"LA REFORMA LABORAL APROBADA POR LA DENOMINADA LEY DE BASES, ES REGRESIVA Y CONSAGRA UN ORDEN SOCIAL INJUSTO Y CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL"

ENTREVISTA AL DR. HÉCTOR PEDRO RECALDE[1]

Por Pablo Perel y Lucía Colombo

— Muchas gracias, Dr. Héctor Recalde, por acompañarnos en este tercer número de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste. En esta oportunidad, la temática que nos convoca es la conmemoración de los treinta años de la reforma constitucional de 1994. En ese marco, nos interesaría contar con una reflexión suya respecto a este hecho histórico que reforzó –con la inclusión del artículo 36 y otros tantos– la

[1] Abogado (Universidad de Buenos Aires). Fue profesor titular por concurso de la cátedra de Derecho en el CBC, adjunto en la cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y titular por concurso en la cátedra de Derecho Administrativo del Trabajo (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Se desempeñó como presidente de la Comisión de Derecho del Trabajo de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, y como miembro del Consejo Consultor de la Asociación de Abogados Laboralistas. Fue abogado de la Confederación General del Trabajo y asesor letrado de diversas organizaciones sindicales. Más tarde se desempeñó como jefe de asesores letrados de la Confederación General del Trabajo. Diputado de la nación por la provincia de Buenos Aires por dos periodos. Actualmente se desempeña como consejero del Consejo de la Magistratura de la Nación, presidiendo la comisión de disciplina.

defensa de la democracia a diez años de su recuperación.

— Gracias a ustedes por la invitación. Siempre es un placer conversar y compartir experiencias con una universidad pública, gratuita y de calidad. Felicito a la Universidad y a los directores de la revista, porque es fundamental la producción del conocimiento desde el espacio público.

La reforma constitucional de 1994 tuvo varias implicancias. Por un lado, ha tenido zonas grises. Es una reforma que tiene un contexto y un marco temporal que es la década del noventa. Una década tomada por la mutilación de las capacidades estatales y la expansión del capital transnacional. Una década de retroceso de los derechos sociales. En ese sentido, podemos mencionar algunos temas críticos de la reforma: la provincialización de los recursos del suelo y subsuelo, la mala implementación de un sistema eficiente de coparticipación de impuestos, entre otros.

Sin embargo, rescatando lo más valioso, tenemos la dimensión institucional. Reformas como la creación del Consejo de la Magistratura para la selección y remoción de jueces; la organización de los fiscales y defensores en el Ministerio Público, con autonomía funcional y jerarquía constitucional; la creación de la Auditoría General de la Nación como órgano de control externo del sector público, en el ámbito del Congreso; la creación de la Defensoría del Pueblo; el tercer senador por la minoría; la creación de la figura del jefe de gabinete; la eliminación del colegio electoral y el sistema de elección directa; la institución de la segunda vuelta en la elección presidencial; la reducción del mandato presidencial a cuatro años y la posibilidad de reelección; la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En fin, estos son solo algunos de los institutos incorporados o modificados en la reforma.

En este capítulo también encontramos los nuevos derechos y garantías que vienen a fortalecer el sistema democrático. Esto tiene un valor sustancial por la historia de interrupción constitucional que ha sufrido nuestro país.

En otro orden, podemos hablar de la dimensión liberal en tanto reconocimiento de los derechos individuales. Ahí contamos con la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incorporaron el principio de progresividad; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); o la Convención sobre los Derechos del Niño, han constituido un avance decisivo en el posicionamiento de la Argentina en el derecho internacional de los derechos humanos.

Aquí también contamos con un mandato constitucional pocas veces explorado, que es el del artículo 75 inciso 19 de la reforma. La Constitución habla de progreso con justicia

social, y esto tiene que ser un faro para los operadores jurídicos y una referencia ineludible para el Gobierno nacional actual, que aborrece el concepto de justicia social.

En ese mismo plano tenemos los nuevos derechos humanos. Y en esta dirección, los derechos de usuarios y consumidores o los derechos de protección del medioambiente, la consagración de la acción de amparo, el habeas data y el habeas corpus.

— En aquella ocasión se incorporaron diez tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ¿Cuál es su opinión en relación con el principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales?

— La importancia que ha tenido la incorporación del PIDESC a nuestro sistema jurídico sin duda merece una especial reflexión. En particular, en lo que refiere al principio de progresividad, establecido explícitamente en su artículo 2°, que instituye la obligación de cada Estado de adoptar todas las medidas que se encuentren a su alcance con el objeto de lograr la protección y ampliación de los derechos humanos en pos de obtener su plena efectividad. Este principio impacta directamente en el orden público laboral, y garantiza que las y los trabajadores obtengan cada vez más mayores beneficios; y que, una vez que estos fueron adquiridos, se conviertan en obligatorios e inderogables. Es una barrera que tiende a proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral.

