador y de su tarea como "actividad productiva y creadora", en los términos en que define la cuestión el art. 4 L.C.T.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

La autonomía de una rama del derecho –entre otras cuestiones- requiere que tenga principios propios diferentes a los del derecho común, que deben ser considerados como generales y abarcar el mayor campo posible dentro de la materia de que se trata⁹.

En el caso de los principios generales del derecho del trabajo, son definidos, entre otras formas, como las ideas fundamentales de la organización jurídico laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas¹⁰; o como las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos¹¹.

En cuanto a las funciones que cumplen los principios generales del derecho del trabajo podemos señalar:

- 1) bases para el dictado de nuevas normas para regir la materia (función inspiradora o informadora);
- 2) instrumentos importantes en la función interpretativa, en tanto expresan las valoraciones jurídicas vigentes de un grupo social determinado (función de interpretación);
- 3) integración de los vacíos legales normativas (función integradora).

La función inspiradora se observa con claridad en el art. 14 Bis. C.N.¹² que prevé “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”; la de interpretación ha sido plasmada en el art. 9 L.C.T. en cuanto a que en caso de duda “... en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al

⁸ CAUBET, Amanda B, Trabajo y Seguridad Social, Ed. Errepar, Bs. As., 2002, pág. 6.

⁹ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., 2000, pág. 201 y sigs.

¹⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del trabajo, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 220, citado por FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, op. cit.

¹¹ PLA RODRIGUEZ, Américo, Los principios del derecho del trabajo, 2ª. Edición actualizada, Ed. Depalma, Bs. As. 1990, pág. 9.

¹² Art. 14 Bis C.N.: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

trabajador”, y la de integración está prevista en el art. 11 L.C.T. “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”.

Si bien los distintos autores difieren en la clasificación que efectúan de los principios generales del derecho del trabajo, Fernández Madrid¹³, sostiene que nuestra materia tiene como pilar fundamental un único principio, el “principio protectorio” -consagrado en el art. 14 bis C.N. y que le da sentido a toda la normativa laboral-, del cual se desprenden diversas reglas de aplicación (a las que en muchos casos otros autores le otorgan el rango de principio general) y que, en todo caso, lo que hacen es exteriorizar distintos aspectos de la protección de la parte más débil de la relación laboral; ellas son:

- a) la interpretación a favor del trabajador o “in dubio pro operario”,
- b) la aplicación de la norma más favorable,
- c) la subsistencia de la condición más beneficiosa,
- d) la ajenidad del riesgo empresario e indemnidad del trabajador,
- e) la irrenunciabilidad de derechos,
- f) la no discriminación e igualdad de trato y
- g) la facilitación de la prueba en el proceso laboral.

Otras clasificaciones que sobre esta cuestión pueden consultarse son las efectuadas por Plá Rodríguez¹⁴, Justo López¹⁵, Etala¹⁶ y Rodríguez Mancini¹⁷.

Por su parte, Ferreirós¹⁸, tras sostener que el derecho del trabajo tiene por objeto la regulación institucional de las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, todos los problemas relacionados con la adquisición y el uso de la fuerza de trabajo propia exclusivamente del hombre, en un mundo que se transforma permanentemente, que es el que abarca el trabajo asalariado y a veces, más aún; y que la función general del derecho del trabajo, en la búsqueda de ese fin, se dirige –por un lado- a la protección del trabajador y, por otro, a la función de conservación, readaptación y mejoramiento del sistema social imperante, individualiza principios de surgimiento o aplicación más modernos. Entre ellos menciona el principio del esfuerzo compartido, el principio de nivelación social, al principio de homogeneización, el principio de parasubordinación, el principio de la pluralidad de los microsistemas, el principio de integración y pacificación, el principio de integración jurídica en el orden social y el principio de normalización del trabajo atípico; concluyendo que en la base de todos los principios se halla el principio del respeto recíproco.

Ahora bien, en nuestra opinión, es el principio protectorio el que fundamenta nuestra materia, le da razón de ser y la distingue de otras ramas del derecho. Es por ello que debe encontrar recepción en todas las instituciones que la integran; máxime cuando este postulado fundante fue reforzado con la reforma constitucional del año 1994, por la que se le otorgó jerarquía igual a la de la Constitución (art. 75 inc. 22 C.N.) a una serie de instrumentos internacionales en cuyo articulado encontramos importantes disposiciones vinculadas con el derecho del trabajo que, en muchos casos amplían los contenidos del art. 14 bis C.N.

¹³ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, op. cit.

¹⁴ PLA RODRIGUEZ, Américo, Los principios del derecho del trabajo, 2da. edición actualizada, Editorial Depalma, Bs. As., 1990, pág. 19, quien enumera: 1) principio protectorio: a) in dubio pro operario, b) regla de la aplicación de la norma más favorable, c) regla de la condición más beneficiosa; 2) principio de irrenunciabilidad de derechos; 3) principio de la continuidad de la relación laboral; 4) principio de la primacía de la realidad; 5) principio de la razonabilidad; 6) principio de buena fe.

¹⁵ LOPEZ, Justo, Ley de Contrato de Trabajo comentada, 2da. ed., Ediciones contabilidad moderna, Bs. As., tomo I, pág. 162, quien a los mencionados por Pla Rodríguez agrega los de trato igual (no discriminación) y de integración o de actuación colectiva.

¹⁶ ETALA, Carlos Alberto, Contrato de trabajo, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, pág. 44, identifica los siguientes: 1) principio protectorio; 2) principio de continuidad; 3) principio de primacía de la realidad; 4) principio de razonabilidad; 5) principio de buena fe; 6) principio de trato igual y no discriminación y 7) principio de indemnidad.

¹⁷ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, pág. 50 y sigs. sistematiza los principios en: a) principio protector: 1) regla in dubio pro operario, 2) regla de la norma más favorable, 3) regla de la condición más beneficiosa; b) irrenunciabilidad; c) continuación de la relación laboral; d) primacía de la realidad; e) razonabilidad; f) buena fe y g) trato igualitario.

¹⁸ FERREIROS, Estela Milagros, Los viejos y los nuevos principios del derecho del trabajo, Errepar, Doctrina Laboral, setiembre de 2002, Nro. 205, pág. 759 y sigs.

En tal sentido, podemos mencionar los arts. 14 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 22 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 6, 7, 8 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Además, esta idea informadora de toda nuestra organización jurídico laboral se complementó, también en la reforma constitucional de 1994, con la definición de un nuevo rol estatal, pues al régimen de gobierno “republicano, representativo, federal” se le agregó un programa de acción estatal que puede definirse como propio de un estado “social y de derecho”, tal como se desprende de la definición contenida en el art. 1 de la C.N. y de las obligaciones que en el texto constitucional se le imponen al Estado Argentino, ver por ejemplo el art. 75 incs. 17, 19 y 23 C.N. y arts. 42 y 43 C.N.

"Protección al trabajo", "desarrollo humano" y "progreso económico con justicia social", definen una concepción del Estado, en la que los grandes ideales de "libertad e igualdad" no se pueden alcanzar sin una política activa que dé prioridad a la situación del hombre de trabajo para que pueda desarrollarse en sociedad con igualdad de posibilidades y pleno respeto de su dignidad, para que la democracia política se transforme en una verdadera democracia social.

IV. LAS REGLAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTORIO.

Como ya hemos señalado, en la clasificación de Fernández Madrid hay un único principio general del Derecho del Trabajo, el principio protectorio, del que se derivan diversas reglas de aplicación o subprincipios que no hacen sino especificar y desarrollar diferentes aspectos de la protección al que se presupone como la parte más débil de la relación (el trabajador dependiente).

Si bien algunos de ellos han dado origen a importantes y definitorios debates doctrinarios y jurisprudenciales respecto a sus alcances y contenido, a los fines didácticos y ejemplificativos podemos señalar que:

a) la interpretación a favor del trabajador o “in dubio pro operario”: alude a aquellas situaciones en que quien debe aplicar la norma “duda” respecto del sentido o alcance que debe otorgarle o en la apreciación de la prueba en los casos concretos y, en tal caso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 L.C.T., 2do. párr., debe inclinarse por el sentido que sea más favorable para el trabajador; plasmando de esta forma el principio protectorio al momento de interpretar normas laborales. Cabe recordar que el derecho del trabajo no es la única rama del derecho que persigue la protección de quien presupone como la parte más débil de la relación, ya que esta tendencia puede advertirse también en el derecho penal (el “in dubio pro reo”), el “favor debitoris” del derecho civil, el derecho administrativo (en que en caso de duda debe optarse por la protección del administrado), entre otros.

b) la aplicación de la norma más favorable: esta regla de aplicación se refiere a un supuesto de “duda” diferente al que analizábamos en el apartado anterior, ya que aquí hay dos o más normas y el intérprete no sabe cuál aplicar; es decir la “duda” recae sobre cuál es la norma que rige la cuestión cuando son varias normas las que vienen a regularla en forma distinta (colisión normativa), este conflicto normativo se resuelve a tenor de lo dispuesto por el 1er. párr. del art. 9 L.C.T., que indica que debe prevalecer la norma más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. El sistema adoptado por nuestra legislación es el de selección de la norma más favorable de conformidad con el criterio del “conglobamiento por instituciones”, vale decir el cotejo para elegir la norma más favorables debe realizarse institución por institución, entendiéndose por esta última como el conjunto menor de normas que tienen autonomía y posibilidad de regir por sí una situación determinada, por ejemplo “vacaciones”, “licencia por maternidad”, “S.A.C.”, etc.

c) la subsistencia de la condición más beneficiosa: es una regla sumamente controvertida, ya que algunos autores no la reconocen como postulado fundamental de nuestra materia, en tanto que otros le dan una consideración especial. Se refiere al supuesto de sucesión de normas en el tiempo y la posibilidad de “incorporar” al contrato de trabajo beneficios provenientes del régimen legal que se deroga y que resultan más beneficiosos para el dependiente que los provenientes del que lo reemplaza. Implica la existencia de una situación concreta que, no obstante la modificación del marco normativo, debe ser respetada en tanto resulta más beneficiosa para el trabajador.

d) la ajenidad del riesgo empresario e indemnidad del trabajador: al respecto se ha dicho que la plena realización del hombre que trabaja y la defensa de su dignidad requieren que el Derecho del Trabajo lo proteja, otorgándole plena vigencia a los principios de ajenidad del riesgo y de indemnidad; ello significa preservar al trabajador para que, como consecuencia de la relación laboral, no se vea menoscabado física, moral o materialmente¹⁹. A la par, una de las notas tipificantes del contrato de trabajo es que se trabaja “por cuenta ajena”, es decir, el dependiente se inserta en una organización empresarial que no le es propia, sino que es de titularidad de su empleador, por ende, este último es quien se lleva los réditos económicos derivados de la explotación (el trabajador sólo percibe un salario) y como correlato es el empleador quien debe asumir los “riesgos”. En definitiva, como el trabajador presta tareas a cambio de una remuneración, no se beneficia con los mejores resultados de la producción, pero –en principio- tampoco puede sufrir modificaciones en razón de los riesgos inherentes a la marcha de la organización. Digo “en principio” porque no se puede obviar que nuestro sistema admite, en circunstancias excepcionales y que los jueces han sido sumamente estrictos al momento de valorarlas, las suspensiones o despidos por causas económicas (falta o disminución de trabajo y fuerza mayor), de conformidad con lo previsto por los arts. 218 a 221 y 247 L.C.T.).

e) la irrenunciabilidad de derechos: Sostiene Caubet²⁰ que esta regla aparece como el aspecto más relevante del principio protectorio y consiste en la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de derechos concedidos en su beneficio por la ley, el convenio colectivo de trabajo o el contrato individual.

El art. 12 de la L.C.T. establece que será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo o los contratos individuales, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

El sentido literal de la cláusula es claro en cuanto a que se nulifica toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley (L.C.T., estatutos profesionales y otras leyes) o en las convenciones colectivas de trabajo²¹ o en el contrato individual.

Cabe agregar, siguiendo a Caubet, que la irrenunciabilidad está ligada a un derecho de mínima que se estructura en consideración de la falta de capacidad negocial del dependiente. Resultaría inútil que el ordenamiento jurídico impusiera la tutela del trabajador, contratante necesitado e hiposuficiente, y que luego dejara sus derechos en su propio poder con la consiguiente posibilidad de que éste, ante el estado de necesidad y de dependencia laboral, dispusiera o renunciara a ellos, lesionando los derechos que la norma pretendía proteger y regular ante la desigualdad del poder de negociación de las partes.

La regla en análisis comprende distintos supuestos:

¹⁹ CAUBET, Amanda B., op. cit., pág. 92

²⁰ CAUBET, Amanda B., Trabajo y Seguridad Social, Ed. La Ley, Bs. As., 2013, pág. 75.

²¹ FERNANDEZ MADRID Juan C.- CAUBET, Amanda B., “Leyes Fundamentales del Trabajo”, 2da. Ed. ampliada y actualizada, Editorial La Ley, 2008, pág. 19.

a) renuncia anticipada de derechos provenientes de la ley, del convenio colectivo o del contrato individual. Por ejemplo, la renuncia anticipada a la indemnización por despido, a las vacaciones o a la remuneración de una categoría superior;

b) renuncia anticipada a derechos que puedan surgir a raíz de actos futuros del empleador en ejercicio de su poder de dirección y organización. Significa la imposibilidad del trabajador de aceptar incondicionalmente modificaciones contractuales a producirse eventualmente en el futuro, como ser traslados o cambios de turnos que transgredan lo dispuesto por el artículo 66 de la L.C.T. (relativo al ejercicio del ius variandi).

c) renuncia a derechos ya obtenidos que se han incorporado al patrimonio del trabajador. Este no puede, por ejemplo, renunciar a créditos devengados provenientes de un despido injustificado, o a un salario no pagado;

d) renuncia a las condiciones ya obtenidas que superan los mínimos legales y convencionales, salvo compensación adecuada. Por ejemplo, el trabajador no puede aceptar un salario inferior al que percibía sin un cambio compensatorio de otras condiciones de trabajo; esta cláusula sería nula de nulidad absoluta.

Se discutía –con anterioridad a la reforma que introdujera la ley 26.574- si la irrenunciabilidad alcanzaba a lo que hayan convenido las partes por encima de los mínimos legales y convencionales, ya que el texto anterior no mencionaba, como sí lo hace ahora, los contratos individuales -debate sobre el que profundizaremos en ocasión de analizar la posibilidad de modificar unilateralmente ciertas condiciones de trabajo-.

La jurisprudencia se inclinó, en gran medida, por aceptar que fuera del piso (derecho necesario) formado por la ley y la convención colectiva, las partes están habilitadas para reducir, incluso suprimir, los mayores derechos que se hayan acordado en el contrato individual de trabajo; no obstante ello, poco a poco se fue abriendo paso una postura que considera aplicable a estos supuestos el art. 954 C.C. (vicio de lesión subjetiva), decisiones judiciales que reseñaremos más adelante.

Ahora bien, no se puede omitir, que hace ya tiempo, que la C.S.J.N. ha sostenido que las modificaciones en perjuicio no pueden resultar del sólo silencio del trabajador, quien debe aceptarlas expresamente o por medio de una manifestación de voluntad inequívoca. Esta problemática se vincula con la facultad que se le reconoce al empleador de alterar unilateralmente ciertas condiciones de trabajo (“ius variandi”), con la noción de orden público y con lo dispuesto por los arts. 7²², 8²³, 13²⁴, 14²⁵ y 58²⁶ L.C.T.

f) la no discriminación y la igualdad de trato²⁷: En el ámbito del derecho internacional -y especialmente desde los organismos internacionales- se ha sostenido, ya a partir de sus primeros instrumentos, una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y aseguramiento del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales del hombre, por todos y sin distinción alguna.

²² Art. 7 L.C.T.: “Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley”.

²³ Art. 8 L.C.T.: “Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. ...”

²⁴ Art. 13 L.C.T.: “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 sustituidas de pleno derecho por éstas”.

²⁵ Art. 14 L.C.T.: “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.

²⁶ Art. 58 L.C.T.: “No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido”.

²⁷ Estas nociones pueden ser ampliadas en DOBARRO, Viviana Mariel-DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La discriminación en el ámbito laboral”, 1ra., 2da. y 3ra. parte, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, noviembre y diciembre de 2004 y mayo de 2005.

Dicha política se ha ido construyendo y desarrollando como respuesta, o al influjo, de distintos fenómenos políticos y sociales (guerras mundiales, gobiernos totalitarios o autoritarios, nazismo, apartheid, etc.).

Hoy resulta indiscutible la íntima conexión existente entre la no discriminación, la igualdad de trato y los derechos inalienables del hombre, con fundamento en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos; lo que se ha plasmado en el texto de numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales²⁸.

Ahora bien, como la problemática de la discriminación puede afectar al ser humano en cualquiera de los ámbitos en que se desempeña, ha sido objeto de estudio y de regulación normativa desde el derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho civil y el derecho del trabajo.

Es por ello que son numerosas y de diferente rango las disposiciones que protegen frente a las conductas discriminatorias y que consagran la obligación de dar un trato igualitario y, por obvias razones de extensión, nos referiremos exclusivamente a las vinculadas con el ámbito laboral.

A modo de síntesis citaremos las más relevantes:

- En la Constitución Nacional, el art. 14 Bis, que alude a igual remuneración por igual tarea; el art. 75 incs. 19 y 23 C.N. que establece que el Congreso deberá promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones y sancionar leyes que en materia educativa garanticen la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, así como también legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos; y el art. 43 C.N. en cuanto prevé que la acción de amparo constituye una vía idónea para reclamar frente a los actos o conductas discriminatorias, legitimando al efecto al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones intermedias.
- Entre las declaraciones, convenciones y pactos individualizados en el art. 75 inc. 22 C.N., a los que se les confiere igual jerarquía que la Constitución Nacional, encontramos las siguientes disposiciones: art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1 y 5; y los arts. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- En lo relativo a la normativa de la O.I.T., se pueden citar: el párrafo II apartado a) y párrafo III apartado j) del Anexo de la Constitución de la O.I.T.; el Convenio Nro. 100 y la Recomendación Nro. 90; el Convenio y la Recomendación Nro. 111; y diversas disposiciones de los Convenios Nro. 82, 87, 97, 98, 122, 142, 143, 156, 158 y 159 y de la Recomendación Nro. 162; así como también el art. 2 de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998.
- La ley 25.280, sancionada el 6/7/00, promulgada de hecho el 31/7/00 y publicada en el B.O. el 3/8/00, ratificó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 8/6/99.

²⁸ Al respecto se puede consultar el relato que efectúa PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 1997, págs. 1 a 31. También a TRAVIESO, Juan Antonio, en Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina, Editorial Universitaria de Bs. As., Eudeba, Bs. As. 1996, págs. 13 a 22. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., en Los Derechos Humanos y las Garantías, Ed. Zavalía S.A., Bs. As., 1988, en las págs. 21 a 28 hace una pormenorizada descripción de la evolución histórica que se ha experimentado en materia de derechos humanos. En tanto que con especial referencia a la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito laboral, puede consultarse a VON POTOBOSKY, Geraldo W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., en la obra La Organización Internacional del Trabajo, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, págs. 3 a 9.

- En el ámbito específico del derecho individual del trabajo, la L.C.T. se refiere a la cuestión en el art. 17 que consagra la prohibición genérica de efectuar cualquier tipo de discriminación entre los dependientes por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad; en el art. 81 que le impone al empleador la obligación de dispensar a todos sus dependientes igual trato en identidad de situaciones y admite únicamente el trato distinto con fundamento en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas; en el art. 172 que prohíbe que en las convenciones colectivas de trabajo o en cualquier otra reglamentación se consagre algún tipo de discriminación en el empleo fundada en el sexo o en el estado civil de la trabajadora y, especialmente, se garantiza la plena observancia del principio de igual retribución por trabajo de igual valor; y en el art. 187 que estipula que las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores.
- En tanto que en el derecho colectivo de trabajo, se pueden mencionar: el art. 7 de la ley 23.551 que se refiere a la prohibición de que las asociaciones sindicales establezcan diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a sus afiliados, lo que regirá también en las relaciones entre asociaciones sindicales de distinto grado; el art. 18 de la ley 23.551 y el decreto 514/03 en cuanto exigen un cupo femenino mínimo en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical; y la ley 25.674 y el decreto 514/03 que prevén también una participación mínima femenina en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo.
- Por otra parte, no podemos obviar la ley de carácter general que se refiere a esta cuestión, la 23.592 que en el art. 1 establece que "... quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar todo el daño moral y material ocasionado. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorias determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".
- La ley 26.485 que protege a las mujeres frente a toda forma de violencia en las relaciones interpersonales y en los diferentes ámbitos en que se desempeñan, incluido el laboral y que menciona especialmente las situaciones de discriminación y de persecución en el lugar de trabajo.
- También deben remarcarse las disposiciones referidas a la lucha contra el Sida (Ley 23.798 y decreto reglamentario Nro. 1244/91); a la enfermedad diabética que no puede ser considerada como obstativa para el ingreso laboral ni en el ámbito público ni en el privado (ley 23.753, modif. por ley 25.788); la protección de las personas que padecen epilepsia, enfermedad que tampoco puede ser considerada impedimento para la postulación, ingreso o desempeño laboral (ley 25.404); el sistema de protección integral de las personas discapacitadas y el porcentaje mínimo de contratación por parte del Estado Nacional y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos (ley 22.431, modificada por ley 25.689) y los cupos mínimos de acceso a los programas sociolaborales que se financien con fondos del Estado Nacional para las personas discapacitadas (ley 25.785).

Desde la perspectiva práctica, debemos recordar que dentro del cúmulo de poderes que la propia legislación le confiere al empresario, las facultades de organización y dirección del emprendimiento adquieren singular importancia. Potestades con ciertas limitaciones provenientes de la ley y que tienen en miras la persona del trabajador, en cumplimiento del principio protectorio emanado del art. 14 bis C.N. y del art. 4 L.C.T., a saber: deben ejercerse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del

trabajador (art. 65 L.C.T.), cuidando de satisfacer las exigencias de la organización empresarial y el respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos patrimoniales y con exclusión de toda forma de abuso de derecho (art. 68 L.C.T.).

Es decir, la organización empresarial no debe dirigirse o manejarse en forma arbitraria o caprichosa, sino con criterios funcionales y con una especial consideración de la persona y dignidad del trabajador. Dignidad de la que se desprende –como ya hemos visto- la prohibición de efectuar discriminaciones fundadas en criterios arbitrarios, antojadizos o caprichosos y la obligación de dar un trato igualitario a todos los dependientes. Obligación esta última que no pretende excluir las distinciones razonables, refiriéndose a una igualdad relativa, o sea, al tratamiento igualitario e identidad de circunstancias, como reiteradamente han interpretado la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, el art. 81 L.C.T., estipula como regla general el tratamiento igualitario, pero admite únicamente el trato diferente que responda a motivos tales como la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del trabajador.

La igualdad de trato se refiere a circunstancias o situaciones iguales dentro de un mismo ámbito espacial y régimen jurídico y debe verificarse en todas las instancias de la vinculación: contratación, remuneración, aplicación de sanciones y también en los despidos.

En principio, el cotejo hay que efectuarlo teniendo en cuenta la situación desventajosa de uno o algunos individuos con relación a la generalidad de la empresa o sector, y no a la situación del común o generalidad frente a la de uno o algunos que han sido más favorecidos. Se busca igualar la situación del perjudicado con respecto a la mayoría.

El derecho a “premiar” o a mejorar la situación de uno o algunos dependientes debe obedecer a razones funcionales, legítimas y fundarse en pautas objetivas; teniendo especialmente en cuenta que la noción de empresa, esbozada precedentemente, entraña la organización jerárquica del personal y, consecuentemente, una estructura piramidal de las remuneraciones.

En ocasiones, el “derecho a premiar” a un sector más o menos importante, exteriorizado generalmente a través del aumento de la remuneración, puede encubrir una humillación o discriminación para el resto del grupo; por lo que, en este supuesto, el análisis debe realizarse con suma estrictez.

El mandato constitucional de “igual remuneración por igual tarea”, debe conjugarse con las “condiciones dignas y equitativas” y la “retribución justa”; todo lo cual nos brinda un panorama claro y concreto en cuanto a que las remuneraciones que se paguen deben guardar necesariamente una relación de equidad y, por ende, un trato discriminatorio en materia de salarios resulta violatorio de dichas pautas y del resto de la normativa aplicable en la materia.

El concepto “igual remuneración por igual tarea” ha sido superado por la definición que traen algunos –de los ya citados- instrumentos internacionales y –en especial- el Convenio Nro. 100 de la O.I.T, que hablan de “tarea de igual valor”; propiciándose la valuación del trabajo por métodos objetivos y en consideración, únicamente, de la naturaleza de la tarea.

En cuanto a los despidos discriminatorios cabe mencionar que la protección que toda la normativa analizada le brinda al trabajador, asegurándole –entre otras cosas- el derecho a trabajar en condiciones dignas y equitativas, la protección contra el despido arbitrario y la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, resultaría vulnerada si admitiéramos en nuestro sistema de relaciones laborales, la posibilidad de que el empresario extinga la relación en virtud de alguna de las razones subjetivas a las que hemos aludido. Se debe vedar el ejercicio de su facultad de disolver el vínculo laboral cuando la medida no aparezca como funcional y encubra una decisión que abusiva y arbitrariamente se funda en razones tales como la raza, edad, sexo, religión, condición social, opiniones políticas o gremiales, caracteres físicos, etc. Todo ello en consonancia con lo dispuesto por las normas constitucionales, internacionales y legales ya enunciadas y con lo estipulado por los arts. 954 y 1071 C.C.

Esta postura no significa desconocer la potestad que nuestro derecho le confiere al empleador de despedir libremente a cambio de pagar una indemnización tarifada, sino que le impone únicamente ciertas limitaciones en aquellos supuestos en que este derecho sea ejercido abusivamente, provocándole

al dependiente una humillación y afectación moral, por el avasallamiento de su dignidad que conlleva la violación del derecho a un trato igual, derivada de una conducta discriminatoria que se fundamenta en circunstancias de índole subjetivas como las ya mencionadas; por lo que, podría reclamar la reparación del perjuicio material y moral que el trato discriminatorio le ha ocasionado, así como también – para algunos entre los que nos incluimos- la reinstalación en el puesto de trabajo²⁹.

Esta última posibilidad, además de lo previsto por el art. 1ro. de la ley 23.592 en orden a dejar sin efecto el acto discriminatorio, encuentra su fundamento en su ilicitud, se encuentra prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 16 y 19 C.N. y diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional) y por el art. 1 de la ley 23.592 y, en consecuencia, su objeto es prohibido (art. 953 C.C) y como tal nulo (art. 1044 C.C.), lo que deriva en el deber de repararlo, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.).

También la ley 26.485 –referida a la protección de las mujeres frente a toda forma de violencia- en su art. 35 prevé la reparación integral de las consecuencias dañosas derivadas de cualquier forma de violencia contra la mujer, por ejemplo y en lo que aquí nos interesa, la discriminación en el ámbito laboral fundada en razón de género³⁰.

Ya hemos dicho que son numerosas las disposiciones que sancionan las conductas discriminatorias y que consagran la obligación de dar un trato igualitario en identidad de circunstancias; pero no se puede omitir mencionar que cada día son más los tribunales que con contundencia las aplican en pos de dar respuesta a quienes se ven sometidos a este trato aberrante y violatorio de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en el ingreso al puesto de trabajo como durante la vigencia del contrato e incluso a su extinción. Son tantas y de tan diversa índole que vamos a reseñar las que –en nuestra opinión- resultan las más significativas de los últimos tiempos.

En una causa en la que se analizó la problemática de la discriminación en el acceso al puesto de trabajo, por causa de Sida³¹, se entendió que el actor, que había pasado diferentes instancias de preselección hasta llegar a la realización del examen preocupacional y luego no resultó contratado, había sido discriminado por causa de la enfermedad que se le detectó. Se sostuvo que la ley 23.798 y su decreto reglamentario (1244/91) prohíben absolutamente la realización de exámenes de detección del HIV, sin conocimiento del sujeto, y como las situaciones de discriminación son dificultosas de acreditar mediante elementos de prueba directos, puede recurrirse a las presunciones y, más aún, a la inversión del “onus probandi”, colocando en cabeza del acusado la demostración de que su conducta no puede ser tachada de tal. Es decir, la empresa tendría que haber probado las razones que invocó al no elegirlo tras haber superado diferentes alternativas en el proceso de selección, es decir, tendría que haber acreditado por qué no reunía el “perfil requerido”, el que por otra parte ni siquiera se había detallado en el expediente, así como tampoco se demostró que el finalmente electo tenía mayores aptitudes. Por tanto, se puede presumir que se desistió de su

²⁹ Los precursores de tan progresista y humanista tendencia, en nuestra doctrina nacional, han sido – principalmente y entre otros trabajos- POMPA, Roberto C., Nulidad del despido por causa de discriminación, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 143, julio de 1997, pág. 683 y sigs.; PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., La protección de la maternidad y el período de prueba, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 142, junio de 1997, pág. 614 y sigs.; FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Discriminación en los despidos, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 216, agosto de 2003, pág. 729 y sigs. , CAUBET, Amanda, La limitación a los supuestos de despido discriminatorio en la ley 25.013, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 159, noviembre de 1998, pág. 1030 y sigs.; CAUBET, Amanda B., La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 135, noviembre de 1996, pág. 941 y sigs. y FERREIROS, Estela M., La discriminación en el trabajo y el derecho a ser reparado sin darse por despedido, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 192, agosto de 2001, pág. 679 y sigs.

³⁰ DOBARRO, Viviana Mariel, "Daños en el contrato de trabajo. La violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Un flagelo que ocasiona daños múltiples y de diversa índole. El nuevo régimen legal argentino", en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo Perrot, Nro. 4, febrero de 2010, pág. 308 a 323.

³¹ DOBARRO, Viviana Mariel, La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. La libertad de contratación y sus límites (nota a fallo), Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 227, julio de 2004, pág. 633 y sigs. Causa “R., L. F. c/ Trenes de Buenos Aires S.A.”, Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sentencia del 30/9/03.

contratación una vez que se tuvo conocimiento de que padecía VIH, armonizándose de tal forma el derecho de la empresa a seleccionar libremente a quien va a contratar, con el del postulante de no verse privado del acceso a un puesto de trabajo por motivos discriminatorios, no vinculados con la “aptitud”, “idoneidad” o “perfil” requeridos, sino en razón de integrar determinada categoría, en el caso, estar afectado por el virus del sida.

En la misma línea de análisis y tendencia jurisprudencial, e imbuido por idéntico espíritu, podemos citar un fallo³² en el que se resolvió que al haberse acreditado la conducta discriminatoria de la empresa que durante años prefirió la contratación de empleados de sexo masculino, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta –en el caso por una fundación- y condenar a la demandada a que en el futuro contrate sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. Que al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo –en el caso una heladería- se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. La no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral, entendiéndose por “antes” el proceso de selección hasta el momento de la contratación definitiva. La prohibición de discriminar –en el caso al ingreso- constituye un límite a la libertad de contratar que garantiza la Constitución Nacional, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer –en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

En un caso³³ en que se prescindió de los servicios del demandante –un profesional con una especialización y trayectoria reconocida- por razones vinculadas con su identificación política con las autoridades del gobierno anterior, se consideró que se había incurrido en un acto discriminatorio vedado por el art. 1 de la ley 23.592. Se sostuvo que la evidente connotación política que posee -en este caso- la separación del empleo, afecta inclusive, derechos de raigambre constitucional como el derecho a ser admitido (lo que conlleva, obviamente, el de mantenerse) en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad, como así también el de la igualdad ante la ley, consagrados ambos por el art. 16 de la Constitución Nacional.

En otra causa³⁴, del análisis de los elementos probatorios se pudo concluir que el despido ha sido dispuesto como “consecuencia” de la actividad sindical que llevaba a cabo la actora y su vinculación afectiva con el delegado Leonardo Normiella (respecto del cual también hubo conducta persecutoria por parte de la empresa), supuesto idéntico al que se verificó con relación a otro delegado (Marcelo Sarco) y su esposa a quien también despidieron como mecanismo para presionarlos frente a su labor sindical. Se sostuvo que la normativa que protege frente a las conductas discriminatorias, y en particular la ley 23.592, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito del que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo “subjetivas” (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas o sindicales, entre otras). Además, el artículo 1 del Convenio Nro. 98, en su apartado 1, establece que “... los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo...” y en el apartado 2 inciso b) se prevé que “...dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto ... despedir a un

³² C.N.Civ., Sala H, sent. del 16/12/02, en los autos caratulados “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A.” (D.T. 2003, A, 363 y sigs.).

³³ C.N.A.T., Sala X, “Stafforini, Marcelo Raúl c/ Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES s/ Acción de Amparo”, sent. del 29/6/01.

³⁴ “Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ juicio sumarísimo”, Sala VI, C.N.A.T., del 10/3/02 –pronunciamiento firme por cuanto la C.S.J.N. desestimó el recurso de queja interpuesto-.

trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo ...”.

Se remarcó que carecía de relevancia la postura de la empresa vinculada con que Balaguer no tenía estabilidad sindical y que el art. 47 de la ley 23.551 no posibilitaría la reinstalación, pues la normativa ya citada que protege frente a conductas discriminatorias es más amplia que la tutela que confiere la ley 23.551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o actividad sindical.

Se señaló que el despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23.592 y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 C.N.), tiene como rango distintivo que la discriminación debe "cesar" y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia.

En este sentido, el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C.C.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 C.C.); de lo que se deriva la nulidad del acto que, además, está ordenada por la ley 23.592, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados.

Se entendió que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23.592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y que, ante todo, tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales.

Otra causa recientemente resuelta³⁵ en la que se solicitaba la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos desde el momento del despido, quien sostenía que durante el tiempo que duró la relación fue una activista permanente en que luchaba por los derechos propios y ajenos, sin gozar de "inmunidad gremial ni estabilidad laboral" y que se había enfrentado con la empresa a fin de abortar una modificación de horario que perjudicaría a los dependientes, lo que generó una constante y permanente persecución de la empresa hacia su persona (conducta normal y habitual en su empleadora); todo lo cual habría culminado con el despido sin causa dispuesto a su respecto. Frente a ello el Tribunal, en su voto mayoritario, sostuvo que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de los particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la O.I.T., Estudio General de 1988 sobre igualdad en el empleo y la ocupación).

Agregó el Dr. Zas que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes y las recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos. En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede

³⁵ "Parra Vera Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo", C.N.A.T., Sala V, sent. del 14/6/06.

articulado de la siguiente manera. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el actor empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de áquel. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentarios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Se explicó en el fallo que estamos analizando que, el hecho de que la actora haya sido una permanente luchadora y activista por los derechos propios y de los demás trabajadores, se haya enfrentado permanentemente a la patronal y que -pese a las circunstancias- la demandada hubiera mantenido el vínculo laboral por más de 20 años, no basta para descartar en el caso el panorama indiciario de discriminación antisindical del despido. En efecto, una decisión empresarial dirigida a sancionar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador puede adoptarse en respuesta a una determinada actuación de aquél, pese a no haberse tomado en el caso de otras actuaciones anteriores, o puede adoptarse en el momento en que la acción del trabajador alcanza una dimensión o intensidad determinadas, pese a no haberlo hecho en fases iniciales o anteriores del mismo proceso reivindicativo.

Sostiene el magistrado que la accionada no sólo ha vulnerado los derechos de la actora a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también ha transgredido el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrante del jus cogens, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquélla cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.

Concluye el sentenciante que en caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado. En esa línea se inscribe el art. 1 de la ley 23.592. El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente amparado por las normas de jerarquía constitucional y supralegal mencionadas y por el jus cogens, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo. De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador. Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros. El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito por lo que propició -y así se resolvió por mayoría- hacer lugar a la acción de amparo, declarando la nulidad del despido y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y cc. Código Civil y art. 1 ley 23.592).

En el caso de un trabajador afectado de enanismo, condición que existía al momento de su incorporación a Y.P.F., cuando ésta era una empresa del Estado, ahora bien, una vez transformada en sociedad anónima fue despedido. El Tribunal resolvió que son aplicables al caso las disposiciones de la ley 22.431 (Sistema de protección integral de personas discapacitadas), no obstante a ello que con posterioridad la empleadora fuera transformada en sociedad anónima, pues siendo la anterior continuadora de los derechos y obligaciones de la anterior el cambio no es oponible al dependiente. Si bien la ley 22.431 establece iguales derechos –y no mejores derechos- entre los trabajadores discapacitados y los trabajadores normales, hay una protección adicional a favor de los primeros, que resulta de la obligación de ocuparlos en la proporción legalmente establecida sobre la totalidad del personal dependiente. Por otra parte, como al momento del despido del actor, YPF no contaba con ningún discapacitado en su personal, la empresa no podía despedir sin justa causa al actor, seguía obligada a ocuparlo. En consecuencia, condenó a la empresa a reinstalar al trabajador en el puesto del que, en violación a la protección especial consagrada a favor de los discapacitados, fue privado³⁶.

En otra causa se discutió la situación de una trabajadora que fue contratada y luego despedida por padecer diabetes³⁷, allí se sostuvo que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el “onus probandi” pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación que para el segundo acreditar la justa causa. Sin perjuicio de la referida presunción, que obligaría al demandado a probar que no incurrió en discriminación para liberarse de su responsabilidad, se sostiene que en la causa la prueba es explícita y emana del propio involucrado. Travel Club S.A le envió una carta documento a la actora de cuyo análisis se desprende que la única causal que impedía la contratación era el padecimiento de la diabetes. Se resuelve la cuestión aplicando el art. 1 de la ley 23.592 y también el art. 2 de la ley 23.753 que prevé que “la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado.

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a esta temática cabe destacar la especial transcendencia que en esta materia adquiere el fallo de la C.S.J.N. dictado el 20 de mayo de 2014, en los autos “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Tadelva S.R.L. y otros s/amparo”.

En dicha causa, Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación entre Mujeres (FEM) presentaron acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta.

Las actoras interpusieron dos pretensiones. Una de carácter individual en la que alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la Sra. Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. Y otra de carácter colectivo fundada en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA. En definitiva, solicitaron el cese de la discriminación por razón de género, la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA.

³⁶ Causa “Caraballo, Luis E. c/ Y.P.F.”, Cámara Federal de La Plata, Sala 2da., sent. del 18/11/99.

³⁷ C.N.Civ., Sala H, “Sendoya, Josefina O. c/ Travel Club S.A.”, sent. del 4 de septiembre de 2000.

Tras pasar por diferentes instancias judiciales, la causa finalmente llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que en lo que aquí nos interesa sostuvo “Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional ...Que, por lo demás esta Corte ha señalado ...nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de protección constitucional adecuada...”.

Con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, se señala que “...en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros...”.

Remarca la Corte que la cuestión debatida en autos consiste en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la Ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos.

Finalmente, tras analizar las aristas probatorias de la cuestión y reafirmar la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias a supuestos como el que se analiza -aspecto que detallaremos en el apartado XV de la presente-, concluye el Alto Tribunal que “...de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el aquí planteado y, en consecuencia corresponde su revocación...”.

En concreto con relación a las cuestiones de género en el ámbito laboral, sea en el ingreso al puesto de trabajo, durante su vigencia o a la ruptura, como ya hemos señalado en otras oportunidades³⁸, si queremos lograr avances en esta materia es necesario incorporar una perspectiva de género en el análisis de los conflictos que se presentan. Es decir, un análisis que involucre el modo en que nuestras sociedades determinan, a través de patrones socioculturales, una asignación estereotipada y dicotómica de roles para hombres y mujeres, que constituye una fuente inagotable de desigualdades y discriminaciones en contra de la mujer. Sobre la base de algunas diferencias biológicas, se ha construido a lo largo de la historia una situación de sometimiento respecto de las mujeres que si no avala, en muchos casos ha sido al menos disimulada³⁹. Nos parece que este fallo es un avance en la superación de esas viejas prácticas discriminatorias y claramente violatorias de los derechos de las mujeres y de la libre elección de su proyecto de vida.

En otro supuesto relativo a un despido discriminatorio, el Alto Tribunal ha dicho⁴⁰ que “...el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha

³⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, “La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, Nro. 289, setiembre de 2009, págs. 955 a 981; DOBARRO, Viviana Mariel, “Daños en el contrato de trabajo. La violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Un flagelo que ocasiona daños múltiples y de diversa índole. El nuevo régimen legal argentino”, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 4, febrero de 2010, pág. 308 a 323 y DOBARRO, Viviana Mariel, “Reflexiones sobre cuestiones de género en el ámbito laboral. Estado actual, avances, temas pendientes y desafíos (Primera Parte)”, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, mayo de 2012, Nro. 321, pág 475.

³⁹ DEL MAZO, Carlos Gabriel, “Género, discriminación y daño al proyecto de vida”, en Revista La Ley de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, número 7, agosto 2014, pág. 158.

⁴⁰ C.S.J.N., “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo”, 7/12/10.

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 ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no de un determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualquiera 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, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. ... 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 permiten que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. ...la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos ...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 sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado ...sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis C.N. llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. ...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 el 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...".

Y, finalmente, en lo relativo a las aristas probatorias de los planteos relativos a prácticas discriminatorias, sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la causa "Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo", 15/11/11, que "...el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. ... En ese contexto corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos ...que se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto. ...ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad

en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuantos éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional...”. Concluyó el alto tribunal que “...resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, conformidad con las reglas de la sana crítica...”.

En definitiva, la lucha contra la discriminación ha sido una de las batallas más importantes que se libraron durante el siglo XX y que, sin duda alguna, continuará en esta nueva centuria, pues resta mucho por hacer.

No pueden obviarse los importantes avances que se han logrado en determinados ámbitos, así como los que se produjeron en el plano teórico (por ejemplo lo reseñado respecto del paso de la noción de igualdad formal a la de igualdad de oportunidades), con su consiguiente recepción normativa tanto en las legislaciones nacionales como en la internacional; sin perjuicio de lo cual, son muchos los obstáculos y dificultades que todavía quedan por remover, por ejemplo, en relación con la situación de la mujer en el mundo laboral, así como en el acceso a determinados cargos o en el ejercicio de ciertas actividades como la sindical.

El plexo normativo es más que completo, hay disposiciones de diferente rango que rigen en la materia, tanto de carácter general como para aspectos o grupos específicos. Asimismo, poco a poco, los jueces van abordando esta problemática a través de sus decisiones; así han incorporado la acción de amparo como una vía idónea para reclamar (aún antes de su consagración constitucional), han receptado nuevos institutos procesales que pueden facilitar la acreditación del trato discriminatorio (por ejemplo, la teoría de las cargas probatorias dinámicas y los procesos urgentes: medida autosatisfactiva y tutela anticipada) y van ampliando e –incluso– innovando en los alcances de sus sentencias y el cumplimiento efectivo de ellas.

Pero, no se puede omitir que los progresos son muy lentos y no siempre resultan notorios. No tenemos dudas que ello se debe, en gran medida, al importante componente cultural que tiene la problemática discriminatoria y a sus estrechas vinculaciones con los estereotipos y prejuicios sociales, los que sólo podrán modificarse a largo plazo. Y, en este aspecto, a la educación y la difusión de estas cuestiones les cabe un rol crucial; ambas deben apuntar fundamentalmente a la revalorización de la persona humana, a su dignificación y al cuestionamiento social de cualquier forma de trato discriminatorio, aberrante por violatorio de los derechos fundamentales del ser humano.

Por último, debemos remarcar que a fin de paliar el segregacionismo y la exclusión social y tutelar a las minorías, a los más desprotegidos y a los que se encuentran en inferioridad de condiciones, se ha estructurado el ámbito de los derechos humanos, del derecho constitucional y del derecho del trabajo, objeto que no puede resignarse so peligro de perder la especial naturaleza tuitiva de estas materias. Porque como son los más débiles, los excluidos y los marginados quienes se ven impedidos de hacer oír su voz y de exigir –por sí mismos– el reconocimiento de sus derechos fundamentales, es que resultan necesarias las medidas correctivas que posibiliten una sociedad cada día más democrática, es decir, con espacio suficiente para cada uno de los grupos sociales, sin distinciones arbitrarias y en igualdad de oportunidades; lo que a la larga nos conducirá a la plena vigencia de un Estado Social de Derecho, de conformidad con lo postulado por el art. 75 incs. 19, 22, y 23 C.N.

g) la facilitación de la prueba en el proceso laboral: Esta regla de aplicación del principio protectorio tiene en miras las dificultades que debe afrontar el trabajador al momento de acceder a la justicia a los fines de hacer valer sus derechos y, fundamentalmente, facilitarle sus posibilidades probatorias. Ya que la desigualdad que se verifica entre empleador y el trabajador al momento de negociar el contrato de trabajo y durante su vigencia, también esta presente cuando se trata de hacer valer judicialmente sus derechos y probar las diferentes

circunstancias de la relación laboral. La realidad da muestras de innumerables dificultades, entre las que podemos mencionar que la mayor parte de quienes podrían declarar como testigos mantienen su vínculo laboral con el empleador y, por ende, es poco probable que quieran presentarse en el juicio de un ex compañero para dar un relato de los hechos que probablemente comprometa su permanencia en la empresa; asimismo, difícilmente pueda acceder a los libros y registraciones contables de la empresa y aún cuando lo logre es frecuente que no reflejen la realidad de la relación de que se trata ya que quien los lleva y efectúa las anotaciones es el titular de la empresa y, en consecuencia, consigna unilateralmente aquello que le resulta conveniente.

A fin de corregir la mencionada disparidad es que la L.C.T. prevé una serie de presunciones, algunas, las absolutas lo relevan de prueba al respecto y tampoco admiten prueba en contrario; mientras que otras, las relativas, lo relevan de probar ciertos extremos pero la conclusión que de ellas se deriva puede ser desvirtuada por el empleador.

Dentro de las presunciones absolutas podemos citar los arts. 28⁴¹, 186⁴² y 195⁴³ L.C.T.

En tanto que las presunciones relativas son las previstas por los arts. 23⁴⁴, 32⁴⁵, 55⁴⁶, 57⁴⁷, 90⁴⁸, 115⁴⁹ y 178⁵⁰ L.C.T., entre otras.

V. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

- Principio Pro Hómine
- Principio de Progresividad
- Principio de Justicia Social

⁴¹ Art. 28 L.C.T.: “Si el trabajador estuviese autorizado a servirse de auxiliares, éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquél...”

⁴² Art. 186 L.C.T.: “Si la mujer no se reincorporara a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el art. 177 y no comunicara a su empleador dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida por el art. 183 inc. b), párrafo final...”

⁴³ Art. 195 L.C.T.: “... en caso de accidente de trabajo o enfermedad de un menor, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas a su respecto, o efectuadas en condiciones que signifique infracción a sus requisitos, se considerará por ese sólo hecho al accidente o enfermedad como resultante de culpa del empleador, sin admitirse prueba en contrario...”

⁴⁴ Art. 23 L.C.T.: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario...”

⁴⁵ Art. 32 L.C.T.: “...Los mayores de 14 años y menores de 18 que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad. Los menores a que se refiere el párrafo anterior que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo”.

⁴⁶ Art. 55 L.C.T.: “La falta de exhibición a requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los arts. 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones el trabajador o de sus causahabientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos”.

⁴⁷ Art. 57 L.C.T.: “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles”.

⁴⁸ Art. 90 L.C.T.: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias: a) que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración; b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen...”

⁴⁹ Art. 115 L.C.T.: “El trabajo no se presume gratuito”.

⁵⁰ Art. 178 L.C.T.: “Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de 7 y medio mesese anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, como en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley”.

Al respecto, encontramos los arts. Art. 2.1 PIDESC y art. 26 Convención Americana de Derechos Humanos.

Los Estados partes se comprometen a "... lograr progresivamente ... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"

Fuerte presunción de que las reformas legislativas "regresivas" en materia de derecho al trabajo no son "admisibles" (OG Nro. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

La orientación del PIDESC no es otra que la "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11.1 PIDESC)

El art. 39 C.P.B.A. recoge al principio de progresividad como un principio general del Derecho del Trabajo.

VI. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La dignidad humana es propuesta por alguna doctrina como un "derecho personal"; por otro sector como un "principio"; y no faltan quienes la consideran la "fuente" de la cual derivan todos los derechos personales⁵¹.

Con relación a la dignidad humana se sostuvo⁵² que "es inherente a la persona humana, es decir que pertenece a su esencia y no existe persona alguna que carezca de dignidad. Es el único valor absoluto y es el centro de creación de los derechos humanos, y al respecto resulta sabido que la concepción que se adopte en materia de derechos humanos dependerá, en cierto modo, de la posición filosófica de quien la tome...".

La dignidad no se encuentra mencionada, ni como derecho ni como principio en el texto histórico de nuestra constitución, pero nadie duda que está incluida dentro de las previsiones del art. 33 C.N. No obstante ello, y con específica referencia al ámbito laboral, cabe remarcar que el art. 14 bis C.N. alude a las "condiciones dignas y equitativas de labor".

En tanto que todo el derecho internacional de los derechos humanos se estructura en torno a la tutela y pleno respeto de la dignidad humana⁵³ y de allí se

⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I-B, Nueva Edición ampliada y actualizada al 1999-2000, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pág. 284.

⁵² FERREIROS, Estela M., "La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana", Editorial Lexis Nexis, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Nro. 2, enero de 2007, pág. 104.

⁵³ Ejemplo de ello es el documento elaborado en la *IX Conferencia Internacional Americana* (Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948), por la que se acordó adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que se sostuvo que "los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad. Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...". Asimismo en la mencionada *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el Preámbulo contempla que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad". En similar sentido, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su Preámbulo expresa que "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres...". Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su pertinente Preámbulo, establece que "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...". A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Preámbulo, prevé que "Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...". Finalmente, y sólo haciendo una enumeración ejemplificativa, recordamos que la *Convención contra la eliminación de todas las formas de*

deriva el postulado "... todos las personas somos iguales en dignidad y derechos ...".

Se ha dicho que "... todo hombre, todos los hombres, tienen naturaleza, 'su' naturaleza, la naturaleza humana común que a todos los hace ser personas. Y personas con dignidad que, por inherencia a esa misma naturaleza, a su fin, a su innata predisposición y necesidad de convivir y de organizar políticamente ese ayuntamiento comunitario, están investidas de derechos fundamentales –los famosos derechos humanos de hoy-. Es el deber ser ideal del valor, con toda su objetividad trascendente, el que exige que en el mundo jurídico-político tales derechos le sean reconocidos a la persona humana, porque le son debidos de acuerdo a su naturaleza..."⁵⁴.

Debemos destacar que en el ámbito del derecho internacional -y especialmente desde los organismos internacionales- se ha sostenido, ya a partir de sus primeros instrumentos, una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y aseguramiento del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales del hombre, por todos y sin distinción alguna.

Dicha política se ha ido construyendo y desarrollando como respuesta, o al influjo, de distintos fenómenos políticos y sociales (guerras mundiales, gobiernos totalitarios o autoritarios, nazismo, apartheid, etc.). Al punto que hoy resulta indiscutible la íntima conexión existente entre la no discriminación, la igualdad de trato y los derechos inalienables de la persona humana, con fundamento en su dignidad y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos; lo que se ha plasmado en el texto de numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales⁵⁵.

De allí que al hablar de "derechos humanos" se aluda a los propios de cualquier ser humano, por el sólo hecho de ser tal y en cualquier sociedad de que se trate, de lo que se desprende la universalidad de la noción y su titularidad acotada a la persona física, sin distinción alguna.

Señala Gialdino⁵⁶ que "...La grandeza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá de las limitaciones de algunos de sus instrumentos, radica en haber puesto como eje de todo sistema de derechos, libertades y garantías a la dignidad del hombre, o, si se quiere, al hombre según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia. La dignidad, por ende, no es predicable del modo en que lo es el merecimiento por una obra o conducta particular, como si fuera algo que deba ser alcanzado o justificado por una persona. No es un obsequio o recompensa. Para ser digno, le basta al hombre con su sola hominidad. No es el homo faber, el homo economicus u otra especie inhallable lo que ha ocupado la plaza central del sistema jurídico, sino el hombre pleno, en toda su extensión y hondura".

Finalmente, debemos mencionar que en los orígenes de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra presente la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona que trabaja; meta que se fue plasmando -con diferentes

discriminación contra la mujer estipula que "Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo, ... Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana..."

⁵⁴ BIDART CAMPOS, Germán J, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Bs. As., 1994, pág. 25.

⁵⁵ Al respecto se puede consultar el relato que efectúa PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 1997, págs. 1a 31. También a TRAVIESO, Juan Antonio, en *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Editorial Universitaria de Bs. As., Eudeba, Bs. As. 1996, págs. 13 a 22. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., en *Los Derechos Humanos y las Garantías*, Ed. Zavalía S.A., Bs. As., 1988, en las págs. 21 a 28 hace una pormenorizada descripción de la evolución histórica que se ha experimentado en materia de derechos humanos. En tanto que con especial referencia a la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito laboral, puede consultarse a VON POTOBSKY, Geraldo W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., en la obra *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, págs. 3 a 9.

⁵⁶ GIALDINO, Rolando E., "Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos", en Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 182, octubre de 2000, pág. 857.

alcances- en los más importantes documentos fundantes⁵⁷ y en la restante normativa de la organización y que sigue plenamente vigente hasta nuestros días.

VII. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

1) Definición y clasificación de las fuentes:

La temática de las “fuentes” de una materia, en el caso, el derecho del trabajo, se vincula con dos sentidos diferentes. Uno, fuente en sentido material, alude al hecho social que pone en evidencia intereses sectoriales y provoca la actividad normativa (estatal, o a través del acuerdo de voluntades, ya sea de los grupos organizados o de los sujetos individuales) y arroja como resultado la norma concreta que lo recepta. Otro, fuente en sentido formal, se refiere a cada una de las normas (constitucionales, internacionales, legales o convencionales, individuales o colectivas) que regulan las relaciones o contratos de trabajo.

En tal sentido, corresponde señalar que el art. 1 de la L.C.T.⁵⁸ contiene una enumeración o enunciación de las principales fuentes formales que rigen nuestra materia y se debe remarcar que sólo menciona a las peculiares o características del derecho laboral y no se refiere a otras de tal importancia como la Constitución Nacional, o los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, o los convenios de la O.I.T., las que por su relevancia y naturaleza nadie duda que también regulan el contrato y la relación de trabajo, es decir constituyen fuente de derechos laborales.

Sentado ello, cabe señalar que nos vamos a abocar al estudio de las “fuentes formales” y, entre ellas, analizaremos con mayor detalle aquellas que -en nuestra opinión- revisten mayor importancia.

a) La Constitución Nacional como fuente del derecho del trabajo:

Resulta innegable el carácter de fuente en sentido formal de la Constitución Nacional, como norma fundamental que organiza el funcionamiento del Estado y sus habitantes.

En tal sentido, cabe recordar que, en lo que aquí nos interesa, los derechos sociales se incorporan en nuestro texto constitucional con la reforma de 1957, a través del art. 14 Bis, ya que en el texto originario (1853/60) sólo se aludía al derecho a trabajar y a ejercer industria lícita (art. 14 C.N.).

El texto histórico de la Constitución Nacional, como ya hemos expresado, responde claramente al modelo constitucional vigente en la época; es decir, al constitucionalismo clásico o liberal.

En el año 1957, con la incorporación al texto constitucional del art. 14 Bis, nos enrolamos –al menos en lo relativo al derecho del trabajo- en un modelo diferente, al que se ha dado en llamar “constitucionalismo social”.

⁵⁷ Así, el texto de la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo* (1919) resalta la importancia de la Justicia Social para el mantenimiento de la paz universal, para ello adquiere trascendencia: a) Mejorar condiciones de trabajo; b) Limitación de las horas de trabajo (jornada diaria y semanal); c) Contratación de mano de obra y lucha contra el desempleo; d) Garantía de un salario vital adecuado; e) Protección del trabajador contra las enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes de trabajo; f) Protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres; g) Pensiones de vejez y de invalidez; h) Protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero; i) Reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor; j) Reconocimiento del principio de libertad sindical; k) Organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; l) Importancia de un trabajo realmente humano a nivel mundial. Por su parte, la *Declaración de Filadelfia* de 1944, reafirmó los principios fundamentales sobre los que se basa la Organización: El trabajo no es una mercancía; La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; La lucha contra la necesidad debe ser incesante en cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el que los representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos participen en un pie de igualdad, mediante discusiones libres y democráticas, a fin de promover el bienestar común. Finalmente, la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales* (junio de 1998), estipula el compromiso de los Estados de respetar, promover y hacer realidad, independientemente de la ratificación de los Convenios pertinentes, los siguientes principios: La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; La libertad sindical; La eliminación del trabajo forzoso; La eliminación del trabajo infantil

⁵⁸ Art. 1 L.C.T.: “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; d) Por la voluntad de las partes; e) Por los usos y costumbres”.

El art. 14 bis C.N. contiene tres párrafos. El primero de ellos, recoge el principio protectorio –postulado fundante de nuestra materia- y enumera los derechos fundamentales reconocidos a favor de los trabajadores, los derechos constitucionales de corte individual exigibles en el ámbito laboral, a saber:

a) condiciones dignas y equitativas de labor, el Derecho del Trabajo nace con una marca influencia -entre otros fenómenos- por la Doctrina Social de la Iglesia, en tal sentido significa una revalorización de la "dignidad" del hombre que trabaja, ya no se lo considera como mercancía o un engranaje más del proceso productivo. El art. 4 L.C.T. responde a esa pauta en cuanto a que el contrato de trabajo "tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico". Diversos arts. de la L.C.T. se refieren a la tutela y no afectación de la dignidad del trabajador, por ejemplo en el ejercicio de los poderes empresariales, arts. 64, 65, etc.

b) jornada limitada de labor: La ley de jornada, en nuestro país y en el mundo entero es de las primeras normas laborales que se han dictado (ley 11.544, año 1929) sigue vigente con algunos retoques, además sigue las pautas vertidas por la OIT en el primero de los Convenios (el Nro. 1, firmado en Washington en el año 1919). No podemos obviar que en el origen de nuestra materia, y entre las primeras reivindicaciones perseguidas por la clase trabajadora en los albores del siglo XX, se encuentra la limitación de la jornada. Al punto que el reconocimiento internacional del día del trabajador se instituye en homenaje a la lucha por la jornada limitada.

c) descanso y vacaciones pagos: Se apunta a la remuneración por anticipado del descanso, especialmente el anual (denominado vacaciones) con la indiscutible finalidad de tutelar la integridad psicofísica del dependiente. Es decir, el descanso retribuido y como un derecho fundamental basado en razones de higiene y salubridad. Se encuentra reglamentado en la LCT, en el capítulo sobre vacaciones y en la mayor parte de los C.C.T.

d) retribución justa: el fallo Vizzoti además de referirse a la indemnización por despido, vincula la cuestión con la noción de retribución justa-indemnización justa. Según la L.C.T. los jueces tienen facultad para estimar el salario cuando no hay prueba sobre su monto o cuando el fijado por las partes no resulta "justo", ver arts. 56 y 114 L.C.T.

e) salario mínimo vital y móvil: se fija a través de un procedimiento tripartito, representación de los actores sociales, a través del accionar del Consejo del Salario Mín. Vital y Móvil, Empleo y Productividad (integrado por representantes de la CGT, empresarios y Ministerio de Trabajo)

f) igual remuneración por igual tarea: única mención a la igualdad entre particulares (trabajador-empleador) efectuada en la Constitución Nacional, tanto en su texto histórico como en la reforma de 1957. Responde a la tendencia marcada por la OIT en la materia, a través del Convenio Nro. 100 (Convenio sobre la igualdad en materia remuneratoria entre hombres y mujeres). Del análisis del debate en la Asamblea Constituyente se desprende que a lo que se referían era al problema de la desigualdad de trato en materia remuneratoria entre hombres y mujeres, pero en el texto quedó plasmado en términos generales.

g) participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y dirección: es la cláusula a la que históricamente se ha calificado como "programática", pues exige una reglamentación. Al decir de Fernández Madrid puede ser calificada como una cláusula de "operatividad débil", pero nunca como programática. Sólo ha sido instrumentada con respecto a algunos trabajadores de empresas públicas que se privatizaron y como consecuencia del programa de privatización, por ejemplo YPF, SEGBA. En algunos países de Europa, ejemplo Alemania, forma parte de la realidad de las empresas privadas más importantes, ya que su sistema de relaciones laborales es más democrático, hay más participación de los trabajadores en la organización de la empresa, en la toma de decisiones y, por consiguiente, también en las ganancias.

h) estabilidad del empleado público: apunta a garantizar la permanencia del empleado público en su puesto, aún frente a los cambios de conducción política, se trata de preservar a los empleados públicos de "carrera" frente a los vaivenes políticos y a que la "idoneidad" como único requisito para acceder al puesto adquiere plena operatividad. La cuestión fue analizada por la CSJN en el fallo

Madorrán. En el caso mencionado se trataba de un empleado público de la Aduana Nacional. A los dependientes de ese ámbito estatal se los autorizó a negociar convenio colectivo, el convenio estipuló la posibilidad de despido sin causa con el pago de una indemnización. Tiempo después Madorrán planteó en sede judicial la inconstitucionalidad de esa disposición del C.C.T., la Sala VI dijo que era inconstitucional porque el C.C.T. iba en contra de la "estabilidad del empleado público" y además el CCT debe ser más favorable para el trabajador que las normas estatales (arts. 7 y 8 L.C.T. y 7 y 8 ley 14.250) y, en este caso, era menos favorable que la cláusula constitucional. La Corte confirmó el criterio de la Sala que revaloriza la estabilidad constitucionalmente tutelada como un derecho fundamental que se desprende de la C.N. pero también de la normativa internacional con jerarquía constitucional.

i) protección contra el despido arbitrario: El sistema de protección está previsto por la L.C.T., según algunos autores nuestro sistema es de libre despido con pago de indemnización, de conformidad con lo previsto por el art. 245 L.C.T. Ahora bien, ese art. establece un tope indemnizatorio que perjudica a los trabajadores de más altos ingresos al momento de calcularse su indemnización por despido, ya que no se les aplicará su mejor remuneración mensual normal y habitual (como dice la primera parte del art.) sino el tope de convenio (calculado de acuerdo al promedio salarial del convenio colectivo) y luego eso se multiplica por la antigüedad. En el caso Vizzoti, el actor era director médico de Amsa, ganaba cerca de \$ 11.000 al mes y tenía más de 20 años de antigüedad, cuando lo despiden le pagan el 245 de acuerdo al salario de convenio (aprox. \$ 1.040), de lo que se desprende la notoria y evidente distorsión. La CSJN dijo que había afectación del principio de protección contra el despido arbitrario toda vez que la aplicación del tope al caso significa que la indemnización sea irrisoria y por tanto no constituya una verdadera protección frente al despido.

j) organización sindical libre y democrática: Esta cláusula opera como una bisagra entre el derecho individual del trabajo (desde la perspectiva de la C.N.) y el derecho colectivo. La última frase del 1er. párrafo de la C.N. (derechos individuales del trabajo) se refiere al ejercicio de los derechos sindicales. Consagra los principios de libertad y democracia sindical. Tanto el aspecto individual como colectivo de la libertad sindical fueron receptados por la ley 23.551. Esta ley además intenta compatibilizar la libertad sindical con la concentración del poder sindical y, a tal fin, instrumenta el sistema de personería gremial, de los múltiples sindicatos que se pueden constituir como consecuencia de la libertad sindical, sólo uno por cada ámbito tendrá personería gremial (la otorga el Ministerio de Trabajo). La personería significa el ejercicio de derechos exclusivos, tal el caso de negociar convenios colectivos de trabajo. El principio responde a las pautas sentadas por la OIT en los convenios Nro. 87 y 98 (sobre libertad sindical).

Por su parte, el 2do. Párrafo de la C.N. contiene los derechos fundamentales de corte colectivo. Así, el 2do. párr. garantiza a los gremios:

a) concertar convenios colectivos: La posibilidad de negociar colectivamente para dictar las normas específicas que establezcan condiciones de trabajo para determinado sector, está también fomentada por la OIT en los convenios 98 y 154. Esta posibilidad de que las partes colectivas a través de la negociación estipulen condiciones de trabajo, las que luego de la aprobación por parte del Ministerio de Trabajo (por la homologación), van a adquirir iguales efectos que la "ley", es decir, se convierten en ley en sentido material para todos los representados por los firmantes, se encuentra reglamentada por ley 14.250.

b) recurrir a la huelga: La huelga es una medida de acción directa; una forma de presionar a fin de lograr una reivindicación determinada para la clase trabajadora. Se trata de un derecho que se ejerce colectivamente, para que haya huelga tiene que tratarse de una medida convocada por un colectivo. No hay más reglamentación que la que indirectamente establece la ley 14.786 (conciliación obligatoria y arbitraje voluntario de los conflictos colectivos), en cuanto sostiene que previo a adoptar alguna medida de acción directa las partes en conflicto deben anotar al Ministerio y si a éste le interesa intervenir en el conflicto puede imponer la conciliación. Durante el plazo en que rige la conciliación obligatoria (20 días máx.), las partes no pueden adoptar medidas de acción directa y si tienen alguna en curso deben dejarla sin efecto, previa decisión de la autoridad

administrativa al respecto. Por otra parte el art. 24 de la ley 25.877 se refiere a los límites del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales (sanitarios, hospitalarios, distribución de agua y energía eléctrica, entre otros), deben garantizarse guardias mínimas, la cuestión está reglamentada por la vía del dec. 272/06.

c) Recurrir a la conciliación y al arbitraje: procedimiento de la ley 14.786, que se lleva a cabo por decisión y con intervención del Ministerio de Trabajo, ver punto anterior.

Por su parte, el tercer párrafo del 14 Bis se refiere a los derechos fundamentales en el ámbito de la seguridad social. La seguridad social constituye la respuesta que el Estado da a las contingencias sociales que pueden afectar a los habitantes y a su grupo familiar a lo largo de la vida, tanto las biológicas, las vinculadas con su estado de salud y/o las económicas-sociales. Expresamente se alude a que garantizar el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social constituye una obligación ineludible del Estado: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social". Se reconocen los caracteres distintivos de la seguridad social, ya que sus beneficios tendrán carácter "integral e irrenunciable". Se identifican como derechos fundamentales a garantizar: el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. Los mencionados derechos han sido reglamentados por las leyes 24.241, 23.660, 23.661, 24.013 (capítulo que regula el seguro de desempleo), 24.557, 14.394, 24.714, sus modificaciones y reglamentaciones.

A esta altura, resulta importante recordar que los derechos mencionados anteriormente se han visto ampliados notablemente por los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional y que en algunos temas son más avanzados y detallados que nuestro propio art. 14 bis.

Como hemos sostenido en otra oportunidad⁵⁹, la reforma constitucional de 1994 receptó importantes elementos propios del "constitucionalismo social", lo que se ha plasmado entre otras formas en:

- A la parte primera de la constitución originaria que tenía un capítulo único, se le ha incorporado un nuevo capítulo titulado Nuevos Derechos y Garantías. De allí que aquél capítulo único ha pasado a denominarse capítulo primero, y el nuevo que se incorporó, capítulo segundo. En este capítulo –entre otras cuestiones- se reconocen derechos vinculados con la protección del medio ambiente, del patrimonio nacional y cultural y con los intereses de los consumidores; asimismo se consagraron formas "semidirectas de participación", tal el caso de la iniciativa popular legislativa y de la consulta popular.
- Las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la constitución se han visto ampliados en su contenido por el artículo 75 inc. 22 C.N., que le confirió jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y cualquier otro instrumento internacional que, en el futuro y a través de una mayoría especial, se le confiera esta jerarquía constitucional; vale decir se ha ampliado el ámbito de los derechos reconocidos por el texto constitucional pues ellos deben integrarse y complementarse con los contenidos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

⁵⁹ DOBARRO, Viviana Mariel, "La no discriminación y la igualdad de trato en el empleo", Ed. Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 135, noviembre de 1996, pág. 951 y sigs.

- Además, en el texto constitucional se consagraron garantías constitucionales como el hábeas corpus, el hábeas data y la acción de amparo, que pueden definirse como aquellos procedimientos que se le confieren a los individuos para alcanzar rápidamente el goce efectivo de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce y a fin de evitar o dejar sin efecto las violaciones de ellos, provenientes del Estado o de otros particulares.
- Por otra parte, se delineó un nuevo rol estatal, más activo en la construcción de lo que podríamos denominar "Estado Social de Derecho", lo que puede vislumbrarse en las pautas establecidas, por ejemplo, en los incisos 19 y 23 del ya citado art. 75 C.N.

b) Los tratados internacionales con jerarquía constitucional:

El mentado principio protectorio, postulado fundamental del Derecho del Trabajo y consagrado en el art. 14 Bis C.N., como ya hemos adelantado, fue reforzado a partir de la reforma constitucional de 1994, en razón del reconocimiento de jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales cuyo articulado amplía el contenido de los derechos laborales.

Que tales pactos y declaraciones internacionales posean -o alcancen en el futuro- jerarquía constitucional no quiere decir que formen parte de la Constitución Nacional, lo que encubriría un procedimiento de reforma distinto al previsto por el art. 30 C.N., sino que están fuera de aquélla pero incorporados a nuestro derecho interno (por expresa voluntad del poder constituyente) con el mismo rango que la Constitución Nacional y formando parte de lo que se ha dado en llamar "bloque federal de constitucionalidad"⁶⁰.

Así, podemos citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 14: "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia".

La Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 23: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Art. 6: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana"; Art. 7: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad

⁶⁰ BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994", Tomo VI, Ed. Ediar, 1995, pág. 555. SAGÜES, Néstor P., "Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994", Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 35.

para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”; Art. 8: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 22: “1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses...”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: Art. 5 “... los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: ... e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; iii) El derecho a la vivienda; iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; v) El derecho a la educación y la formación profesional; vi) El derecho a participar en condiciones de igualdad, en las actividades culturales...”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Art. 11: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o 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; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la

participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. 3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda”.

La Convención sobre los Derechos del Niño: Art. 32: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y rendiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

c) Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo:

- Orígenes de la O.I.T. y finalidad perseguida:

Al referirnos a los orígenes del derecho del trabajo hemos señalado -entre otros factores- el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo y, al respecto, queremos recordar que los trabajadores, durante los siglos XVIII y XIX, fueron agrupándose e incrementando el accionar de estas asociaciones, hasta lograr que algunas organizaciones de trabajadores actuaran a nivel internacional, lo que luego tuvo incidencia en el neto corte tripartista de la Organización Internacional del Trabajo.

Este proceso se vincula con que fueron los sindicalistas los pioneros, durante el siglo XIX, en la toma de conciencia sobre la necesidad de una acción internacional para lograr el progreso social y mejorar las condiciones de los trabajadores.

Con el advenimiento de la Primera Guerra Mundial, en 1914, los gobiernos en conflicto debieron reconocer la importancia de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los dependientes, así como dar respuestas adecuadas a la cuestión social existente.

Es por ello que en el capítulo XIII del Tratado de Paz de Versalles de 1919, los países que lo suscribieron acordaron la creación de la Organización Internacional del Trabajo y consagraron diversos derechos laborales y sindicales que fueron ratificados en posteriores Convenios Internacionales de la O.I.T., tales los Convenios Nro. 87 y 98 (con relación a la libertad sindical y al fomento de la negociación colectiva).

Vale decir que, a partir de la firma de la paz de Versalles en 1919, se creó la Organización Internacional del Trabajo, cuya labor tuvo por objeto poner límites y organizar mecanismos de contralor de la forma y condiciones en que se prestaban las tareas en relación de dependencia en la mayoría de las naciones y, por la vía de la igualación de los niveles mínimos de protección, combatir el “dumping económico”⁶¹.

⁶¹ Esto se pone de relieve en el propio texto constitucional de la O.I.T., en el que se señala que “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta

En definitiva, como ya hemos señalado, el derecho del trabajo nació cuando los Estados tomaron conciencia que era necesario dar alguna respuesta a la cuestión social imperante y establecer algunos mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación de los empleadores y los trabajadores, para ello se dictaron las normas laborales que a través de la imposición de derechos de mínima obliga a las partes contratantes a respetar ciertos contenidos y sólo pactar mejores derechos para los trabajadores; esta meta fue la perseguida desde sus orígenes por la Organización Internacional del Trabajo.

Dice Von Potobsky que la idea de un sistema normativo internacional en el campo laboral surge y se difunde con fuerza creciente durante el siglo pasado, como reacción humanitaria contra una industrialización despiadada en lo social, y como remedio a la competencia comercial desleal (basada en la evolución desigual de los costos de la mano de obra) a que se veía sometido un avance unilateral en el campo social. La evolución sincronizada de las legislaciones al compás de la norma internacional constituía un mecanismo que haría posible concretar el anhelo de la protección social.

El surgimiento del derecho del trabajo, a nivel nacional e internacional, implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajador (la fuerza de trabajo dejó de considerarse como una mera mercancía, es decir como un instrumento de cambio, para dar paso a la revalorización de la persona del trabajador y de su tarea como "actividad productiva y creadora", por ejemplo en los términos en que define la cuestión en el Preámbulo de la O.I.T.), como fruto de un largo proceso histórico que traduce -en definitiva- la lucha por la obtención de la justicia social.

- Órganos

La organización Internacional del Trabajo ha realizado una importante labor en el orden internacional por el mejoramiento de las condiciones de labor de los trabajadores dependientes.

Este organismo cuenta con tres órganos: a) la Conferencia Internacional del Trabajo que celebra reuniones anuales en las que están presentes representantes estatales, de los trabajadores y de los empleadores y es donde se elaboran los convenios y recomendaciones; b) el Consejo de Administración y c) la Oficina Internacional del Trabajo, que funciona como secretaría permanente de la organización.

Cabe señalar que el Consejo y la Oficina funcionan también como Centro Internacional de Documentación.

- Funciones:

Los métodos de acción de la O.I.T. pueden reunirse en tres grupos principales:

- * normativo
- * cooperación técnica
- * investigación y divulgación

Estas actividades tienen vínculos estrechos y se complementan.

La actividad normativa de la Organización ha sido el motivo de su creación y constituye no sólo su característica principal, sino su razón de ser permanente. Tiene por objeto señalar los lineamientos de la evolución social para los países y constituye el marco de referencia ineludible de la cooperación técnica que ofrece a estos.

Durante toda la época anterior a la segunda guerra mundial, las normas de la O.I.T tendieron a solucionar los problemas más acuciantes en el campo laboral, fijando bases mínimas a las legislaciones para evitar las injusticias sociales más notorias. Fueron normas de sostén para las leyes nacionales, que avanzaban inspirándose en las tendencias internacionales reflejadas por la O.I.T. El sistema

omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo...”.

normativo de la Organización promovía una progresión homogénea del derecho social, abriendo nuevos cauces sobre la base de los primeros avances que realizaban ciertas legislaciones mas adelantadas. El derecho internacional del trabajo constituía simultáneamente el apoyo y el eco de las legislaciones nacionales en el campo del derecho de trabajo clásico. El Preámbulo de la Constitución de 1919 se había referido sobre todo, a las condiciones de trabajo, tales como la jornada, el trabajo de las mujeres y los menores, el salario mínimo, las enfermedades y los accidentes, los migrantes, el desempleo, la libertad sindical, la igualdad de salario, las pensiones a la vejez y a la invalidez.

Con la adopción de la Declaración de Filadelfia en 1944, se registró una apertura que ya se venia anunciando, a favor de una temática mucho más amplia.

Las normas de la O.I.T. tendieron a cubrir no solo el derecho laboral tradicional, sino a abarcar cuestiones de primordial importancia en el campo de los derechos humanos, el empleo, las condiciones de vida, el desarrollo y el bienestar social. En cumplimiento del nuevo mandato recibido por la Organización se adoptaron normas sobre los diversos aspectos de la libertad sindical y los derechos sindicales, la abolición del trabajo forzoso, la igualdad de remuneración, la discriminación en el empleo, la terminación de la relación de trabajo, la política social, la administración y la inspección del trabajo, la seguridad e higiene en el trabajo, la seguridad social en sus diversas ramas, etc.

La denominación de normas internacionales del trabajo se refiere sobre todo a dos instrumentos principales elaborados y adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, es decir, los convenios y las recomendaciones. A ellos podrían sumarse otros instrumentos de jerarquía inferior, como las resoluciones adoptadas por la Conferencia, las conferencias regionales, las comisiones de industria, y los reglamentos-tipo de higiene y seguridad del trabajo. Solo los convenios y las recomendaciones crean obligaciones genéricas previstas en la Constitución, para los Estados miembros.

Finalmente la tarea normativa de la O.I.T. incluye también la red de procedimientos destinados a permitir el control de la aplicación de las obligaciones constitucionales relacionadas con los convenios y las recomendaciones, así como a promover el respeto de los principios y normas de la Organización.

Desde la creación de la O.I.T. hasta la Segunda Guerra Mundial, la labor normativa ha sido ampliamente preponderante frente a la cooperación técnica. Esta comenzó a expandirse de manera notable a partir de 1950, con la progresiva aparición de nuevos paises independientes en vaís de desarrollo y la conciencia que se había formado a nivel internacional de la necesidad de una colaboración de carácter técnico, organizacional y financiero para contribuir al desarrollo económico y social de los pueblos. La cooperación técnica es concedida a petición del país interesado, se realiza con su colaboración, debe integrarse en un programa de conjunto y tener un efecto multiplicador. El campo de acción se concentra en la formación profesional, el empleo y el desarrollo, incluidas las actividades sectoriales, las condiciones y el medio ambiente de trabajo, las relaciones profesionales, la legislación del trabajo, la administración del trabajo, la seguridad social, la educación obrera y la ayuda a las organizaciones de empleadores.

La principal fuente de recursos es el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y, en menor medida, el Fondo de las Naciones Unidas para Actividades en Materia de Población (FNUAMP). Siguen en importancia los programas multilaterales, por los cuales ciertos paises industrializados auspician los proyectos de la O.I.T., el presupuesto regular de la Organización, los acuerdos fiduciarios concertados con los paises beneficiarios y el Banco Mundial, y los bancos regionales para el desarrollo. Teniendo en cuenta la envergadura de los gastos, los proyectos se reparten en el siguiente orden: Africa, Asia, el Pacífico, las Américas, el Medio Oriente, y en menor escala, Europa.

Las investigaciones y estudios realizados por la O.I.T. están destinados en gran parte a servir de base para su labor normativa y de cooperación técnica, así como para difundir informaciones y conocimientos relativos a los problemas sociales y económicos que se presentan en un mundo en rápida evolución. La elaboración de normas internacionales del trabajo no sería posible sin los detallados estudios previos sobre la legislación y las practicas nacionales que se realizan a estos efectos. Por otra parte, las numerosas reuniones y las actividades

prácticas llevadas a cabo por la O.I.T. requieren la realización de investigaciones como soporte técnico; a su vez tienen como resultado la publicación de las experiencias efectuadas y del análisis de los problemas tratados. Entre las actividades que concentran el mayor número de estudios figuran el Programa Mundial del Empleo y el Programa Internacional para el Mejoramiento de las Condiciones y el Medio Ambiente de Trabajo (PIACT).

Los estudios, investigaciones y la recopilación de datos e informaciones llevan a una importante tarea de divulgación, a través de las publicaciones editadas por la O.I.T. Además de los informes de las diversas reuniones y de los estudios realizados, la O.I.T. publica la Revista Internacional del Trabajo, con artículos sobre cuestiones sociales y económicas de interés internacional; el Boletín Oficial, que informa sobre las actividades de la Organización y reproduce los textos adoptados en las conferencias y otras reuniones; la Serie Legislativa, con los textos legales más importantes de los diversos países en materia social; el Anuario y el Boletín de Estadísticas del Trabajo, con datos sobre empleo, desempleo, horas de trabajo, salarios, conflictos, etc.; la revista Actualidad Sociolaboral, con un resumen trimestral de las noticias sociales más importantes de los diversos países; así como otros boletines, guías, manuales y textos de tipo informativo y didáctico.

- El tripartismo:

La incomparable fuerza de la O.I.T. proviene del hecho de que el sistema tripartito permite a los representantes de los trabajadores y de los empleadores, en pie de igualdad con los de los gobiernos, participar en todos los debates y en las decisiones.

Esta intervención directa de los empleadores y los trabajadores lado a lado con los gobiernos, que constituye la esencia misma del tripartismo, caracteriza también cada etapa de las actividades normativas de la O.I.T., tanto a través de su presencia en la Conferencia Internacional como en el Consejo de Administración.

- Los principios fundamentales de la O.I.T. y los Convenios más relevantes:

En el texto constitucional de la O.I.T., se señala que “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo...”.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia, adopta en 1944 una Declaración sobre los fines y objetivos de la Organización y los principios que debieran inspirar la política de sus miembros.

Los principios fundamentales que se refieren y sobre los cuáles se considera basada la Organización son:

- a) el trabajo no es una mercancía;

b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;

c) la pobreza, en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad de todos;

d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

Asimismo, la afirmación más significativa que se formula y que mayores implicancias proyecta sobre el tema que estamos tratando, se refiere a que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica en igualdad de oportunidades, entre otros aspectos.

Ahora bien, no obstante los casi 80 años que transcurrieron desde la creación de la O.I.T. hasta el año 1998, sin perjuicio de la gran cantidad de Convenios y Recomendaciones emanados del organismo internacional y los diferentes pedidos de informes y dictámenes de los específicos comités, ante la contundente realidad laboral que se verificaba en diversos regímenes nacionales - incluso de aquellas naciones adheridas a la O.I.T. o que ratificaron muchos de los instrumentos de allí provenientes-, en junio de 1998 fue necesario que el organismo reafirmara la importancia de los derechos y principios rectores de su actividad y de las implicancias derivadas de la integración a la O.I.T.

Así fue como se dictó la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, en cuyo Preámbulo se estableció que "Considerando que la creación de la O.I.T. procedía de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente; considerando que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas; considerando que, por tanto, la OIT debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia; considerando que la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo; considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano; considerando que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales; considerando que en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscriptos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal..."

Asimismo, en la mentada Declaración se reafirmaron las principales directrices que le dieron origen al organismo internacional y que motorizaron su labor hasta la fecha. En tal sentido, el art. 2 prevé que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y

hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la libertad sindical, la eliminación del trabajo forzoso y la eliminación del trabajo infantil.

En definitiva, desde la perspectiva de la O.I.T. son cuatro los principios y derechos fundamentales en el ámbito de dicha organización: a) eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; b) libertad sindical; c) eliminación del trabajo forzoso y d) eliminación del trabajo infantil y ellos obligan independientemente de la ratificación de los respectivos convenios.

Así, a guisa de ejemplo, podemos mencionar el Convenio Nro. 1 sobre jornada de trabajo; el Convenio Nro. 3 sobre protección a la maternidad; los Convenios Nros. 87 y 98 en materia de libertad sindical y fomento de la negociación colectiva; los Nros. 100 y 111 sobre el principio de igual remuneración por igual tareas y sobre eliminación de todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación; el convenio Nro. 105 sobre eliminación del trabajo forzoso, entre otros.

d) Las leyes:

La L.C.T., en el art. 1 establece como fuente a "...esta ley..." y a las "...leyes y estatutos profesionales...".

En tal sentido debemos distinguir:

- a) las leyes generales, es decir las que se aplican para la generalidad de los trabajadores en el ámbito privado, tal el caso de la L.C.T.;
- b) las leyes generales para materias específicas o determinadas, como la ley de jornada de trabajo (ley 11.544), la ley de riesgos del trabajo (ley 24.557), la ley de higiene y seguridad en el trabajo (ley 19.587); y
- c) las leyes especiales o estatutos profesionales, por ejemplo la ley que rige el trabajo en la industria de la construcción (ley 22.250), el régimen de los periodistas profesionales (ley 12.908) y el de los viajantes de comercio e industria (ley 14.546), entre otros.

e) Los convenios colectivos de trabajo⁶²:

El convenio colectivo de trabajo, de conformidad con lo previsto por el ya citado art. 1 de la L.C.T., constituye una de las fuentes del derecho del trabajo, se trata de la más característica o específica de nuestra materia.

El convenio colectivo de trabajo puede ser definido como un acuerdo entre partes colectivas (sindicato con personería gremial y empleador, grupo de empleadores y cámara empresarial) destinado a regir las relaciones de trabajo, que una vez sometido a la homologación administrativa adquiere iguales efectos que la ley, es decir, es de cumplimiento obligatorio, para todos los comprendidos en el ámbito de representación de los firmantes (arts. 1 y 4 de la ley 14.250 y 31 inc. c) de la ley 23.551). Corresponde señalar que a los fines de alcanzar la homologación el convenio no puede contener cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general (art. 4 ley 14.250).

f) El contrato individual de trabajo:

El acuerdo individual de voluntades también constituye fuente del derecho del trabajo.

Es decir, se trata de aquello a lo que se han obligado expresamente al celebrar el contrato individual de trabajo, así como a cualquier concertación posterior, cuyo contenido las partes pueden estipular siempre y cuando no violen normas de orden público o afecten el principio de irrenunciabilidad de derechos.

En el ámbito del derecho civil la regla general es la de la autonomía de la voluntad, es decir, prevalece aquello que hayan estipulado las partes y las regirá como la ley misma. En tanto que en el ámbito del derecho del trabajo, tal como ya hemos adelantado, la autonomía de la voluntad individual, es decir, la posibilidad

⁶² DOBARRO, Viviana Mariel, "El convenio colectivo de trabajo previsto por la ley 14.250 y el convenio colectivo de las pequeñas empresas", Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 151, marzo de 1998, pág. 317 y sigs.

de concertar entre las partes ciertas condiciones de trabajo, está condicionada por las normas de orden público y la irrenunciabilidad de derechos.

2) El orden jerárquico y el orden de prelación de las normas⁶³:

Por otra parte, debemos distinguir también las nociones de orden jerárquico y orden de prelación de las normas del trabajo.

En el primer caso, el orden jerárquico, podemos definirlo como la concreta ubicación que cada una de las disposiciones ocupa en la escala o pirámide normativa, cuestión que fundamentalmente se encuentra definida por los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁶⁴, que complementan en el punto lo establecido por el ya citado art. 1 L.C.T. y que dejan organizado un orden jerárquico en cuya cúspide se encuentran la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 C.N., luego los restantes tratados internacionales –entre los que ubicamos a los Convenios de la O.I.T.- y concordatos celebrados con la Santa Sede (que poseen jerarquía supralegal e infraconstitucional), un escalón más abajo las leyes y estatutos profesionales⁶⁵ (que también son leyes), posteriormente los convenios colectivos de trabajo o laudos con fuerza de tales, luego la voluntad de las partes y –por último- los usos y costumbres.

En cambio, el orden de prelación de las normas laborales se vincula con la prevalencia o preferencia para la aplicación de las disposiciones que rigen el contrato y la relación de trabajo, en el supuesto en que entren en conflicto o colisionen dos o más de ellas.

Esta cuestión está reglada por el principio general de “aplicación de la norma más favorable”, consagrado en el art. 9 L.C.T.⁶⁶ y por las específicas normas que se derivan de los arts. 7 y 8 L.C.T. y 7 y 8 de la ley 14.250⁶⁷ que estipulan la necesaria relación en cuanto al nivel de beneficios que tienen que guardar una y otra fuente del derecho del trabajo.

Es decir, las pautas establecidas en estas últimas disposiciones legales conforman lo que denominamos el “orden público laboral”, con su nota característica de “orden público relativo”, al sacar del poder de negociación de las partes individuales de un contrato de trabajo determinados contenidos –consagrados en las disposiciones legales y de los convenios colectivos de trabajo-

⁶³ DOBARRO, Viviana Mariel, Reflexiones sobre las modificaciones operadas en la relación entre fuentes del derecho del trabajo, a partir de las últimas reformas legislativas, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 197, enero de 2002, págs. 13 y sigs.

⁶⁴ Art. 31 Constitución Nacional: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley Suprema de la Nación; ...". Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional: "Corresponde al Congreso: ... Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...".

⁶⁵ A esta altura debemos mencionar que el art. 2 L.C.T. prevé la posibilidad de dictar regímenes legales específicos en función de las particulares características de determinadas actividades: "La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta ...".

⁶⁶ Art. 9 L.C.T.: "En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. ..."

⁶⁷ Art. 7 ley 14.250: "Las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general. ..."

Art. 8 ley 14.250: "Las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores. La aplicación de las convenciones colectivas de trabajo no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo".

sobre los cuales sólo pueden pactar mejores condiciones para los trabajadores que las previstas en las normas imperativas. Y, en el ámbito de la negociación colectiva, su producto, es decir, el convenio colectivo de trabajo tiene que ajustarse a las disposiciones legales que rigen cada una de las instituciones, acumulando beneficios con relación a éstas, como requisito para acceder a la homologación y a efectos de su validez (conforme lo establecido por el ya citado art. 7 de la ley 14.250 y por el art. 4 de la ley 14.250⁶⁸).

En definitiva, éste es el esquema tradicional de relación entre fuentes del derecho del trabajo, según el cual:

- a) la norma legal opera como piso mínimo obligatorio,
- b) el convenio colectivo de trabajo está llamado a acumular beneficios respecto a las normas imperativas como recaudo para su validez,
- c) el contrato individual de trabajo tiene que contener mejores derechos que los consagrados por las normas legales o de convenios colectivos de trabajo, so pena de nulidad; y
- d) además, en supuestos de "duda" respecto de cuál de dos o más normas debe preferirse en la aplicación, corresponde estar a la más favorable al trabajador, conforme el criterio del conglobamiento por instituciones.

VIII. EL ORDEN PÚBLICO LABORAL COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Como ya hemos dicho, el Derecho del Trabajo nació para equiparar la natural desigualdad en el poder de negociación entre las partes contratantes (en virtud de la hiposuficiencia del trabajador).

Tal objetivo es perseguido a través de la imposición de contenidos mínimos y obligatorios (previstos por las normas imperativas) respecto de los cuales sólo son válidos los acuerdos individuales que establezcan mejores condiciones a favor del dependiente. Esto motivó que los autores se refieran a la prevalencia de normas de "orden público relativo" en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Cabe observar que la noción de "orden público" es difícil de definir y ha motivado gran debate en la doctrina, no sólo laboralista, ya que debemos tener presente que no se trata de una institución exclusiva de esta materia.

El derecho civil no ha sido ajeno ni indiferente al tema, aunque su vigencia en dicho ámbito apunta a sujetos en igualdad de condiciones, por lo que sus alcances no es tan extenso como en el derecho del trabajo, donde lo característico -como ya he dicho- es la desigualdad de los sujetos de la relación jurídica.

En el derecho civil, los sujetos individuales, en uso de la autorización contenida en los arts. 1137 y 1197, al celebrar un contrato se dictan las normas que regirán sus relaciones con idéntica fuerza vinculante que la de la ley misma. Eso sí, el legislador intentó asegurarse que las partes arriben al acuerdo con libre consentimiento y, en consecuencia, consagró las pertinentes sanciones para los supuestos de vicios en el consentimiento; pero también previó que el contrato va a tener tales efectos (ley para las partes celebrantes) en tanto y en cuanto no transgreda normas imperativas, ni la moral y las buenas costumbres, ni el orden público.

En el ámbito laboral, en cambio, los alcances de esta noción tienen mayores limitaciones, fundamentalmente en razón de la finalidad que desde sus orígenes ha perseguido el derecho del trabajo.

La dra. Ferreirós⁶⁹ define al orden público en los siguientes términos: "...en la actualidad, el orden público se identifica con los intereses del orden social, de las instituciones fundamentales del Estado y, fundamentalmente, en la búsqueda de protección para los sujetos menos pudientes o menos fuertes de ese plexo social. De alguna manera ha quedado postergado el concepto del instituto con referencia a lo político y se ha ido imponiendo una concepción social...en toda sociedad existe un conjunto de principios, que ya no son exclusivamente políticos, sino que abarcan lo económico, y fundamentalmente lo social, y que se

⁶⁸ Art. 4 de la ley 14.250: "... Será presupuesto esencial para acceder a la homologación que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público ...".

⁶⁹ FERREIROS, Estela M., El orden público laboral y el principio de irrenunciabilidad, Doctrina Laboral, mayo 2000, T. XIV, pág. 373.

consideran esenciales para la vida de una sociedad en determinado momento. Ese conjunto conforma un derecho de mínima, que sólo puede ser modificado a favor del trabajador y que funciona como una verdadera valla para la voluntad de las partes...".

El dr. Fernández Madrid⁷⁰ explica que las normas estatales pueden tener un triple carácter, a veces son normas de derecho necesario absoluto, lo que significa que no pueden ser modificadas en ningún sentido, ni favorable ni adverso, por la autonomía social colectiva (y pueden ser impuestas a las partes del contrato). Otras veces son normas de derecho necesario relativo, con ellas el Estado garantiza un determinado bien pero acepta que la autonomía de las partes colectivas mejoren tal garantía, con frecuencia a favor del trabajador, pero otras veces la mejora que se acepta es la que conviene al interés de la situación empresarial, al interés de la producción o de la economía general. Otras veces, se trata de normas de derecho dispositivo y el Estado acepta que sean sustituidas.

Vale decir, la mayor parte de las disposiciones legales que rigen el contrato de trabajo son de "orden público relativo", ya que vienen a sustraer del poder de negociación de las partes individuales una serie de contenidos, respecto de los cuales el único acuerdo posible es el que mejore a favor del trabajador los beneficios que en el punto prevén las normas legales o de convenios colectivos de trabajo.

Por otra parte, Fernández Madrid⁷¹ caracteriza al orden público laboral como el marco ajeno, imperativo y cambiante. Explica que se trata de un marco ajeno porque son normas que no emanan de los sujetos individuales del trabajo (proviene del poder estatal o de la autonomía de la voluntad colectiva) y limitan su poder de negociación; son imperativas porque su cumplimiento es obligatorio y son cambiantes porque pueden ser modificadas en el transcurso del tiempo ya que responden a los valores imperantes en cada momento histórico.

En el ámbito del derecho del trabajo, el orden público se estructura - fundamentalmente- a partir de los principios generales del derecho del trabajo (entre los que encontramos al principio protectorio, a la irrenunciabilidad de derechos, etc.) y de las pautas que surgen de los arts. 7, 8, 9 y 13 L.C.T. y 4, 7 y 8 de la ley 14.250⁷², según los cuales para que un contrato individual de trabajo sea válido debe contener mejores derechos que los previstos en el piso mínimo legal y en los convenios colectivos de trabajo y para que un convenio colectivo sea válido deben establecerse mejores derechos a favor de los trabajadores que los previstos en las leyes, a excepción de los supuestos de disponibilidad colectiva. Cabe aclarar que en caso contrario, se establece la nulidad del pacto o de la cláusula que contraría las normas de orden público y que para que el convenio colectivo de trabajo sea homologado uno de los requisitos que debe controlar la autoridad administrativa es que no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público.

No obstante ello, no podemos dejar de mencionar que una excepción al orden público laboral está dada por la disponibilidad colectiva, instituto que ha sido recogido por nuestra legislación a partir de la ley 24.467 que autoriza -

⁷⁰ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, Ed. La Ley, pág. 497 y sigs.

⁷¹ Op.cit.

⁷² Art. 7 L.C.T.: "Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley".

Art. 8 L.C.T.: "Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. ..."

Art. 9 L.C.T.: "En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. ..."

Art. 7 ley 14.250: "Las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general. ..."

Art. 8 ley 14.250: "Las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores. La aplicación de las convenciones colectivas de trabajo no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo".

Art. 4 de la ley 14.250: "... Será presupuesto esencial para acceder a la homologación que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público ...".

excepcionalmente y sólo en las materias expresamente previstas- la posibilidad de pactar en un convenio colectivo de trabajo condiciones diferentes a las establecidas en el piso mínimo legal, tal el caso de los arts. 90 y 91 de la ley 24.467⁷³, por los cuales en el convenio colectivo de pequeña empresa podría modificar, algunos aspectos del régimen de las vacaciones y fraccionar el pago del sueldo anual complementario en tres cuotas⁷⁴.

IX. CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIÓN DE TRABAJO.

El contrato de trabajo es definido por el art. 21 L.C.T. que establece que “Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo de la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”.

Es decir, el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona física “compromete” un trabajo personal a favor de otra, física o jurídica, por cuenta y riesgo de esta última, quien organiza y dirige la prestación y aprovecha su beneficios, mediante el pago de una remuneración.

Los caracteres del contrato de trabajo son los siguientes:

- a) consensual: el contrato de trabajo se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, salvo supuestos de excepción en que se requiere el cumplimiento de alguna formalidad específica, tal el caso del contrato a plazo fijo que debe celebrarse por escrito (art. 90 inc. a L.C.T.).
- b) personal: el trabajo comprometido es personal, la persona del trabajador es infungible o insustituible, pues en la contratación se tuvo especialmente en miras las condiciones o cualidades de ése y no de otro; por eso también se dice que se trata de un contrato “intuitae personae”.
- c) oneroso: el contrato de trabajo no se presume gratuito ya que se trabaja “a cambio de una remuneración”, cuyo pago es una obligación esencial que pesa sobre la persona del empleador, todo ello de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21, 22 y 115 L.C.T.
- d) conmutativo y de cambio: al celebrarse el contrato cada una de las partes conoce las prestaciones que estarán a su cargo, conoce los deberes y obligaciones que pesarán sobre sí y los derechos que a su favor surjan; además la finalidad económica perseguida es la de cambiar “trabajo” por “remuneración”, prestaciones básicas del contrato.
- e) de tracto sucesivo: el contrato se concreta a través de prestaciones repetidas que se prolongan en el tiempo y se excluye la prestación fugaz.
- f) dependencia: el trabajo se presta en “relación de dependencia” o bajo la dependencia del empleador. La doctrina ha distinguido tres tipos: 1) la dependencia técnica que implica la facultad del empleador de organizar en concreto la forma y las técnicas a aplicar en la realización de la labor. Esta facultad está sumamente acotada cuando se contrata a alguien teniendo en miras especialmente una determinada preparación o el manejo de una

⁷³ Art. 90 ley 24.467: “Los convenios colectivos de trabajo referidos a la pequeña empresa podrán modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce de la licencia anual ordinaria. No podrá ser materia de disponibilidad convencional lo dispuesto en el último párrafo del art. 154 del Régimen de Contrato de Trabajo”.

Art. 2 Decreto 146/99: “Cada uno de los períodos en que se fracciona convencionalmente la licencia anual ordinaria deberá tener una duración mínima de seis (6) días laborables continuos.

No son disponibles convencionalmente: 1. Los plazos de descanso anual previstos en el artículo 150 incisos a), b), c) y d) de la ley 20.744 y sus modificatorias. 2. La obligación del pago de la retribución por vacaciones al inicio de las mismas, conforme lo establecido en el último párrafo del artículo 155 de la ley 20.744 y modificatorias.

En caso de haberse acordado el fraccionamiento de la licencia anual ordinaria, el pago de la misma deberá efectuarse proporcionalmente al inicio de cada período”.

Art. 91 ley 24.467: “Los convenios colectivos de trabajo referidos a la pequeña empresa podrán disponer el fraccionamiento de los períodos de pago del sueldo anual complementario siempre que no excedan de tres (3) períodos en el año”.

⁷⁴ CAUBET., Amanda B., Trabajo y Seguridad Social, Ed. Errepar, Bs. As., 2000, pág. 191 y sigs.

ciencia o técnica muy específica. 2) la dependencia económica: se vincula en que se trabaja por cuenta ajena, insertándose en una organización empresarial ajena y a cambio de una remuneración. Este rasgo es ineludible en la configuración del contrato de trabajo y es el que motiva la dependencia jurídica, ya que como el empleador es quien ha hecho la inversión necesaria para la puesta en marcha del emprendimiento, es él quien tiene a su favor una serie de facultades. Por lo demás, como el principio que rige en este punto es el de la ajenidad del riesgo empresario, es que se trabaja a cambio siempre de una remuneración y ello ha dado origen a que se hable reiteradamente del “carácter alimentario del salario”, es decir de la importancia de la retribución como medio de vida del dependiente. La dependencia económica, en el contrato de trabajo al igual que en muchos otros ámbitos, origina dependencia jurídica. 3) la dependencia jurídica: se vincula con las facultades disciplinarias y de organización y dirección empresarial que la legislación le confiere al empleador en su condición de titular del emprendimiento empresario y a las que el trabajador debe “someterse”. Este aspecto constituye el rasgo más característico de un contrato de trabajo.

En cambio, el art. 22 de la L.C.T. consagra la noción relación de trabajo y establece que, “Habrà relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”.

Es decir, la relación de trabajo surge con el hecho de la “prestación de tareas”, con independencia del acto jurídico que la haya originado.

Ahora bien, el art. 23 L.C.T. establece que “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

La presunción relativa consagrada por el art. 23 L.C.T. releva al trabajador de probar la existencia de un contrato de trabajo, ya que ante la efectiva prestación de tareas (relación de trabajo) se debe presumir la existencia del contrato de trabajo.

Esta presunción hace aplicación del principio general del trabajo relativo a la “primacía de la realidad”, ya que con la efectiva prestación de tareas se presume la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, independientemente del nombre que las partes le hayan dado a la vinculación que las une. Es decir se otorga preeminencia al hecho de la efectiva prestación de servicios, por sobre el acto jurídico que le haya dado origen; prevalece la situación de hecho representada por la prestación de tareas y la efectiva incorporación del dependiente a una organización empresarial.

Sobre los alcances de esta presunción se han afirmado dos teorías diferentes: una, que predomina en la C.N.A.T., sostiene que la sola prestación de servicios personales infungibles pone a cargo del empleador demostrar que ellos no tuvieron por origen un contrato de trabajo; la otra, predica que no basta con probar la prestación de tareas, sino que se debe acreditar que fueron “en relación de dependencia”, lo que en nuestra opinión desvirtúa los alcances de la presunción y, fundamentalmente, la intención del legislador, ya que lo exigido por quienes adoptan esta postura es casi como probar el “contrato de trabajo”.

Finalmente, el art. 24 L.C.T. establece que “Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta Ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente”.

Pues bien, en tanto no haya efectiva prestación de servicios, no resulta de aplicación el derecho del trabajo, por tanto frente al incumplimiento de aquello que las partes acordaron pero que no llegó a llevarse a cabo por ausencia de la relación laboral, esta situación queda regida por el derecho común; por

consiguiente, el incumplimiento de un contrato sin que haya habido relación de trabajo genera el derecho a una reparación que será estimada de conformidad con las pautas del derecho civil y que no puede ser inferior al importe de un mes del salario que le hubiere correspondido al trabajador de haber prestado tareas.

X. LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo es un contrato bilateral, en el que los contratantes son:

- a) el trabajador: es la persona física, insustituible, que se obliga o presta servicios a favor de otra y bajo la dependencia de ésta y a cambio de una remuneración (arts. 25, 21 y 22 L.C.T.).
- b) el empleador: es la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiere los servicios de un trabajador (art. 26 L.C.T.). Este concepto se identifica con el de empresario que también define la ley, como quien dirige la empresa por sí o por intermedio de otras personas y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa (art. 5 L.C.T.). También se define a la empresa como la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos (art. 5 L.C.T.) y al establecimiento como la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones (art. 6 L.C.T.).

Estos son los sujetos o titulares de un contrato de trabajo o relación de trabajo, vale decir quienes pueden ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que las normas de orden público les reconocen o ponen a su cargo.

No obstante ello, la ley prevé a fin de tutelar la persona del trabajador y el crédito laboral, una serie de supuestos fraudulentos o en que un tercero aparece entre los referidos contratantes. Tal el caso de la figura del socio empleador (art. 27 L.C.T.), los auxiliares del trabajador (art. 28 L.C.T.), la interposición fraudulenta (art. 14 L.C.T.), la interposición o intermediación en la contratación (art. 29 1ro. y 2do. párr. L.C.T.), la intermediación a través de empresas de servicios eventuales (arts. 28, 3er. párr. y 29 L.C.T.), la subcontratación o la cesión de tareas (art. 30 L.C.T.) y las empresas subordinadas o relaciones (art. 31 L.C.T.); supuestos que por obvias razones de extensión no analizaremos en esta oportunidad.

XI. EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO. CONTRATO DE OBJETO PROHIBIDO Y CONTRATO DE OBJETO ILÍCITO.

El art. 37 L.C.T. establece que el objeto del contrato de trabajo es "... la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada. En este último caso, será conforme a la categoría profesional del trabajador si se la hubiese tenido en consideración al tiempo de celebrar el contrato o en el curso de la relación de acuerdo a lo que prevean los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo".

Es decir, se trata del quehacer personal que constituye la prestación a la que se obliga el trabajador.

Ahora bien, el art. 38 L.C.T. establece que no podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos.

Así, resulta ilícito el objeto cuando fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres pero no se considerará tal si, por las leyes, las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía se lo consintiera, tolerara o regulara (art. 39 L.C.T.). Por ejemplo, prestar servicios para una banda que se dedica a los secuestros extorsivos, o a robar o al ejercicio de la prostitución y, en este último caso, en aquellos lugares en que esté admitido el ejercicio de esta actividad, el hecho de que esté reglamentada le quita el carácter de objeto ilícito.

En tanto que es prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones (art. 40 L.C.T.); tal el caso de los trabajadores migrantes ilegales o el de los menores de menos de 14 años, el de

los menores entre los 14 y los 18 años en tareas insalubres, o las mujeres en el plazo de 45 días antes y 45 días posteriores al parto.

En el caso del contrato de objeto ilícito, el art. 41 L.C.T., establece que no produce consecuencias entre las partes derivadas de la ley.

En cambio, el contrato de objeto prohibido no afecta el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones e indemnizaciones que se deriven de su extinción (art. 42 L.C.T.), ya que la prohibición está dirigida al empleador y no puede afectar los derechos de orden público consagrados en beneficio del trabajador.

El art. 44 L.C.T. estipula que la nulidad del contrato por ilicitud o prohibición de su objeto tendrá las consecuencias asignadas en los arts. 41 y 42 L.C.T. y deberá ser declarada por los jueces, aun sin mediar petición de parte. La autoridad administrativa, en los límites de su competencia, mandará cesar los actos que lleven aparejados tales vicios.

XII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE TRABAJO⁷⁵.

Se trata de los prestaciones a las que se obligan recíprocamente las partes de un contrato o relación de trabajo, así como los respectivos derechos que cada una de ellas puede exigir frente al otro contratante.

Uno de los caracteres distintivos del contrato de trabajo es que se trata de un contrato conmutativo o de cambio. De ello se deriva que las partes tienen obligaciones recíprocas, así como derechos que cada una de ellas puede exigir frente al otro contratante.

Las principales prestaciones a que se comprometen las partes son la de prestar tarea (deber de trabajar) en el caso del/a dependiente y pagar la remuneración y otorgar efectivamente tareas el/la empleador/a.

No obstante ello hay otras obligaciones, algunas comunes a ambas partes y otras a cargo de cada una de ellas; así como derechos específicos consagrados a favor del/a dependiente y a favor del/a empleador/a.

a) deberes comunes a ambas partes: Se manifiestan a través de la obligación genérica de conformidad con los términos del contrato y también de acuerdo con aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, o que resulten de la ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterios de colaboración y solidaridad (art. 62 L.C.T.) y de obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato de trabajo o la relación de trabajo (art. 63 L.C.T.).

b) deberes del/a empleador/a: pago de la remuneración (art. 74 L.C.T. y arts. 103 a 149 L.C.T.); deber de seguridad y protección (arts. 75, 76 y 77 L.C.T.); deber de ocupación (art. 78 L.C.T.); deber de diligencia (art. 79 L.C.T.); deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social y de entregar certificado de trabajo (arts. 80 y 132 bis L.C.T.); deber de no discriminar e igualdad de trato (art. 81 L.C.T.); deber de llevar libros (art. 52 L.C.T.); deber de formación profesional (ley 24.576 que incorpora un capítulo a la L.C.T. que no contiene numeración) y deber de información, art. 4 de la ley 23.546 y arts. 25 a 27 de la ley 25.877).

c) deberes del/a trabajador/a: deber de diligencia y colaboración (art. 84 L.C.T.); deber de fidelidad (art. 85 L.C.T.); deber de obediencia a las órdenes e instrucciones impartidas (art. 86 L.C.T.); custodia de los instrumentos de trabajo (art. 86 L.C.T.); responsabilidad por daños causados a los intereses del/a empleador/a (art. 87 L.C.T.); deber de no concurrencia (art. 88 L.C.T.).

d) derechos del/a empleador/a: los analizaremos posteriormente al referirnos a las facultades del/a empleador/a.

⁷⁵ DOBARRO, Viviana M., “El control empresarial del uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Derechos fundamentales involucrados. Alcances de las facultades del empleador”, en Correo Electrónico e Internet en el ámbito laboral, Colección Temas de Derecho Laboral, Coordinadora Andrea García Vior, Editorial Errepar, Tomo 4, Bs. As., 2009, págs. 213 a 248.

e) derechos del/a trabajador/a: son la contracara de las ya mencionadas obligaciones del/a empleador/a, a saber: a la percepción del salario; a la ocupación efectiva, a la igualdad de trato y la no discriminación, a que las facultades del empleador se ejerzan respetando su dignidad, sus derechos patrimoniales y su salud psicofísica; a que se de cumplimiento a las obligaciones previsionales y sindicales; a que se le entregue el certificado de trabajo, a la propiedad de sus invenciones y descubrimientos (arts. 82 y 83 L.C.T.); a la formación profesional en las Pymes (art. 96 de la ley 24.467).

La empresa, conforme la concibe el art. 5 L.C.T., es una organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenada bajo la dirección del/a empresario/a para el logro de fines determinados. Asimismo, se encuentra presente en este concepto la idea de organización jerárquica del plantel.

Dentro del cúmulo de poderes que la propia legislación le confiere al/la empresario/a, las facultades de organización y dirección del emprendimiento adquieren singular importancia en la problemática que hoy nos convoca.

Del capítulo VII de la L.C.T., titulado "De los derechos y deberes de las partes", especialmente de los arts. 62 a 69 de la L.C.T., se desprende que los límites establecidos para el ejercicio de los poderes del empleador tienen por objeto su aplicación en forma funcional y razonable, para que no se torne abusivo y que, fundamentalmente, no se cause perjuicio material o moral al/la trabajador/a.

Además, se le da gran importancia a valores como la "buena fe", la "solidaridad" y la "colaboración", que se presentan como ineludibles en el desenvolvimiento de la relación o contrato de trabajo y, en especial, en el ejercicio de las facultades del/a empleador/a. También se aclara que en el marco del contrato de trabajo ambas partes están obligadas no sólo a aquello que expresamente hayan pactado, sino también a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del acuerdo o que resulten de la ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, fundamentalmente la conducta debe ajustarse a los valores señalados precedentemente.

Las potestades mencionadas y sus limitaciones provenientes de la ley y que tienen en miras la persona que trabaja, cumplimentan el principio protectorio emanado del art. 14 bis C.N. y del art. 4 L.C.T., y, en consecuencia, deben ejercerse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del/a trabajador/a (art. 65 L.C.T.), cuidando de satisfacer las exigencias de la organización empresarial y el respeto a la dignidad del/a dependiente y a sus derechos patrimoniales y con exclusión de toda forma de abuso de derecho (art. 68 L.C.T.)⁷⁶.

Es decir, la organización empresarial no debe dirigirse o manejarse en forma arbitraria o caprichosa, sino con criterios funcionales y con una especial consideración de la persona y dignidad del/a trabajador/a.

Esta postura no significa desconocer la potestad que nuestro derecho le confiere al/a empresario/a para manejar su emprendimiento y adoptar todas aquellas decisiones que considere adecuadas en aras de su mejor desenvolvimiento, sino que le impone únicamente ciertas limitaciones en aquellos supuestos en que este derecho sea ejercido abusivamente, provocándole al/a dependiente la humillación o afectación moral que se deriva del avasallamiento de su dignidad humana y/o de sus derechos fundamentales.

XIII. LOS PODERES DEL EMPLEADOR.

En primer término, cabe recordar que el empleador en su condición de titular de la empresa (organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, conforme el art. 5 L.C.T.), posee una serie de poderes o facultades que le confiere la ley en aras de un mejor desarrollo de su actividad empresarial; ellos son:

⁷⁶ DOBARRO, Viviana Mariel, "Reflexiones sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo y, en especial, respecto de las rebajas remuneratorias", Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 205, setiembre de 2002, págs. 775 a 795.

- poder disciplinario (arts. 67 a 69 L.C.T.),
- poder de organización (art. 64 L.C.T.),
- poder de dirección (art. 65 L.C.T.) y
- poder de modificación de ciertas condiciones de trabajo o ejercicio del ius variandi (art. 66 L.C.T.)

Los referidos poderes o facultades encuentran límites que se derivan de la especial naturaleza de la relación contractual de que se trata y por aplicación del principio protectorio (art. 14 bis de la C.N. y art. 4 L.C.T.).

Además, del capítulo VII de la L.C.T., titulado "De los derechos y deberes de las partes", especialmente de los arts. 62 a 69 de la L.C.T., se desprende que los límites establecidos para el ejercicio de los poderes jerárquicos del empleador tienen por objeto su aplicación en forma funcional y razonable, para que no se torne abusivo y que, fundamentalmente, no se cause perjuicio material o moral al trabajador. Además, se le da gran importancia a valores como la "buena fe", la "solidaridad" y la "colaboración", que se presentan como ineludibles en el desenvolvimiento de la relación o contrato de trabajo y, en especial, en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aclara que en el marco del contrato de trabajo ambas partes están obligadas no sólo a aquello que expresamente hayan pactado, sino también a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del acuerdo o que resulten de la ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, fundamentalmente la conducta debe ajustarse a los valores señalados precedentemente.

XIV. EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI Y LA MANIFESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR⁷⁷.

Dentro del conjunto de poderes empresariales se encuentra la facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo, más conocida como "ius variandi", que ha sido reglada por el art. 66 L.C.T.

El contrato de trabajo, tanto por su bilateralidad como por los restantes caracteres que presenta (consensual, personal, tracto sucesivo, oneroso, conmutativo y de cambio) conlleva implícita -en principio- la imposibilidad de establecer unilateralmente modificaciones en las pautas contractuales (su contenido); es decir, en aquello que principalmente tuvieron en miras las partes al celebrar este negocio jurídico y que seguramente ha sido lo que las motivó para otorgar su consentimiento.

Tal principio general admite ciertas excepciones provenientes de la autorización consagrada en el art. 66 L.C.T. y que faculta al empresario a introducir cambios en la "forma" y "modalidades de la prestación de trabajo" siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

a) que no se trate de un ejercicio irrazonable de dicha facultad: es decir, no puede ejercerse arbitrariamente, ya que el cambio debe ser funcional, debe estar vinculado al fin común de la empresa y a las necesidades de la producción; en consecuencia, debe estar fundado en razones objetivas que lo justifiquen.

b) que no se alteren modalidades esenciales del contrato: la posibilidad de que el empresario introduzca unilateralmente ciertas modificaciones en el contrato de trabajo encuentra como valla infranqueable el núcleo esencial del contrato, vale decir, aquéllas condiciones esenciales que tuvieron en miras las partes al contratar. Se ha entendido que la jornada de trabajo, la categoría y la remuneración configuran dichos elementos básicos o núcleo esencial del contrato que no pueden modificarse unilateralmente, aunque ciertos autores agregan también el lugar de trabajo⁷⁸.

c) que no se cause perjuicio material ni moral al trabajador: En virtud del principio de "indemnidad del trabajador", la medida no puede afectar al dependiente ni moral ni materialmente. Por ello, si la modificación que el empresario pretende adoptar le significará al trabajador algún tipo de perjuicio, el

⁷⁷ DOBARRO, Viviana Mariel, "Reflexiones sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo y, en especial, respecto de las rebajas remuneratorias" Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 205, setiembre de 2002, pág. 775 y sigs.

⁷⁸ Por ejemplo, sostiene esta postura CAPON FILAS, Rodolfo E., en "Derecho del Trabajo", Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1998, pág. 305 y sigs.

empleador debería ofrecerle una justa compensación de aquél, a fin de mantener el justo equilibrio de las prestaciones del contrato.

Finalmente, el art. 69 L.C.T. establece otro límite al *ius variandi*, consistente en que esta facultad no puede usarse como sanción disciplinaria, justamente porque para el ejercicio del poder disciplinario el sistema le otorga al empleador un abanico de posibilidades (consistentes, entre otras, en apercibimientos, suspensiones o el despido), excluyéndose expresamente las modificaciones de condiciones de trabajo, pues esta última facultad no puede tener finalidad sancionatoria, sino que se vincula con el ejercicio de los poderes de organización y dirección empresarial, con las necesidades de la producción y, por lo tanto, tiene carácter funcional.

En consecuencia, el empresario que introduce unilateralmente una modificación al contrato de trabajo respetando las limitaciones referidas precedentemente, estaría realizando un "legítimo ejercicio del *ius variandi*" y, por el contrario, cualquier violación a tales limitaciones convertiría dicha conducta en un "ejercicio abusivo", situación frente a la cual el trabajador podría considerarse injuriado y en situación de despido indirecto o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, de conformidad con los términos del art. 66 L.C.T. -según la modificación introducida por la ley 26.088-.

En el último de los supuestos previstos por el legislador -la acción por el restablecimiento de las condiciones alteradas- la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo y no podrá innovarse en las condiciones y modalidades de trabajo hasta el dictado de la sentencia definitiva, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección.

Esta posibilidad que otorga la legislación -según el texto de la última reforma- al trabajador para cuestionar el cambio que excede los límites previstos al ejercicio del poder de modificar ciertas condiciones de trabajo, ha sido celebrado por la doctrina laboralista, ya que frente al abuso por el empleador el trabajador ya no está compelido a disolver el vínculo, sino que puede recurrir a la justicia por una vía rápida para que sea el juez quien determine si se trata de ejercicio "legítimo" del *ius variandi* o "arbitrario", pudiéndose solicitar -mientras tanto- que no se produzca cambio alguno en las condiciones originariamente pactadas.

Ahora bien, con respecto a la posibilidad de que los cambios en cuestión se produzcan no ya por decisión "unilateral" del empleador -como analizáramos precedentemente- sino en forma consensuada, es decir, a través de un nuevo pacto entre empleador y trabajador, durante el transcurso de la relación laboral, se debe prestar especial atención a la limitación proveniente del art. 12 de la L.C.T., que sanciona con la nulidad a los acuerdos que signifiquen renuncia a derechos "... previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas...". Otro elemento significativo a tener en cuenta se vincula con una especial valoración de la manifestación de consentimiento del trabajador, a la luz del principio protectorio y de la situación de inferioridad propia de la relación de dependencia que condiciona notablemente su poder de negociación, hasta llevarlo incluso -con o frecuencia- a tener que aceptar modificaciones peyorativas.

Tanto en el supuesto en que las partes, durante el curso de la relación, negocian nuevas condiciones de trabajo como en el caso en que se realice la modificación y el trabajador guarde silencio ante ella (por ejemplo un cambio introducido durante el curso de la relación laboral, frente al cual el trabajador nada dice y continúa con su prestación) parte importante de la doctrina y la jurisprudencia -en postura que no compartimos- considera que por encima del orden público laboral las partes pueden negociar libremente, incluso condiciones peyorativas para el dependiente, siempre y cuando no se afecten los mínimos legales y convencionales obligatorios y, según esta postura, si el cambio fue aceptado -expresa o tácitamente a partir del silencio guardado por el dependiente que continúa trabajando bajo las nuevas condiciones-, nada se podría reclamar⁷⁹.

⁷⁹ En este sentido puede consultarse, por ejemplo, el fallo "Casteñán, Gustavo A. y otro c/ Raña Veloso, Raúl y otro", C.N.A.T., Sala III, sent. dell 30/8/85, que luego fuera seguido por parte de la doctrina y jurisprudencia y en el que se sostuvo -fundamentalmente- que las partes pueden modificar hacia el futuro las condiciones del contrato de trabajo inicialmente pactadas, siempre que ello no implique derogar los mínimos establecidos por las leyes o convenios aplicables, ya que la novación objetiva de las cláusulas contractuales no afecta derechos adquiridos. Dicha novación se presume cuando luego de la modificación las partes mantienen

Al respecto, sostenemos que por aplicación del art. 58 L.C.T. que veda las presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que deriven de su “silencio” o de cualquier otro modo que no implique un comportamiento inequívoco en aquel sentido, la conducta del dependiente (que no cuestiona un cambio) no implica necesariamente el “comportamiento inequívoco” al que alude la norma en cuestión y, por lo tanto, no podría ser interpretada en el sentido de aceptarlo. Más aún cuando ni siquiera en el ámbito del derecho común del silencio puede inexorablemente extraerse una manifestación de consentimiento, ya que el Código Civil, en el art. 919, establece que “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

Por otra parte, no puede obviarse que para la validez de los actos jurídicos se requiere que sean celebrados con discernimiento, intención y “libertad” (art. 900 C.C.) y, en supuestos como los analizados, evidentemente poco margen de libertad tendrá el dependiente que sólo puede cumplir con las nuevas condiciones establecidas o disolver su vínculo laboral, por lo que su voluntad estaría viciada y –en consecuencia– el acto sería pasible de nulidad (de conformidad con lo dispuesto por el art. 954 C.C. que estipula que “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. ...”).

En definitiva, desde nuestra perspectiva, la situación de inferioridad del trabajador frente a su empleador, propia de la relación de dependencia, lleva a que la manifestación de consentimiento del trabajador se encuentre condicionada y, en consecuencia, éste no siempre pueda adoptar “libremente” decisiones en el marco de su relación laboral (art. 954 C.C.); por lo que el mero hecho de que continúe trabajando no significa que haya otorgado su conformidad al cambio efectuado, pues en el contexto actual cualquier reclamo durante la vigencia del contrato de trabajo puede conducir a su ruptura, circunstancia más que temida por el dependiente y, en consecuencia, dicho silencio debe ser evaluado con suma atención y criterio restrictivo (cfr. art. 58 L.C.T. y arts. 918 y 919 C.C.)⁸⁰.

sin objeciones la vigencia del vínculo durante un lapso prolongado, pues ello constituye el comportamiento inequívoco al que se refiere el art. 58 de la L.C.T. Se señaló también que si en el contrato que vinculaba a los profesionales con el empleador se dejó de lado la cláusula de reajuste del salario, más favorable que el sistema general, e informada a los trabajadores esta circunstancia optaron por continuar trabajando en la disyuntiva de ser despedidos, no se configura vicio de la voluntad que torne nulo el acuerdo por lo que no puede hablarse de modificación unilateral. Se agregó que el acuerdo por el cual las partes negocian hacia el futuro condiciones que para el trabajador son menos favorables que las anteriormente vigentes es plenamente válido en cuanto no se afecte el orden público ni pueda ser atacado en virtud de un vicio de consentimiento o de la justicia que siempre debe darse en la relación, en cuanto se refiere a la “paridad de los cambios” (lesión subjetiva). La prueba del o de los hechos que le quitan validez al negocio jurídico está a cargo de quien los invoca y deben ser apreciados por el juez en atención a las particularidades del caso con una esmerada prudencia. La aceptación por el trabajador de nuevas condiciones de trabajo pactadas para el futuro que le resultan perjudiciales no significa de por sí que la decisión aceptada por él en forma explícita o implícita esté viciada por esa sola circunstancia, ya que el mero hecho de que se trate de un trabajador no implica que se den los presupuestos necesarios para acreditar un estado de necesidad, de inferioridad, de temor reverencial, etc., que demuestren la falta de una voluntad libremente ejercida.

⁸⁰ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Padín Capella, Jorge Daniel c/ Lithoformas” (sent. del 12/3/87), al tratar el recurso extraordinario interpuesto por el actor contra la sentencia de la Sala III, sostuvo que el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo. A ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo, puesto que atento lo preceptuado por los arts. 256, 259 y 260 del mismo cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en la citada normativa, máxime cuando el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas ... En relación al criterio de interpretación que se examina, cabe recordar la conocida jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que ha de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones

La línea de análisis que sostenemos sigue el rumbo marcado por una serie de decisiones jurisprudenciales en las que se sancionan modificaciones del tipo de las referidas, aludiendo al “estado de necesidad del dependiente” (“Bariain, Narciso T. c/ Mercedes Benz S.A.”⁸¹, C.N.A.T., Sala VI, sent. del 14/5/85), o a que su voluntad estaba viciada por “lesión subjetiva” (“Reggiardo de Henry, Irma c/ Ferrocarriles Argentinos”⁸², C.N.A.T., Sala VI, sent. del 14/8/85) o a la nulidad absoluta de los pactos que “contrarían la imperatividad de las normas laborales” (“Velazco, Héctor Domingo c/ Celulosa Jujuy S.A. s/ despido”⁸³, C.N.A.T., Sala VI, sent. del 14/10/98).

injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta incompatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial, pautas aplicables al presente ya que, aun en caso de duda, en materia laboral debe prevalecer aquel criterio que sea favorable al trabajador ...”.

⁸¹ En esta causa se sostuvo que el consentimiento dado por el trabajador a una modificación contractual que no le es favorable debe ser interpretado restrictivamente. Que para darle poder jurídico a una manifestación de voluntad tendiente a aceptar una disminución de categoría importante, con una considerable disminución salarial y un relevante perjuicio, se debe estar persuadido de que se arribó a ésta con libertad. Que debe excluirse la libertad del trabajador en la expresión de voluntad si se le propuso como disyuntiva la rebaja de categoría con disminución salarial o el despido. Para considerar carente de eficacia jurídica al consentimiento del trabajador, prestado tácita o expresamente a dicha opción, no es necesaria la presencia de vicios de la voluntad a las que se refiere el derecho civil, porque el principio de irrenunciabilidad (art. 12 L.C.T.) priva de efectos a todo acuerdo que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente o el que implica renuncia a normas imperativas.

⁸² En este caso se trataba de una dependiente a la que se le aplicó la ley de prescindibilidad y luego se le ofreció una reducción de categoría con rebaja de la remuneración para continuar con el contrato ante lo cual la Sala sostuvo que “... es evidente que el acto disolutorio fundado en la ley de prescindibilidad quedó sin efecto y que el contrato continuó bajo condiciones diferentes de las anteriores, habiéndose producido un cambio de categoría con disminución de la remuneración acordada por las partes. ... la rebaja de categoría con disminución de la remuneración aparece como una condición impuesta por la empresa para rectificar la medida de prescindibilidad y por lo tanto no puede sostenerse que haya existido aceptación, porque esta es el fruto de la voluntad viciada. Y aclaro a este respecto que la actora no pudo –como establece la doctrina del plenario nro. 177- “optar por mantener el vínculo” precisamente porque la aceptación fue dada para lograr restablecerlo. ... surge con claridad que el consentimiento se encontraba viciado, porque ... la trabajadora no tuvo libertad para optar. ... en el caso de autos existió lesión como vicio del acto jurídico en los términos del art. 954 del Código Civil y que no existió prescindibilidad en los términos de la ley 21.274 sino continuidad de una misma relación laboral que se vio afectada por una rebaja de categoría impuesta por la demandada en virtud de la especial situación de desprotección en que se encontraba la trabajadora, quien obviamente no podía expresar válidamente su voluntad”.

⁸³ Al actor, que hasta 1978 se desempeñaba como maquinista, a partir de dicho año, por decisión unilateral de la empresa se le rebajó su categoría a la de operario general, lo que acarreo una reducción de su remuneración del orden del 40 %. El actor siguió trabajando en estas condiciones durante alrededor de 17 años y, en marzo de 1995, al disolverse la relación laboral, solicita la revisión de la medida patronal. En el voto mayoritario de la Sala VI de la C.N.A.T. se sostuvo que “... la desigualdad que se da en la relación impide acordarle pleno efecto a la voluntad del trabajador salvo, ... que se trate de acordar modificaciones que no lo perjudiquen, o bien que lo beneficien. Realmente no se concibe que el trabajador, o cualquier otra persona en su sano juicio, acepte alteraciones contractuales que lo perjudiquen, renunciando así voluntariamente, a derechos adquiridos o que tiene la expectativa legítima de adquirir en el futuro. Y si acepta el cambio que lo perjudica, será evidente que lo hace por necesidad, forzado por su situación de inferioridad jurídica y económica que lo obliga a optar por el mal menor, frente a otros que se le ocasionarían en caso de no acceder a la imposición patronal (represalias, despido, etc.). Y el derecho del trabajo no puede ignorar esta realidad. ... el acuerdo novatorio de las condiciones de trabajo resulta nulo de nulidad absoluta en razón de que es violatorio de la normativa vigente, el mismo perjudica grave y notoriamente a Velazco, sin que este obtenga ningún beneficio o ventaja a cambio de la modificación contractual que, en solo provecho del empleador, lo priva sin causa o razón alguna de derechos adquiridos y legítimamente incorporados a su patrimonio. En esas condiciones, el referido acuerdo novatorio resulta violatorio, por un lado, del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 12 L.C.T.), en cuanto Velazco a través de dicho acuerdo está renunciando a derechos que le son indisponibles, y el empleador no ha arrojado ningún elemento de prueba que acredite que el actor ha obtenido a cambio contraprestaciones o ventajas que descartan la existencia de una renuncia prohibida ... Por otro lado, en el caso particular del personal de la industria papelera, la rebaja salarial contenida en el acuerdo peyorativo resulta también inválida por ser violatoria del art. 8 de la convención colectiva Nro. 349/75 entonces vigente (año 1978), que expresamente disponía que en caso de descenso de categoría de una máquina continua, no podrán rebajarse los salarios de los obreros ... En otros términos, la rebaja salarial convenida, por resultar violatoria del principio de imperatividad de las normas laborales será nula y se considerará sustituida de pleno derecho por la norma imperativa violada, en el caso el convenio colectivo Nro. 349/75 arts. 7, 13 y 44 L.C.T.) ... Por ambas razones, tanto porque genera una renuncia de derechos prohibida como porque viola una norma imperativa expresa, el acuerdo novatorio en cuestión, celebrado en el año 1978, resulta inválido, por lo que procede declarar su nulidad a pesar del tiempo transcurrido (17 años), ya que por tratarse de una invalidez absoluta la acción respectiva es imprescriptible (arts. 7, 12, 13 y 44 L.C.T. y arts. 872 y 1047 del Código Civil ...) Pero además hay otra razón fundamental para negarle validez a la rebaja injustificada de categoría y de remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador. Esta decisión resulta también nula de nulidad absoluta en cuanto viola lo dispuesto por una norma imperativa (art. 66 L.C.T.), que impone límites al ius variandi al prohibir que se alteren condiciones esenciales del contrato. Y por tratarse de una nulidad absoluta la misma resulta inconfirmable, e irrenunciable la respectiva acción de nulidad, por lo que la decisión patronal

Por otra parte, resulta de sumo interés recordar que Ferreirós⁸⁴ -en postura que compartimos por entender que es la que mejor se adecua al corte protectorio de nuestra materia y a las características distintivas de la relación de trabajo- se inclina por presumir el vicio de lesión en el ámbito del derecho del trabajo y explica que "... En los contratos onerosos debe haber una necesaria equivalencia entre lo que se recibe y lo que se da. Cuando ese equilibrio se rompe, es muy posible que se haya producido el vicio de lesión...". Señala que el legislador le ha impuesto una fórmula objetivo-subjetiva, que el "... elemento objetivo consiste en la existencia de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación; y un elemento subjetivo que destaca la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la parte perjudicada...". Expresa que se pueden advertir diferencias notorias entre el derecho común y el derecho del trabajo, fundamentalmente producto de la autonomía de cada una de ellas y del "... funcionamiento interno y externo de la relación de trabajo, cuyos protagonistas están ubicados, en el seno de la misma, en un notorio desnivel, producto de la facultad de dirección del empleador, de su posibilidad sancionatoria, de su facultad de aplicar el ius variandi y del estado de subordinación del trabajador. ... el ámbito del derecho del trabajo es abarcativo de un conjunto de relaciones dispares. ... Es ... una rama jurídica de ventajas y de tutela y eso hace a su naturaleza y a su razón de ser. Es un derecho en el cual la presunción juega a favor de la irrenunciabilidad, porque los derechos son reconocidos y las normas impuestas en razón de una valoración jurídica tutelar que funciona como eje de las relaciones laborales. De allí surge la existencia de un orden público más amplio que el del derecho común y que está conformado por un conjunto de principios de naturaleza política, económica y social que resultan esenciales a los efectos de la existencia de una gestión racionalizadora de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de tipo económico, cuyo objeto es el trabajo para poder lograr la función de conservación del sistema social establecido. Concluye que se trata de una institución "... pensada para supuestos de desnivel negocial producidos por situaciones particulares como son el poderío de una de las partes, la edad avanzada, la condición económica, social o cultural, etcétera, en los que se produce una condición de inequidad por la falta de equivalencia notoria en las prestaciones, ... Ello es así, habida cuenta de que en el derecho laboral la disparidad negocial es un supuesto preexistente de la relación jurídica laboral y, por tanto, el elemento subjetivo de esta institución compleja integrada por dos elementos (uno subjetivo y otro objetivo) debe presumirse como afectando la voluntad del trabajador, siempre que se advierta la presencia del elemento objetivo...".

También cabe recordar que ante un acto viciado por la lesión subjetiva, la víctima puede iniciar una acción de nulidad, como sanción que priva de efectos al acto, o bien puede solicitar el reajuste de las prestaciones, tal como surge del art. 954 del Código Civil.

A esta altura, podemos plantearnos otra hipótesis de trabajo y, por ejemplo, preguntarnos qué valor tiene la aceptación por el dependiente, al momento de la celebración del contrato de trabajo, de una cláusula por la cual en el futuro se efectuará algún cambio de sus condiciones de trabajo.

Al efecto, tenemos que contemplar diversas cuestiones, tales como si el cambio que se le comunica al dependiente consiste en una modificación futura y concreta que ya tiene prevista la empresa, por ejemplo un traslado de toda la empresa a la nueva planta que se está construyendo, en cuyo caso el trabajador al celebrar su contrato individual ya estaría aceptando como una de las condiciones del mismo un futuro traslado para el momento en que se ponga en funcionamiento la nueva planta; por lo que, si en tal oportunidad la empresa reajustara las prestaciones ya sea asumiendo los mayores costos del viaje o

no puede ser convalidada por la conformidad posterior del trabajador, en nuestro caso expresado de un modo tácito en razón de su comportamiento posterior al no objetar la alteración unilateral que lo perjudica. Dicho en otros términos, el consentimiento posterior del trabajador, sea expreso o tácito, no produce efectos jurídicos, en tanto no se puede sanear o confirmar un acto pasible de nulidad absoluta. Y en tanto la decisión patronal es nula de nulidad absoluta la acción respectiva resulta imprescriptible, por lo que a pesar el tiempo transcurrido procede también declarar la nulidad de la disminución de categoría y de remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador en violación de la ley imperativa ...".

⁸⁴ Ferreirós, Estela M., "El vicio de lesión en el derecho del trabajo", Errepar, Doctrina Laboral, marzo de 2000, T. XIV, Nro. 175, págs. 181 y sigs.

adaptando la jornada de trabajo a la nueva distancia que debería recorrer el trabajador, es decir, si ninguna afectación le provocará al dependiente el cambio en cuestión, éste no podrá alegar un ejercicio abusivo del ius variandi, ya que su contrato individual se ha perfeccionado con esta condición de un futuro traslado y se ha salvaguardado debidamente el principio de "indemnidad".

Por otra parte, si las características de la actividad que se va a cumplir, implican necesariamente cambios continuos del lugar de trabajo o de los horarios, por ejemplo si se tratara de un trabajador que ingresa a una empresa que brinda servicios de vigilancia a terceras empresas, la aceptación al ingreso de una cláusula por la cual se prevén futuras modificaciones del tipo de las referidas, no podría objetarse en la medida en que dichos cambios se efectuaran en razón de la funcionalidad de la actividad empresarial y respetándose el principio de indemnidad, ya que se trataría del normal cumplimiento del contrato individual, a excepción de que no existiera un reajuste de las prestaciones, es decir, que se le ocasionara un perjuicio concreto al trabajador sin compensación por la empresa.

Por último, distinta es la situación por la cual en la solicitud de ingreso o en el reglamento interno de la empresa se establece una aceptación de futuros cambios en las condiciones de trabajo, sin determinación alguna del tipo de modificaciones o las razones por las cuales ellas se podrían implementar, la aceptación de dicha cláusula por parte del trabajador, no sería válida pues se trataría de una renuncia anticipada a futuros derechos que podrían derivarse del ejercicio abusivo del ius variandi. En este punto los arts. 7, 12 y 13 de la L.C.T. resultan de plena aplicación y son sumamente claros en cuanto a la nulidad de los pactos celebrados en tal sentido.

XV. LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR Y LAS NORMAS QUE LA TUTELAN. LAS REBAJAS REMUNERATORIAS⁸⁵.

Entre las condiciones esenciales del contrato de trabajo cuya modificación unilateral por parte del empleador veda el art. 66 L.C.T. encontramos la "remuneración", la que por lo demás constituye un instituto fundamental y sumamente sensible del Derecho del Trabajo, al punto que ha merecido tratamiento y protección especial por parte de la normativa laboral proveniente de los diferentes rangos del ordenamiento jerárquico.

Así, el art. 14 Bis de la Constitución Nacional se refiere a la remuneración en varias de sus cláusulas y lo hace de la siguiente forma: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que le asegurarán: condiciones dignas y equitativas de labor; ... retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección; ...".

En tanto que entre los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional encontramos diversas disposiciones que buscan tutelar especialmente a la remuneración. Por ejemplo, el art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁶, el art. 23 incs. 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁷, los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁸, el art. 5 de la

⁸⁵ DOBARRO, Viviana Mariel, "Reflexiones sobre las modificaciones...", op. cit.

⁸⁶ Art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre "... Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia".

⁸⁷ Del art. 23 incs. 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, surge que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

⁸⁸ Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "...el derecho a trabajar ... comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado..."

Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸⁹ y el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁰; normas que hacen hincapié en la vinculación entre la retribución del trabajo y las condiciones dignas de labor, en los principios de igual retribución por trabajo de igual valor y de remuneración equitativa y en la estrecha relación existente entre el salario y la protección de la familia.

En el ámbito de la O.I.T. poseen gran relevancia los Convenios Nro. 95 sobre la protección del salario y Nro. 111 sobre igualdad en materia remuneratoria.

La Ley de Contrato de Trabajo, en los arts. 103 a 149, se dedica al tema de la remuneración: la define como la contraprestación que percibe el trabajador por haber puesto a disposición su fuerza de trabajo y consagra una serie de pautas vinculadas con la presunción de onerosidad de las tareas y los principios de integralidad, intangibilidad, inembargabilidad, no compensación o no retención, libre disponibilidad y pago oportuno.

Asimismo, se faculta al juez a determinar el monto del salario en aquellos supuestos en que no exista convención colectiva o acto emanado de la autoridad administrativa que lo establezca, ni acuerdo de parte, a cuyo fin debe atender a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan, al esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos.

Por otra parte, se estipulan normas muy precisas respecto de las formalidades que debe revestir el pago de la remuneración, de la forma en que el empleador puede probar su pago y de las pautas que deben seguirse en materia de registración del contrato de trabajo (y entre otros datos la remuneración), todo ello con un claro propósito antifraude y antievasión; disposiciones de la L.C.T. que deben complementarse con las de la ley 24.013, 25.323 y 25.345 que establecen importantes sanciones para el empleador que incumple con sus obligaciones registrales y ante los organismos de seguridad social.

En definitiva, existe en nuestro sistema un importante plexo normativo que busca proteger la remuneración del trabajador por tratarse de la contraprestación que percibe en el marco de un contrato de trabajo, por su neto corte alimentario y por la fundamental incidencia que tiene con la protección de la familia del dependiente y con las condiciones dignas y equitativas de labor, pues nadie duda de la importancia que tiene en lo relativo a la plena realización del trabajador y a la revalorización de su dignidad. Ello sin perjuicio de que los datos de la realidad demuestran que se trata de uno de los institutos más sensibles del derecho del trabajo y, por lo tanto, más expuesto a situaciones abusivas o de explotación -tal el caso de las modificaciones unilateralmente dispuestas por el empleador-, lo que se incrementa notablemente -como ya hemos dicho- cuando la crisis económica y social, así como los índices de desempleo y subempleo aumentan notoriamente y, en consecuencia, se hace necesario una mayor estrictez o reforzamiento de los mecanismos de tutela en el afán de compensar de alguna manera la natural desproporción en el poder de negociación de uno y otro sujeto de la relación laboral.

El principio protectorio, es decir, la obligación de proteger a través de las leyes, el trabajo en sus diversas formas, tiene jerarquía constitucional (art. 14 Bis C.N.) y los ya citados arts. 42, 43, 75 incs. 17,19 y 23 han delineado un rol o

igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; ...".

⁸⁹ Art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial "... los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: ... e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria...".

⁹⁰ Art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular ... d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo...".

modelo estatal claramente identificable con el que la doctrina y otros textos constitucionales extranjeros –por ej. el español- han dado en llamar un “Estado Social de Derecho”, tal como lo señalamos en anteriores párrafos. Pautas similares rigen en los ordenamientos constitucionales provinciales, entre ellos, podemos citar los arts. 36 y 39 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. y debemos agregar que la última norma mencionada ha receptado el principio de progresividad.

Por otra parte, en razón de los caracteres del contrato de trabajo (bilateralidad, tracto sucesivo, onerosidad, conmutativo, de cambio, entre otros) unilateralmente hay una cantidad de condiciones de trabajo (las que conforman el núcleo esencial del contrato) que no pueden modificarse, so pena de incurrir en ejercicio abusivo del ius variandi. En tanto que, por acuerdo de partes sólo serían admisibles ciertos cambios, cuando el trabajador otorgara válidamente su consentimiento y siempre que las modificaciones impliquen un reequilibrio o reajuste de las prestaciones comprometidas en el contrato de trabajo.

Ahora bien, en un contexto socio económico como el que ha imperado en la Argentina durante los últimos quince años, con niveles importantes de desocupación y subocupación y con parte importante de la población con sus relaciones laborales no registradas o defectuosamente registradas o que están ocupadas en lo que se ha dado en llamar el “sector informal de la economía”, los poderes que la normativa laboral le otorga al empleador en los arts. 64 a 69 L.C.T. (disciplinario y de organización y dirección empresarial y que tienen por límites principales la razonabilidad y funcionalidad, no causar daño ni material ni moral al dependiente y no modificar condiciones esenciales del contrato de trabajo, entre las que se encuentra el salario) se ven notablemente incrementados, por cuanto ante cualquier violación de las pautas referidas o cualquier afectación, supresión o rebaja de los derechos laborales, el dependiente ante el temor de perder el puesto de trabajo prefiere guardar silencio y no reclamar. Por ello, el silencio del trabajador ante estas modificaciones abusivas no puede interpretarse como una aceptación del cambio en cuestión, pues como alguna vez se ha dicho en jurisprudencia “nadie en su sano juicio aceptaría una rebaja en sus derechos a cambio de nada”, vale decir, cuando el dependiente se ve expuesto a este tipo de modificaciones no tiene más alternativa que guardar silencio y, en consecuencia, esta actitud no puede ser entendida como una manifestación de consentimiento en el sentido de aceptar el cambio (por carecer de libertad el dependiente).

Estas pautas deben conjugarse con la especial protección que al salario le dan las normas legales y constitucionales, vinculadas con el carácter alimentario que tiene para el trabajador su remuneración. No se puede obviar que la prestación que compromete el dependiente en el marco de un contrato de trabajo es su fuerza de trabajo, percibiendo a cambio la remuneración -la que por el principio de ajenidad del riesgo empresarial e indemnidad del trabajador debe estar ajena al éxito de la actividad empresarial-. Ello, sumado al neto corte alimentario que la remuneración tiene para el dependiente y su núcleo familiar, justifica los recaudos que toma la normativa laboral con el objeto de protegerla.

El salario, además, debe reunir las notas de justo, integral e intangible, según las disposiciones constitucionales y legales vigentes. Por lo que, cualquier modificación en las condiciones esenciales del contrato de trabajo y, en especial, las rebajas de la remuneración, independientemente de la forma en que pretendan justificarse y más aún cuando son propiciadas desde el Estado en su rol de empleador, deben ser sancionadas por contrariar los principios generales que rigen la materia, en especial la protección del trabajo en sus diversas formas, la protección especial de la familia y el aseguramiento de condiciones dignas y equitativas de labor; todo lo cual constituye una obligación ineludible para el Estado argentino de conformidad con el programa constitucional.

XVI. CONCLUSIONES.

A esta altura, pocas consideraciones pueden efectuarse, sino recordar lo que hemos señalado al inicio de estas notas respecto a que no se ha pretendido analizar íntegramente la materia, sino que sólo nos hemos referido a sus orígenes, a efectos de poner de relieve la finalidad perseguida.

Asimismo, hemos reseñado los principios generales y fuentes del derecho del trabajo, así como los principales institutos de la materia, tal el caso del orden público laboral, sus caracteres, las notas típicas del contrato de trabajo, los sujetos que lo celebran, su objeto, los derechos y obligaciones de las partes contratantes y, en especial, los límites a las facultades del empleador.

Pues bien, queremos cerrar estas notas haciendo propias palabras que recientemente ha vertido nuestro más alto tribunal al sostener, en el caso "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido", 14/09/04, que:

"... el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe 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..."

XVII. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

- Caubet, Amanda B., "Trabajo y seguridad social", Ed. Errepar, Bs. As. 2002.
- Etala, Carlos Alberto, Contrato de trabajo, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1999.
- Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda B., "Leyes fundamentales del trabajo", Ed. Joaquín Fernández Madrid, 7ª. edición, Bs. As., 2003.
- Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado práctico de derecho del trabajo", Ed. La Ley, Tomos I y II, Bs. As., 2000 y 2001.
- Grisolia, Julio Armando, "Manual de Derecho Laboral", Lexis Nexis, Bs. As., 2004.