Y aquí quisiera hacer mención de algunas previsiones de la reforma laboral de la Ley de Bases, que no hacen ni más ni menos que avanzar ilegítimamente sobre derechos adquiridos de la clase trabajadora. En estos casos, las y los jueces que tengan a su cargo la resolución de planteos judiciales sobre estas cuestiones deberán realizar un test de constitucionalidad.

Dicha ley a todas luces resulta inconstitucional e inconvencional, toda vez que no solo viola el principio de progresividad sino de un sinnúmero de derechos garantizados por la Constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos del artículo 75 inciso 22 de la misma.

— En el marco de un análisis constitucional, ¿cuál es su posición acerca de la reciente reforma laboral?

— Bueno, en este tema les pido me concedan la posibilidad de extenderme, atento a la vastedad de derechos que destruye o deteriora la Ley de Bases.

Existe una concreta pretensión de implementar medidas regresivas que reduzcan los derechos de los trabajadores, lo cual contradice tratados internacionales, infringe el artículo 14 bis de la Constitución nacional y niega las cláusulas de desarrollo y progreso económico con justicia social establecidas en los incisos 19 y 23 del artículo 75 de la misma

Constitución, que obligan al Congreso a legislar y promover acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La interpretación del artículo 14 bis de la Constitución nacional y de las normas que en su consecuencia se dicten debe respetar el contenido social de la Constitución, complementado por los tratados internacionales de derechos humanos. En el contexto actual, es esencial interpretar la Constitución y los tratados internacionales de manera que no se vuelvan ineficaces o inoperantes.

La reforma laboral regresiva aprobada mediante la llamada Ley de Bases establece un orden social injusto en el ámbito laboral, contrario a la Constitución nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos, que exigen el respeto a la dignidad de los trabajadores.

En primer lugar, lejos de su objetivo declarado, esta ley incentiva el empleo no registrado y beneficia a los empleadores que no cumplen con la normativa, eximiéndolos de responsabilidad penal y perdonándoles las infracciones, multas y sanciones por empleo no registrado. Además, suprime las multas establecidas por la Ley 24.013 para casos de empleo no registrado o deficientemente registrado, que favorecen a los trabajadores. Medidas como estas solo aumentarán la ya elevada informalidad laboral, ya que la posibilidad de imponer multas actúa como un disuasivo para los empleadores.

Además, la reforma facilitará el fraude en las relaciones laborales, ya que desarticula la previsión de la Ley de Contrato de Trabajo que establece que los trabajadores contratados por un tercero para prestar servicios en otra empresa serán considerados empleados directos de la empresa usuaria. Con la nueva redacción del artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, si una gran empresa utiliza a una persona física o jurídica –a menudo insolvente– para proveerse de personal, no tendrá ninguna responsabilidad directa sobre esa relación laboral, sino que solo será responsable solidaria

Una de las modificaciones más evidentes –aunque no por ello ingenua– es la autorización para contratar hasta tres trabajadores sin registrar, bajo la figura de "colaborador", en el contexto de un emprendimiento productivo. Para evitar confusiones, la norma especifica que este régimen se basará en una relación autónoma, sin vínculo de dependencia entre los colaboradores y las personas que contraten sus servicios u obras.

Aunque es loable ofrecer facilidades a los emprendedores, la lógica indica que cuando un emprendedor necesita tres trabajadores para desarrollar su negocio se convierte en un empresario común y corriente, según la Ley de Contrato de Trabajo. La modificación busca desmantelar el sistema de protección del derecho laboral, fundamentado en el artículo 14 bis de la Constitución y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional. El sistema de protección laboral es de orden público, lo que significa que no

puede ser reemplazado por la voluntad de las partes del contrato. La definición de contrato de trabajo es clara: existe siempre que una persona se compromete a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios para otra, bajo su dependencia y a cambio de una remuneración. Se da prioridad a la verdad material sobre cualquier acuerdo entre las partes. Además, la Ley de Contrato de Trabajo establece que las cláusulas del contrato, en cuanto a forma y condiciones de la prestación, están sujetas a disposiciones de orden público (art. 21).

Además, se considera nulo cualquier contrato en el que las partes actúen con simulación o fraude a la ley laboral, ya sea aparentando normas contractuales no laborales o mediante la interposición de personas. En tales casos, la relación se regirá por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 14).

En resumen, la figura del colaborador sin relación de dependencia introducida en la Ley de Contrato de Trabajo contradice todo el sistema de protección laboral y el orden público, y solo legitima el fraude. Esta figura es tan legalmente insostenible que no sería sorprendente que el Poder Judicial la declare inconstitucional en breve. Esta es la verdadera inseguridad jurídica que el sector empleador tendrá que enfrentar.

Bajo el pretexto de "aumentar el empleo", se introduce un período de prueba excesivamente largo, que puede durar de seis meses a un año. Esto significa que, si el empleador termina el contrato durante este período, no tendrá que pagar indemnización por antigüedad. De esta manera, se vulnera el derecho a la protección contra el despido arbitrario que garantiza la Constitución y se facilita la contratación continua de trabajadores bajo la modalidad de período de prueba para cubrir puestos con necesidades permanentes.

El nuevo período de prueba impactará la estabilidad de los trabajadores, ya que solo después de seis, ocho o doce meses podrán acceder a los mismos derechos que tienen los empleados permanentes.

En cuanto al despido discriminatorio, se introduce una nueva forma de discriminación hacia los trabajadores, ya que se les exige probar el acto discriminatorio cuando alegan que un despido tuvo connotaciones discriminatorias. Igualmente se tarifa una miserable indemnización mínima por el daño causado. En efecto, los actos discriminatorios suelen tener lugar de manera solapada y a veces a modo de sanciones encubiertas. Además, los testigos de estas situaciones rara vez quieren declarar contra el empleador por miedo a represalias. La reforma ignora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo "Pellicori c. CPACF") y obstaculiza a los trabajadores en el ejercicio de derechos consagrados por normas como la Ley 23.592, el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo y la CEDAW, entre otros.

Por otra parte, la Ley de Bases intenta instituir a través de la autonomía colectiva la sustitución de la indemnización por antigüedad por un fondo o sistema de cese laboral, habilitando la posibilidad de contratar un sistema privado a su costo, a fin de solventar la in-

demnización. Como manifesté en anteriores oportunidades, los intentos por desconocer la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario vienen desde hace tiempo.

No obstante, en sectores como el de la construcción, donde se aplica el fondo de cese laboral, se observan elevados niveles de informalidad.

Las estadísticas oficiales indican que los sectores con mayor nivel de empleo no registrado son el trabajo en casas particulares (75 %), la construcción (67,8 %) y la agricultura y ganadería (55 %). Además, estos sectores son los que presentan los salarios más bajos.

Esto nos indica que cambiar el sistema indemnizatorio no genera empleo formal ni proporciona "certezas" al sector empresarial. Por el contrario, fomenta la evasión.

La implementación de estas figuras, en comparación con la indemnización por despido vigente, violaría el derecho de propiedad de los trabajadores (art. 17, CN), el derecho a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, CN) y el principio de progresividad y no regresividad que nos compromete como país (art. 75, inc. 23, CN).

La compensación no solo sería menor –ya que se pagaría por unos pocos meses, por ejemplo, hasta que se consiga un nuevo empleo–, sino que el monto se abonaría en cuotas y no como un pago único, privando al trabajador/acreedor de su disponibilidad. En conclusión, no se puede permitir un avance inconstitucional del Poder Legislativo. La Constitución nacional y los tratados internacionales que nos obligan como país no son neutros y deben ser respetados.

— Con respecto a la incorporación del Consejo de la Magistratura en el proceso de designación de aspirantes a la magistratura, y teniendo en consideración su desempeño actual como consejero de dicho organismo, nos interesaría conocer el balance que le merece el funcionamiento del organismo en estos últimos años.

— Bueno, en la actual composición del Consejo, que tiene veinte miembros luego de un fallo insólito en términos jurídicos, en donde se declaró inconstitucional la Ley 26.080 y se repuso una ley derogada de la década del noventa, yo soy uno de los representantes del estamento de los abogados y las abogadas de todo el país. En ese carácter, considero que la creación del Consejo ha significado un avance institucional en la designación de los jueces federales, teniendo en cuenta que, previo a la reforma del 94, los magistrados eran designados sin concurso.

Ahora bien, parte del problema del Consejo de la Magistratura se arrastra desde aquel entonces, toda vez que el convencional constituyente no definió con claridad qué significa el equilibrio de la representación de cada estamento, conforme lo prescribe el artículo 114 de la Constitución nacional. Las prioridades del Consejo de la Magistratura deben ser: la cobertura eficiente de las vacantes, la transparencia en el manejo de los recursos

del Poder Judicial, el acceso de la ciudadanía a la información pública que produce el Consejo y el poder disciplinario sobre magistrados y magistradas que no cumplen su función con rectitud.

— ¿Cuáles considera que son los desafíos actuales en la designación de magistrados y magistradas nacionales?

— Principalmente, la cobertura rápida de las vacantes. La demora en la cobertura viola el principio de juez natural, ahoga al estado de derecho y perjudica la imagen y credibilidad del Poder Judicial.

Naturalmente, los cuerpos colegiados requieren edificar consensos para avanzar en los objetivos, y eso es una tarea que demanda principalmente tiempo. Asimismo, el Consejo debe fortalecer la Justicia federal con asiento en las provincias, fundamentalmente donde se persigue el delito complejo, como el narcotráfico. Por ello trabajamos.

— Estimado Dr. Recalde, ha sido un placer escucharlo sobre estas temáticas actuales que preocupan e interpelan directamente a repensarlas en un marco de respeto por los derechos humanos. Muchas gracias.

— El placer ha sido mío, y lo será siempre el compartir espacios de reflexión en el ámbito de la universidad pública y gratuita. Les agradezco a ambos, y en su persona a todo el equipo de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste.