



INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Director de la Sección: **Académico Daniel Funes de Rioja**

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LOS 50 AÑOS DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Carlos Aldao Zapiola - Leonardo J. Ambesi - Marcelo G. Aquino
Esteban Carcavallo - Graciela E. Cipolletta - Mario S. Fera
Daniel Funes de Rioja - Pablo Barbieri - Graciela A. González
Liliana Hebe Litterio - Osvaldo A. Maddaloni - Silvia E. Pinto Varela
José María Podestá - Carlos Pose - Diego J. Tula



INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Director de la Sección: **Académico Daniel Funes de Rioja**

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LOS 50 AÑOS DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Carlos Aldao Zapiola - Leonardo J. Ambesi - Marcelo G. Aquino
Esteban Carcavallo - Graciela E. Cipolletta - Mario S. Fera
Daniel Funes de Rioja - Pablo Barbieri - Graciela A. González
Liliana Hebe Litterio - Osvaldo A. Maddaloni - Silvia E. Pinto Varela
José María Podestá - Carlos Pose - Diego J. Tula

LA LEY

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Estudios en homenaje a los 50 años de la Ley de Contrato de Trabajo -
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2025.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-03-5027-9

1. Derecho. I. Título.
CDD 344.01

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA EN EL AÑO 2024
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 62.

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer.
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino.
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino. Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.- *Código Civil y Comercial.*
- 17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*
- 18.- *Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*
- 19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*
- 20.- *Las nuevas tecnologías y el derecho.*
- 21.- *Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas.*
- 22.- *Estudios sobre la Persona Humana en homenaje al Académico Guillermo A. Borda (en recuerdo de los 20 años de su fallecimiento y de su última obra con el mismo título que dirigió).*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.- *Estudios de Derecho Civil.*
- 2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*
- 3.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*
- 4.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2022.*
- 5.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2024.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*
- *Estudios de Derecho Empresarial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*
- *El derecho procesal, hoy y mañana.*
- *El complejo recorrido del derecho procesal en el siglo XXI.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*
- *Temas de Derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social*
- *Estudios en homenaje a los 50 años de la Ley de Contrato de Trabajo.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Vicepresidente

Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Secretarios

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

Académica Dra. María Elsa Uzal

Tesorero

Académico Dr. Alejandro Borda

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Vocales

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018
Dr. Alejandro Borda	Lisandro Segovia	9 diciembre 2021
Dra. Frida Armas Pfrtner	Manuel Quintana	9 diciembre 2021
Dra. María Elsa Uzal	Félix Gregorio Frías	11 agosto 2022

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Alberto Rodríguez Varela	10 octubre 2024
Dr. Jaime Luis Anaya	14 noviembre 2024

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019
Dr. Ricardo Rivero Ortega	España	12 agosto 2021
Dr. Augusto Durán Martínez	Uruguay	25 agosto 2022

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022
Dr. Juan Carlos Cassagne	2022/2025
Dr. Alberto B. Bianchi	2025/2028

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Juan Agustín García
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Juan Álvarez Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dra. Margarita Argúas	Dr. Roberto Guyer
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Gregorio Badeni	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Juan A. Biliboni	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Hilario Largaúa
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Ricardo Levene
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Mario Justo López
Dr. Adolfo Bioy	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Ernesto Bosch Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos O. Bunge Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Francisco Canale	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Hugo Caminos	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José O. Casás	Dr. José N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. José Luis Murature
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Manuel María Diez	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Luis M. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Adolfo Orma
Dr. Enrique M. Falcón	Dr. Julio César Otaegui
Dr. Horacio P. Fargosi	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Lino E. Palacio
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Jesús H. Paz
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. Federico Pinedo
Dr. Horacio A. García Belsunce	Dr. Norberto Piñero

Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas

Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Victor Tau Anzoátegui
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

Prólogo POR OSVALDO A. MADDALONI Y DANIEL FUNES DE RIOJA	1
Jornada de trabajo en la normativa legal y convencional POR CARLOS ALDAO ZAPIOLA	3
Técnica y tecnología. Su tratamiento desde la Ley de Contrato de Trabajo hasta nuestros días POR LEONARDO J. AMBESI	49
El reconocimiento de antigüedad en la Ley de Contrato de Trabajo como herramienta de retención a la luz de la realidad actual POR MARCELO G. AQUINO	69
Reflexiones en torno a la Ley de Contrato de Trabajo a cincuenta años de su vigencia POR ESTEBAN CARCAVALLO	89
La participación del empleador en la construcción colectiva de la seguridad social (art. 79 ley 20.744) POR GRACIELA E. CIPOLLETTA.....	115
La Ley de Contrato de Trabajo como reglamentación del mandato constitucional de protección del trabajo. Actualidad y perspectivas POR MARIO S. FERA	141
El <i>ius variandi</i> . Perspectivas futuras y su evolución en el derecho argentino POR DANIEL FUNES DE RIOJA Y PABLO BARBIERI	157
Trabajo de mujeres en la Ley de Contrato de Trabajo POR GRACIELA A. GONZÁLEZ.....	191
Lo de siempre y lo de ahora. El trabajo infantil y adolescente 50 años después de la LCT POR LILIANA HEBE LITTERIO	225

Las sanciones por razones disciplinarias POR OSVALDO A. MADDALONI.....	277
El salario en la Ley de Contrato de Trabajo, a cincuenta años de su dictado POR SILVIA E. PINTO VARELA	295
Los estatutos, leyes especiales generales del trabajo y la Ley de Contrato de Trabajo a 50 años de su vigencia POR JOSÉ MARÍA PODESTÁ	317
La protección del salario del trabajador frente al fenómeno de la desvalorización monetaria POR CARLOS POSE	351
Familia y matrimonio: Reflexiones en torno a la LCT y su 50° aniversario POR DIEGO J. TULA	381

PRÓLOGO

La Ley de Contrato de Trabajo sancionada en 1974 —y no obstante las modificaciones introducidas en 1976— supo dar respuesta a las cuestiones derivadas de las relaciones individuales del trabajo. Creó un marco normativo tendiente a regular los derechos y obligaciones de las partes integrantes del contrato de trabajo.

Sin embargo, cincuenta años son muchos para cualquier ley, por lo que en el caso particular de la LCT es de lamentar que no haya existido una reforma integral que guardara relación con los avances tecnológicos sucedidos en estos años. Cabe destacar, por ejemplo, que internet era en 1974 y lo fue durante varios años más, algo totalmente desconocido para el gran público, así como la digitalización, la inteligencia artificial, y la velocidad e intensidad del cambio tecnológico.

De todos modos, el reconocimiento que se ofrece a través de este libro resulta plenamente válido ya que en su momento esta ley se convirtió en relevante para las relaciones laborales.

Los autores que han participado de este libro representan un amplio espectro dentro del derecho del trabajo ya que se trata de profesionales de la abogacía, magistrados y exmagistrados del trabajo. Los temas puestos a consideración han sido elegidos por cada uno de ellos y resultan de lo más variados, lo que torna este libro en una valiosa herramienta para el desarrollo profesional de los laboristas, con visiones que permiten completar el amplio arco de enfoques y posiciones en la materia.

Invitamos pues a los lectores a utilizar estos trabajos tanto para investigación como para el ejercicio profesional.

Dr. Osvaldo A. Maddaloni
Secretario del Instituto
del Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

Dr. Daniel Funes de Rioja
Académico director del
Instituto de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

JORNADA DE TRABAJO EN LA NORMATIVA LEGAL Y CONVENCIONAL

POR CARLOS ALDAO ZAPIOLA

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En el decir de Víctor Sureda Graells, “varios institutos componen el concepto de dignificación del trabajo, pero, sin duda alguna, los fundamentales son el salario o remuneración justa y la reducción de jornada a límites razonables, con su consecuente régimen de descansos diarios, semanales o anuales (vacaciones)” ⁽¹⁾.

Coincidentemente, Hugo Carcavallo señala que “[l]a jornada y la remuneración atañen a las dos prestaciones esenciales del contrato de trabajo y, por ende, son las dos ‘condiciones’ principales de dicho contrato” ⁽²⁾.

Por su parte, Antonio Vázquez Vialard ha indicado que, bajo el régimen de la prestación laboral

Se suele designar con esta denominación el conjunto de normas que se refieren a los aspectos de la relación vinculados con los horarios de trabajo, pausas (diarias, semanales, anuales), condiciones ambientales y a las vinculadas por la labor desarrollada por las mujeres y los menores que tienen un régimen especial ⁽³⁾.

(1) SUREDA GRAELLS, Víctor, “La jornada de trabajo” en DEVEALI, Mario, *Tratado de derecho del trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1972, Tomo II, p. 9.

(2) CARCAVALLO, Hugo, “Condiciones de trabajo (Tiempo posible de trabajo)” en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo IV, p. 1.

(3) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1981, Tomo I, p. 283.

Adicionalmente, Miguel Pirolo y Cecilia Murray indican las “Causas que originan la necesidad de fijar un límite a la jornada de trabajo” y los “Antecedentes históricos del tema” (4). Cabe agregar que Pirolo elaboró otra contribución en la obra de Jorge Rodríguez Mancini, titulada *Derecho del trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*, donde desarrolló los siguientes temas: “Jornada de trabajo”; “Descanso diario y semanal”; “Descanso anual”; “Licencias especiales”; y “Feriados” (5).

Según Julián de Diego:

El tiempo de trabajo es uno de los institutos más importantes del derecho individual del trabajo, y uno de los ejes del conflicto entre el trabajador y el empleador.

No solo comprende la extensión del tiempo de trabajo, sino que es la contrapartida de los descansos y, por ende, contrapone la calidad de vida en general frente a la fatiga, la calidad de vida en el trabajo contra las necesidades de la producción y los requerimientos de los clientes, y es la base de medición del salario en conflicto con los costos y la competitividad de las empresas (6).

Otras colaboraciones al tema que nos ocupan son las de Mario Zuretti (h) bajo los títulos “De la duración del trabajo y descanso semanal” y “Jornada de trabajo”. Esto, siguiendo el orden de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), se complementa por otros aspectos; tales como: “Vacaciones y otras licencias”; “Feriados obligatorios y días no laborables”; “Trabajo de mujeres y menores”; y “De la duración del trabajo y descanso semanal” (7).

También es importante el aporte que Julio Grisolia hace al tema. En su tratado, no solo define la jornada, sino que señala y clasifica las exclusiones al régimen general, la función de los Convenios Colectivos de Trabajo (CCT) al respecto, una visión del derecho comparado —que se rela-

(4) PIROLO, Miguel y MURRAY, Cecilia, “Jornada de trabajo. Pausas y descansos” en ACKERMAN, Mario, *Tratado de derecho del trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, Tomo III, p. 585.

(5) PIROLO, Miguel, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derecho del trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*, Astrea, Buenos Aires, 2010, Tomo I, p. 547 a 646.

(6) DE DIEGO, Julián, *Tratado de derecho del trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 5.

(7) ZURETTI, Mario (h) en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo III, p. 529 a 955.

ción con otra de sus obras coescrita con Eleonora Peliza ⁽⁸⁾— y agrega, entre muchos otros temas, los orígenes y la evolución de la duración de la jornada ⁽⁹⁾. De la combinación de ambas publicaciones, surge el derecho comparado de los siguientes países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Con el *contenido* de lo referido hasta acá, se pueden obtener algunas conclusiones preliminares y algún disparador, a modo de interrogante a considerar, entre varios otros que no, por no señalarse, dejan de ser importantes.

Las tres principales conclusiones son las siguientes:

Primero: la jornada de trabajo constituye un instituto clave en cualquier Sistema de Relaciones Laborales (SRRL) y, por tanto, en el marco normativo que la regula; sea que se trate del ámbito supranacional, nacional —a través del derecho de fondo— o de convencional —mediante los CCT—.

Segundo: no se puede abordar el tema de la jornada sin considerar, en paralelo, los descansos. En tal sentido, algunos autores han sostenido, respecto de la duración de un día de 24 horas, que este se debería distribuir en, aproximadamente, tres períodos: un tercio de trabajo; un tercio de descanso; y un tercio de esparcimiento ⁽¹⁰⁾. Estas divisiones difieren, por una parte, si se considera la jornada laboral diurna —con el descanso entre jornada y jornada—, la semanal —con el descanso hebdomadario— y la anual —en donde se registran vacaciones, feriados y días no laborables y licencias especiales— y, por otra parte, teniendo en cuenta la fuente que las regula: el derecho de fondo, los CCT que, específicamente, se aplican al caso concreto y el contrato individual de trabajo. En el supuesto de los CCT, por ejemplo, se agregan o se extienden licencias y, a veces, las vacaciones no se contabilizan en días corridos, sino que en días hábiles. Todos estos ejemplos pueden modificar la ecuación antes señalada de los tres tercios.

Tercero: resulta indiscutible que, desde fines del siglo XVIII y principios del XIX, ha existido una marcada tendencia a reducir la jornada efectiva de labor; cualquiera se la forma en la que se manifieste.

(8) GRISOLIA, Julio y PELIZA, Eleonora, Régimen de Jornada y Descansos en América Latina, Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, 2008.

(9) GRISOLIA, Julio, *Tratado de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, Tomo III, p. 2320 a 2555.

(10) DE DIEGO, Julián, *Jornada de trabajo y descansos*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 2.

Existen, al menos, dos cuestiones que, pareciera, deberían explorarse.

Primera cuestión: la relativa a los modelos del SRRL. Este, sobre la base de la combinación de las dos variables principales que constituyen las fuentes normativas —la heterónoma y la autónoma colectiva— muestra tres arquetipos básicos: 1) profusa legislación de fondo y escasa normativa convencional —CCT—; 2) escueta legislación de fondo y amplia normativa convencional; y 3) una superabundancia en la que se superpone la amplitud de ambas fuentes.

Cabe decirse en este punto, como veremos más adelante en ocasión de mencionar las principales fuentes normativas del instituto que nos ocupa, que, más allá de la autonomía colectiva, no hay que olvidar, en el decir de Adrián Goldin, la “autonomía individual”. Así, el autor señala que “...el sistema de fuentes será del modo que sean los espacios que deje la ley para el ejercicio de la autonomía colectiva y de la autonomía individual” ⁽¹¹⁾.

Nuestra opinión: en el caso argentino, parecería darse el tercer modelo. Sin embargo, el segundo es el que resulta más apto, pues posibilita una mayor adecuación a las dinámicas particulares que caracterizan las situaciones concretas. A su vez, se puede complementar con la autonomía individual siempre que no se afecten los preceptos constitucionales.

Segunda cuestión: las jornadas, salvo las excepciones ante supuestos específicos, pueden agruparse en distintos niveles.

- *Diaria o semanal:* 8/9 horas diarias o 48 horas semanales.

- *Mensual:* está fijada en varios CCT. Así, algunos se refieren a 200 horas mensuales, mientras que otros a 173 horas mensuales —cálculo este último que surge de considerar todos los días hábiles de un año, a razón de 8 horas diarias y cinco días a la semana, y dividirlo por los 12 meses del año; considerando un período de 4 años para incluir un año bisiesto—.

- *Anual:* el total de los días de trabajo del año restándole las vacaciones, feriados y licencias especiales estipuladas por la LCT, por otras leyes —previstas para casos especiales— y por los CCT.

- *Total de vida laboral:* esta “jornada”, medida en cantidad de años, considera —dejando de lado los supuestos de autonomía de la voluntad

(11) GOLDIN, Adrián, El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 263.

que no vulneren el orden público laboral— dos variables. Esto es: la edad de los trabajadores y los años de aporte requeridos para acceder al beneficio jubilatorio. En este sentido, se relacionan los conceptos de, por un lado, “vida laboral activa” —categoría que nos ocupa en este momento— y, por otro lado, “vida postactiva”.

Lo dicho anteriormente se puede esquematizar en el cuadro que se muestra a continuación:

Tiempo de trabajo		Descanso	Prospectiva posible
Diario	8/9 horas	Mínimo 12 horas diarias	Modificación adaptativa por ley aplicable y CCT acorde
Semanal	48 horas	Hebdomadario	Modificación adaptativa por ley aplicable y CCT acorde
Mensual	173/200 horas	Resto del tiempo	Modificación adaptativa por CCT acorde
Anual	11 meses aproximadamente	Vacaciones según antigüedad en días corridos o hábiles más feriados y licencias especiales	Modificación adaptativa por CCT acorde (tiempo de otorgamiento/ fraccionamiento)
Vida laboral activa	30/35 años	Jubilación (vida postactiva)	Modificación adaptativa por ley aplicable (edad/años de aporte)

En cuanto al último nivel —“vida laboral activa”—, se prevé una extensión, tanto en la edad como en los años de aporte requeridos, para acceder al mencionado beneficio. Esto, indefectiblemente, ampliaría el “total de la vida laboral”. De no ser así, los sistemas jubilatorios de la Seguridad Social quebrarán más rápidamente. Esta afirmación se desprende de distintas investigaciones que describen el fenómeno. A continuación, se resumen dos de ellas.

La primera, en base a los trabajos realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ⁽¹²⁾, analiza la prospectiva contemplando

(12) United Nations, World Population Prospects. The 2008 Revision. Selected Tables, Ed. United Nations, New York, 2009.

el año 2050 ⁽¹³⁾. La segunda, publicada con posterioridad, contiene una previsión para el año 2100 ⁽¹⁴⁾. Si bien ambos ensayos utilizaron iguales metodologías y consideraron similares conceptos, en cada caso se analizaron diferentes universos.

El primero de dichos universos, comprendió la población mundial, en tres años distintos —1950, 2009 y 2050— y en diferentes continentes —África, América del Norte, América Latina y el Caribe, Asia, Europa, y, por último, Oceanía—, y la subdividió por grupos de edad; es decir: de 0 a 14 años, de 15 a 24, de 25 a 59, de 60 a 79 y más de 80 años. Además de contemplar la población total, tuvo en cuenta la edad promedio y la expectativa de vida en las distintas regiones.

Con estos datos, se identificaron los preactivos —de 0 a 14— y los postactivos —de 60 o más— y se los comparó con los activos —entre los 15 y 59 años— [recordemos que estas franjas etarias resultan de los estudios realizados, por la OIT, a nivel mundial]. A partir la relación existente entre la cantidad de activos por cada pasivo a nivel mundial, se ponderó, especialmente, el caso de Argentina.

También se consideraron otras variables; tales como: el empleo/desempleo, el empleo joven, la educación (continua) como factor incremental de la empleabilidad y la correlación entre la escolaridad de los padres y de los hijos según género.

De este estudio surgió que, mientras que en la Argentina del año 2009 existían 1,3636 trabajadores activos por cada pasivo, esa cifra se reduciría a 1,1963 para el año 2050.

Otras conclusiones a las que arriba este primer ensayo son las siguientes.

- La población mundial se modificará en los próximos 40 años. En línea con lo que se dijera más arriba, envejecerá —en términos generales— aumentándose la expectativa de vida y, consecuentemente, se correrá el horizonte jubilatorio, prolongándose la duración de la “vida laboral activa”.

(13) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, “Perspectivas futuras para el trabajo y el empleo” en Revista del Trabajo Nueva Época, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2010, N.º 8, p. 223 a 246.

(14) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, “La gestión de las personas en los países que conforman la Federación Interamericana de Asociaciones de Gestión Humana FIDAGH” en Gestión Humana en América Latina. Compendio de la gestión de personas en 15 países de Latinoamérica, Qualitymark, Río de Janeiro, 2013, p. 409 a 468.

- Las modalidades de trabajo se modificarán con una mayor frecuencia; haciéndose cada vez más cambiantes.

- La tecnología —con crecimiento *log-log*— demandará mayor formación y conocimiento que deberá ser actualizado con mayor rapidez.

- Las personas deberán prolongar la duración de su “vida educativa”. Aquellos que no lo hagan serán cada vez menos competitivos y, por ende, menos empleables; y, en caso de obtener trabajos, estos tenderán a ser menos productivos, más informales y más precarios.

- Los sistemas y programas educativos del mundo y de la región —la Argentina no escapa a esta tendencia— no son lo suficientemente adecuados para hacer frente a la demanda de conocimientos que requerirán las nuevas condiciones de trabajo.

La segunda de las investigaciones aludidas aborda temas semejantes a la primera. Sin embargo, su diferencia fundamental, respecto de la anterior, radica en el universo de países considerados —Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela— y en una perspectiva mayor que, como se mencionara, llega hasta el año 2100.

En ese ensayo se concluye que, al menos en la región analizada, la relación entre trabajadores activos, por cada pasivo, se deteriorará, para el año 2100, aún más que lo que oportunamente se previera para el 2050. En el caso de la Argentina: la relación sería de 1 activo —entre 15 y 59 años de edad— por cada pasivo —sumados los menores de 15 años y los mayores de 60—. Claro está que se han considerado solamente datos demográficos y no otros aspectos que, si bien contribuyen, son sumamente dificultosos de prever. Ejemplos de ello son las modificaciones en los indicadores de desempleo y de empleo informal; lo que, notablemente, altera la relación entre trabajadores aportantes y beneficiarios de los sistemas jubilatorios.

II. LA JORNADA DE TRABAJO Y SU EVOLUCIÓN

II.1. Antecedentes generales

Para considerar la evolución de la jornada de trabajo, nos resulta interesante recurrir a la obra de Juan Mugnolo ⁽¹⁵⁾.

(15) MUGNOLO, Juan, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina” en PERÁN QUESADA, Salvador (dir. y coord.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el*

Los principales hitos históricos que señala el autor son los siguientes:

- *Antigüedad:*

En la Grecia clásica, el trabajo físico —que recaía fundamentalmente en los esclavos— se calificaba como “despreciado” por no implicar “ejercicio intelectual alguno”.

En Oriente Medio “el trabajo adquiere cierto valor social, pero también religioso al punto de constituir un camino a la redención”.

- *Edad Media:*

“El ‘trabajo’ implicaba la apropiación total de lo que el hombre ponía a disposición de su amo: su físico y su tiempo”.

A partir del siglo XII, comenzaron a surgir las primeras corporaciones gremiales conformadas por rubros de trabajos y, dentro de cada uno de ellos, por aprendices, compañeros y maestros artesanos. Esto permitió el mejoramiento de algunas condiciones de labor entre las cuales figura una cierta limitación del tiempo de trabajo. Con estas bases, para el siglo XIV, surge una doble regulación laboral: trabajo forzoso y trabajo regulado.

- *Edad Moderna:*

Durante el Renacimiento se privilegia el éxito y la ganancia que influye en la organización del trabajo apareciendo la empresa como unidad de producción.

- *Edad Contemporánea:*

Ante todo, cabe mencionar el Edicto de Turgot que comenzó a plasmar el contexto de la etapa que nos ocupa en este punto.

En la Francia de 1776, A. R. J. Turgot —Auditor General designado por Luis XVI—, dio a conocer el edicto que llevó su nombre. Así pues, con el fin de “garantizar el destierro de impedimentos que entorpecieran desarrollo industrial” se decretó la “supresión de los gremios de maestros y las comunidades de comercio, artes y oficios”. Aquí el autor de marras sostiene que, en lo que específicamente se refiere al tiempo de trabajo, “el mismo venía aumentando muy lentamente en el cómputo anual vía

supresión de [días] festivos y por el crecimiento de la población urbana no supeditada a los ciclos naturales... [todo lo cual] rebasó los límites del día natural de 12 horas”.

En cuanto a la Revolución Industrial en sí, Mugnolo recuerda a Goldin, quien afirma que esta:

[N]ace... con dos características principales: el recurso a la máquina, que multiplicaba la productividad sin aumentar el número de trabajadores, y la reunión de los trabajadores en la fábrica, que permitía una mejor división del trabajo, una mejor vigilancia, la aplicación total del obrero a su tarea, y de tal modo terminaba con los elementos contraproducentes del artesanado rural...⁽¹⁶⁾.

Esas circunstancias, con el paso del tiempo, contribuyeron a la formación del movimiento sindical y, a partir de allí, a uno de sus principales reclamos: la reducción de la jornada de labor. Innumerables son las obras que abordan estos temas. A modo de ejemplo, solo se mencionan dos: la de Sidney y Beatrice Webb⁽¹⁷⁾ —publicada originalmente en 1894 y traducida al idioma ruso por Lenin y su esposa un lustro después⁽¹⁸⁾—; y la de Edward Thompson⁽¹⁹⁾. Ambas presentan una nítida ideología laborista.

- Otros antecedentes:

En Inglaterra, continúa Mugnolo:

[L]a ley fabril de 1833 [...] redujo la jornada de trabajo a 12 horas para los niños de trece a dieciocho años y [para para los mayores de 18] establecía una jornada habitual que comenzaba a las 5 y media de la mañana y acababa a las 8 y media de la noche; también prohibía el trabajo de menores de 9 años y permitía una jornada de 8 horas para los niños de 9 a 13 años. En 1844 una ley fabril también reducía la jornada de mujeres mayores de 18, a 12 horas diarias. En 1847 se logra como conquista de clase, una reducción de la jornada para mujeres y menores a 10 horas; reducción aquella que fue acompañada por una consecuente reducción salarial de entre el 10 y el 25%. Finalmente, una ley fabril de 1850

(16) GOLDIN, Adrián, *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 12.

(17) WEBB, Sidney y WEBB Beatrice, *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1990.

(18) WEBER, Herman, *Lenin*, Folio, 2003, p. 49.

(19) THOMPSON, Edward, *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Capitán Swing, Madrid, 2012.

estipulaba 12 horas a los primeros 5 días [de la semana] y 8 horas los sábados...⁽²⁰⁾.

II.2. Antecedentes particulares argentinos

En otras oportunidades —en ocasión de analizar la historia de los CCT en la Argentina— hemos aludido al caso de los tipógrafos; sociedad que, siendo creada en 1857, fuera posteriormente conocida como la “Unión Tipográfica”. Dicha entidad, el 30 de agosto de 1878, reclamó mejoras en las condiciones laborales. Esta situación, que derivó en una huelga a la que hizo referencia en su editorial del 14 de septiembre el diario *El Nacional*, culminó después de un mes de iniciada —según señala Rafael Barreda citado por Sebastián Marotta— con un acuerdo colectivo entre los empleadores y los trabajadores representados por la mencionada Unión.

Entre las cuestiones básicas contenidas en aquel convenio, corresponde señalar: el reemplazo de los trabajadores menores por mayores; la fijación de un nuevo horario de trabajo —“la jornada de trabajo [...] que por primera vez se establece en el país por contrato colectivo, quedaba reducida a diez horas en invierno y doce en verano”⁽²¹⁾—; y el incremento de sueldos⁽²²⁾.

Con aquellos antecedentes, cabe recordar que, hacia 1883 —al momento de fundarse y materializarse la construcción de la ciudad de La Plata— se produjo el “...reclamo de unos albañiles que pedían fijar un límite a la jornada laboral. Reclamaban que no superara las dieciséis horas diarias”⁽²³⁾. Recién en agosto de 1889 tuvieron lugar, en dicho ámbito, “...jornadas laborales de catorce y hasta dieciséis horas diarias, los siete días de la semana, aunque una [norma] de 1878 fijara un tope de doce horas en verano y de diez en invierno. Papel mojado que no regía para ellos, menos aún para mujeres y niños que trabajaban a la par, pero por una paga menor”⁽²⁴⁾.

Para 1901 se celebró el CCT entre el Centro de Propietarios Marmoleros y la Sociedad de Obreros Marmoleros —entró en vigencia el primero de enero de 1903— en el que, en su punto primero, se estableció que “en

(20) MUGNOLO, Juan, *op. cit.*

(21) MAROTTA, Sebastián, *El movimiento sindical argentino: su génesis y desarrollo*, Libera, Buenos Aires, 1975, p. 32.

(22) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *Breve historia de la negociación colectiva en Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 31.

(23) ALCONADA MON, Hugo, *La ciudad de las ranas*, Planeta, Buenos Aires, 2022, p.66.

(24) *Ibidem*, p. 223.

los talleres y obras el horario será: nueve horas por ocho meses y ocho horas por los cuatro restantes”⁽²⁵⁾.

Se podrían seguir citando antecedentes, pero, teniendo en cuenta el límite de extensión impuesto a este ensayo, reduciremos los mismos. En este sentido, no se puede dejar de enunciar el trabajo de Juan Biolet Massé quien, en 1904, presentó el “Informe sobre el estado de las clases obreras en el Interior de la República” (Argentina). Tampoco el proyecto de ley nacional del trabajo, del mismo año, de Joaquín V. González que, entre otras cosas, establecía una jornada semanal de 48 horas. Además, para 1905, se sancionó la ley 4.661, de descanso dominical.

En este punto, debemos recordar que, en el Tratado de Versalles —conformado por distintos acuerdos—, se advirtió respecto de la importancia de limitar la jornada laboral. De esta manera, se celebró un acta que dio origen a la OIT y su primera conferencia se celebró en Washington en 1919. En ella se aprobó el Convenio N.º 1 —“Convenio sobre las horas de trabajo (industria)”—, cuyo artículo 2º establece, como principio general, que “la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana”. En 1930, el Convenio N.º 30 —“Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)”— consagró los mismos límites para el comercio y los servicios.

El primero de dichos convenios fue ratificado por Argentina, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la ley 11.726 —1933—; el segundo de ellos, por ley 13.560 —1949—.

Otro aspecto a tener en cuenta —que aquí no se desarrolla— es que, además de la jornada normal, diurna, salubre y semanal de trabajo, existen otras clases de jornadas; tales como: jornada nocturna; jornada en condiciones insalubres; trabajo por equipo; jornada de menores y mujeres; etcétera. La regulación se ha encontrado en diversas normas: la ley 11.544 del 12 de septiembre de 1929 —reglamentada por decreto 16.115/1933 de enero de ese año—; la oportunamente mencionada LCT; etcétera. Todas estas constituyen el andamiaje normativo aplicable a estos institutos.

Algunas consideraciones más. La jornada de trabajo normal, diurna, salubre está definida en el actual artículo 197 de la LCT, cuyo texto sostiene lo siguiente:

Se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio.

(25) ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 531.

Integrarán la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obliguen la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador.

La distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores.

Entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce (12) horas.

Por su parte, el artículo 196 de dicho cuerpo legal, afirma: “La extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, salvo en los aspectos que en el presente título se modifiquen o aclaren”. Nótese que, en la actualidad, salvo excepciones específicamente contempladas, se sostiene expresamente —y sin lugar a dudas— que la duración de la jornada es “uniforme para toda la Nación y regirá por la ley 11.544”. El motivo por el cual ratificamos este principio general obedece a las discrepancias doctrinarias y legales que, en materia de poderes delegados —a la Nación—, poderes reservados —por las provincias— y poderes concurrentes —ejercidos por ambas—, se han suscitado en torno a la necesidad de determinar qué ordenamiento jurídico se encontraba facultado —léase: “era competente”— para establecer la duración de jornada de trabajo. Consecuentemente, muchos fueron los casos en los que se generó una falta de convergencia atentos a que, tanto las provincias como la Nación, se arrogaban esas atribuciones. Esta situación, en definitiva, creó una falta de correspondencia —en lo que hace a la legislación de jornada de trabajo— en distintas jurisdicciones provinciales. Varios son los ejemplos que muestran esta situación. En esta oportunidad se señalará uno solo: el caso de la provincia de Santa Fe.

Ante todo —y recordando que el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional de 1957 sostenía que “[c]orresponde al Congreso... Dictar los Códigos... del Trabajo y Seguridad Social”—, entendemos que el origen del conflicto se hallaba en el texto original del artículo 213 de la LCT —1974—. Su letra establecía lo siguiente:

La extensión de la jornada de trabajo será fijada por las leyes, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo. Las normas legales que las provincias hubieren sancionado o sancionaren atendiendo a la modalidad o características de la actividad y/o de las

zonas o provincias de que se trate, en miras de adecuar la extensión de la jornada en sus respectivos ámbitos, se tendrán por incorporadas, con ese alcance y en tanto no establezcan límites inferiores a 44 horas semanales a la normativa federal sobre la materia.

Como se observa, la disposición les otorgaba a las provincias:

...amplias facultades para legislar en materia de jornada de trabajo en tanto no establecieran límites inferiores a las cuarenta y cuatro horas semanales, lo que excediendo facultades del Congreso Nacional, atentó contra la uniformidad legislativa del instituto, y a partir de ello muchas provincias sancionaron leyes que establecían el “sábado inglés” en jurisdicciones que no lo tenían, con la consiguiente reducción de la jornada ⁽²⁶⁾.

Con este marco legislativo nacional, la provincia de Santa Fe promulgó, el 15 de octubre de 1974, la ley 7.197 que, en su artículo 1º, estableció que “...la jornada normal de trabajo no podrá extenderse de ocho horas diarias de lunes a viernes y de cuatro (4) el día sábado o de cuarenta y cuatro (44) horas semanales...”. Esta reducción de 4 horas en la jornada semanal supuso, en comparación con las 48 horas tradicionales, que los empleados trabajen un 8,33% menos de tiempo; léase: tomándose como base las 48 horas semanales, a partir de ese momento, se trabajaba solo un 91,66% del tiempo. Sin perjuicio de esto, como la ley establecía que la reducción horaria se debía efectuar sin ningún tipo de disminución remunerativa, en esencia, implicó un aumento salarial de un 9,09% para los trabajadores que cumplían una jornada laboral de 44 horas semanales. De ahí que se la conociera como “la Ley del 9,1%”. No obstante, lo más curioso del caso fue que aquellos trabajadores que, por CCT, tenían una jornada diurna de 8 horas y semanal de 40 horas —ya que no trabajaban los sábados—, también debían recibir un incremento salarial del 9,1% sin que se ampliara la carga horaria. Cabe destacar que, si bien dicha norma fue derogada mediante ley 7.883, su vigencia fue, hacia 1984, restablecida por la ley 9.497.

No obstante, la reforma que introdujo la ley 21.297 a la LCT por la que se modificó el contenido del artículo 213 —que pasó a ser el artículo 196 con la redacción oportunamente indicada—, es dable mencionar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo de las controversias acaecidas. Se trata del caso “Fábrica Argentina de Calderas SRL c/ Provincia de Santa Fe” —1986—, donde se dirimió la vieja disputa. Así pues, se afirmó que “resulta que la ley provincial cuya validez se cuestiona, —9497— sobre jornada de trabajo, ha incursionado en un

(26) ZURETTI, Mario (h), “Duración de la jornada de trabajo y descanso semanal” en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo III, p. 804.

tema que se encontraba legislado por la ley nacional dictada en un cierto entendimiento de las facultades establecidas por el artículo 67 inciso 11 [actual artículo 75, inciso 12] de la Constitución, por lo que... resulta violatoria del orden de jerarquía establecido en el artículo 31 de la norma fundamental". Consecuentemente, "ese orden jerárquico normativo no ha sido respetado por la Provincia de Santa Fe, por lo que cabe declarar que la ley número 9497... es inconstitucional y como tal descalificable a los efectos de la regulación de los elementos del contrato de trabajo que ella encierra". En definitiva: corresponde al Gobierno Federal el dictado de las normas de fondo consagradas en el actual artículo 75 de la Constitución Nacional.

Finalmente, hemos de señalar tanto el artículo 198 como el 197 *bis* de la LCT.

Por el primero, de acuerdo al artículo 25 de la ley 24.013 —1991—, se sostuvo que:

[L]a reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos individuales o Convenios Colectivos de Trabajo. Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad.

Por el segundo, mediante el artículo 79 del decreto 70/2023, se estableció que:

[L]as convenciones colectivas de trabajo, respetando los mínimos indisponibles de 12 horas de descanso entre jornada y jornada por razones de salud y seguridad en el trabajo, así como los límites legales conforme la naturaleza de cada actividad, podrán establecer regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de producción, las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores. A tal efecto, se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral.

II.3. Fuentes normativas de la jornada de trabajo

Hasta aquí, fundamentalmente, resultan tres clases de fuentes normativas que rigen la jornada de trabajo:

- *Normas de fondo*: es el Congreso de la Nación —en función de lo establecido en el artículo 75, inciso 12, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional— el que está facultado para

dictar leyes sobre la jornada de trabajo. También quedarían incluidos en esta categoría los respectivos decretos reglamentarios y los llamados “estatutos profesionales” —aquí resulta ineludible referenciar la obra dirigida por Ricardo Foglia ⁽²⁷⁾—. Como ya adelantáramos, sobre este tema, y ante la superabundancia legislativa que se halla dispersa, consideramos que debería reducirse, en la medida de lo posible, el derecho de fondo en cuestión y consolidarse, en un cuerpo único, solo las disposiciones más fundamentales. Máxime cuando el estado de cosas vigente en la actualidad puede exponer a los distintos actores a una falta de seguridad jurídica que no permita la correcta articulación del andamiaje normativo existente. Prueba de ello lo constituyen casos como el supuesto previamente descrito.

- *Normativa autónoma colectiva convencional*: son los CCT que posibilitan, a través de la intervención de las partes directamente interesadas, una adaptación más precisa a las distintas realidades laborales. Por ello, debería incrementarse, mediante este mecanismo, la regulación de la jornada de trabajo. En otras palabras: debería desarrollarse la llamada “Negociación Colectiva”. En este punto, Zuretti señala que:

...tratándose el convenio colectivo de una de las herramientas de regulación de las relaciones individuales de trabajo más apropiada para las nuevas exigencias, ocasionadas por la mayor diversificación de las condiciones de trabajo —entre las que se encuentra la jornada—, en razón de la variedad de situaciones e intereses existentes en dichas vinculaciones laborales actuales, el rol del mismo es innegable... ⁽²⁸⁾.

Sin embargo, ha de reconocerse que existen, al menos, dos aspectos que atentan contra este desarrollo: 1) la ultraactividad que revisten los mismos CCT —recordar que, medidos en cantidad de acuerdos celebrados y en cantidad de beneficiarios que se incluyen en ellos, más de un tercio fueron celebrados en 1975 y no se han renovado—; y 2) la falta de “pluralidad”, en materia de representación, que se debe combinar con “unidad de negociación” —este tema se vincula con el instituto de la personería gremial—.

- *Autonomía individual*: en el decir de Adrián Goldin:

Leyes y convenios colectivos deben, por fin, dejar espacios suficientes para hacer posible el ejercicio de la voluntad individual de trabajadores y empleadores, especialmente en aquellas cuestiones en las que la limitación normativa de la autonomía individual se traduce en in-

(27) AA.VV., FOGLIA, Ricardo (Dir.), *Regímenes laborales especiales*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

(28) ZURETTI, Mario (h), *op. cit.*, p. 805.

aceptables avances sobre los poderes de organización y dirección del empleador o sobre la libertad personal del trabajador... ⁽²⁹⁾.

III. EL TIEMPO DE TRABAJO Y LOS DESCANSOS EN LOS CCT

III.1. Institutos contenidos en los CCT

En función de lo expresado con anterioridad, hemos considerado importante mencionar los principales contenidos de los CCT respecto del tiempo de trabajo. Para ello, primeramente, hay que indicar los diferentes institutos que contemplan y, luego, seleccionar los que se vinculan al tiempo de trabajo y los descansos. Posteriormente, se referenciarán, por una parte, cinco investigaciones —concluidas con anterioridad a la redacción de este ensayo— considerando las respectivas muestras seleccionadas, el período de tiempo en que se realizaron y las conclusiones a las que se arribaron y, por otra parte, dos más que, actualmente, se hallan en proceso.

Ante todo, existen múltiples autores que han clasificado las cláusulas contenidas en los CCT. Entre ellos, y solo a modo de ejemplo, se mencionan Luis Ramírez Bosco ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ y Enrique Rodríguez y Noemí Rial ⁽³²⁾. Por nuestra parte, y luego de varias investigaciones comenzadas a principios de la década de 1980 donde analizaron 408 CCT sobre la base de un total de 1.616 —624 homologados en el año 1975 y 992 en el período 1988-2003—, se elaboró una clasificación que ilustra 28 grandes temas. Cabe aclarar que, revisando los CCT celebrados entre 2004-2015, no se advirtieron contenidos que no estuviesen incluidos en esas 28 grandes categorías. De estas, las primeras 15 se vinculan a condiciones generales y las últimas 13 a cláusulas remunerativas y adicionales económicos ⁽³³⁾.

A continuación, se listan los 28 grandes institutos.

Condiciones generales:

1. Alcance del convenio.
2. Reclutamiento e ingresos.

(29) GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados...*, op. cit., p. 263.

(30) RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985.

(31) RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones Colectivas de Trabajo. Actualización con las reformas de las Leyes Nros. 23.545 y 23.546*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

(32) RODRÍGUEZ, Enrique y RIAL, Noemí, *Nueva legislación de Convenciones Colectivas de Trabajo*, Gizel, Buenos Aires, 1988.

(33) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *Los Convenios Colectivos de Trabajo en República Argentina (1975-2003) y la formación profesional*, El Derecho, Buenos Aires, 2021, p. 112 y 113.

3. Capacitación y promociones.
 4. Deberes y derechos genéricos de las partes.
 5. Facultad de dirección y organización – ius variandi.
 6. Higiene y seguridad industrial.
 7. Jornadas y horarios.
 8. Vacaciones.
 9. Licencias.
 10. Feriados y días no laborables.
 11. Suspensión y extinción del contrato laboral.
 12. Relaciones laborales (y) colectivas.
 13. Aspectos vinculados a la negociación colectiva.
 14. Conflictos y medios de resolución de los mismos.
 15. Participación.
- Cláusulas remunerativas y adicionales económicos:*
16. Remuneraciones: categorías y estructura salarial.
 17. Remuneraciones: antigüedad.
 18. Remuneraciones: adicionales relacionados con el horario de trabajo.
 19. Remuneraciones: adicionales relacionados con localidad o zona.
 20. Remuneraciones: otros adicionales.
 21. Remuneraciones especiales.
 22. Premios por resultados.
 23. Revisión por méritos.
 24. Beneficios derivados de emergencias o gastos extraordinarios.
 25. Otros beneficios.
 26. Régimen de la seguridad social.
 27. Pagos varios compensatorios.
 28. Otros.

A partir de lo expuesto se puede decir que el listado de 28 temas se subclasifica: en 183 subtemas en un segundo nivel de desagregación; en 708 en un tercer nivel; y en 1051 en un cuarto nivel. Todo esto se muestra en el siguiente cuadro.

Nivel de desagregación	Cantidad de institutos/ líneas considerados
Primer nivel	28
Segundo nivel	183
Tercer nivel	708
Cuarto nivel	1051

Aclarado el estado de situación, en esta oportunidad nos circunscribiremos al análisis de los primeros 15 grandes institutos. Esto se debe a que desde la línea 16 en adelante se consideran, como se mencionara previamente, aspectos remunerativos y adicionales económicos. Así, teniendo en cuenta que el estudio abarca un período de tiempo mayor a 4 décadas —período signado por épocas de alta inflación e, incluso, hiperinflación—, la amplitud y profundidad que una investigación de tales características eventualmente conllevaría sería sumamente dificultosa de concretar.

Consecuentemente, respecto de esas primeras 15 líneas, la subclasificación es la siguiente: 97 subtemas en un segundo nivel de desagregación; 354 en un tercer nivel; y 115 en un cuarto nivel. Esto se visualiza en el siguiente cuadro.

Nivel de desagregación	Cantidad de institutos/ líneas considerados
Primer nivel	15
Segundo nivel	97
Tercer nivel	354
Cuarto nivel	115

Para mayor información, a continuación, se lista el desarrollo de esas primeras 15 líneas, y sus consecuentes subclasificaciones, que dan fundamento al cuadro arriba indicado.

1. Alcance del convenio*1.1. Identificación del convenio*

1.1.1. Número de registro

1.1.2. Año de homologación

1.1.3. Definición de la actividad

1.1.4. Nivel de negociación

1.1.5. Ronda de negociación

1.1.6. Renovaciones

1.1.7. Antecedentes

1.1.8. Otros

1.2. Partes contratantes

1.2.1. Empleadores

1.2.2. Sindicatos

1.2.3. Partes contratantes

1.2.4. Otros

1.3. Área geográfica

1.3.1. Área geográfica

1.3.2. Otros

1.4. Sector de actividad económica

1.4.1. Sector de actividad económica

1.4.2. Otros

1.5. Vigencia

1.5.1. Vigencia

1.5.2. Otros

1.6. Cantidad de beneficiarios

1.6.1. Cantidad de beneficiarios

1.6.2. Otros

1.7. Personal comprendido

1.7.1. Inclusiones expresas

1.7.2. Exclusiones expresas

1.7.3. Otros

*1.8. Otros***2. Reclutamiento e ingresos***2.1. Reafirmación de la facultad del empleador**2.2. Limitaciones a la facultad del empleador**2.2.1. Bolsa de trabajo*

2.2.1.1. Como recurso necesario

2.2.1.2. Como recurso posible

2.2.1.3. Otros

2.2.2. Referencia a los procedimientos o mecanismo de decisión

2.2.2.1. Exigencia de examen y/o curso de capacitación

2.2.2.2. Cupos de ingreso para el sindicato

2.2.2.3. Comité mixto de evaluación

2.2.2.4. Especifica tipos de contratación especiales

2.2.2.5. Publicación de vacantes

2.2.2.6. Preferencia de ingreso de familiares

2.2.2.7. Restricciones al ingreso

2.2.2.8. Notificación al sindicato

2.2.2.9. Otros

2.2.3. Otros	3.1.2.2. Comisión mixta
2.3. <i>Referencia a los requerimientos del puesto</i>	3.1.2.3. Otras formas limitativas
2.4. <i>Vacantes para personas con discapacidad</i>	3.1.2.4. Cláusula declarativa
2.5. <i>Cláusulas de readmisión</i>	3.1.2.5. Otros
2.5.1. Admite sin restricciones	3.1.3. Aspectos de la capacitación
2.5.2. Admite con restricciones	3.1.3.1. Definición de planes
2.5.3. No admite	3.1.3.2. Definición de requisitos
2.5.4. Otros	3.1.3.3. Capacitación durante la jornada de trabajo
2.6. <i>Período de prueba</i>	3.1.3.4. Capacitación fuera de la jornada de trabajo
2.6.1. Fija plazos	3.1.3.5. Cupos para la capacitación
2.6.2. Establece tipos de pruebas	3.1.3.6. Institución de becas y pasantías
2.6.3. Establece condiciones de trabajo	3.1.3.7. Pagos de la capacitación
2.6.4. Establece condiciones para aprendices y/o pasantes	3.1.3.8. Otros aspectos
2.6.5. Establece otras condiciones	3.1.3.9. Obligación de concurrir o informar
2.6.6. Otros	3.1.3.10. Otros
2.7. <i>Prohibición de ingreso a trabajadores con causas penales abiertas</i>	3.1.4. Otros
2.8. <i>Otros</i>	3.2. <i>Promociones</i>
3. Capacitación y promociones	3.2.1. Desempeño en puestos superiores
3.1. <i>Capacitación: tratamiento genérico del tema</i>	3.2.2. Reafirmación de la facultad del empleador
3.1.1. Reafirmación de la facultad del empleador	3.2.3. Limitación a la facultad del empleador
3.1.2. Limitación a la facultad del empleador	3.2.3.1. Limitaciones genéricas a los desempeños transitorios
3.1.2.1. Capacitación a cargo del sindicato	3.2.3.2. Plazo máximo en puesto superior para mantener transitoriedad

- 3.2.3.3. Plazo mínimo de transitoriedad para cobro de diferencia remuneratoria
- 3.2.3.4. Reemplazo por licencia del superior y no genera beneficio
- 3.2.3.5. Cláusula sobre acumulación de desempeños en puestos superiores
- 3.2.3.6. Diferencia remuneración sobre cobertura
- 3.2.3.7. Otros
- 3.2.3.8. Promoción automática
- 3.2.3.9. Establece prioridades
- 3.2.3.10. Otros
- 3.2.4. Otros
- 3.3. *Reemplazo de vacantes*
- 3.3.1. Facultad explícita del empleador
- 3.3.2. Publicación de vacantes
- 3.3.3. Concurso
- 3.3.4. Prioridad de cobertura
- 3.3.4.1. Antigüedad
- 3.3.4.2. Mérito/capacidad
- 3.3.4.3. Experiencia
- 3.3.4.4. Afiliado al sindicato
- 3.3.4.5. Prueba/requisitos
- 3.3.4.6. Familiar del trabajador
- 3.3.4.7. Familiar del trabajador con discapacidad o muerto
- 3.3.4.8. Personal propio
- 3.3.4.9. Evaluación de desempeño
- 3.3.4.10. Otros
- 3.3.5. Período para cobertura de vacantes
- 3.3.6. Limitada facultad del empleador
- 3.3.7. Otros
- 3.4. *Otros*
- 4. Deberes y derechos genéricos de las partes**
- 4.1. *Deberes del empleador*
- 4.1.1. Respeto de las comunicaciones de horarios
- 4.1.2. Provisión de elementos de control de horarios
- 4.1.3. Provisión de útiles y herramientas
- 4.1.4. Provisión de instrucciones de trabajo
- 4.1.4.1. Directa al trabajador
- 4.1.4.2. Indirecta a través del supervisor
- 4.1.4.3. Otros
- 4.1.5. Otros
- 4.2. *Deberes del trabajador*
- 4.2.1. Aviso de ausencia
- 4.2.2. Deberes genéricos para el cumplimiento de la tarea
- 4.2.3. Permanencia en el puesto de trabajo
- 4.2.4. No interrupción de tareas
- 4.2.5. Cuidado de útiles y herramientas

- 4.2.6. Prohibición de ingerir bebidas alcohólicas
- 4.2.7. Trato con el personal/cumplimiento órdenes
- 4.2.8. Relativa al tratamiento de temas políticos
- 4.2.9. Cumplimiento normas higiene y seguridad
- 4.2.10. Prohibición de sacar elementos del establecimiento
- 4.2.11. Prohibición de realizar trabajos particulares dentro del horario de trabajo
- 4.2.12. Prohibición de realizar trabajos para terceros competitivos o en conflicto de intereses
- 4.2.13. Notificar novedades
- 4.2.14. Informar sobre averías o desperfectos en equipos y otros
- 4.2.15. Controles personales a la salida del establecimiento
- 4.2.16. Otros
- 4.3. *Deberes compartidos por las partes*
- 4.3.1. Declaración sobre productividad
- 4.3.2. Otras clases de deberes compartidos
- 4.3.3. Otros
- 4.4. *Derechos del trabajador*
- 4.4.1. Estabilidad
- 4.4.2. Crecimiento
- 4.4.3. Otros
- 4.5. *Deberes del sindicato*
- 4.6. *Otros*
- 5. Facultad de dirección y organización - *ius variandi***
- 5.1. *Facultad de organización*
- 5.1.1. Limitación
- 5.1.2. Reafirmación
- 5.1.3. Otros
- 5.2. *Facultad de dirección*
- 5.2.1. Limitación
- 5.2.2. Reafirmación
- 5.2.3. Otros
- 5.3. *Ius variandi*
- 5.3.1. Cláusulas genéricas
- 5.3.2. Cláusulas específicas sobre traslados
- 5.3.2.1. Desplazamientos permanentes
- 5.3.2.2. Desplazamientos transitorios
- 5.3.2.3. Limitaciones al desplazamiento
- 5.3.2.4. Procedimiento para el traslado
- 5.3.2.5. Comunicación al sindicato
- 5.3.2.6. Otros
- 5.3.3. Cláusulas específicas sobre cambio de horario
- 5.3.3.1. Flexibilización jornada de trabajo

- 5.3.3.2. Comunicaciones al sindicato
- 5.3.3.3. Otros
- 5.3.4. Cláusulas específicas sobre cambio de tareas
- 5.3.4.1. Cambio de tareas temporario
- 5.3.4.2. Cambio de tareas definitivo
- 5.3.4.3. Otros
- 5.3.5. Otros aspectos sobre dotación
- 5.3.5.1. Creación de cargos/puestos
- 5.3.5.2. Dotación específica consignada
- 5.3.5.3. Otros
- 5.3.6. Polifuncionalidad
- 5.3.7. Otros
- 5.4. *Otros*
- 6. Higiene y seguridad industrial**
- 6.1. *Condiciones ambientales*
- 6.1.1. Cláusula declarativa
- 6.1.2. Enumeración de condiciones ambientales
- 6.1.3. Otros
- 6.2. *Condiciones insalubres*
- 6.2.1. Referidas al puesto de trabajo
- 6.2.2. Referidas a la jornada
- 6.2.2.1. Referidas a la jornada
- 6.2.2.2. Equiparación a la jornada normal
- 6.2.2.3. Otros
- 6.2.3. Examen médico periódico
- 6.2.4. Relativo a mujeres o menores de edad
- 6.2.5. Rotación de trabajadores
- 6.2.6. Otros
- 6.3. *Tareas riesgosas, penosas, etc.*
- 6.3.1. Cláusulas declarativas
- 6.3.2. Enumeración de tareas
- 6.3.3. Limitación de realizar tareas
- 6.3.4. Elementos de prevención en máquinas y equipos
- 6.3.5. Otros
- 6.4. *Elementos personales de seguridad*
- 6.4.1. Declaración genérica
- 6.4.2. Provisión de acuerdo al puesto
- 6.4.3. Enumeración de la provisión
- 6.4.4. Obligación de uso
- 6.4.5. Otros
- 6.5. *Servicio médico*
- 6.5.1. Cláusula declarativa
- 6.5.2. Ambulancias
- 6.5.3. Detalle de elementos provistos
- 6.5.4. Otros
- 6.6. *Servicio de higiene y seguridad*
- 6.6.1. Higiene y seguridad son atributos exclusivos de la empresa

-
- | | |
|---|--|
| 6.6.2. Cláusula declarativa de fines | 7.1.4. Expresada en horas por semana |
| 6.6.3. Otros | 7.1.5. Expresada en horas por año |
| 6.7. <i>Comité de higiene y seguridad</i> | 7.1.6. Cláusula expresa para el día sábado |
| 6.7.1. Integración por parte | 7.1.7. Forma atípica de expresar la duración de la jornada |
| 6.7.2. Como simple receptor de los planes de la empresa en la materia | 7.1.8. Horas por mes |
| 6.7.3. Con atribuciones consultivas, pero no decisorias | 7.1.9. Otros |
| 6.7.4. Con atribuciones decisorias | 7.1.10. Horas por día |
| 6.7.5. Única instancia decisoria en la materia | 7.2. <i>Normas de cumplimiento de horarios</i> |
| 6.7.6. Es materia del sindicato | 7.2.1. Cláusula genérica enunciativa |
| 6.7.7. Otros | 7.2.2. Inicio de tareas en puesto de trabajo |
| 6.8. <i>Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales</i> | 7.2.3. Registro de horarios de entrada y salida |
| 6.8.1. Remite o repite ley | 7.2.4. Tolerancia horaria |
| 6.8.2. Prevención de riesgos | 7.2.5. Otros |
| 6.8.3. Otros | 7.3. <i>Descansos</i> |
| 6.9. <i>Vestuarios y baños</i> | 7.3.1. Refrigerio |
| 6.10. <i>Otros</i> | 7.3.2. Almuerzo |
| 6.10.1. Provisión de agua | 7.3.3. Descanso entre jornadas |
| 6.10.2. Provisión de leche | 7.3.4. Descanso semanal |
| 6.10.3. Brigada de incendios | 7.3.5. Franco compensatorio |
| 6.10.4. Otros | 7.3.6. Otros |
| 7. Jornadas y horarios | 7.4. <i>Horas extras</i> |
| 7.1. <i>Duración de la jornada</i> | 7.4.1. Recargos |
| 7.1.1. Remite o repite ley | 7.4.1.1. Según la ley |
| 7.1.2. Jornada continua o discontinua | |
| 7.1.3. Expresada en días por semana | |

- 7.4.1.2. Pactados encima de la ley para días hábiles
 - 7.4.1.3. Pactados encima de la ley para días sábados antes de las 13 horas
 - 7.4.1.4. Pactados encima de la ley para sábados después de las 13 horas, domingos o feriados
 - 7.4.1.5. Recargos establecidos de acuerdo a límites horarios
 - 7.4.1.6. Recargos no explicitados o vagamente explicitados
 - 7.4.1.7. Otros
 - 7.4.2. Deber del trabajador de realizar horas extras
 - 7.4.2.1. Excepciones
 - 7.4.2.2. Otros
 - 7.4.3. Prioridad en la distribución de horas extras
 - 7.4.4. Coeficiente para calcular las horas mensuales
 - 7.4.5. Llamado al domicilio particular para realizar horas extras
 - 7.4.6. Forma atípica de reconocer las horas extras y su remuneración
 - 7.4.7. Pago de gastos de comida, desayuno, merienda, etc.
 - 7.4.8. Autorización sindical para la determinación de las horas extras
 - 7.4.9. Prohibición o limitación de horas extras
 - 7.4.10. Sistemas de promedios, débitos y créditos
 - 7.4.11. Otros
- 7.5. *Turnos*
 - 7.5.1. Disposiciones sobre horarios y diagramas
 - 7.5.1.1. Horarios específicos
 - 7.5.1.2. Cantidad de horas por turnos
 - 7.5.1.3. Descanso entre jornadas
 - 7.5.1.4. Descanso semanal
 - 7.5.1.5. Francos compensatorios
 - 7.5.1.6. Refrigerios y descansos durante jornada
 - 7.5.1.7. Otros
 - 7.5.2. Disposiciones sobre los recargos
 - 7.5.2.1. Recargo por turno
 - 7.5.2.2. Recargo por turno nocturno
 - 7.5.2.3. Recargo por trabajar en descansos o feriados
 - 7.5.2.4. Otros recargos
 - 7.5.2.5. Guardias
 - 7.5.2.6. Otros
 - 7.5.3. Otros
 - 7.6. *Jornada reducida*
 - 7.6.1. Causa de jornada limitada equiparada
 - 7.6.2. Duración de la jornada
 - 7.6.3. Descuentos por jornada limitada
 - 7.6.4. Otros
 - 7.7. *Otros*
- 8. **Vacaciones**
 - 8.1. *Se remite o repite ley*

8.2. Pautas de extensión

8.2.1. Extensión en días hábiles o corridos

8.2.2. Cantidad de días (rango)

8.2.3. Otros

8.3. Accesorios

8.3.1. Otorgamiento simultáneo con familiar

8.3.2. Posible anexión con licencia por matrimonio

8.3.3. Posible fraccionamiento

8.3.4. Posible suma de períodos anteriores no gozados

8.3.5. Posible extensión por lejanía entre el lugar de trabajo y el de residencia habitual

8.3.6. Otros

8.4. Referencia a época de otorgamiento

8.4.1. Período acotado

8.4.2. Período amplio

8.4.3. Períodos combinados

8.4.4. Otros

8.5. Vacaciones de invierno

8.5.1. Personal incluido

8.5.2. Período

8.5.3. Cantidad de días

8.5.4. Otros

8.6. Criterios de pago

8.6.1. Concepto remunerativo

8.6.2. Divisor

8.6.3. Otros criterios

8.7. Otros**9. Licencias****9.1. Licencias por enfermedad y accidente inculpable**

9.1.1. Remite o repite ley

9.1.2. Plazo con goce de sueldo

9.1.3. Plazo sin goce de sueldo

9.1.4. Mantenimiento de vacante

9.1.5. Aviso o comunicación

9.1.6. Presentación de certificado por parte del trabajador

9.1.7. Derecho del empleador a certificar la enfermedad

9.1.8. Deber del trabajador a permanecer en el domicilio particular

9.1.9. Alta médica

9.1.10. Obligación del trabajador a prestarse a controles médicos

9.1.11. Junta medica

9.1.12. Otros

9.2. Licencia por enfermedad profesional y accidente de trabajo

9.2.1. Remite o repite ley

9.2.2. Tareas livianas

9.2.3. Plazo con goce de sueldo

9.2.4. Plazo sin goce de sueldo

9.2.5. Mantenimiento de vacante

9.2.6. Cálculo de indemnizaciones

9.2.7. Asistencia médica por parte del empleador	9.6. <i>Licencia por fallecimiento de familiar</i>
9.2.8. Reintegro de gastos	9.6.1. Extensión de la cobertura
9.2.9. Otros beneficios conexos	9.6.2. Cantidad de días
9.3. Licencia por examen	9.6.3. Extensión por viajes o traslados
9.3.1. Remite o repite ley	9.6.4. Otros
9.3.2. Cantidad de días	9.7. <i>Licencia por causas familiares</i>
9.3.3. Solicitud de comunicación previa	9.7.1. Concepto
9.3.4. Certificado	9.7.2. Días
9.3.5. Otros	9.7.3. Otros
9.4. <i>Licencia por enfermedad de familiar</i>	9.8. <i>Licencia por motivos personales diversos</i>
9.4.1. Familiares incluidos en la cobertura	9.8.1. Concepto
9.4.2. Período límite licencia con goce de sueldo	9.8.2. Días
9.4.3. Período límite licencia sin goce de sueldo	9.8.3. Sin goce de sueldo
9.4.4. Accesorios (no reingreso)	9.8.4. Otros
9.4.5. Otros	9.9. <i>Licencia por acciones comunitarias</i>
9.5. <i>Licencia por matrimonio del trabajador</i>	9.9.1. Concepto
9.5.1. Concepto	9.9.2. Días
9.5.2. Cantidad de días	9.9.3. Otros
9.5.3. Ampliación de días por viajes o traslados	9.10. <i>Día femenino</i>
9.5.4. Examen médico prenupcial	9.10.1. Días
9.5.5. Casamiento de hijo/a	9.10.2. Otros
9.5.6. Otros	9.11. <i>Licencia por servicio militar o cargos públicos</i>
	9.11.1. Extensión de la licencia
	9.11.2. Mantenimiento de vacante
	9.11.3. Remuneración establecida

- 9.11.4. Revisación médica y otras citaciones
- 9.11.5. Otros
- 9.12. *Licencia por actividad deportiva*
- 9.12.1. Concepto
- 9.12.2. Días
- 9.12.3. Otros
- 9.13. *Otras licencias*
- 9.13.1. Concepto
- 9.13.2. Días
- 9.13.3. Otros
- 9.14. *Donación de sangre*
- 9.14.1. Concepto
- 9.14.2. Días
- 9.14.3. Otros
- 9.15. *Mudanza*
- 9.15.1. Concepto
- 9.15.2. Días
- 9.15.3. Otros
- 9.16. Nacimiento de hijo/a
- 9.16.1. Concepto
- 9.16.2. Días
- 9.16.3. Maternidad
- 9.16.4. Adopción
- 9.16.5. Otros
- 9.17. Remisión a ley
- 9.17.1. Remite a ley
- 9.17.2. Otros
- 9.18. *Otros*
- 10. Feriados y días no laborables**
- 10.1. *Feriados*
- 10.1.1. Días establecidos como tales por la autoridad competente
- 10.1.2. Día del gremio
- 10.1.3. Recargo por día feriado o franco compensatorio
- 10.1.4. Compensación de horas o días
- 10.1.5. Otros
- 10.2. *Días no laborables*
- 10.2.1. Remite o repite ley
- 10.2.2. No laborable sin equiparación a feriado
- 10.2.3. Asueto equiparable
- 10.2.4. Otros
- 10.3. *Otros*
- 11. Suspensión y extinción del contrato laboral**
- 11.1. *Disciplina: procedimiento y aplicación de sanciones*
- 11.1.1. Explicitación de las facultades del empleador para sancionar
- 11.1.2. Justa causa
- 11.1.3. Suspensión preventiva
- 11.1.4. Notificación de la sanción
- 11.1.5. Plazos máximos de suspensión
- 11.1.6. Otros
- 11.1.7. Remite a ley

11.2. Suspensiones por causas económicas o fuerza mayor

11.2.1. Concepto

11.2.2. Notificación

11.2.3. Plazos de suspensión

11.2.4. Prioridad para suspender

11.2.5. Comunicaciones

11.2.6. Salario de suspensiones

11.2.7. Deberes durante el tiempo de suspensión

11.2.8. Otros

11.3. Extinción del contrato de trabajo

11.3.1. Preaviso

11.3.2. Despido sin justa causa

11.3.3. Renuncia del trabajador

11.3.4. Voluntad concurrente de las partes

11.3.5. Justa causa del despido

11.3.6. Fuerza mayor o falta o disminución del trabajo

11.3.7. Muerte del trabajador

11.3.8. Muerte del empleador

11.3.9. Vencimiento del plazo en caso de contratos a plazo o modalidades promovidas

11.3.10. Quiebra o concurso del empleador

11.3.11. Jubilación del trabajador

11.3.12. Incapacidad o inhabilidad del trabajador

11.3.13. Del trabajador reingresado

11.3.14. Deberes posteriores de las partes

11.3.15. Otros

11.4. Otros

12. Relaciones laborales colectivas

12.1. Asociación sindical

12.1.1. Representación sindical central

12.1.2. Retenciones sindicales

12.1.2.1. Aplicable al aumento salarial

12.1.2.2. Retención aportes mensuales

12.1.2.3. Aporte patronal

12.1.2.4. Retenciones extraordinarias

12.1.2.5. Otros

12.2. Comisiones internas

12.2.1. Remite o repite ley

12.2.2. Reconocimiento por el empleador

12.2.3. Requisitos para ser delegado

12.2.4. Atributos del delegado

12.2.5. Cantidad de delegados

12.2.5.1. Remite a ley

12.2.5.2. Otros

12.2.6. Duración del mandato

12.2.7. Posibilidad de ser reelecto

12.2.8. Estabilidad y sanciones

12.2.9. Desempeño de funciones

12.2.10. Otros representantes gremiales

12.2.11. Representantes del personal

12.2.12. Elecciones

12.2.13. Otros

12.3. Actividad sindical interna

12.3.1. Reuniones y desplazamientos

12.3.2. Permisos gremiales

12.3.3. Licencias gremiales

12.3.4. Pizarra gremial

12.3.4.1. Autorización de la empresa

12.3.4.2. Otros

12.3.5. Local sindical

12.3.6. Otros

12.4. Procedimiento disciplinario para representante sindical

12.4.1. Remite o repite ley

12.4.2. Cláusula que habla explícitamente del tema

12.4.3. Gradación de las medidas

12.4.4. Otros

*12.5. Otros***13. Aspectos vinculados a la negociación colectiva***13.1. Tipo de negociación y efectos de la misma**13.2. Comisión paritaria de negociación*

13.2.1. Cantidad de integrantes por parte

13.2.2. Cláusula general sobre metodología de reuniones

13.2.3. Otros

13.3. Comisión paritaria de interpretación

13.3.1. Cantidad de integrantes por parte

13.3.2. Existencia de subcomisiones por seccional

13.3.3. Existencia de paritaria zonal

13.3.4. Cláusula sobre metodología de reuniones

13.3.5. Otros

*13.4. Otros***14. Conflictos y medios de resolución de los mismos***14.1. Medidas de acción directa*

14.1.1. Cláusula sobre resolución de conflictos colectivos

14.1.2. Cobertura de servicios esenciales durante el paro

14.1.3. Aviso previo por parte del sindicato ante medidas de fuerza

14.1.4. Cláusula de paz social

14.1.5. Medidas de acción directa

14.1.6. Otros

14.2. Medios autónomos de resolución de conflictos

14.2.1. Procedimientos de reclamos

14.2.1.1. Prohibición de paralización de actividades por reclamos

14.2.1.2. Tiempo en que prescribe el reclamo

14.2.1.3. Tiempo máximo para contestar reclamo

14.2.1.4. Forma de realizar el reclamo

14.2.1.5. Procedimiento de reclamaciones

14.2.1.6. Tipos de causas que tratan los procedimientos de reclamos

14.2.1.7. Posibilidad de efectuar reclamos en horario de trabajo

14.2.1.8. Otros

- | | |
|--|---|
| 14.2.2. Comisión de reclamaciones | 14.3.3.4. Jurisdicción |
| 14.2.2.1. Integrantes | 14.3.3.5. Organismo de aplicación |
| 14.2.2.2. Periodicidad de reuniones | 14.3.4. Judicial |
| 14.2.2.3. Otros | 14.3.5. Ministerio de Trabajo |
| 14.2.3. Otros | 14.3.6. Otros |
| <i>14.3. Medios heterónomos de resolución de conflictos</i> | <i>14.4. Otros</i> |
| 14.3.1. Conciliación | 15. Participación |
| 14.3.2. Mediación | <i>15.1. Entrega periódica de información al gremio</i> |
| 14.3.3. Arbitraje | <i>15.2. Confidencialidad</i> |
| 14.3.3.1. Cláusula explícita de arbitraje voluntario | <i>15.3. Iniciativas gremiales</i> |
| 14.3.3.2. Tipos de causas que se resuelven por el sistema de arbitraje | <i>15.4. Participación concreta del sindicato</i> |
| 14.3.3.3. Otros | <i>15.5. Otros</i> |

Ahora bien, presentada la clasificación de todos esos institutos, debemos aclarar que la categoría “otros” comprende hipotéticos temas y subtemas —según el nivel de desagregación en el que nos ubiquemos— que no han se han encontrado expresamente en la realidad que dio origen a la taxonomía en cuestión, pero que, en el futuro, podrían aparecer.

Resulta imperioso señalar que dicha sistematización ha sido realizada conforme al criterio utilizado por el sujeto clasificador. Consecuentemente, puede resultar arbitraria para otros investigadores y, por tanto, distinta a la que ellos eventualmente realizarían.

III.2. Institutos vinculados al tiempo de trabajo y los descansos

Como se observa, de esas 15 líneas, hay 4 que se vinculan al tiempo de trabajo. Ellas son:

- “7. Jornadas y horarios”;
- “8. Vacaciones”;
- “9. Licencias”; y
- “10. Feriados y días no laborables”.

Cabe recordar que, en el año 1975, se acordaron, como se adelantara, 624 CCT —399 de actividad; 58 de rama, 156 de empresa y 11 de establecimiento—. Si se suman los CCT celebrados en el período 1975/2015 —lo que implica considerar 41 años—, los resultados son que, de un total de 2.855 (100%) CCT, 1036 (36,29%) fueron de actividad, 160 (5,60%) de rama, 1.555 (54,47%) de empresa y 104 (3,64%) de establecimiento. Claro está que, si en lugar de cuantificar la cantidad de convenios celebrados, se considera la cantidad de beneficiarios, los porcentajes antes señalados varían. Esto se comprende si se recuerda que tanto los CCT de actividad como los de rama indican mayor cantidad de beneficiarios que los de empresa y establecimiento ⁽³⁴⁾.

III.3. Investigaciones anteriores

Como se dijera, existen numerosas investigaciones realizadas sobre los contenidos de los CCT. A continuación, se identifican las primeras cinco oportunamente aludidas —ya concluidas y publicadas— que tratan diversos temas considerando períodos distintos y, por tanto, muestras diferentes. Ello responde a los objetivos fijados en cada una de dichas investigaciones.

III.3.a. *Licencias y vacaciones anuales*

Este trabajo, en forma resumida, se publicó en la Revista Trabajo y Seguridad Social, Tomo XIV —año 1987, páginas 1063 a 1081— y fue elaborado por Carlos Aldao Zapiola, Nora Aguirre y Graciela Muzzio.

Sin perjuicio de la totalidad de CCT celebrados en 1975 —624—, se consultaron 456. De ellos, 311 correspondían a CCT de actividad o rama y 145 eran de empresa o establecimiento.

Del estudio de los CCT relevados, surgieron 37 formas distintas de licencias; incluyendo vacaciones. Se clasificaron las pagas y las sin goce de sueldo y se agruparon según estuvieran contenidas en convenios chicos, medianos o grandes conforme a la cantidad de beneficiarios. También se consideró si los textos remitían o repetían la legislación de fondo o bien la modificaban ampliándolas. Los aspectos que resultaron de dicha investigación fueron:

(34) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *Breve historia de la negociación colectiva en Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 201.

1	Vacaciones anuales
2	Licencia por examen
3	Licencia por nacimiento de hijo/a
4	Licencia por fallecimiento de padres
5	Licencia por fallecimiento de hermano/a
6	Licencia por fallecimiento de hijo/a
7	Licencia por fallecimiento de cónyuge
8	Licencia por fallecimiento de abuelo/a
9	Licencia por fallecimiento de nieto/a
10	Licencia por fallecimiento de padres políticos
11	Licencia por fallecimiento de otros familiares
12	Día del gremio
13	Licencia por casamiento
14	Licencia por examen médico para el ingreso al servicio militar
15	Licencia por examen prenupcial
16	Licencia por donación de sangre
17	Licencia por mudanza
18	Licencia por servicio militar
19	Licencia por enfermedad de parientes
20	Día femenino
21	Licencia por casamiento de hijo/a
22	Permisos gremiales
23	Citaciones al Ministerio de Trabajo
24	Citaciones Judiciales o Policiales
25	Incentivo al estudio
26	Licencia por cierre empresario
27	Licencia por siniestro
28	Licencia por interrupción del embarazo del cónyuge
29	Licencia por bomberos voluntarios

30	Licencia por cumpleaños del trabajador
31	Licencia por traslado
32	Licencia por trámites personales
33	Día del aprendiz
34	Licencia por fenómeno meteorológico
35	Licencia por actividades deportivas del trabajador
36	Licencia por cumplimiento de antigüedad en la empresa
37	Licencia por asiduidad

Las principales conclusiones se pueden resumir de la siguiente manera:

- Los CCT consideran muchos más casos de licencia que los que prevé la LCT.

- En los convenios por actividad no se evidencian tratamientos notoriamente diferentes entre convenios chicos, medianos y grandes. En cambio, en los de empresa, la diferencia entre convenios chicos y medianos es clara.

- En el momento de concluir el ensayo se observaba que, si bien existía una tendencia de los CCT del sector privado a considerar licencias por encima de lo establecido en la LCT, dicha tendencia no se verificaba, en la misma magnitud, en el caso de los CCT del sector público.

- Se estableció la necesidad de elaborar este tipo de investigaciones para, contemplando las distintas alternativas, obtener más herramientas que permitan mejorar los procesos de negociación colectiva ⁽³⁵⁾.

III.3.b. Tiempo de trabajo

Otro estudio que, en forma resumida, se publicó en 2006 bajo el título “El tiempo de trabajo y su tratamiento en los convenios colectivos de trabajo” elaboró el mapa de los CCT y la respectiva metodología utilizada con la que se conformó una muestra que abarcó tres períodos (años: 1975, 1988-1999 y 2000-2003). Así, se verificó la evolución del tratamiento

(35) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, AGUIRRE, Nora y MUZZIO, Graciela, “Licencias: bases para una negociación colectiva” en Revista Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI, El Derecho, Buenos Aires, 1987, p. 1063 a 1081.

de los siguientes temas: jornada y horarios (descanso diario y semanal); y vacaciones y demás licencias. Para ello, se consideró: “cantidad” de CCT y “cantidad” de beneficiarios comprendidos; nivel de negociación; y actividad económica. Se cuantificaron los CCT que trataban los diversos temas, y cómo lo hacían, versus aquellos que no los abordaban.

A continuación, se resumen algunas breves conclusiones de la investigación.

- En lo referido al tema jornada y horarios, se concluyó que, en el año 1975, ninguno de los convenios de la muestra —87 CCT— trataba el tema “flexibilización” de la jornada laboral. Recién en el período 1988-1999 aparecen unos pocos convenios que hacen referencia a ella; tan solo un 4,71% de los 191 que conformaron la muestra. De este porcentaje, el 77,77% corresponde a CCT de empresa o establecimiento. Es en el período 2000-2003 cuando las partes comienzan a tratar mucho más intensamente la cuestión. Así, el porcentaje de CCT que la contemplan en dichos años asciende al 59,03% de un total de 83 CCT considerados. De este porcentaje, el 95,91% corresponde a CCT de empresa o establecimiento.

- Los CCT introdujeron nuevas formas de la expresión de la jornada de trabajo como, por ejemplo, en horas por mes y en horas por año.

- Un fenómeno a señalar, como oportunamente se adelantara, es el auge que comenzó a aparecer a partir de la ley 24.013; especialmente en los CCT de la industria automotriz. Se trató de la incorporación de la figura, conocida como “sistema de débitos y créditos horarios” o “sistema de promedios”, por la que, conforme a su artículo 25, se modificó el artículo 198 de la LCT. De esta manera, se sostuvo que los “convenios colectivos de trabajo... podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad”. Así, mientras que en 1975 ninguno de los CCT hacía alusión a este sistema, para el período 1988-1999, el porcentaje de los CCT que lo habían incorporado era del 7,9 y en los años 2000-2003 representó más del 20%.

- También se abordó la evolución del descanso diario y semanal y de los tiempos de refrigerio durante la jornada laboral.

- En cuanto a las vacaciones, algunos CCT incorporaron la posibilidad de su fraccionamiento en aquellos casos en los que, por la actividad o sector de que se tratara, se requiriese mayor demanda de mano de obra en la temporada anual estival.

- Las licencias especiales también fueron motivo de tratamiento. En tal sentido, ratificándose la tendencia descrita en la investigación pre-

viamente mencionada —cuya fecha de corte solo fue el año 1975—, se señaló que muchos CCT establecieron cláusulas que las regulaban; ya sea considerando otras causas o bien, en algunos casos, otorgando más tiempo para su goce.

- Se concluyó destacando la función adaptativa que, al poder actualizar las normas a las nuevas realidades imperantes, tiene la negociación colectiva en los CCT ⁽³⁶⁾.

III.3.c. Nuevos contenidos en los CCT

La tercera investigación que parece prudente indicar se publicó bajo el título “Contenidos de los Convenios Colectivos en Argentina a principios del nuevo milenio” ⁽³⁷⁾.

La obra se compone de dos partes:

Primera parte: “Análisis de la incorporación de nuevos contenidos en los Convenios Colectivos de Trabajo celebrados en la República Argentina, 2000-2003” a cargo de Carlos Aldao Zapiola.

Segunda parte: “Negociación colectiva y cambio tecnológico” a cargo de Enrique Rodríguez.

En la primera parte —que toma como base la investigación del año 2006 reseñada con anterioridad, la amplía y la profundizada—, además de un análisis cuantitativo de los CCT desde 1975 a 2003, se desarrolló un análisis cualitativo para el período 2000-2003 considerando los siguientes institutos en particular:

- Jornada de trabajo.
- Vacaciones.
- Descanso diario y semanal.
- Licencias especiales.
- Procedimiento de reclamos y quejas y mecanismos de autocomposición de conflictos.

(36) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, “El tiempo de trabajo y su tratamiento en los convenios colectivos de trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, Jornada y Descansos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 337-381.

(37) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, RODRÍGUEZ, Enrique, *Contenidos de los Convenios Colectivos en Argentina a principios del nuevo milenio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

- Comités mixtos de higiene y seguridad.
- Derecho a la información.
- Reglamentación de actividades sindicales.
- Fondos especiales para capacitación o culturales y sociales.
- Formación profesional (capacitación).
- Tercerización y externalización.
- Período de prueba.
- Flexibilidad de la remuneración.
- Contenidos novedosos.

La segunda parte, por un lado, aborda datos contextuales y, por otro lado, los nuevos contenidos de los CCT. De esta forma, contempla los siguientes puntos:

- El concepto de “globalización” y su impacto en la negociación colectiva; la revolución de las comunicaciones; el capitalismo financiero; la desaparición del mundo bipolar; los posibles modelos referenciales a considerar —Estados Unidos, Europa y, en particular, la experiencia española—; la experiencia argentina.

- Ciencia y tecnología.
- Información y participación.
- Los sindicatos y la tecnología.

- Productividad y eficiencia —promociones, remuneración variable, evaluación de desempeño, mayores funciones, traslados, información y consulta—.

En ambas partes, los autores elaboran conclusiones y recomendaciones.

Algunas de las principales conclusiones de la primera parte, son:

- “A la luz de lo ocurrido en el período 2000-2003, se podría conjeturar que la celebración de convenios en nuestro país se incrementaría” ⁽³⁸⁾.

(38) *Ibidem*, p. 163.

Sin embargo, esto ocurriría bajándose los niveles de negociación e incorporando, consecuentemente, nuevos institutos más acordes a las realidades particulares del lugar de trabajo.

- "...el Estado debería legislar lo mínimo indispensable, dejando abierta la posibilidad de que los sujetos negociadores regulen y reglamenten, mediante disposiciones contenidas en sus convenios, las materias establecidas legislativamente" ⁽³⁹⁾.

- "Este aumento de la disponibilidad colectiva que se propone haría que se aumente el margen de negociación de las partes y, por tanto, los contenidos novedosos a negociar. Y esto no significa que se vean indefectiblemente vulnerados los derechos de los trabajadores ni los mínimos inderogables de la legislación laboral" ⁽⁴⁰⁾.

- "Si bien las situaciones como las descriptas seguirán ocurriendo, se estima que una mayor disponibilidad colectiva y la consiguiente menor intervención del Estado propiciarán a que los sujetos que celebren convenios colectivos en el futuro cuenten con mayor libertad, incentivando de esta forma su creatividad a la hora de incorporar contenidos novedosos" ⁽⁴¹⁾.

Las principales conclusiones y recomendaciones de la segunda parte se esquematizan a continuación:

- "La profundidad de la crisis vivida por nuestro país dejó a las empresas con capacidad ociosa instalada, por lo que la inversión tecnológica se verifica sólo en algunos sectores; esto da tiempo al actor sindical para que se prepare para negociar innovaciones, sean tecnológicas o de sistemas de trabajo, para intentar que estas medidas no tengan impacto en el empleo" ⁽⁴²⁾.

- "El nuevo modelo productivo se verá impactado por la solución o el tipo de solución a que se arribe sobre la deuda externa, y por la reestructuración del sistema financiero. Compartimos con Tokman que lo macroeconómico impacta en las relaciones laborales y el empleo, más que las soluciones hasta hoy propuestas por el derecho del trabajo..." ⁽⁴³⁾.

(39) *Ibidem*, p. 164.

(40) *Ídem*.

(41) *Ibidem*, p. 165.

(42) *Ibidem*, p. 307.

(43) *Ídem*.

- “El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social debería dotar de mayores recursos a su área de investigación de convenios, la Unidad Técnica de Investigaciones Laborales dependiente de la Dirección Nacional de Relaciones Laborales, muy eficiente por cierto, pero con muy pocos recursos” ⁽⁴⁴⁾.

- “El Estado no tiene una política activa para mejorar la negociación colectiva, como la tuvo en la negociación cuando se impulsó el criterio de hacerlo por ‘productividad’” ⁽⁴⁵⁾.

III.3.d. La formación profesional y las licencias por examen

Esta obra, titulada “Los convenios colectivos de trabajo en la República Argentina (1975-2003) y la formación profesional”, se publicó en el año 2021 ⁽⁴⁶⁾.

Los institutos que se abordaron fueron: la formación profesional —también llamada “capacitación”— y las licencias por examen. En esta oportunidad nos referiremos solo al último de ellos.

Cabe destacar que la muestra —que, a diferencia de las anteriores, se vale de un método no probabilístico intencional o de conveniencia— considera los niveles, el tamaño, los sectores de actividad económica, el ámbito de aplicación geográfica y la categoría ocupacional y se realizó a partir de los 1.616 CCT oportunamente mencionados que fueron celebrados y homologados por la autoridad administrativa entre el 1º de enero de 1975 y el 31 de diciembre de 2003. El universo se constituye por “...17 unidades de negociación que, teniendo en cuenta sus renovaciones, suman 39 CCT” ⁽⁴⁷⁾ y cubren 11.214.003 beneficiarios ⁽⁴⁸⁾.

Las conclusiones cuantitativas y cualitativas a las que se arribó, en materia de licencias por examen, se pueden resumir de la siguiente manera:

Cuantitativas:

- “No existe dispersión considerando los niveles de negociación en el tratamiento del tema licencias por examen”.

(44) *Ibidem*, p. 308.

(45) *Ídem*.

(46) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, Los convenios colectivos de trabajo en la República Argentina (1975-2003) y la formación profesional, El Derecho, Buenos Aires, 2021.

(47) *Ibidem*, p.131.

(48) *Ibidem*, p. 139.

- “Existen diferencias [...] si se consideran los sectores de actividad —CIU—. En general, los servicios abordan más la licencia por examen que la industria manufacturera”.

- “La mayoría de los CCT, considerados en su conjunto, tratan el tema”.

Cualitativas:

- “Existen diversas modalidades: CCT que repiten el texto de la LCT; CCT que amplían la duración de las licencias por examen de la LCT; y CCT que, sin ampliarlas, dan mayor flexibilidad respecto de la utilización”.

- “En general, se otorgan más días de licencias por examen para la enseñanza universitaria que para la enseñanza media”.

- “Se han encontrado algunos casos que amplían las licencias según el resultado de los exámenes realizados”.

- “Otra modalidad es la de ampliar las licencias cuando los estudios se refieren a la actividad específica del CCT respectivo” ⁽⁴⁹⁾.

III.3.e. Negociación por productividad en los decretos 1.334/91 y 470/93

Con el dictado de los decretos aludidos bajo este título, y en el ámbito de la negociación colectiva, se celebraron 511 acuerdos que posibilitaban incrementos salariales por “productividad”. De ellos, se analizaron los textos de 506; las actas de los 5 restantes no se encontraron en la biblioteca del Ministerio de Trabajo. Cabe señalar que varios fueron renovaciones de acuerdos anteriores.

Los principales fundamentos del incremento de la productividad vinculados a la duración de la jornada laboral —que permite optimizar los tiempos reales de trabajo— son: el “tiempo efectivo de trabajo”; las “vacaciones —otorgamiento en períodos de menor actividad productiva y posibilidades de fraccionamiento—”; y, finalmente, el “presentismo”. Estos, en definitiva, aumentan el tiempo de trabajo disminuyendo los índices de ausentismo ⁽⁵⁰⁾.

(49) *Ibidem*, p. 201.

(50) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *Convenios colectivos de trabajo y productividad. Argentina 1975-2006*, OIT-Cinterfor, Montevideo, 2013.

III.4. Investigaciones en proceso

Como se mencionara, en la actualidad, este autor está intentando llevar a cabo dos investigaciones adicionales que complementarían los trabajos parciales —específicos— realizados hasta este momento. Sin embargo, y más allá de llevar varios años desarrollándose, dada la demanda de tiempo que estudios de tales características exigen —extensión, complejidad, minuciosidad, etcétera—, se requerirán varios años más para que logren ser materializadas. Solo deseamos tener disponibilidad de tiempo para concretarlas.

III.4.a. Ejemplos de cláusulas de CCT

Corroborando las investigaciones realizadas hasta la fecha, y verificando la eventual existencia de nuevos datos ante la realidad cambiante, los objetivos de este proyecto, oportunamente formulado, son los siguientes:

1. General:

Identificar los “institutos” contenidos en los CCT y el modo en que son tratados.

2. Específicos:

2.1. Elaborar una clasificación de los institutos en sus distintos niveles de desagregación.

2.2. Identificar y enumerar ejemplos de “cláusulas” contenidas en los CCT, agrupándolas según el “nivel de negociación” considerando CCT de “Actividad”, “Rama”, “Empresa”, y “Establecimiento”.

2.3. Obtener un “mapa de contenidos” y ejemplos de la forma en que han sido tratados.

2.4. Elaborar un “modelo” de clasificación de las cláusulas de contenidos de CCT, que permita, a futuros actores-negociadores de CCT, considerar qué aspectos pueden tener en cuenta para elaborar sus proyectos y “petitorios” en negociaciones futuras.

La hipótesis se concreta en que el modelo clasificatorio (taxonomía) de los institutos contenidos en los CCT contribuiría a que los negociadores —de los CCT— identifiquen nuevos temas a considerar y mejorar los procesos de negociación colectiva.

Lo antes dicho implicó:

1) Obtener fotocopia del texto original de 408 CCT del total de los homologados entre junio de 1975 y octubre de 2003. Cabe señalar que, de esos 408 CCT, 140 son de actividad, 34 de rama, 210 de empresa y 24 de establecimiento.

2) Digitalizarlos y armar la consecuente base de datos.

3) Identificar los contenidos de la totalidad de las cláusulas —18.878— y clasificarlos y ubicarlos en el correspondiente nivel de desagregación (ver punto *III.1. Institutos contenidos en los CCT*). Este proceso genera el inconveniente de que, una misma cláusula, pueda comprender más de un instituto o, incluso, más de un nivel de desagregación. La solución procurará regirse con la mayor uniformidad, rigurosidad y objetividad posible guardando coherencia para todos los supuestos.

4) Reproducir el texto de las cláusulas identificadas, indicando nivel de desagregación en el que se hallan encuadradas y consignar la información básica del CCT al que pertenece; esto es: número, año y nivel de negociación; partes negociadoras; sector productivo; cantidad de beneficiarios; etcétera.

A continuación, se ejemplifica una parte de esta investigación que guarda relación con lo descripto en el presente capítulo. En tal sentido, el ejemplo solo contempla el instituto “Jornadas” en tres de sus cuatro niveles de desagregación; a saber: “7. Jornadas y horarios”; “7.1. Duración de la jornada”; “7.1.1. Remite o repite ley”.

7. Jornadas y Horarios - 7.1 *Duración de la Jornada* - 7.1.1 Se remite o repite ley

- **Nivel de negociación:** Actividad

Convenio: 0287/97 “A”

Partes: CAMARA DE INDUSTRIALES PANADEROS DE SALTA // SINDICATO DE OBREROS PANADEROS Y AFINES DE SALTA

Artículo CCT: 29

Texto: Artículo 29- DESARROLLO DE LAS TAREAS: Las jornadas del personal afectados a la elaboración, se regirá por la Ley 11.544 y su Decreto reglamentario y por 20.744 (T. O.) y sus reglamentaciones. Trabajen siete (7) horas continuas, con tareas diversificadas y en ningún caso será lícito destinar al personal de la producción en Tareas de limpieza o relacionado con el servicio doméstico.

CIU: 3000 (Industrias manufactureras)

Beneficiarios agrupados: 100 a 999

Categoría de personas: Todo el personal

Cantidad de beneficiarios: 500

- **Nivel de negociación:** Rama

Convenio: 0237/94 "A"

Partes: CAMARA DE ASCENSORES Y AFINES // ASOCIACION DE SUPERVISORES DE LA INDUSTRIA METALMECANICA DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Artículo CCT: 11

Texto: COMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO El tiempo de servicio, a todos los efectos legales y convencionales, responderá a las prescripciones legales que rijan en la materia conforme lo normado en el art. 18 L.C.T. (t. o.)

CIU: 3000 (Industrias manufactureras)

Beneficiarios agrupados: 100 a 999

Categoría de personas: Supervisores

Cantidad de beneficiarios: 200

- **Nivel de negociación:** Empresa

Convenio: 0223/97 "E"

Partes: YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES S.A. // FEDERACIÓN SINDICATOS UNIDOS PETROLEROS DEL ESTADO

Artículo CCT: 41

Texto: A todos los efectos de este Convenio, se entiende por tiempo de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición de la Empresa. Sin perjuicio de ello, y conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 24.013, la empresa y Federación SUPE acordarán un sistema de jornada de trabajo que contemple los regímenes actualmente vigentes, ajustándose a las características de la actividad.

CIU: 3000 (Industrias manufactureras)

Beneficiarios agrupados: 1.000 a 9.999

Categoría de personas: Todo el personal

Cantidad de beneficiarios: 8000

- **Nivel de negociación:** Establecimiento

Convenio: 0237/97 “E”

Partes: COMPAÑÍA DE ACRILICO S.A. // SINDICATO DE EMPLEADOS TEXTILES DE LA INDUSTRIA Y AFINES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Artículo CCT: 17

Texto: ARTÍCULO 17 - JORNADA DE TRABAJO: El horario de trabajo se ajustará a lo que establecen las leyes en vigencia en la actualidad y a las modificaciones que se pretendan introducir en el futuro y disposiciones complementarias de las mismas. La Compañía podrá modificar los horarios de trabajo de los empleados con arreglo a las necesidades o conveniencias de trabajo, adelantos técnicos, casos fortuitos o de fuerza mayor, ya sea prolongando o reduciendo la duración de la jornada, días y número de horas de trabajo, o efectuando la redistribución que estime del caso, dentro de lo normado por el art. 66 LCT.

CIU: 3000 (Industrias manufactureras)

Beneficiarios agrupados: 100 a 999

Categoría de personas: Empleado

Cantidad de beneficiarios: 300

III.4.b. Comparación entre una unidad de negociación aplicable a más de una empresa y otra aplicable exclusivamente a una empresa

Como se recuerda, los CCT de actividad o rama comprenden, en principio, toda una actividad o sector —corresponden a un ámbito mayor—. Por su parte, los CCT de empresa o establecimiento se circunscriben, precisamente, al ámbito de una empresa o establecimiento dentro de ella —corresponden a un ámbito menor—. En este sentido, parece prudente realizar un análisis comparativo de la evolución de los contenidos de los CCT tratados por dos unidades negociación distintas a lo largo del tiempo; una de rama y otra de empresa. Para ello, se considerará el período de tiempo que se inicia con el momento en el que se obtuvo la respectiva personería gremial y el último CCT que se encuentra vigente en la actualidad.

En aquel sentido, se han elegido los siguientes casos: 1) la unidad de negociación de “rama cemento”, de ámbito de aplicación en todo el país,

que, por la parte sindical, está representada por la Asociación Obrera Minera Argentina —AOMA— y, por la empresaria, por la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland —AFCP—, cuyos primeros CCT datan de mediados de la década de 1940; y 2) la unidad de negociación de la industria del tractor con aplicación en la segunda circunscripción judicial de la provincia de Santa Fe, representada, por la parte sindical, por el Sindicato de Obreros y Empleados de la Industria del Tractor (SOEIT) y, por la parte empleadora, por la empresa John Deere Argentina SAIC (JDA), cuyo primer convenio es de 1961.

Como se puede observar, las dos investigaciones en proceso antes señaladas, requieren demasiados recursos y, fundamentalmente, mucho tiempo. Esto dificulta precisar la fecha de su finalización. No obstante, es nuestro objetivo terminarlas.

IV. OPINIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Es inmensa la doctrina que trata el tema que nos ocupa. Mucha de ella no ha podido ser comentada debido a la extensión impuesta a este ensayo. Sin embargo, y para dar un solo ejemplo, se indica el tratamiento que hace Juan Etala (h) en varias publicaciones, cuyo listado se enuncia a continuación:

- “Análisis práctico de la jornada de trabajo”, publicado en la Revista Derecho del Trabajo en mayo de 2018, en donde se aborda los siguientes temas: definición de jornada; distintos tipos de jornada; descansos; feriados; y limitaciones para establecer la jornada.

- “Determinación de la jornada laboral”, publicado en Revista Derecho del Trabajo en diciembre de 2018.

Insistimos, lo antes dicho solo constituye uno de la inmensa cantidad de ejemplos que se podrían mencionar, pero resulta más que suficiente para reflejar la importancia del tema en cuestión y su tratamiento doctrinario y jurisprudencial.

Una primera reflexión que nos suscita este ensayo es la importancia de tratar la heteronomía de las fuentes normativas y su equilibrio con la autonomía colectiva e individual. Sobre esto ya nos hemos pronunciado al inclinarnos en favor de la segunda toda vez que da lugar a los propios actores sociales —que son los que, en sus respectivos ámbitos, más palpan la realidad propia— a que generen, sin perforar los derechos básicos fundamentales, las normas que consideren más adecuadas.

La segunda consiste en recordar que los sistemas políticos, económicos, sociales, tecnológicos, ecológicos y legales —PESTEL— varían en cada situación que se considere. Por ello, en la actualidad, la disminución de la duración de la jornada —que positivamente se ha reducido en los últimos 250 años— debe ser apreciada en su justo nivel, ya que podría, eventualmente, llegar a significar un descenso en el nivel de vida; sobre todo en ciertos contextos en donde la situación económica es inadecuada, entre otras cosas, por la falta de inversión. Debido a esto sostenemos, una vez más, que son los actores sociales —trabajadores, empleadores y sus respectivos representantes— los que se encuentran en mejores condiciones para tratar la realidad en la que se desempeñan. De hecho, y teniendo en cuenta algunas de las investigaciones antes señaladas, entendemos que, cuanto más bajo sea el nivel de negociación, mayor será la adaptación de la normativa aplicable al caso concreto.

Por último, creemos —aunque reconocemos la existencia de opiniones diferentes que no compartimos, al menos, íntegramente— que, de todo lo dicho hasta ahora y de las investigaciones enunciadas, es la negociación colectiva —y su resultado los CCT— la que más eficaz y eficientemente desarrolla y materializa un proceso de adaptación a los casos particulares que hacen al tiempo de trabajo.

TÉCNICA Y TECNOLOGÍA

SU TRATAMIENTO DESDE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO HASTA NUESTROS DÍAS

POR LEONARDO J. AMBESI

I. PROPÓSITO DE ESTE ANÁLISIS

Se han cumplido cincuenta años de la sanción del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744 (en adelante LCT), un texto canónico, casi una teología jurídica para la disciplina laboral que, más allá de sus modificaciones, se ha mantenido vigente en su esencia. Al presente, frente a los constantes cambios que llegan desde el mundo de la “virtualidad”, configurado por la revolución tecno-informática acaecida desde finales del siglo XX, cabe preguntarse si la venerada norma puede adaptarse una vez más a la transformación de su entorno o si, por el contrario, debe repensarse su actualidad integral. La formulación contextual de este interrogante es lo que compone el objeto de este estudio.

A fin de realizar esta tarea, la evaluación se centrará en dos términos propios de los acontecimientos que ameritan la consigna, es decir, se hablará de “técnica” y de “tecnología”, intentándose fijar las señales que, en el recorrido histórico-jurídico producido desde el nacimiento de la LCT hasta hoy, han rodeado el tratamiento de los mencionados elementos. Para ello, se apelará a una metodología de apoyo interdisciplinario al despeje de la consigna, teniendo en cuenta que, cualquier atisbo de respuesta, no puede prescindir de los hallazgos que otras ciencias sociales han aportado en la materia.

Al tratarse de una consideración panorámica, no se ingresará en el escrutinio de las instituciones e institutos laborales aprehendidos por la temática propuesta, más allá de las necesarias referencias puntuales, ya que la finalidad de estas reflexiones transita, como se dijo, por la observación de los movimientos normativos que ha tenido a la LCT como destinataria directa o colateral.

II. CONTEXTO

La Segunda Posguerra del siglo pasado renovó la incógnita que buena parte del pensamiento occidental mantenía sobre la naturaleza y el alcance de la técnica. Este debate, en lo que aquí interesa, corrió en paralelo con el despliegue del humanismo internacional, verificado en la suscripción de los grandes Pactos de Derechos Humanos (incorporados luego a nuestra Constitución en 1994) y en la evolución de los sistemas supranacionales, regionales y locales, todos enfocados en la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, la automatización, el avance comunicacional y el desarrollo de la industria informática, comenzaron a forjar el abandono de la época en que el trabajador y su conjunto social aglutinante eran el factor vertebral del crecimiento. En palabras de cierto corte profético, el suceso remite a el hombre “tiende a edificar sobre los aparatos” y a ellos les cede aun los sitios que le son propios ⁽¹⁾.

Desde el plano filosófico, el movimiento reflejó inquietud, sobre todo al admitirse que la técnica “no es un simple medio”, sino “un modo de desvelar”, entendido como un “des ocultar” que abre un ámbito totalmente distinto para su esencia (en especial la de la técnica moderna), al provocar y liberar la energía oculta en la naturaleza ⁽²⁾.

Lo cierto es que esa conmoción dio inicio a una “verdadera producción social en tiempo real, que penetra en todas las capas de la sociedad y hace fusionar las técnicas numéricas y las técnicas analógicas” ⁽³⁾.

La apuntada irrupción alcanzó también a lo jurídico, un mundo proveniente de lo analógico, que de igual manera se mixturó con lo computacional. Y es que el derecho también es, desde el hacer, una técnica. Por ello no es casual que en la Sociología se hable desde principios del siglo XX de un “orden técnico jurídico” o de una “sublimación jurídica especialmente técnica”, esto es, una exaltación de reglas racionalizadas cuya validez se acepta, formando un sistema coherente de preceptos abstractos ⁽⁴⁾.

(1) Jünger, Ernst, *La emboscadura*, 1era. ed. de esta presentación, trad. A. Sánchez Pascual, Tusquets, Barcelona, 2023, pág. 58.

(2) Heidegger, Martin, *La pregunta por la técnica*, trad. y glosario Jesús A. Escudero, págs. 24-27, Herder, Barcelona, 2021, págs. 24-27.

(3) Stiegler, Bernard, *La técnica y el tiempo. II - La desorientación*, trad. Beatriz Morales Bastos, Colección Pensar, Argitaletxe Hiru, Gipuzkoa, 2002, pág. 159.

(4) Weber, Max, *Economía y Sociedad*, ed. revisada, comentada y anotada por F. Gil Villegas, trad. José Medina Echeverría y otros, 1er reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2016, págs. 738-740.

En este devenir surge el concepto de tecnología, como un conjunto de sistemas técnicos, que recrean un ámbito novedoso, donde florecen “objetos técnicos inéditos, hecho de procedimientos o de productos” ⁽⁵⁾.

Es así como lo jurídico laboral, marcado por el cruce de lo técnico y lo tecnológico, inició un camino de adaptación, tratando de amoldarse a las pretensiones que en tiempo social real interpelaban su esencia.

Cabe incluir a la LCT en este trayecto, el cual puede dividirse en etapas, que van desde su concepción original hasta su última reforma del 2024.

III. PRIMERA ETAPA: LA LCT Y SU CONCEPCIÓN ESPACIO-ORGANIZACIONAL

La mención inicial que alude a un factor técnico en la LCT se encuentra en su art. 6°, cuando define 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”. La doctrina nacional se ha remitido en esto a la experiencia comparada (francesa), donde con anterioridad a la sanción de la ley se consideraba al establecimiento como “unidad técnica de producción”, resaltando que este constituye una parte diferenciada y técnicamente autónoma pero no independiente de la empresa ⁽⁶⁾.

Aclaración: dado el carácter polisémico del término, es evidente que la definición apuntada se dirige a caracterizar un ámbito productivo dentro de la estructura empresaria antes que algún tipo de proceso de tipo tecnológico. Sin perjuicio de ello, como se verá más adelante, la doctrina amplió la comprensión de la definición, al manifestar que por una unidad técnica o de ejecución puede entenderse un recinto tanto físico como virtual ⁽⁷⁾.

(5) Coriat, Benjamin, *El taller y el robot: Ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era electrónica*, trad. Rosa A. Domínguez Cruz, 5ta ed. en español, Siglo XXI editores, México, 2004, págs. 27-28. Sobre el giro de lo técnico a lo tecnológico y su impacto en el Derecho del Trabajo y en la persona humana ver Ambesi, Leonardo J., “Tecnología, relaciones laborales y derecho del trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona”, Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 21 (1) 245-266.

(6) Ver López, Justo - Centeno, Roberto - Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, 2da ed. act., tomo I, Ed. Contabilidad Moderna, Bs.As., 1987, pág. 97, con cita de Rouast, y Durand. También Etala remite a la doctrina francesa, en Etala, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, 7ma ed. Act. y ampliada, Astrea, Bs.As., 2014, tomo I, pág. 40, con cita de Rivero - Savatier.

(7) Cfr. Las Heras, Horacio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario Ackerman director, Diego Tosca coord., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, tomo I, págs. 237-238.

Por motivos prácticos del proceso productivo se reconoció la división interna de la empresa en distintas unidades. Esto va a tener consecuencias en lo relativo a la localización geográfica y a la delegación o subdelegación de su actividad normal y específica, conforme se alude en el art. 30 del cuerpo legal ⁽⁸⁾.

Ahora bien, la noción ya citada adquiere importancia al ligarla con el art. 64 de la LCT, que faculta al empleador a organizar económica y “técnicamente” la empresa, explotación o establecimiento. De ello se deriva que “la organización técnica y económica o los poderes de gestión sobre el capital (inversiones, elección de tecnologías, sistemas de captación de clientela, etc.) constituyen una zona reservada al empresario como titular del capital y de la iniciativa de la organización ⁽⁹⁾.”

Este diseño, puede decirse, se extiende a determinadas regulaciones internas, como son los reglamentos de empresa, dado que allí se insertan, entre otras, las previsiones atinentes a la ejecución de las órdenes de servicio, propias de esta facultad, lo que lleva a pensar que lo técnico posee la capacidad de transformarse en fuente jurídica, hasta en el nivel más próximo a la unidad activa ⁽¹⁰⁾.

De este modo, al reconocerse al empleador el poder de organización de la empresa en sus vértices técnicos y económicos, también se destaca la vinculación que esta disposición de medios instrumentales (entre los que se incluye la “ordenación de técnicas”) posee con el ejercicio de su poder de dirección, su capacidad para efectuar el *ius variandi*, su deber de ocupación, las formas y modalidades de la contratación, y la suspensión o extinción de la relación por causas económicas y por falta o disminución de trabajo ⁽¹¹⁾.

Quedó plasmado en la ley un conjunto de tres elementos que integran la idea de lo técnico: el espacial, imbricado en la noción de “establecimiento”, el organizacional, derivado de la respectiva facultad que se le

(8) Ver Vázquez Vialard, Antonio, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, Antonio Vázquez Vialard director, Raúl Ojeda coord., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, tomo I, págs. 135-137.

(9) Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 3ra ed. Act. y ampliada, Ed. La Ley Bs.As., 2007, tomo II, págs. 1117-1118.

(10) Cfr. Corradetti, Susana, en *Fuentes del derecho del trabajo*, Jorge Rodríguez Mancini coord., Astrea, Bs.As., 2013, tomo 2, pág. 311.

(11) López, Justo - Centeno, Norberto - Fernández Madrid, Juan Carlos, ob. cit., pág. 487.

reconoce al empleador y, junto con estos, el directivo, como capacidad decisional que resume las dos anteriores.

Sin dudas, el modelo que atendía la LCT en su versión inicial, y que continuó hasta nuestros días, respondía a una configuración productiva de tipo fordista, anclada en dos grandes coordenadas: la horizontal, dada por la superficie física (el establecimiento, aun con su cuota de descentralización) y la vertical, que integra el llamado poder jerárquico.

En este punto, es preciso recordar que la etapa Taylor-Fordista ya incorporaba distintas reformas organizativas en la cadena de producción. Pero, como bien se dijo, es importante diferenciar estas modificaciones, más técnicas y conceptuales, de las innovaciones tecnológicas en sí, recordando además que las primeras precedieron a las segundas en las sucesivas mutaciones que vivió y vive el capitalismo ⁽¹²⁾.

Es por ello que el arquetipo de la LCT será superado por una nueva organización concebida al avance de la automatización, en donde los trabajadores pasaron a ser polifacéticos, desempeñar una gama más amplia de cometidos y colaborar entre sí para mejorar la eficacia de la tarea comprometida ⁽¹³⁾.

Al mismo tiempo, el avance tecnológico provocará la remodelación y/o supresión de puestos de trabajo, obligando al legislador a contemplar este supuesto específico de inestabilidad en la ocupación humana.

IV. SEGUNDA ETAPA: LOS PROBLEMAS DEL EMPLEO Y EL ASCENSO DE LO COLECTIVO

Desde el mismo momento de la sanción de la LCT, se advirtió que su existencia como un conjunto normativo rígido dejaba poco o ningún margen para que los sujetos colectivos operasen en sus propias autonomías, frente a las renovadas condiciones laborales derivadas de las transformaciones de orden económico, técnico y social ⁽¹⁴⁾.

Estos cambios, es bueno recordar, no se dieron solo en el marco local. La mejor literatura continental ya hablaba de una evolución de origen "mutante", a partir de la cual, la tecnología moderna, con su método "racionalizador", logra producir lo mismo en cantidad con menos

(12) Ver Coriat, Benjamin, *El taller y el robot*, págs. 20-21.

(13) Fernández Madrid, ob. cit., págs. 1122-1125.

(14) Ver Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini, Jorge - Kritz, Ernesto - Chirinos Bernabé, *Derecho del Empleo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 101.

trabajadores o mucho más con los mismos y también con menos dependientes ⁽¹⁵⁾.

A su vez, los estudios en economía laboral han señalado que el progreso tecnológico no afecta todos los empleos de manera uniforme, por cuanto, mientras los trabajos basados en tecnologías obsoletas son destruidos, aquellos que han sido capaces de integrar las últimas innovaciones sobreviven al cambio, en medio de un proceso denominado de “destrucción creativa” ⁽¹⁶⁾.

El impacto tecnológico, entonces, actúa en forma multinivel, sembrando a su vez la reforma de la propia organización; en otras palabras, conmocionando la estructura otrora imaginada en la LCT, un dato que no resulta menor ⁽¹⁷⁾.

Lo notable es que, a partir de 1983, con el retorno de la institucionalidad democrática, estos fenómenos de cambio se aunaron a la crisis económica y el crecimiento del desempleo y llegaron a ser tomados en cuenta y ser asimilados a las primeras soluciones del ordenamiento estatal.

A fines de los años ochenta, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 328/1988 que invoca, en su Visto, al Título X, Capítulo V, y al art. 247 de la LCT. Su objeto consistió en la regulación de un procedimiento administrativo de comunicación y tratamiento de medidas dispuestas por los empleadores de suspensión, reducción de jornada o despido por causas económicas o falta o disminución de trabajo, aplicables a la totalidad o parte de su personal.

Si bien no se mencionan causas técnicas o tecnológicas, la amplitud de la reglamentación permite incluir tales supuestos, ya que el decreto posee un eminente carácter preventivo (la comunicación a la autoridad administrativa debe ser previa a la adopción de las medidas) y solo hace alusión a las causas que deben justificarse al tiempo de formularse tales resoluciones.

(15) Alonso Olea, Manuel, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, 1ra. ed. 1995, 2da. reimpr., Civitas, Madrid, 2016, págs. 23-24. La reflexión del autor proviene una ponencia que publicara en el año 1983, luego recogida en esta obra.

(16) Ver Cahuc, Pierre; Carcillo, Stéphane; Zykberberg, André, *Labor Economics*, MIT Press, USA, 2014. 2nd ed., pág. 670. Sobre el concepto de “destrucción creativa” (“creative destruction”), alumbrado por Schumpeter y tomado por los autores, ver págs. 628 y ss.

(17) Para el caso argentino, se estimó que la reingeniería organizacional había incidido sobre el empleo en mayor medida que la introducción de nuevas tecnologías; ver Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, 1era ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 51.

Comenzó de esta manera un primer tránsito de lo individual a lo administrativo y de allí hacia la esfera colectiva, que será potenciado tres años más tarde con la sanción de la Ley Nacional de Empleo 24.013 (en adelante LNE, BO 17/12/1991), que incorporó la consideración de la cuestión tecnológica de manera expresa.

En primer término, en el inc. e) del art. 22 de la LNE se establece, entre las medidas que puede instrumentar el Poder Ejecutivo Nacional en materia de empleo, aquellas dirigidas a “[a]tender a los efectos sobre el empleo de las políticas tecnológicas de modo que, a la par de buscar una mayor eficiencia económica en áreas prioritarias, preserve para otros sectores un balance más equilibrado en el uso de recursos”.

Y, en segundo lugar, el art. 23 de la ley resulta concluyente al prescribir que “[l]a incorporación de tecnología constituye una condición para el crecimiento de la economía nacional. Es un derecho y una obligación del empresario que la ley reconoce, garantiza y estimula, y en la medida que afecta las condiciones de trabajo y empleo debe ser evaluada desde el punto de vista técnico, económico y social”.

De ello se sigue que en el art. 24 se asignara, entre otros deberes de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo, el de acordar respecto de “[l]a incorporación de la tecnología y sus efectos sobre las relaciones laborales y el empleo” (inc. a).

Como puede apreciarse, la evolución del tópico desde la LCT a la LNE ha sido significativa, produciéndose al mismo tiempo un ascenso al nivel estatal y colectivo de la cuestión tecnológica.

Ya no se trata de algo innominado que puede desprenderse de las facultades de organización de la empresa que se le reconocen al empleador, sino que se habla de un “derecho” que es a la vez “obligación” del empresario y cuyos efectos sobre el empleo tienen que ser analizados y resueltos tanto por la Administración como por la autonomía colectiva.

La finalidad de esta norma es clara: admitir y favorecer la incorporación de tecnología sin descuidar las consecuencias que esta recepción produce en la pervivencia de los puestos de trabajo.

El devenir de esta operación compleja requiere que el nivel colectivo asuma su gestión, mediante un procedimiento que favorezca la negociación entre las partes y articule de esta forma un conjunto de respuestas parciales o totales a la problemática del desempleo consiguiente.

Es así como, bajo tales lineamientos, aparecieron las “causas tecnológicas” como uno de los supuestos habilitantes del trámite regulado por los arts. 98 a 105 de la ley 24.013.

El conocido texto normativo establece que:

Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del 15 por ciento de los trabajadores en empresas de 400 trabajadores; a más del 10 por ciento en empresas entre 400 y 1.000 trabajadores; y a más del 5 por ciento en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

Frente a esta regla, los especialistas distinguieron las causas tecnológicas como una especie de causa empresarial independiente de la causa económica, que implica la existencia de un cambio o innovación de las herramientas técnico-productivas de la empresa, lo que supone una inversión del empresario para la renovación de esos bienes de capital, sea por una situación económica crítica y obsolescencia del material productivo, sea por la mutación tecnológica ajena a un estado de crisis económica, con el propósito de no perder espacios de mercado o defenderse de la competencia ⁽¹⁸⁾.

Empero, esta inclusión en la norma no ha estado exenta de críticas, al afirmarse que “...no puede confundirse el interés de la empresa y del conjunto social a quienes conviene tal adecuación, con la situación del trabajador afectado por los cambios que impactan negativamente en su derecho al empleo” ⁽¹⁹⁾.

Es decir que, aun cuando la LNE planteó un paradigma tecnológico basado en el par “derecho-obligación” del empresario, su asimilación en las consecuencias a los casos de fuerza mayor/causas económicas no tuvo una aceptación pacífica.

Hay que referirse, entonces, a las pautas que el decreto reglamentario 2072/94 agregó al ordenamiento, para los supuestos en que el PPC se

(18) Las Heras, Horacio, “Reingeniería de procedimiento preventivo de crisis. Necesidad de cambios. Propuestas. El procedimiento preventivo de despidos colectivos”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020-2, págs. 377-378, con remisión a Confalonieri (h), Juan A., *Despido por causas económicas o empresariales*, Astrea, Bs.As., 1997, pág. 99.

(19) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, ob. cit., pág. 257: “Dicho en otros términos, no corresponde admitir sino como una excepción, la pérdida o reducción de derecho para aquel a quien no puede formularse ningún reproche en lo relacionado con la discontinuidad de su contrato de trabajo”.

inicie a instancias del empleador y se refiera a empresas de más de 50 trabajadores, y que exige, en la presentación de apertura, explicitar como mínimo, las medidas que la empresa propone para superar la crisis o atenuar sus efectos, debiendo especificar las medidas que propone para un conjunto de materias, entre las que se encuentra la de “inversiones, innovación tecnológica, reconversión productiva y cambio organizacional” (art. 1° inc. c).

Continúa aquí la distinción entre las metamorfosis de lo tecnológico y lo organizacional-técnico, que ya se visto planteada al inicio del recorrido. Lo mismo sucederá con la sanción de la ley 24.467, de pequeña y mediana empresa (BO 28/03/1995), que en su art. 97 contempla la convocatoria al nivel colectivo en el supuesto de definir su reestructuración de personal, por razones tecnológicas, organizativas o de mercado.

Pero hay que volver a los cambios detectados en la LCT por esta época para confirmar esta aproximación a lo colectivo.

Ello se visualiza con la incorporación, por parte de la ley 24.576 (BO 13/11/1995), de un capítulo en la LCT dedicado a la formación profesional. En este segmento (Capítulo VIII) detallado con artículos sin numeración, que se agregaron luego del art. 89, se establece que “[l]a organización sindical que represente a los trabajadores de conformidad a la legislación vigente tendrá derecho a recibir información sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional”, y que “ante innovaciones de base tecnológica y organizativa de la empresa, podrá solicitar al empleador la implementación de acciones de formación profesional para la mejor adecuación del personal al nuevo sistema”.

Puede arriesgarse, por lo tanto, que la noción consistente en la participación del actor sindical para involucrarse en aquellas acciones de capacitación preventiva o reactiva al cambio tecnológico y técnico-organizativo, llega a la LCT bajo el prisma de la formación profesional y como una irradiación de la matriz colectiva instalada poco antes en la LNE.

A su vez, luego de la crisis nacional del 2001, el decreto 265/2002 también incorporó como dispositivo, que “previo a la comunicación de medidas de despido, suspensión o reducción de la jornada laboral por causas económicas, tecnológicas, falta o disminución de trabajo, en empresas que no alcancen los porcentajes de trabajadores determinados en el art. 98 de la LNE, los empleadores deberán seguir el procedimiento contemplado en el decreto 328/88. Toda medida que se efectuare transgrediendo lo prescripto carecerá de justa causa”.

Es decir que el impacto tecnológico en el empleo, que fuera considerado a nivel colectivo y con la fijación de estratos bien definidos de alcance, luego se extendió hacia el nivel descendiente para las empresas que no lleguen a reunir en su dotación tales guarismos, a las cuales se les aplicaba (con diversa eficacia) el trámite de la comunicación contemplada en los años ochenta.

Finalmente, no puede soslayarse en esta etapa la modificación introducida en el año 2004 por la ley 25.877 al procedimiento de negociación colectiva estatuido por la ley 23.546 (ahora t. o. 2004).

En su art. 4° se impuso la obligación de las partes a negociar de buena fe. Y ello comprende, a nivel de la negociación colectiva realizada a nivel de empresa, el intercambio de información relativa, entre otros temas, a las “innovaciones tecnológicas y organizacionales previstas” (inc. b), ap. IV). De similar forma, se estableció que en los PPC la empresa debe informar, entre otras materias, lo relativo a la “innovación tecnológica y cambio organizacional” (inc. c, ap. III).

Desde la aproximación efectuada, puede arriesgarse que el tratamiento de lo técnico y lo tecnológico en este período se encontró signado por una apelación a los mecanismos colectivos de negociación, formación e información como medios para afrontar los eventuales efectos de los cambios, siendo la normativa individual objeto de modificación para recibir esta tendencia.

V. TERCERA ETAPA: EL REGRESO A LA LCT CON EL CONTRATO DE TELETRABAJO

El primer reflejo iuslaboralista, al tiempo de pergeñar alguna respuesta ante la aparición del teletrabajo, estuvo dirigido a tomar en cuenta los instrumentos internacionales clásicos, enfocados en el trabajo a domicilio, línea de análisis que se muestra insuficiente para afrontar tan novedoso evento ⁽²⁰⁾.

Sin embargo, como bien se recuerda, en el año 2003 se constituyó la Comisión de Teletrabajo, integrada por representantes de trabajadores, empleadores y la autoridad laboral, que elaboró un proyecto de ley en la materia, definiendo al mismo como:

(20) Se trata del convenio 177 y la recomendación 184, sobre trabajo a domicilio, ambos de 1996.

...la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la ley N.º 20744 (texto ordenado en 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones ⁽²¹⁾.

Luego de diversas iniciativas previas ⁽²²⁾, el entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social creó el Programa para la Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET), con el objetivo de “promover, facilitar y monitorear la aplicación de la modalidad de Teletrabajo en empresas del sector privado, a través de herramientas que brinden un marco jurídico adecuado para empleadores y teletrabajadores” (art. 1º) ⁽²³⁾.

Uno de los aspectos interesantes para el presente análisis, es que el acto de constitución del programa avanza en algunas definiciones, de manera similar al proyecto legislativo. Así, se entiende por teletrabajo, “...a los fines de la presente Resolución, a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo N.º 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC)” (art. 3º). En el mismo sentido, “Entiéndese por Teletrabajador, a los fines de la presente Resolución, a todo trabajador en relación dependencia que efectúe teletrabajo en los términos definidos en el artículo precedente” (art. 4º).

(21) Aldao - Zapiola, Carlos - Meda, Maximiliano, “La regulación normativa del teletrabajo”, en *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, El Derecho, Bs.As., 01/10/2020.

(22) Que incluyeron desde observatorios hasta el dictado de la Resolución MTEySS 147/2012 por la cual se creó la Coordinación de Teletrabajo en ese Ministerio

(23) Resolución MTEySS 595 del 01/07/2013. Entre sus objetivos específicos se cuentan los de “1) impulsar la implementación de plataformas de Teletrabajo en el sector privado, que permitan recoger diferentes experiencias, identificar dificultades prácticas y/o normativas, facilitar el desarrollo de soluciones y difundir las buenas prácticas; 2) evaluar el impacto del Teletrabajo en las relaciones laborales del sector privado, en las posibilidades de inserción socio-laboral y en la mejora de la empleabilidad de los teletrabajadores, y en el aumento de la productividad de las empresas; 3) promover, monitorear y propiciar la generación de condiciones de trabajo decente para los teletrabajadores” (art. 2º).

De lo reseñado, se puede extraer lo siguiente:

1. La disposición ministerial enmarca el teletrabajo en el sistema jurídico de la LCT, adaptando las definiciones de contrato y relación de trabajo al propósito buscado, y completando formulaciones previas en tal sentido.

2. Se afirma allí el concepto de descentralización física, esto es, que la prestación se cumple en todo o en parte fuera del establecimiento, sea en el propio domicilio del trabajador o en otro lugar.

3. Se postula una definición abierta en cuanto a los medios empleados, agrupándose ello en la fórmula genérica de “tecnología de la información y de las comunicaciones” (TIC).

4. Hay un criterio nuclear referido a que el vínculo es dependiente.

La concepción descripta no era nueva; ya en la resolución dictada el año anterior por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, se caracterizaba al teletrabajo de manera similar, detallándose un conjunto de elementos que debía proveer el empleador al dependiente en materia de salud y seguridad laboral, así como diversas instrucciones a las aseguradoras de riesgos del trabajo y empresas para la afiliación al sistema y el régimen de visita pertinente ⁽²⁴⁾.

Más allá de esta semejanza, lo cierto es que la disposición de la SRT apunta de manera notoria a concebir el teletrabajo como una prestación básicamente domiciliaria, o al menos fija en su ubicación geográfica. Solo así se entiende la previsión reglamentaria para que el empleador “...previo consentimiento del trabajador y notificando fecha y hora cierta de visita...”, pueda verificar las condiciones del lugar determinado por el trabajador para la ejecución de su tarea, “...a través de un profesional del área de Higiene y Seguridad de la Empresa, quien puede ser acompañado por un técnico de la A.R.T. o un representante de la Entidad Gremial” (art. 4°).

En concreto, comienza un ciclo de regreso a lo individual, marcado justamente por la naturaleza de hito tecnológico. Existe todavía una cierta tensión entre el mencionado avance y la facultad de organización

(24) Resolución SRT 1552/2012: “Se entiende por teletrabajo a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones” (art. 1°).

del empleador. Ello se deriva de un hecho notorio, como es la ruptura de la noción tradicional de establecimiento, que obliga a extender la potestad del principal a donde se encuentre el dependiente. Y para prevenir el acaecimiento de potenciales siniestros laborales, la regulación fija un estándar que remite al domicilio del trabajador como lugar total o parcial de prestación.

Por otro lado, en concordancia con la matriz que se instala, el nivel colectivo también propugnó la vigencia de algunas cláusulas convencionales que se ocuparon del tema ⁽²⁵⁾.

Pero es con el acaecimiento de la epidemia mundial de COVID, cuando el Congreso de la Nación dio luz a la ley 27.555 que incorporó a la LCT el régimen legal de teletrabajo (BO 14/08/2020).

En lo que interesa, varias son las particularidades que merecen destacarse.

La primera de ellas se refiere a la integración del teletrabajo como una modalidad prestacional que amerita su disquisición particular dentro de la galería contractual de la ley 20.744. De allí que se introduce la siguiente definición en el art. 102 *bis*:

Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

El mismo artículo alude a una apertura normativa a “presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo” que “se establecerán por ley especial”, así como a las “regulaciones específicas para cada actividad”

(25) Aldao Zapiola y Meda mencionan como ejemplos los CCT 1461/2015 “E”: Unión del Personal Superior y Profesional de Empresas Aerocomerciales // Indra SI S.A. (Renueva al CCT 1380/14 “E”); 1572/2018 “E”: Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburiíferos (SUPeH) // YPF Sociedad Anónima; Operadora de Estaciones de Servicios Sociedad Anónima (Renueva al CCT 1261/12 “E”); 1616/2019 “E”: Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburiíferos (SUPeH) // YPF Sociedad Anónima; Operadora de Estaciones de Servicios Sociedad Anónima (Renueva al CCT 1572/18 “E”). El último de los CCT mencionados regula el teletrabajo bajo el título de “Trabajo Remoto”. También se puede consultar Litterio, Liliana H. Guisado, Héctor C., *Teletrabajo. Ley 27.555 - Decreto 27/2021 - DNU 70/2023 Convenios colectivos de trabajo - Avatares de la aplicación práctica*, Ed. La Ley, Bs.As. 2024, pág. 23 y ss.

que “se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley”. En los hechos, la mentada “ley especial” no es otra que la propia ley 27.555 como bien lo remarca la doctrina ⁽²⁶⁾.

Se entiende que hay un reenvío múltiple desde la ley 27.555 a la LCT y viceversa, ya que la primera abunda en tales presupuestos mínimos (derechos y obligaciones, jornada, voluntariedad, reversibilidad, desconexión digital, el supuesto de personas que realicen tareas de cuidados, elementos de trabajo, compensación de gastos, capacitación, derechos colectivos, representación sindical, higiene y seguridad laboral, sistema de control y derecho a la intimidad, protección de la intimidad, prestaciones transnacionales, autoridad de aplicación y registro) ⁽²⁷⁾.

Más allá de este esfuerzo legal, se ha puesto en duda si el teletrabajo puede ser asimilado a una modalidad contractual, como se pretende con su inserción en la LCT. El debate doctrinario es rico en mencionar críticas y aciertos de la medida ⁽²⁸⁾. Estas discusiones contienen el conocido cuestionamiento relativo a si el teletrabajo no representa sino una nueva forma de organizar el trabajo por parte del empleador ⁽²⁹⁾.

En otras palabras, si lo tecnológico impregnó hasta ese nivel el ámbito técnico.

Tampoco puede predicarse que la habilitación normativa al nivel convencional potenció acuerdos posteriores en este asunto, o si al menos se abordó allí la temática de manera más profunda ⁽³⁰⁾.

VI. CUARTA ETAPA: EL ECOSISTEMA DIGITAL DE LA EXISTENCIA

Ya se anticipó que a partir de la década de los 70, la convergencia entre la automatización de la producción en serie y la informatización de los procesos, generaría un nuevo salto en la década siguiente. Esta nueva

(26) Etala, Carlos, “El contrato de teletrabajo y su regulación”, en TR LALEY AR/DOC/204/2022.

(27) Arts. 3° a 18 de la ley 27,555.

(28) Litterio, Liliana H. - Guisado, Héctor C., ob. cit., pág. 43 y autores allí citados.

(29) Díaz, Viviana, “Teletrabajo: un enfoque diferente”, en TR LALEY AP/DOC/449/2016.

(30) Sobre el tema ver Confalonieri (h), Juan A., “Teletrabajo: una negociación colectiva de marcha cansina y de contenido poco imaginativo. A propósito del Acuerdo Colectivo Provisorio (ACP) aplicable a la actividad del seguro”, en *La Ley* 2022-B, 657.

transformación se basó en la interpenetración y fecundación recíprocas de ambas acciones ⁽³¹⁾

Sin embargo, la paridad primaria que se intentó establecer entre tecnología y organización (para nosotros entre tecnología y organización técnica), quedó superada por la primera, ya que la transformación informática devino en revolución digital, y lo físico, sea como espacio o como cumplimiento de una directiva organizativa (tándem objeto/sujeto) quedó relegado frente al nuevo protagonismo tecnológico.

La ruptura provocada por la “Era Digital” fue mucho más allá de un vínculo jurídico modulado por un servicio realizado a distancia; integró la casi totalidad de las circunstancias por las que atraviesan las personas en su quehacer cotidiano, arribándose en este sentido a una incorporación existencial de lo tecnológico a lo humano.

Se ha dicho por ello que la condición humana “es ya condición digital”, en tanto los elementos principales de la vida y todo lo que condiciona nuestra existencia como seres humanos se nos presenta y perdura de manera digital ⁽³²⁾

Esta evolución, que comprende el tránsito de lo físico a lo virtual, implica también la “desmaterialización” del ofertante de bienes y servicios, la capacidad tecnológica de mediar al demandante de estos con potenciales oferentes y la delegación de decisiones empresariales a programas informáticos; es decir, se construye “...un modelo que cuenta con tres partes: el cliente o solicitante, la plataforma que actúa como intermediario y los trabajadores que prestan servicios” ⁽³³⁾.

Ahí cobra sentido la definición de “plataforma” como “una arquitectura digital programable diseñada para organizaciones e interacciones entre usuarios —tanto individuos como empresas y entidades públicas— por medio de cuatro actividades realizadas sobre los datos que generan esos usuarios en sus intercambios: recogida sistemática, procesamiento algorítmico, circulación y monetización” ⁽³⁴⁾.

Esta combinación de teletrabajo y gestión por plataformas digitales transforma la misma estructura organizativa de la empresa, ahora más

(31) Coriat, Benjamin, ob. cit., pág. 50.

(32) Suárez, Juan Luis, *La condición digital*, Ed. Trotta, Madrid, 2023, pág. 21.

(33) López de la Fuente, Graciela, *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 37 y autor allí citado.

(34) Suárez, Juan Luis ob. cit., pág. 44 y su cita.

desjerarquizada y deslocalizada, junto a una reformulación de los ámbitos de decisión, delegando una parte de estas en el o los sistemas inteligentes, y al mismo tiempo promoviendo una mayor concentración de aquellas resoluciones estratégicas ⁽³⁵⁾.

En la innovación apuntada, se destaca la llamada “hiperdatificación”, fenómeno que incluye los datos y perfiles de los trabajadores, tanto en su identificación y condiciones personales como en su vínculo con la IA, con la posible afectación a la personalidad del empleado o a su privacidad ⁽³⁶⁾.

Bajo este contexto, se ha vuelto prácticamente obsoleto el control personal del trabajador, porque este “ha cedido su paso al control tecnológico, de forma que aquel control periférico y discontinuo realizado por el ser humanos deja paso a uno centralizado y verificado en tiempo real” ⁽³⁷⁾.

Lamentablemente, estas cuestiones no fueron objeto de la última modificación legal en clave laboral. Salvo en algún tema de denuncia del trabajador por falta de registración (art. 84) o de retención simplificada del principal sobre los contratistas o intermediarios por conceptos de la seguridad social (art. 92), la ley 27.742 (conocida como “Ley Bases”), no se trataron las cuestiones técnicas y tecnológicas que dominan el trabajo actual. Su finalidad se orientó a aspectos básicos de la LCT y de la LNE (registro y sanciones, dependencia, despido), aunque sin abandonar el esquema original de dichas normas.

Incluso, el suspendido decreto 70/23 contiene alguna previsión adicional en materia de certificados de trabajo y recibos de salario que se acerca a la realidad de lo virtual y lo electrónico ⁽³⁸⁾.

(35) Valverde Asencio, Antonio José, *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020, pág. 20.

(36) Valverde Asencio, Antonio José, ob. cit. pág. 71.

(37) Delgado Jiménez, Antonio Felipe, *La privacidad de la persona trabajadora y el control tecnológico de la actividad laboral*, Ed. Universidad de Jaén, IVRA Colección, Jaén, 2021, pág. 33. Para el problema de tecnología y privacidad, con relación al teletrabajo y su impacto salarial, ver también Foglia, Ricardo, “Comentario sobre las tendencias salariales en materia de teletrabajo”, *Derecho del Trabajo* 2022 (noviembre), 13.

(38) Art. 70, modificatorio del art. 80 LCT: “El Poder Ejecutivo Nacional establecerá en orden a la obligación de entrega de los certificados del artículo 80 de la ley N.º 20.744, un mecanismo opcional de cumplimiento a través de una plataforma virtual” (1er párr.); Art. 75, modificatorio del art. 139 LCT: “El recibo será confeccionado

En suma, más allá de las diferentes teleologías que impregnan las leyes 27.555 y 27.742, lo cierto es que ninguna de ellas se atrevió a avanzar en el reconocimiento a un presente que domina el hecho mismo del trabajo y que se aleja progresivamente de esos debates tradicionales.

Este distanciamiento es palpable al reseñar el conjunto de tendencias que conjugan la IA y el teletrabajo, como ser, las “Oficinas con un propósito único”, las “Experiencias remotas inteligentes” y la “Colaboración virtual impulsada por inteligencia artificial” ⁽³⁹⁾.

Si se toma mayor distancia, no solamente se constata la ruptura innegable que se ha ocasionado entre la realidad laboral y las guías tradicionales sobre los que se moldeó la LCT. Hay en curso una construcción modélica nueva, de posiciones dinámicas y fronteras débiles, rearticulada a través de un medio, el tecnológico, que por su sola actividad parece invocar para sí el carácter de sujeto (si por ello se entiende la facultad de generar contenidos inteligibles en el entorno decisonal), trastocando el clásico binomio existente y reconocido desde los albores de la modernidad en torno al capital y al trabajo.

Se habla ya de una “dirección algorítmica del trabajo” y de un déficit de participación de los trabajadores para implementar nuevas formas de codecisión en distintos aspectos de la ejecución de las prestaciones, máxime que la figura del “mando intermedio” es cada vez más sustituida por una conducción tecnológica ⁽⁴⁰⁾.

Por eso, las corrientes visualizadas deben completarse con la gráfica de un ecosistema artificial/humano donde se admite el imperio la conectividad permeable en todos los vínculos que operan en su órbita, atravesando lo laboral, profesional y personal más íntimo, debido a la cantidad de procesos de retroalimentación que genera, de expectativas, frustraciones y nuevas expectativas. Para algunos, incluso, se engendra un verdadero “marginalismo digital”, formado por quienes tratan de

por el empleador debiendo hacer entrega de una copia fiel del original al trabajador la que podrá ser instrumentada de forma electrónica”.

(39) Litterio, Liliana H. - Guisado, Héctor C., ob. cit., págs. 383-384. Los autores entienden que la IA puede impulsar el teletrabajo al contribuir a mejorar la experiencia del empleado y facilitar su labor, permitir una adecuada organización interna, seguir la actividad del teletrabajador, favorecer la comunicación y velar por una adecuada transmisión de la cultura corporativa, aunque resta una evaluación futura sobre su resultado (págs. 385-387).

(40) Ver Todolí Signes, Adrián, “Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo”, en *Revista Crítica de Relaciones del Trabajo, laborum*, Nro. Extraordinario 2 (2024): 229-250.

huir de los efectos de una tecnología que los maneja y de la que a la vez son sus propios usuarios voluntarios ⁽⁴¹⁾.

Su representación gráfica estaría conformada por los siguientes elementos:

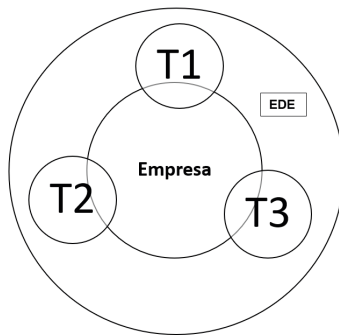
Empresa: espacio físico, híbrido o virtual.

T1: Trabajadores que cumplen tareas en modalidades mixtas presenciales/virtuales, siempre coordinadas a través de tableros de control de la IA.

T2: Trabajadores que cumplen la mayor parte de sus tareas en modo remoto, con alguna presencia física, funcionando a modo de colaboración y/o soporte con los anteriores, según algoritmos gestores.

T3: Trabajadores que prácticamente cumplen sus tareas sin presencia física en la empresa pero que son dirigidos conforme distintos algoritmos de rutina y control (p.ej. bajo plataformas o aplicaciones).

EDE: Ecosistema Digital de la Existencia, que envuelve a la empresa y sus trabajadores.



VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha expresado que “[l]a capacidad de un sistema jurídico establecido para defenderse contra los asaltos de sus enemigos depende del

(41) Sobre el marginalismo digital ver Pau, Antonio, *Manual de Escapología. Teoría y práctica de la huida del mundo*, Ed. Trotta, Madrid, 2019, págs. 217-219.

grado en que logre mitigar o combatir la tendencia a la rigidez y estancamiento que es inherente a la naturaleza misma del Derecho”⁽⁴²⁾.

El empleo del término “enemigos” no cabe tomarlo en sentido literal sino en la idea de antagonismos que lo confrontan y lo debilitan en su estabilidad. Como esta última es una propiedad funcional de todo sistema, las colisiones que reciba tienden a socavar su seguridad, otro de los anhelos sociales. La palabra “amenaza” puede utilizarse para el choque con el avance tecnológico⁽⁴³⁾.

La LCT llevó consigo, desde su puesta en vigencia, esa tensión entre la durabilidad de sus criterios rectores y el desvanecimiento de sus instrumentos categoriales de aplicación, a partir del desarrollo técnico.

El primer período conservó el mérito de la abstracción para dejar juego a la praxis socio-productiva, aunque sin desligarse de la idea del cruce vertical/horizontal que primara en sus disposiciones, imbuidas por el par dirección/prestación.

Tal visión, que continúa imperando, llevó al legislador a intentar, desde distintas perspectivas, una respuesta normativa que ascendió a lo colectivo para luego derivar en “perforaciones” al texto de la LCT con el objetivo de preservar su núcleo tuitivo.

Este recorrido se completó en su tercera parte con la inclusión del teletrabajo en modo contractual, insistiendo en esa figura jurídica como “vasija” de contención, sin reconocer que hace tiempo la nueva realidad laboral se ha liberado por sus intersticios.

Debe asumirse que la solución anclada en reformas parciales de la LCT no sirve como respuesta consistente para encauzar la multiplicidad de situaciones que presenta el ecosistema de trabajo híbrido, físico y virtual, inteligentemente humano y artificial.

El decurso actual que presenta la tecnología creativa, inmersa en las preferencias y elecciones personales, asoma como un mundo demasiado vasto, demasiado complejo para ser encuadrado en las típicas dualidades conceptuales que posee la LCT.

(42) Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, trad. Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, 2da ed. 10ma reimpr., México, 2016, págs. 32-33.

(43) Sobre el tema ver Aldao Zapiola, Carlos, *Reflexiones sobre seguridad, inseguridad y securitización. Su impacto en el mundo del trabajo*, Lajouane, Bs.As., 2024.

Por otro lado, el humilde desarrollo convencional en estos temas impone la necesidad de afrontar otro tipo de modelo, más cercano al de una ley de relaciones laborales que establezca verdaderos pisos “mínimos”, sin saturarlos, y deje abierto al nivel convencional la integración de los restantes contenidos.

Podrá criticarse la apelación a lo colectivo, pero hasta el presente no se ha descubierto una fuerza social de similar potencia negociadora para mantener una discusión en este plano.

La admiración y el respeto académico que puedan tenerse a la Ley de Contrato de Trabajo no pueden erigirse como obstáculos para poner en marcha un proceso de recreación de nuevos entornos normativos que se ubiquen a la altura del reto de la época.

Salir del molde contractualista individual, moldeado solo por la artesanía jurídica estatal ya no es una hipótesis. Es una necesidad.

EL RECONOCIMIENTO DE ANTIGÜEDAD EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMO HERRAMIENTA DE RETENCIÓN A LA LUZ DE LA REALIDAD ACTUAL

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DEL DESCANSO ANUAL (ART. 150 LCT)

POR MARCELO G. AQUINO

I. INTRODUCCIÓN

Sabemos que los antecedentes del reconocimiento de la antigüedad en el derecho del trabajo datan de que se conoció la rama con sus distinciones. Este reconocimiento ha sido fundamental para establecer políticas de retención laboral eficaces, ya que la experiencia y el tiempo de servicio de los empleados eran valorados y recompensados.

En el contexto actual, donde la movilidad laboral es alta y las empresas buscan mantener a sus talentos en la medida que se adapten a los cambios, la consideración de la antigüedad se convierte en un desafío para fomentar la lealtad y la estabilidad dentro de las organizaciones.

La dinámica de los cambios que se presentan cada vez con mayor frecuencia en el mundo de hoy también se ve reflejado en la organización del trabajo y en el perfil de trabajadores que requiere la empresa para alcanzar la sustentabilidad de la comunidad de trabajo (empresa, accionistas, trabajadores, sindicatos).

Ello implica que en algunas circunstancias sino en todas, la antigüedad en el puesto de trabajo no configure un capital en sí mismo sino una carga o peso tanto para el propio trabajador como para la empresa.

Para el propio trabajador porque en su concepción histórica de cultura de trabajo creía y cree que la antigüedad en su empleo le brinda una garantía de estabilidad (me refiero al sector privado) por los conocimientos adquiridos y la experiencia desarrollada dentro de la misma organización de trabajo. Hoy no es así.

Para la empresa, la dinámica de los cambios de procesos tanto en producción como en servicios conlleva la necesidad de capacitaciones y la adaptación a formas de trabajo que difieren de las tradicionalmente conocidas y culturalmente aceptadas. Si no se implementan estos cambios, no se puede asegurar la permanencia de la fuente generadora de trabajo, que es la propia organización, siendo sus miembros esenciales en la capacidad de reacción ante estos cambios.

La antigüedad en el empleo ha pasado de ser un elemento esencial y culturalmente reconocido, protegido legalmente, a un aspecto que, aunque sigue siendo importante, ya no es indispensable. Esta transformación responde a la necesidad constante de adaptación a nuevas tecnologías y métodos de trabajo, que requieren empleados con más capacidad de adaptación para enfrentar los desafíos modernos. La antigüedad, que en el pasado garantizaba estabilidad y protección, hoy en día debe complementarse con habilidades y competencias actualizadas, alineadas con las exigencias de la realidad.

Nuestra legislación ha sido conteste en reconocer a la antigüedad como un valor esencial estableciendo normativas de orden público que, como sabemos, no pueden ser dejadas de lado por decisiones o acuerdos de las partes. Es a la sociedad en su conjunto quien quiere resguardar estos pilares que hacen, como se define al orden público, a las necesidades intrínsecas de la comunidad.

Nuestro derecho del trabajo —Ley de Contrato de Trabajo— tiene entre su normativa, el reconocimiento de la antigüedad para:

- Definición de tiempo de trabajo:

Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad, se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador (art. 18).

- Vacaciones. Derecho de acuerdo con la antigüedad en el empleo (art. 150).

- Licencia por enfermedad inculpable. Extensión de acuerdo con la antigüedad en el empleo (art. 208).
- Suspensión por fuerza mayor (art. 221).
- Preaviso (art. 231).
- Indemnización por antigüedad (art. 245 LCT).
- Indemnización por razones de fuerza mayor (247).
- Indemnización por muerte del trabajador (248).
- Indemnización por muerte del empleador (249).
- Indemnización por quiebra o concurso del empleador (251).

Este listado permite analizar, preliminarmente, la incidencia de la antigüedad en cada uno de ellos al sancionarse la Ley de Contrato de Trabajo (1974) como al momento de este estudio.

Existen instituciones en que la incidencia de la antigüedad tuvo un motivo para que el legislador la considere y que perdura luego de 50 años. Me refiero a la definición del tiempo de trabajo, el preaviso y las indemnizaciones por extinción del contrato (cualquiera fuera la causal).

En cambio, entiendo que sí merece ser analizado a la luz de la dinámica de las organizaciones otros institutos como vacaciones, licencia por enfermedad y suspensiones.

El estudio que se propone es la redefinición de la antigüedad y el descanso anual.

II. ANTECEDENTES

El instituto del llamado descanso anual (vacaciones) tuvo su fundamento en necesidades biológicas, sociales, habiendo quedado demostrado que el reposo inactivo no elimina por sí solo la fatiga generada por el trabajo, siendo necesario o conveniente que el trabajador dedique este tiempo a actividades de diferente naturaleza de las realizadas para su empleador fin de restaurar el equilibrio entre la función cerebral y muscular, armonizando su sistema nervioso ⁽¹⁾.

(1) Sussekind, Arnaldo, "Duração do trabalho e repousos remunerados Imprensa", Freitas Bastos, 1950. P. 629

La OIT impulsó luego del convenio 1 (Washington, 1919), a que sus países miembros reconozcan vacaciones pagas, criterio que fuera reiterado en 1936 mediante los convenios 52 y 54 y recomendación 47 del mismo año.

El convenio 52 refiere a vacaciones de aquellos trabajadores que prestaban servicios en empresas industriales, transporte, vialidad, comercio, oficinas, hospitales, hoteles, restaurantes, espectáculos y otros establecimientos, excluyéndose del Convenio a los miembros de familia del empleador. Se establecía que el descanso anual debería ser como mínimo de seis días y de doce para los menores de 16 años y aprendices. El derecho al descanso anual aumentaba en proporción a la mayor antigüedad en el empleo, no pudiendo ser materia de negociación entre las partes (orden público).

El convenio 54, revisado en 1954 mediante el convenio 91, extendió las vacaciones pagas a la gente de mar, personal embarcado o de a bordo.

En el convenio 101 (1952) se incluyó como beneficiarios del descanso anual a los trabajadores agrarios.

En España la ley del 2 de setiembre de 1941 concedía al trabajador el derecho de un descanso anual de siete días remunerados siempre que cumpliera un año de prestación en su empleo. La condición para devengar el salario durante el descanso era que el trabajador no prestara tareas para otro empleador durante ese período.

En Italia, la declaración XVI de la Carta de Trabajo (1942) establecía que después de un año interrumpido, el trabajador tenía derecho a un período de descanso remunerado. La novedad de esta declaración fue el reconocimiento de las vacaciones al personal obrero ya que el trabajador administrativo (empleado) estaba protegido con una legislación propia y anterior. El empleador era quien determinaba la época de otorgamiento de las vacaciones como su fraccionamiento si las necesidades operativas así lo requerían.

En México se determinó un descanso anual de cuatro días después de un año de trabajo y de seis después de dos. Fueron los convenios colectivos de trabajo los que comenzaron a ampliar los períodos de descanso.

Venezuela reconocía 15 días hábiles por cada año de trabajo ininterrumpido (1947), mientras que Chile diferenciaba según se trate de obreros o empleados. Los obreros (jornalizados) que prestaron tareas doscientos ochenta días en el año tenían derecho a un período de quince días corridos de descanso pago por año. Si se trabajó más de doscien-

tos veinte días y menos de doscientos ochenta, el descanso anual era de siete días. En cambio, los empleados (mensualizados) cuando prestaron tareas durante un año se le reconocían 15 días hábiles pagos de vacaciones. La particularidad de la legislación chilena era reconocer mayor cantidad de días de descanso a aquellos trabajadores que prestaban tareas en zonas alejadas de las grandes ciudades donde seguramente era del lugar de residencia de sus familias. Así es como aquellos que prestaban tareas en las provincias de Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Magallanes, el descanso pago era de veinticinco días.

Costa Rica reconoció un mínimo de dos semanas por cada cincuenta semanas de trabajo continuo como vacaciones anuales pagas. La fecha de otorgamiento la definía el empleador, pero debía asignarse dentro de las quince semanas posteriores al día en que se cumplan las cincuenta semanas de trabajo. Es decir, en un año calendario que tiene 52 semanas, al prestar tareas desde la primer semana calendario, las últimas dos eran de descanso pago.

Como sabemos, el derecho protectorio nace para atender las particularidades que se generan en la posición desigual de fuerza negocial entre un trabajador y su empleador al momento de celebrar el contrato, durante su ejecución y en la etapa de extinción del vínculo.

En nuestro país el Principio Protectorio tiene reconocimiento constitucional recién en 1957, cuando se sanciona el art. 14 *bis*, que en su primera parte dice: “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”.

La jurisprudencia había sentado las bases para tal reconocimiento de rango superior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1937 refirió que las leyes laborales que condicionan y/o imponen obligaciones a los empleadores no interferían ilegítimamente con el derecho de propiedad, ni de contratación libre y tampoco con la libertad en la actividad privada.

Expresión de ello fue el caso “Quinteros c. Tranvías Anglo Argentina” (22.10.37) ⁽²⁾ que reconocía legitimidad en el pago de indemnizaciones en la extinción del contrato de trabajo ante determinadas condiciones.

En el tema que nos ocupa, fue el caso “Russich c/ introductoria de Buenos Aires” (20.7.38) ⁽³⁾ que reconocía el derecho de vacaciones pa-

(2) Fallos 179:113.

(3) Fallos 181:209.

gas, interpretando el art. 156 del Código de Comercio, reformado por la ley 11.729.

La ley 11.729 de Argentina, sancionada en 1933, fue una de las primeras regulaciones laborales en el país y estableció derechos fundamentales para los trabajadores del comercio, incluyendo vacaciones pagas.

III. RÉGIMEN ACTUAL

Como ya fuera mencionado, el descanso anual pago está expresamente reconocido en nuestra Constitución Nacional (art. 14 *bis*), como también en el art. XV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el art. 7º, inc. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El convenio 52 de la OIT trata sobre las vacaciones pagas.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar de vacaciones anuales remuneradas como un componente esencial del trabajo decente. Este derecho está establecido en el convenio núm. 132 de la OIT, adoptado en 1970, que establece que todas las personas empleadas por cuenta ajena tendrán derecho a vacaciones anuales pagadas que no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborables por un año de servicios.

Además, la Comisión de Expertos en Aplicación del Convenio y Recomendaciones de la OIT señala que las vacaciones anuales pagadas contribuyen a la salud de los trabajadores, permitiéndoles recuperarse física y mentalmente, lo que a su vez puede traducirse en mejor clima de trabajo logrando mayor motivación, productividad y competitividad.

Es importante destacar que, aunque el convenio núm. 132 establece un mínimo de tres semanas de vacaciones anuales, cada país puede legislar sobre la duración de las vacaciones, siempre respetando este mínimo. Por ejemplo, en América Latina, la mayoría de los países otorgan alrededor de 15 días de vacaciones anuales remuneradas, aunque algunos, como Brasil y Uruguay, han ratificado el Convenio núm. 132 y establecen períodos más largos.

En nuestro país, como sabemos, el artículo 150 de la Ley de Contrato de Trabajo (ley N.º 20.744) establece el régimen de vacaciones para los trabajadores en relación de dependencia, determinando la duración del descanso anual remunerado según la antigüedad del empleado al

31 de diciembre del año en curso. Los períodos de vacaciones son los siguientes:

- *Hasta 5 años de antigüedad*: 14 días corridos.
- *Más de 5 años y hasta 10 años de antigüedad*: 21 días corridos.
- *Más de 10 años y hasta 20 años de antigüedad*: 28 días corridos.
- *Más de 20 años de antigüedad*: 35 días corridos.

Es importante destacar que las vacaciones deben ser otorgadas en un período mínimo y continuado, y no pueden ser fraccionadas ni compensadas en dinero, excepto en caso de extinción del contrato de trabajo. Además, el empleador debe notificar al trabajador sobre el período de vacaciones con una anticipación no menor a 45 días.

Se entendía que los empleados con mayor antigüedad acumulaban más desgaste físico y mental, por lo que requerían períodos de descanso más prolongados para preservar su salud y productividad. Tanto cuando se sancionó la ley 11.729 (1933) como la ley 20.744 (1974) la mayoría de los trabajadores eran operarios en procesos industriales. No existían casi las líneas de servicio como actividad independiente ⁽⁴⁾. El nivel de rotación del personal era muy bajo o nulo. Las búsquedas de candidatos a ocupar posiciones eran por promociones internas. El empleado sabía que luego de un tiempo, iba a ocupar la posición de su jefe porque este se jubilaba (en la misma empresa donde casi seguro, fue su único empleo). La experiencia en los procesos industriales (sin innovaciones) y/o administrativos era un capital.

Hoy la realidad requiere de una nueva propuesta.

IV. DERECHO COMPARADO

IV.1. Latinoamérica

En la mayoría de los países del mundo los asalariados tienen derecho a vacaciones anuales retribuidas, que es un período durante el cual pueden ausentarse de su trabajo sin dejar de recibir su salario.

Estos días son adicionales a otros de descanso o ausencia de los trabajadores como los feriados, de enfermedad, descanso semanal, licencias parentales, etc.

(4) Por ello el régimen de descanso durante la jornada de trabajo para las mujeres y hasta el año 1991, la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres.

La cantidad de trabajadores que gocen de este derecho dependerá de la proporción de asalariados y en particular de asalariados formales.

En la región se estima que aproximadamente 57% de los trabajadores son asalariados, con países por debajo de este promedio como Bolivia con poco menos de 30% de asalariados, y Honduras y Ecuador con 44%.

Países como Chile, Costa Rica y Uruguay superan este promedio con 68% de trabajadores asalariados.

Asimismo, no todos son formales, en promedio para los países de los cuales se dispone información, se estima que solo el 56% de los asalariados cotizaban para su pensión en 2022. Algunas características de la informalidad, como la falta de contrato pueden incidir en el goce efectivo del derecho de vacaciones remuneradas, en el número de días o en la libertad del trabajador de elegir la fecha de estas.

En países de altos ingresos de la OCDE, por el contrario, la proporción de trabajadores formales supera el 85% e incluso alcanza el 90% en Dinamarca, Estados Unidos y Noruega ⁽⁵⁾.

En la mayoría de los países latinoamericanos, la legislación local reconoce 15 días de vacaciones anuales remuneradas, encontrándose Paraguay y México con 12 días corridos en un extremo y Brasil, Panamá y Perú con 30 días corridos en el otro.

IV.2. Brasil

En Brasil, el régimen de vacaciones está regulado por la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) y establece ciertos lineamientos que los empleadores deben seguir, siendo sus principales características:

Derecho a las vacaciones: todo trabajador tiene derecho a 30 días de vacaciones anuales pagos después de completar un año de trabajo continuo en una empresa. Este tiempo es uniforme para todos, independientemente la antigüedad en el contrato de trabajo de cada uno.

Vacaciones fraccionadas: mediante acuerdo entre las partes (empleador y trabajador) las vacaciones pueden ser fraccionadas de manera que el trabajador tome al menos un período de 14 días consecutivos, mientras que el resto de los días pueden ser gozados en otro momento.

(5) GONTERO, Sonia, RAVEST, Javiera, “Organización del tiempo de trabajo en América Latina: ¿cuántos días de vacaciones y feriados existen?”, OIT, OIT Cono Sur, Informes Técnicos, 6.9.24.

Plus vacacional: durante las vacaciones, el trabajador percibe, además de su salario por los días que le hubiera correspondido devengar si hubiera trabajado un adicional equivalente al 30% del primero como “abono de vacaciones”.

Período de otorgamiento: el empleador tiene un plazo de 12 meses después del periodo en que el trabajador cumple el año de servicio para otorgarle las vacaciones. Si no se otorgan dentro de este plazo, el empleador deberá pagar una compensación adicional.

Vacaciones conjuntas: el empleador puede decidir otorgar vacaciones de manera conjunta a sus empleados. Ello ocurre cuando los procesos son continuos y se requiere de todo o la mayoría del personal para operar la planta, por ende, el otorgamiento de vacaciones conjuntas permite el cierre transitorio de la planta, disponer del tiempo para las llamadas paradas de planta (trabajos de mantenimiento que, durante el proceso continuo no se pueden desarrollar) o bien en ciclos de baja producción.

IV.3. Chile

En Chile, el régimen de vacaciones está regulado principalmente por el Código del Trabajo. Los principales aspectos son:

Derecho a las vacaciones: todos los trabajadores tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones anuales después de haber cumplido un año de servicio continuo con el mismo empleador. Se define como días hábiles de lunes a viernes, siempre que no sean feriados.

Pago de las vacaciones: se garantiza el pago de la remuneración que le hubiera correspondido al trabajador en caso de haber prestado tareas en dicho período, lo que significa que el salario que recibe durante sus vacaciones no debe ser inferior al que devenga normalmente por su trabajo.

Vacaciones fraccionadas: aunque la ley establece 15 días de vacaciones, estas pueden ser fraccionadas, pero el empleador y el trabajador deben convenir cuando se tomarán esos días.

Vacaciones no tomadas: en caso de que no se gocen las vacaciones, dentro del año calendario, como el otorgamiento está en cabeza del empleador implica una carga que permite al trabajador exigir su pago en dinero.

Vacaciones para trabajadores con menos de un año: si el trabajador no ha cumplido el año completo de servicio, se le otorgan vacaciones

proporcionalmente, es decir, por cada mes trabajado (un día de vacaciones por cada mes de trabajo, hasta un máximo de 15 días hábiles).

Vacaciones conjuntas: el empleador puede decidir otorgar vacaciones de manera conjunta a sus empleados. Ello ocurre cuando los procesos son continuos y se requiere de todo o la mayoría del personal para operar la planta, por ende, el otorgamiento de vacaciones conjuntas permite el cierre transitorio de la planta, disponer del tiempo para las llamadas paradas de planta (trabajos de mantenimiento que, durante el proceso continuo no se pueden desarrollar) o bien en ciclos de baja producción. Se requiere de un acuerdo previo con el sindicato representativo y notificar con al menos 30 días de anticipación.

IV.4. Uruguay

En Uruguay, el régimen de vacaciones está regulado por el Código del Trabajo y por la ley N.º 15.180, que establece los derechos de los trabajadores en cuanto a los períodos de descanso, conforme al siguiente detalle:

Derecho a las vacaciones: Según la legislación uruguaya, los trabajadores tienen derecho a 20 días laborables de vacaciones al año, después de haber trabajado un año completo con el mismo empleador. Es importante destacar que los días de vacaciones se cuentan solo los días laborables, es decir, de lunes a viernes, excluyendo los fines de semana y días festivos.

Pago de las vacaciones: Durante el período de vacaciones, el trabajador recibe su salario completo. Además, la ley establece que el trabajador debe recibir un 1/12 de su salario mensual adicional, lo que equivale a una especie de “prima vacacional”, como un plus por el descanso.

Vacaciones fraccionadas: Las vacaciones pueden ser fraccionadas, pero deben ser acordadas entre el empleador y el trabajador. La legislación permite que las vacaciones sean tomadas en dos períodos, siendo uno de ellos, por lo menos, de 12 días consecutivos. En la práctica, es común que el trabajador disfrute de todo su período de vacaciones en un solo bloque.

Vacaciones no tomadas: Si el trabajador no toma sus vacaciones durante el año correspondiente, el empleador tiene la obligación de pagar esas vacaciones como remuneración adicional. En otras palabras, si no se otorgan las vacaciones dentro del plazo de 12 meses, se le impone al empleador un recargo en el valor a compensar.

Vacaciones para trabajadores con menos de un año: Si un trabajador no ha cumplido el año completo de servicio, tiene derecho a un período de vacaciones proporcional. Se considera 1,67 días de vacaciones por cada mes trabajado (hasta un máximo de 20 días laborales al año).

Vacaciones conjuntas: El empleador puede decidir otorgar vacaciones simultáneas a los trabajadores, es decir, que todos los empleados de la empresa tomen sus vacaciones al mismo tiempo. Para ello, se debe informar con anticipación conforme lo regula cada convenio colectivo de trabajo y seguir las normativas de consulta con los representantes de los trabajadores, cuando sea el caso.

IV.5. Países de la OCDE

Entre los países europeos, nórdicos y de Norteamérica de la OCDE, la cantidad mínima legal de días de vacaciones anuales retribuidas varía significativamente.

Para obtener una mejor comprensión de la situación entre los países miembros, la OCDE realizó en 2020 una encuesta sobre “Políticas en materia de Regulación del Tiempo de Trabajo”, recopilando información sobre horas habituales trabajadas, vacaciones, feriados y teletrabajo.

Con base en este cuestionario y datos de otras fuentes, se constató la diversidad en cuanto a la legislación vigente e incluso en los días efectivos de descanso de los trabajadores.

En relación con el número mínimo de vacaciones anuales, Estados Unidos no tiene reglamentación específica, mientras que en otros países oscila entre 20 y 25 días.

En la mayoría de los países europeos, alcanza los 25 días en cumplimiento con la directiva de la Unión Europea sobre ordenación del tiempo de trabajo.

En Corea y Turquía es cercano a los 15 días, y en Canadá y Japón se establecen 10 días anuales.

En muchos países, la negociación colectiva permite obtener más días de vacaciones, como en Dinamarca y Alemania, donde llegan a 30 días (OCDE, 2021).

Los datos recogidos por la OCDE mostraron que los días de vacaciones efectivamente tomados por los trabajadores suelen ser mayores a los días fijados por la legislación, salvo en Dinamarca y Japón ⁽⁶⁾.

IV.6. Países Bajos

En los Países Bajos, el régimen de vacaciones está regulado principalmente por la Ley de Trabajo y se rige bajo las directrices de la Unión Europea en cuanto a los descansos anuales. Los aspectos más salientes pueden resumirse en:

Derecho a las vacaciones: Los trabajadores tienen derecho a un mínimo el equivalente a 4 veces la cantidad de días laborables por semana que tiene como jornada cada trabajador de vacaciones anuales. Por ejemplo, si se trabaja 5 días a la semana, corresponden 20 días laborables de vacaciones anuales mínimas (4 semanas de vacaciones).

Pago de las vacaciones: Durante el período de vacaciones, el trabajador recibe su salario completo.

Además, los trabajadores también tienen derecho a recibir un plus vacacional (*vacation allowance*) equivalente al 8% del salario bruto anual. Este bono se paga generalmente una vez al año, normalmente en el mes de mayo, es decir, independientemente de la fecha de goce de los días de vacaciones.

Vacaciones fraccionadas: Las vacaciones pueden fraccionarse, conforme lo que se acuerde entre las partes del contrato de trabajo.

Vacaciones no tomadas: Si un trabajador no toma sus vacaciones en un año, esos días pueden acumularse. Por ende, si no se toman en el año siguiente, el empleador no está obligado a pagar por esos días no disfrutados, a menos que el trabajador esté imposibilitado de tomar sus vacaciones debido a circunstancias como enfermedad prolongada.

Vacaciones para trabajadores con menos de un año: Si un trabajador no ha trabajado un año completo, tiene derecho a vacaciones proporcionales. Por ejemplo, si has trabajado 6 meses, tendrás derecho a la mitad de los días de vacaciones anuales.

(6) GONTERO, Sonia, RAVEST, Javiera, "Organización del tiempo de trabajo en América Latina: ¿cuántos días de vacaciones y feriados existen?", OIT, OIT Cono Sur, Informes Técnicos, 6.9.24.

Vacaciones conjuntas: Las vacaciones colectivas son posibles, especialmente en ciertas industrias. Sin embargo, debe haber acuerdo mutuo entre empleador y empleados.

IV.7. España

En España, el régimen de vacaciones está regulado principalmente por el Estatuto de los Trabajadores y por acuerdos específicos en los convenios colectivos de cada sector:

Derecho a las vacaciones pagas:

- Los trabajadores en España tienen derecho a 30 días corridos por año donde el trabajador recibe su salario íntegro, es decir, no se realiza ningún tipo de descuento y sigue cobrando lo mismo que cuando está trabajando.

- Además, el trabajador tiene derecho a recibir pagas extraordinarias (por ejemplo, paga extra de verano o de Navidad), por ende, estas también se consideran parte del salario durante las vacaciones. Estos pagos adicionales pueden coincidir o no con el periodo de goce, es decir, que el trabajador lo devenga siempre en las mismas fechas independientemente de cuándo goza su descanso anual.

Vacaciones fraccionadas:

- Las vacaciones pueden fraccionarse a lo largo del año, pero el empleador y el trabajador deben llegar a un acuerdo sobre las fechas.

- En general, se espera que el trabajador disfrute de un período de descanso continuo, pero las partes pueden acordar fraccionar las vacaciones en dos o más períodos. En todo caso, uno de esos períodos debe ser, como mínimo, de 12 días corridos.

Vacaciones no gozadas. Compensación:

- Si un trabajador no toma sus vacaciones dentro del año, tiene derecho a recibir un pago por esos días no gozados solamente si no las ha podido tomar por razones objetivas (por ejemplo, enfermedad).

- En caso de que el trabajador no haya tomado sus vacaciones en el año correspondiente, los días no disfrutados pueden acumularse, pero solo por un período máximo de 18 meses desde que terminó el año de trabajo. Después de ese tiempo, los días no disfrutados se pierden, a menos que haya razones que impidan al trabajador tomar sus vacaciones.

Vacaciones para trabajadores con menos de un año:

- Si un trabajador no ha completado un año de trabajo, tiene derecho a vacaciones proporcionales. Esto significa que se le otorgarán días de vacaciones en función del tiempo trabajado.

Vacaciones conjuntas:

- Las vacaciones conjuntas pueden ser aplicadas en ciertas empresas o sectores, es decir, que todos los empleados de una empresa o sector tomen sus vacaciones al mismo tiempo. Esto suele acordarse a través de los convenios colectivos y se establece con la notificación previa necesaria.

IV.8. Francia

En Francia, el régimen de vacaciones está regulado principalmente por el Código del Trabajo. Sus principales características son:

Derecho a las vacaciones:

- Los trabajadores en Francia tienen derecho a 5 semanas de vacaciones anuales. Esto equivale a 30 días laborales al año, dado que la ley toma como base una jornada laboral de 6 días por semana (lunes a sábado).

- Este derecho es aplicable a los trabajadores a tiempo completo. Para los trabajadores a tiempo parcial, las vacaciones se calculan de forma proporcional al tiempo trabajado.

Pago de las vacaciones:

- Durante el período de vacaciones, los trabajadores deben recibir su salario completo. Esto significa que los empleados siguen cobrando lo mismo que devengarían en caso de prestar tareas.

- Además, el pago adicional por vacaciones (bonus vacacional) no es obligatorio por ley, pero en muchos convenios colectivos o contratos de trabajo, los trabajadores reciben un pago adicional, similar a una prima vacacional.

Vacaciones fraccionadas:

- Las vacaciones pueden ser fraccionadas a lo largo del año, pero se requiere el acuerdo del empleador con el trabajador.

Vacaciones no tomadas:

- Si un trabajador no ha tomado sus vacaciones en el año correspondiente, puede seguir disfrutando de los días pendientes de goce en los 12 meses siguientes al final del año de devengamiento.

Vacaciones para trabajadores con menos de un año:

- Si un trabajador no ha cumplido un año completo de trabajo, tiene derecho a vacaciones proporcionales. Esto significa que, si el trabajador ha estado empleado por menos de 12 meses, se le asignan vacaciones según el tiempo trabajado.

- En términos prácticos, se calcula 1/10 de las vacaciones anuales por mes trabajado.

Vacaciones conjuntas:

- Se puede acordar el otorgamiento de vacaciones conjuntas cuando las características de la empresa o actividad así lo justifica.

IV.9. Alemania

En Alemania, el régimen legal de vacaciones está regulado principalmente por la Ley Federal de Vacaciones Pagadas que establece los derechos mínimos de los trabajadores en cuanto a días de descanso.

Días mínimos de vacaciones:

- La ley garantiza al menos 20 días laborables de vacaciones pagadas por año, basado en una semana laboral de 5 días.

- Si la semana laboral es de 6 días, el mínimo legal es de 24 días laborables.

Acumulación y caducidad:

- Las vacaciones deben tomarse dentro del año calendario en el que se generan.

- Excepcionalmente, si el trabajador no pudo tomar sus vacaciones por razones justificadas (por ejemplo, enfermedad), puede transferirlas al año siguiente, pero deben gozarse antes del 31 de marzo.

Pago durante las vacaciones:

- Durante las vacaciones, el trabajador recibe su salario habitual, calculado como el promedio de las últimas 13 semanas trabajadas antes del inicio del descanso.

- No se permite compensar las vacaciones con dinero, excepto si el trabajador deja la empresa y aún tiene días pendientes.

IV.10. Finlandia

En Finlandia, el régimen de vacaciones es uno de los más generosos y mejor regulados del mundo. Está regido por la Ley de Vacaciones Anuales, que garantiza un alto número de días de descanso y beneficios adicionales para los trabajadores.

Cantidad de días de vacaciones:

- Los trabajadores acumulan 2.5 días de vacaciones por mes trabajado si han prestado servicios al menos un año en la empresa.

- Si el trabajador ha trabajado menos de un año, la acumulación es de 2 días por mes trabajado.

- Un empleado con al menos un año de trabajo tiene 30 días naturales de vacaciones pagadas (equivalente a 5 semanas, ya que los sábados cuentan como parte de las vacaciones).

- Si tiene menos de un año de antigüedad, acumula alrededor de 24 días corridos.

Distribución de las vacaciones:

- La ley permite a los trabajadores tomar 4 semanas de vacaciones en verano (mayo-septiembre).

- La quinta semana suele tomarse en invierno.

- Se fomenta que los trabajadores usen su tiempo de descanso en periodos largos, en lugar de fraccionarlo en días individuales.

Pago durante las vacaciones:

- Durante las vacaciones, los empleados reciben su salario habitual.

- Algunos Convenios Colectivos de Trabajo reconocen un salario adicional de hasta el 50% del salario mensual.

Protección y acumulación de vacaciones:

- Las vacaciones no utilizadas pueden acumularse y gozarse más adelante, pero la empresa tiene derecho a fijar un límite de acumulación.

- No se permite reemplazar vacaciones por dinero, salvo en casos de terminación de contrato.

IV.11. Suecia

En Suecia, el régimen de vacaciones está regulado por la Ley de Vacaciones Anuales que establece derechos mínimos para los trabajadores y ofrece amplias oportunidades para el descanso. Además, muchos convenios colectivos mejoran estas condiciones.

Cantidad de días de vacaciones:

- Todo trabajador tiene derecho a 25 días de vacaciones pagadas por año.
- No importa si trabaja a tiempo completo o parcial, el derecho a vacaciones es el mismo.

Derecho a vacaciones pagadas:

- Para recibir vacaciones pagadas, el trabajador debe haber trabajado durante el año aniversario que va del 1 de abril al 31 de marzo.
- Si un empleado no ha trabajado lo suficiente para acumular vacaciones pagadas, aún puede tomar días libres, pero sin sueldo.

Distribución de las vacaciones:

- Los empleados tienen derecho a tomar las vacaciones consecutivas en verano (entre junio y agosto).
- El resto de los días puede tomarse en otros momentos del año.

Pago durante las vacaciones:

- Los empleados reciben su salario normal durante las vacaciones, pero además pueden recibir un valor adicional de acuerdo con el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable en cada caso.

No compensación en dinero:

- Las vacaciones no pueden ser sustituidas por dinero, excepto en caso de despido.
- Algunos sectores tienen convenios que ofrecen más de 25 días, llegando hasta 30 o más en algunos casos.

V. PROPUESTA

Como se observa, el régimen actual de vacaciones en nuestro país presenta una gran heterogeneidad en cuanto a los días de licencia y las condiciones para el goce de estas.

Esta propuesta busca establecer un sistema uniforme y equitativo que beneficie tanto a los trabajadores, garantizando derechos básicos y promoviendo un balance adecuado entre vida laboral y personal como a las empresas estableciendo un régimen igualitario y uniforme.

VI. UNIFORMIDAD DE DÍAS DE LICENCIA

Se propone establecer un régimen uniforme de 21 días de licencia por año ⁽⁷⁾ para todos los trabajadores. Esta medida busca eliminar las disparidades actuales y asegurar que todos los empleados tengan igualdad de acceso a un periodo de descanso razonable y saludable.

VII. DEVENGAMIENTO DEL MISMO SALARIO

Durante el período de vacaciones, el trabajador devengará el mismo salario que hubiera correspondido en caso de haber trabajado. Su pago será al final del mes en que gozó de su licencia, evitándose los problemas financieros que tienen los trabajadores cuando cobran sus vacaciones anticipadamente.

Asimismo, como es práctica fraccionar las vacaciones, al liquidarse los días de licencia anual con el valor similar a la remuneración mensual permite una mejor administración tanto para el trabajador como para el empleador.

VIII. CONDICIÓN MÍNIMA PARA GOZAR DE LA LICENCIA TOTAL

Para tener derecho a la licencia total de 20 días en el año, el trabajador deberá haber laborado al menos la mitad de los días laborables del año en que se devengan, tal como lo establece el régimen actual. Esta medida asegura que el beneficio se otorgue de manera justa y proporcional al tiempo de servicio prestado.

(7) Tomando en cuenta que la antigüedad promedio de un trabajador en Latinoamérica es de 7,6 años se consideró como parámetro la licencia que hoy reconoce la LCT a un trabajador de esa antigüedad (Ver GUALAVISI, Melany y OLIVIERI, María Laura: "Antigüedad-en-el-empleo-y-rotación-laboral-en-América-Latina", Nota Técnica N.º IDB-TN-1072, julio de 2016, Banco Interamericano de Desarrollo) además de tomar como criterio lo establecido en el Convenio 132 de la OIT (1970) pese a no estar ratificado por nuestro país.

IX. DERECHO DEL TRABAJADOR A FRACCIONAR LAS VACACIONES

El trabajador tendrá el derecho de fraccionar sus vacaciones sin mínimos de días. Esta disposición ofrece flexibilidad para que los empleados puedan planificar sus descansos según sus necesidades personales y familiares, promoviendo un mejor equilibrio entre vida laboral y personal.

X. DERECHO DEL EMPLEADOR A FRACCIONAR LAS VACACIONES. MÍNIMOS QUE RESPETAR

El empleador tendrá el derecho de fraccionar las vacaciones del trabajador con un mínimo de 10 días en cada fracción. Esta medida busca equilibrar las necesidades operativas de la empresa con los derechos de los empleados, permitiendo una gestión más eficaz de los recursos humanos.

XI. ÉPOCA DE GOCE DE LAS VACACIONES

Las vacaciones podrán gozarse durante todo el año calendario posterior a su devengamiento, ajustándose así a una realidad cada vez más propia de la organización del tiempo de los trabajadores donde adecuan su descanso anual a su propia agenda. Esta disposición asegura que los trabajadores no acumulen periodos excesivos de vacaciones no utilizadas y promueve un descanso regular y periódico.

XII. CADUCIDAD DE LAS VACACIONES

En caso de que no se gocen, caducan al año siguiente, es decir, no se permite acumular a períodos posteriores como tampoco a ser compensadas en dinero.

XIII. ASPECTOS CONSIDERADOS EN LA PROPUESTA

- *Equidad y uniformidad*: Al establecer un régimen uniforme de 21 días de licencia, se eliminan las disparidades y se garantiza un trato equitativo para todos los trabajadores que prestaron tareas en el mismo año en que se devengó.

- *Bienestar del trabajador*: Garantizar el devengamiento del mismo salario durante las vacaciones y permitir la flexibilidad en la planificación del descanso contribuye a la salud y el bienestar de los empleados.

- *Proporcionalidad y justicia*: Establecer una condición mínima para gozar de la licencia total asegura que el beneficio se otorgue de manera justa, de acuerdo con el tiempo de servicio prestado.

- *Flexibilidad y gestión eficaz*: Permitir tanto a los trabajadores como a los empleadores fraccionar las vacaciones con ciertas condiciones favorece una planificación más eficiente y adaptada a las necesidades de ambas partes, ajustándose a la realidad actual.

- *Promoción del descanso regular*: Establecer que las vacaciones deben gozarse durante el año calendario posterior a su devengamiento y, en caso contrario, caducan, incentiva un descanso periódico y evita la acumulación de días no utilizados.

- *Fomenta nuevos empleos*: Un esquema de vacaciones más equitativo es un factor atractivo para nuevos empleados y puede mejorar la retención de talento. Muchas personas buscan empleos con mejores beneficios, y unas vacaciones iguales desde el inicio pueden hacer una empresa más competitiva.

Como corolario, las personas que han trabajado todo el año para dos empleadores de manera continua no se ven perjudicadas en su descanso anual.

Como hemos visto, en muchos países con altos estándares laborales, el derecho a vacaciones no depende de la antigüedad sino de otros factores, como la cantidad de horas trabajadas o un mínimo establecido por ley.

Un sistema uniforme simplifica la gestión de vacaciones del personal, evitando cálculos complejos y reduciendo errores en la asignación de días libres.

En resumen, establecer una cantidad uniforme de vacaciones igual para todos los empleados desde el inicio de su contratación puede mejorar la calidad de vida de los trabajadores, garantizar la sustentabilidad de la empresa conformando equipos de trabajo que se adapten a los cambios.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO A CINCUENTA AÑOS DE SU VIGENCIA

POR ESTEBAN CARCAVALLO

I. CONSIDERACIONES INICIALES

I.1.

Un aniversario es siempre ocasión propicia para realizar un balance de hechos y acontecimientos que han tenido lugar; y a la vez, evaluar desde donde posicionarse hacia el futuro inmediato. El que ahora nos convoca, transcurridos cincuenta años desde que en septiembre de 1974 se sancionara la Ley de Contrato de Trabajo N.º 20.744, motiva la publicación de este libro por parte del *Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, al que nos complace sumar nuestro aporte.

Si quisiéramos reseñar lo acontecido en el país y en el mundo a lo largo de estas cinco décadas, excederíamos largamente las dimensiones asignadas para este capítulo; por lo que, en apretada síntesis, nos limitaremos a mencionar solo aquellos cambios y transformaciones que identificamos como de trascendencia y ocurridos en los planos económico, productivo, tecnológico, cultural y social, todos ellos, desde nuestro punto de vista, causantes de indudable y visible impacto en el modo de trabajar y por ende, en el campo de las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas.

Como serán único objeto y materia de este análisis, los contenidos que han sido dados a la Ley de Contrato de Trabajo, centraremos nuestras reflexiones y comentarios únicamente en el plano de las relaciones individuales del trabajo.

Seguido a ello, esbozaremos lo que entendemos resultan ser hoy —y desde hace varios años— *tendencias* que quizá debieran ser computa-

das por futuras reformas legislativas, sean estas parciales o integrales; junto a los *desafíos* que se plantean, por lo pronto, desde el campo de la producción de bienes y de servicios, a causa del ascendente y vigoroso avance tecnológico; sin dejar de atender a las transformaciones sociales y culturales, entre las que cabe computar a la innegable inserción de la mujer en el mundo del trabajo.

I.2.

No podemos continuar este análisis, sin antes destacar la significación del hecho mismo de la sanción de la ley 20.744 luego de diversos intentos legislativos que tuvieron lugar desde 1904 ⁽¹⁾ y a lo largo de distintas décadas, que apuntaban a crear un cuerpo normativo que condense la regulación de todo el espectro de las relaciones del trabajo. Propósito que no se concretó de ese modo, sino a través de la regulación de distintas materias por separado: el descanso semanal; el trabajo de mujeres y de menores de edad; los accidentes y las enfermedades del trabajo; la jornada de trabajo.

En 1974, el Dr. Norberto Oscar Centeno ⁽²⁾ realizó una profusa labor de condensación de todos los criterios doctrinarios y también judiciales, conocidos y sentados por distintos tribunales del país desde la creación de la Justicia del Trabajo en 1945, corporizando, a instancias de la Confederación General del Trabajo, un anteproyecto de régimen de contrato de trabajo, que constituyó el principal basamento de lo que al poco tiempo se sancionaría y conocería como ley N.º 20.744.

Esta norma tiene a la *relación de dependencia* por viga maestra no solo del *contrato de trabajo* —considerándolo como expresión de un acuerdo de voluntad, dado por los sujetos contratantes de forma autónoma y libre— sino también de la *relación de trabajo*, dada en los hechos a través de la efectiva prestación y ejecución de la tarea.

En uno de los primeros análisis que desde la más calificada doctrina se hizo en 1977 acerca de la ley 20.744, Vázquez Vialard ⁽³⁾ realizó una pormenorizada descripción de lo que consideraba eran las notas fundamentales que aportaba la Ley de Contrato de Trabajo, a saber: la institución de

(1) PROYECTO DE LEY NACIONAL DEL TRABAJO, propuesto por PEN y elevado por iniciativa del Ministro de Justicia de la Nación Dr. Joaquín V. GONZALEZ.

(2) CENTENO, Norberto Oscar - Argentina 1927-1977. Abogado.

(3) VAZQUEZ VIALARD, Antonio en "Régimen de Contrato de Trabajo" en coautoría con J.A. JUAREZ DOVER, R. ALTAMIRA GIGENA y J SAPPÍA - págs. 11 y sgtes. Ed. Astrea Buenos Aires 1977.

la colaboración, la solidaridad y la buena fe, como principios elementales; el reconocimiento de la dignidad del trabajador, la admisión del hecho familiar; la limitación de las facultades del empleador; principios como el la ley más favorable y los criterios de interpretación derivados del mismo; el de conservación del empleo; el de irrenunciabilidad y el de orden público; y el de presunción de la figura laboral, y el de primacía de la realidad, considerado este último como determinante para definir la naturaleza del vínculo, con prescindencia de las formas.

Poniendo de relieve, además, a las definiciones legales que la norma analizada contiene, como las que refieren al *trabajo, a la empresa y al empresario, al establecimiento y al salario.*

II. LA ESENCIA TUITIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN MEDIO DE CONTINUOS CAMBIOS Y TRANSFORMACIONES

II.1.

Sin duda, la llegada de la *máquina* desencadenó la primera revolución industrial durante la segunda mitad del siglo XVIII, y en medio de la multiplicación de posibilidades productivas, tuvieron lugar enormes cambios en el modo de trabajar y en la vida de las personas, verificándose por lo pronto, la emigración desde el campo a las grandes ciudades —que vieron transformada su geografía— demandantes de mano de obra para sus incipientes industrias.

Todo ello, en medio de desequilibrios, inequidades e injusticias, en ausencia de un marco regulatorio pasible de proteger a quienes llevaban a cabo las tareas por cuenta de otros. Esa situación motivó el nacimiento del derecho del trabajo, cuyo fin esencial fue resguardar la dignidad, la salud y la libertad de quienes trabajaban bajo relación de dependencia. Su consolidación como rama jurídica en el mundo y en nuestro medio, vino a darse después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, dando inicio a un largo período en el que vieron la luz distintos marcos normativos destinados a regular los aspectos individuales y colectivos que lo componen; los que se vieron modificados varias veces a lo largo del tiempo y al compás de una constante evolución tecnológica y de la incidencia de esta —en un comienzo, pausada— en los procesos productivos, con previsible impacto en el modo y forma de trabajar y en la estructuración de los emprendimientos industriales. Es así que con el correr del tiempo, la inserción constante de tecnologías fue modificando las características y funcionalidades de los bienes manufacturados que hasta el momento se conocían; se generaron servicios tendientes a satis-

facen nuevas necesidades y demandas, impactando todo ello en los hábitos de consumo.

Y de la mano de esos cambios, se experimentaban otros, con visible impacto en la dimensión y estructura de las organizaciones productivas, que fueron mutando a lo largo del siglo XX.

Se agrega a ello, la convivencia de tales transformaciones con otras, de carácter social y cultural, que paulatinamente fueron dándose.

En medio de toda la dinámica de cambios descripta, también tuvieron lugar sucesivas crisis institucionales, políticas, económicas y sociales, regionales y aun globales, que afectaron la vida de los países a lo largo de la historia reciente.

Nuestro país no ha sido ajeno a esas situaciones, y al mismo tiempo se debatió constantemente en sucesivas y recurrentes crisis políticas e institucionales, además de económicas y financieras, con graves consecuencias dañosas para la integridad de su aparato productivo y del tejido social, con obvio impacto en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo. Contexto ese que precisamente, se dio entre 1973 y 1976, complejo periodo de la vida institucional del país, en que, pese a todo ello, tuvo sanción la norma cuyo análisis nos ocupa.

II.2.

No podemos dejar de mencionar ciertos eventos que tuvieron lugar a nivel global, con fuerte incidencia en la economía y con marcado impacto en el campo laboral. Nos referimos a la llamada *crisis del petróleo*, desatada en 1973, que generó cierta inflación y desempleo en el mundo, dando lugar a un conjunto de medidas de emergencia que llevaron a atenuar el estándar de protección que hasta entonces venía siendo dado al dependiente desde la mayor parte de los ordenamientos laborales, y que se tradujeron con el tiempo en lo que se dio en llamar la *flexibilización* del derecho del trabajo, expresión esta que se vio luego estigmatizada en muchos países y regiones.

Seguido a ello, y superada esa coyuntura económica global, tuvo lugar la creciente irrupción de otras tecnologías, de la mano de los avances científicos que la generaron, dando paso a la informática, a la computación; la robótica y más recientemente, en los últimos veinte años, a tecnologías aplicadas a la información y la comunicación.

El avance de estas últimas fue exponencial y, sobre todo, vertiginoso, dando lugar a productos y servicios de más corta vida, al verse rápidamente transformados o directamente reemplazados, por otros similares,

dotados de nuevas o mayores funcionalidades y aptitudes, verificándose así una rápida obsolescencia, con impacto en la sostenibilidad del precio inicial de los mismos.

Por otra parte, el avance tecnológico con influencia en el campo de la medicina se tradujo en una mayor expectativa de vida, resultado que —subrayamos— obligaría a los estados a rediseñar las prestaciones de sus sistemas previsionales, cuidando del necesario financiamiento de estos, para atender a lo que puede augurarse como más prolongados ciclos de vida laboral activa y concluida esta, de ancianidad.

También la mayor productividad a que dio lugar el uso de tecnologías ha tenido obvio impacto en el medio ambiente, provocando el incremento de emisión de gases; el surgimiento de nuevas potencias industriales; la acentuación de la globalización de la economía y el surgimiento de los procesos de integración regionales, provocando la deslocalización o relocalización de muchos emprendimientos productivos.

Tales cambios y transformaciones han recaído en la forma de producir bienes y servicios, lo que hace pensar que el *trabajo*, tal como lo conocemos hoy, difícilmente podría permanecer inalterable, al igual que el marco jurídico normativo que lo regula y tutela. Es precisamente este el punto que abordaremos luego.

III. PLANTEO DE LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DEL MARCO NORMATIVO LABORAL

Identificamos al menos tres circunstancias que explican la necesidad de adecuar el marco jurídico normativo laboral con el que contamos en nuestro país, a las nuevas realidades productivas, y también socio culturales.

III.1.

La primera de ellas tiene que ver con las *particularidades* que se verifican en nuestro medio, a partir de la matriz legislativa de tinte corporativista, que fuera adoptada a mitad del siglo pasado, y mantenida a rajatabla por parte de gobiernos de distinto signo político, tanto de facto como de *iure*. Que, desde nuestra perspectiva, ha condicionado, cuando no impedido, la dinámica de cambios que por las razones explicadas en el apartado que antecede, debieron darse en el campo de las relaciones individuales del trabajo.

Y no sin negativas connotaciones en el ámbito de las relaciones colectivas del trabajo, cuyo desenvolvimiento en medio de las mencionadas

crisis locales de toda índole, ha privado a la negociación en ese ámbito de la necesaria fluidez, dinámica y aptitud —desde convenios colectivos centrales y de gran alcance, nacionales y de actividad— para captar y atender rápidamente a los cambios antes descriptos, y permitir generar nuevas reglas de trabajo acordes con aquellos. Lo que dio lugar a marcos regulatorios que, por estáticos, quedaron distantes de las nuevas realidades productivas como así también, de las necesidades de los emprendimientos más pequeños, lo cual dio lugar a dificultades que afectaron la actividad de aquellos y la dinámica de relacionamiento de los sujetos de la relación de trabajo.

Pero como señalamos antes, no será parte de nuestro análisis esta última cuestión —aun cuando tiene obvio impacto en el desenvolvimiento de las relaciones individuales del trabajo— sino que nos centraremos en estas, mostrando la inconveniencia de sostener ciertos dispositivos desajustados de la realidad productiva actual.

Es que la ley creada en 1974 luce disociada de los fenómenos que han modificado, entre otros aspectos, la geografía del lugar de trabajo a partir de la masiva incorporación de tecnologías de la comunicación que permiten prestar tareas a distancia de modo constante.

Por otra parte, se requiere de la revisión de determinados *principios tutelares* que deben ser armonizados con la regulación a dar a nuevas modalidades de trabajo y contratación, acordes con las necesidades de hoy; al igual que los alcances de la extensión de la responsabilidad en todas sus facetas, comenzando por las cuestiones ligadas a la conformación de la cadena de valor y al relacionamiento con contratistas, subcontratistas y proveedores.

Necesariamente debería receptarse, entre otras varias cuestiones y materias, no la ideología, pero sí la perspectiva de género, la diversidad, la problemática de los cuidados de menores y de adultos; teniendo en cuenta para todo ello el rol de la mujer en el mundo del trabajo, y no solamente desde el plano de la maternidad; así como la conformación de la familia, a partir de nuevos derechos civiles.

El necesario *aggiornamento* de tales dispositivos debe darse sin mengua de la esencia tutelar que cabe asignar al derecho del trabajo, siendo aquella su razón de ser; pero abriendo paso a nuevas reglas que recepten las actuales condiciones y modalidades de desempeño, las que quedaran bajo un manto protectorio quizá de distintos matices y alcances respecto de nuevos labores y modos de relacionamiento de los sujetos.

III.2.

Otra circunstancia que torna necesaria una revisión del marco analizado está dada por la alteración de las relaciones de producción, potenciada por la *inserción de un mayor grado y tipo de tecnología*, que afecta no solo el trabajo aportado por el dependiente, sino también a la organización y dimensión que el empleador debe dar a su emprendimiento.

En tales condiciones, el *trabajo humano* insertado en una organización productiva no puede quedar o permanecer pétreo e inmutable, frente a cambios que transforman al propio emprendimiento en cuyo ámbito aquel se brinda. Y es esto lo que en realidad ha venido ocurriendo a lo largo del tiempo, invariablemente, pues la tecnología —resultado de la actividad creativa del ser humano— se puso de manifiesto al promediar el siglo XVIII, incorporada de modo constante y creciente, reflejado esto en las visibles mejoras que aportó a la producción de bienes y de servicios, llevando a la humanidad a transitar ya por cuatro ciclos denominados como “revoluciones industriales”, la cuarta y última de ellas, desde los primeros años de este siglo XXI.

Por ese motivo, los bienes que consumimos y adquirimos hoy —alimentos, automóviles, muebles, indumentaria, teléfonos, etc.— además de los servicios, también emergentes de emprendimientos productivos, no son los mismos que teníamos disponibles diez, treinta o cincuenta años atrás; ni resultan ser similares a los que antaño consumían nuestros mayores. Así, a lo largo del tiempo, la sucesiva incorporación de tecnologías y como resultado de ellas, de funcionalidades, provocó la transformación de los bienes manufacturados, contribuyendo a modificar los hábitos de consumo de las sociedades. Algo que consideramos como irreversible, irrefrenable e inmodificable, sin que se verifique hasta el momento, dato o demostración de lo contrario. No hay vuelta atrás en los hábitos y preferencias de consumo de las sociedades, luego de conocidas mejoras y funcionalidades aportadas por las tecnologías y el conocimiento, a bienes y a servicios.

Estas casi obviedades, deben ponerse de relieve para llegar a comprender definitivamente, que la tecnología en sus distintas manifestaciones y rostros, luego de la mano del trabajo humano —porque es resultado de este— en el siglo XVIII, para quedarse definitivamente, no de modo estático e inmutable, sino que registrando avances que vienen siendo, y serán, continuos y constantes.

¿O es que desearíamos hoy prescindir de ella, si es que fuera posible?
¿Acaso podemos rehusarnos a aplicar conocimientos e investigación para obtener y alcanzar nuevas invenciones o mejoras a las existentes?
¿Nos conformamos como sociedad a continuar viviendo sin el aporte de

lo nuevo? A todas estas preguntas, desde nuestra percepción de las cosas, cabe responderlas de modo negativo, porque el conformismo no es parte de la esencia humana, encontrando demostración en contrario, a través del devenir histórico.

Tampoco podemos ignorar la constante convivencia y retroalimentación que se verifico a lo largo doscientos cincuenta años, entre lo establecido y lo nuevo. Habiendo contribuido la tecnología a agregar valor y a potenciar a lo preexistente.

III.3.

La tercera circunstancia que motiva una revisión de los marcos normativos laborales tiene que ver con los *cambios socioculturales* que también han tenido lugar, y de modo continuo, a lo largo de los años. Por ejemplo, como se mencionó antes, a partir de los nuevos hábitos de consumo, que pueden ser resultado de productos novedosos, o simplemente, por el cambio de usos, costumbres u otros factores de raigambre cultural. Vaya como ejemplo de esto último, la apertura casi irrestricta de comercios en días inhábiles, para atender a la creciente demanda de productos y de servicios —motivada por nuevas pautas de consumo— en horarios que cuarenta años, no más, eran considerados desde la perspectiva de la fuerza de trabajo, como de descanso, incompatibles con la realización de tareas.

Y otros patrones culturales recientemente adquiridos, vienen siendo resultado de la formidable inserción de la mujer en el mundo del trabajo, que modificó su siempre esencial rol en el ámbito familiar, pero ahora combinado con las obligaciones y responsabilidades que se le asignan en su empleo. O bien, como consecuencia del reconocimiento normativo de nuevos derechos que modifican las instituciones civiles y la conformación de la familia, datos de la realidad que, junto a la posibilidad de cambio de género, deben atenderse desde el campo de las relaciones del trabajo, en el que tendrán indudable impacto.

Tenemos así, a causa de lo explicado, una nueva administración del tiempo a destinar al indispensable descanso y al necesario esparcimiento lo que, a su vez, ha venido impactando en la conformación de las actividades comerciales y recreativas, y en la oferta de servicios derivados de las mismas.

IV. LOS HECHOS, LA REALIDAD Y EL DERECHO

Las antes mencionadas transformaciones, como se dijo, impactan en la *forma de producir*, pero también en los *hábitos de consumo* y en las *cos-*

tumbres de las sociedades, y deben ser captadas a tiempo por el legislador, interpretando las nuevas realidades a que dan lugar, para luego conformar un orden jurídico abarcativo de estas. No es siempre lo que sucedió primero; muchas veces han sido las organizaciones empresarias, por su cercanía a la producción de bienes y de servicios, las que incorporaron a sus quehaceres nuevos usos, y pautas, que pasan a conformar sus políticas corporativas; así ocurrió, por ejemplo, años atrás con el teletrabajo a causa de los avances de la tecnología de la comunicación, previo a que en distintos países se dieran las respectivas regulaciones legales.

También por cercanía con los procesos productivos, vemos que, desde el ámbito de los convenios colectivos de trabajo, es posible detectar y captar tempranamente las innovaciones que puedan tener lugar, para permitir poner a tono en el mercado los productos y servicios y poder de ese modo, ofrecerlos y, en definitiva, competir.

Lo que no puede suceder, principalmente desde el *derecho*, es desatender a estos fenómenos, o ignorarlos, pues en tal caso —aun cuando sí sean captados desde el ámbito de la empresa o de la negociación colectiva— la realidad lo superará y de ese modo, se impondrá al orden jurídico, que se verá por ello desajustado, con imaginables consecuencias negativas —en la materia que es objeto de estas reflexiones— para los sujetos de la relación laboral. No sin impacto solamente en las condiciones y modos de trabajo, sino además, en la economía en general, en lo que tiene que ver a la oferta de bienes y de servicios, la productividad y la competitividad.

Como ocurriera en el siglo XVIII ante el incipiente maquinismo que dio lugar a la primera revolución industrial, también ahora —ante las profundas transformaciones que vienen sucediéndose desde las últimas décadas del siglo XX, con el advenimiento de la descentralización productiva y de la globalización— puede percibirse —quizá por temor a lo desconocido, muchas veces imbuido de cierta carga ideológica— una suerte de resistencia a la llegada de aquellas; lo que en este último caso llevó a legisladores y a jueces, estos como intérpretes de la ley, a extremar resguardos, como la ampliación del alcance de la irrenunciabilidad de derechos; o de la responsabilidad solidaria; esto último, con la idea de generar para el dependiente un abanico de cobertura frente a la superposición que en los hechos podía darse entre el dador de trabajo y terceros, sean estos, contratistas, subcontratistas o comitentes.

Pero el irrefrenable impulso y avance tecnológico —así al menos viene quedando demostrado desde hace doscientos cincuenta años a lo largo de ya cuatro “revoluciones industriales”— con todo lo que implica y causa no solo en materia productiva sino también en cuestiones socio

culturales, a nuestro entender debe ser acompañado, desde el Estado, a través de políticas activas tendientes a redireccionar inversiones públicas e incentivar las privadas hacia la generación de nuevos emprendimientos productivos, que potencien oficios, profesiones y más empleo sustentable y de calidad.

En ese contexto, cabe al Estado sentar nuevos contenidos para la educación formal o de base, que prepare a los educandos no solo para emprender el camino del aprendizaje universitario, sino también, el que cabe transitar hacia la vida laboral, donde la empresa llevará adelante un necesario e imaginable —en estas circunstancias de cambios sucesivos— proceso de capacitación y formación continua, implementando enseñanza de *extensión*. De ese modo, por vía de una constante capacitación —no puede esperarse otra cosa ante la vertiginosidad de innovaciones constantes, muchas de ellas de corta vida— se potenciará a las personas en sus habilidades, para mejorar la accesibilidad de las mismas al empleo, permitirles conservarlo, crecer dentro de la organización de la que forma parte, y desenvolverse luego en el mercado de trabajo.

Consideramos que esto alcanza no solo a jóvenes, sino también a los adultos, potenciando sus posibilidades de continuar en el mercado de trabajo.

En suma, creemos que *debe captarse positivamente al fenómeno tecnológico*, por lo pronto, admitiéndolo, y de ese modo prepararse para asumir los cambios que causa en la economía y en nuestras vidas. Lo que requiere del direccionamiento de la tecnología mediante el control de los seres humanos, desde los estados y las organizaciones.

V. TENDENCIAS Y NUEVOS PARADIGMAS

V.1.

Frente a los acontecimientos económicos y sociales descriptos, desde el campo del derecho del trabajo, se procuró —con mayor o menor grado de éxito— captar y comprender aquello que podía a cada momento vislumbrarse o percibirse como *tendencias*, para permitir planificar el modo de plasmarlas o de hacerlas realidad desde nuevos dispositivos legales, computando así las innovaciones y transformaciones perceptibles.

Así, en los últimos años del siglo XX, ante lo que se daba en llamar la “mundialización” de la economía, se fijó como objetivo respetar las normas fundamentales del trabajo, internacionalmente reconocidas, asignando competencia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT),

para establecer lo necesario a los efectos de mantener el nivel de protección social y asegurar un paralelismo entre progreso social y económico, asegurando a los trabajadores la obtención de los frutos de este último.

En ese contexto histórico, se procuraba dar una dimensión social a la entonces incipiente liberalización del comercio internacional, llamando a la actualización de legislaciones nacionales y también, de los instrumentos internacionales, como convenios, recomendaciones y declaraciones, emanadas de la OIT, a causa de las ya perceptibles mutaciones del trabajo relacionadas con la evolución de las tecnologías.

Y las preocupaciones que esa situación despertaba, giraban en torno a cuestiones tales como la igualdad salarial ante tareas de igual entidad o valor; *la protección de los trabajadores en el marco de las cadenas de valor o de suministros; el fomento y la creación de empleo en pequeñas y medianas empresas, la migración de trabajadores y su protección en los países de destino; la generación de empleo y la reducción de la jornada como herramienta apta para ese objetivo; la reducción de los costos asociados al salario; el desempeño de tareas a tiempo parcial.*

Cuestiones estas a las que con el correr del tiempo, en los años siguientes se agregaron otras, como la movilidad y polivalencia funcional; la formación profesional y la capacitación continua; la movilidad geográfica y la modificación sustancial a las condiciones de trabajo; la protección de la representación sindical; la flexibilización de los contratos individuales de trabajo; la erradicación del trabajo infantil; y lo que a nuestro entender resulta ser de suma relevancia, la consideración que mereciera el trabajo decente, como propuesta desde la Organización Internacional del Trabajo ⁽⁴⁾, a lo que esta consideró como nuevo paradigma.

Instaladas en la consideración pública internacional en calidad de objetivos, cada uno respondía a determinadas necesidades de cambio en los parámetros tuitivos del derecho del trabajo y también, respecto de la seguridad social, por lo que la Organización Internacional del Trabajo sugirió a los países miembros la formulación de modificaciones en sus respectivas legislaciones, lo que en buena medida se verificó a lo largo del tiempo.

(4) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Organización Internacional del Trabajo “Reducir el Déficit de Trabajo Decente - Un desafío global” año 2000. Memoria del Director General, 89ª Sesión de la Conferencia Internacional de Trabajo, Ginebra; SOMAVIA Juan, “Introduction - Globalizing Europe - Decent Work in Information Economy Report of the Director General” Sixth European Regional Meeting, OIT Geneva - 2000”; SEN, Amartya y NUSSBAUNM Martha C. “La calidad de vida” - 1993. México, Fondo de Cultura Económica.

V.2.

Ya en el siglo XXI, podemos decir que la apuntada intensificación y vertiginosidad del avance tecnológico, hace necesaria nuevas revisiones de las reglas legales, aun de aquellas que se pudieron implementar hace veinte años. Es que la dimensión de los cambios que se vienen verificando y los que la tecnología permite vislumbrar, llevan a alterar las propias notas tipificantes de la subordinación, al verse diluidas las fronteras del ámbito de trabajo, a causa del uso intensivo y continuo de tecnologías de la comunicación, provocando todo ello además un nuevo modo del control y de organización de parte del dador de trabajo.

En este escenario, identificamos hechos y datos de la realidad, que merecen ser computados como *tendencias*, a saber:

Nuevas formas de subordinación, en reemplazo de las tradicionales hasta ahora conocidas y legisladas; la pérdida de relevancia del salario mínimo como mecanismo de protección; la pérdida de relevancia de la presencia continua en el ámbito de trabajo; la conformación de una nueva organización de medios materiales e inmateriales más descentralizada; las posibilidades de trabajar más en menor tiempo; las posibilidades de trabajar a toda hora; más posibilidades de trabajar a tiempo parcial; la necesidad de establecer pautas de desconexión digital; la identificación de zonas grises o intermedias entre el trabajador independiente y el dependiente; nuevos tipos de contratación laboral; la igualdad efectiva en materia salarial, entre hombres y mujeres.

V.3.

En base a esas *tendencias*, no emergentes de la crisis sanitaria global en 2020, sino más visibles a causa de esta, identificamos cinco grandes elementos de la relación de trabajo hasta hoy caracterizadores de esta última, que se están viendo alcanzados por las transformaciones en curso:

a) Una manifiesta pérdida de centralidad del *lugar de trabajo*, a consecuencia de la utilización de tecnologías de la comunicación, que permiten externalizar toda o parte de la fuerza de trabajo; debido a ello, es que el *establecimiento*, concebido hasta ahora como lugar de ejecución de las tareas y en el que confluyen e interactúan los sujetos de la relación de trabajo, además de otros como proveedores, contratistas, etc. deja de ser la única alternativa a esos fines; lo que obliga a replantear a su vez, al ejercicio del poder de dirección y de organización que detenta el empleador, y por derivación de ello, del liderazgo que supone, el que deberá desenvolverse a distancia o en todo caso, sin la cotidiana cercanía que facilitaba su ejercicio. Esto último alcanza al liderazgo sindical, tanto

desde el plano de la representación de base como también desde la propia organización gremial que lo detenta.

b) La *jornada de trabajo*, parece dejar de constituir un continente temporal preciso para la ejecución de tareas, dando paso a un nuevo modo de gestionarla, tanto por parte del empleador como del dependiente, este último con mayor grado de autonomía y libertad a esos fines y efectos; quizá esto conlleve —como de hecho se verifica ante la proliferación de propuestas de reducción de la jornada semanal de trabajo— a una reformulación de los límites fijados por las legislaciones de los países al tiempo de labor, desde donde el cumplimiento de objetivos preestablecidos desplazaría a la exigencia de labor presencial durante determinada cantidad de horas.

Esto tornaría necesario, además, el rediseño de los incentivos, tanto desde el contrato individual de trabajo como a través de la convención colectiva, por cuanto se tendería a premiar y merituar el cumplimiento de objetivos y metas de producción antes que la observancia puntual de la carga horaria, dada la pérdida de relevancia de esta última.

c) El *salario* en sí mismo y en lo que respecta a su modo de pago, no es ajeno a la dinámica de cambios que vienen teniendo lugar; comenzando por la moneda en que se expresa y liquida, al admitirse y verificarse, por ejemplo, el uso de lo que se conoce hoy como “criptomonedas” o “criptodivisas” —monedas digitales basadas en la tecnología “blockchain”— además de aquellas que puedan tener curso legal en cada país.

Cabe detenerse a formular sobre el punto especiales consideraciones, tanto en lo que respecta a su conceptualización como a su naturaleza jurídica, atendiendo a la procedencia de estos instrumentos digitales, tras lo cual cabría definir si de acuerdo a cada legislación, sería posible pagar los salarios de trabajadores dependientes de esa manera, como de hecho ha venido ocurriendo en la práctica —no de modo generalizado, al menos en nuestro país— durante los últimos cinco años.

De ello se han ocupado en nuestro medio, algunos autores ⁽⁵⁾, a propósito de la presentación de un proyecto de ley ingresado a la H. Cámara de Diputados de la Nación bajo el N.º 2933-D-2021 que aún no cuenta

(5) GONZALEZ ROSSI, Alejandro y MASTROMARINO, Pablo en “Aportes a algunas iniciativas legislativas de pago de salarios con criptomonedas” LA LEY 2022-c 255 11/05/2022; GONZALEZ ROSSI, Alejandro en “La inteligencia artificial, tecnología blockchain y derecho del trabajo” TySS Octubre-Diciembre 2022 pág. 277 y CERVIO, Juan Bautista, en “Reflexiones sobre el pago de la remuneración del trabajador con criptoactivos” también en TySS Octubre-Diciembre 2022 pág. 285; y CAMPENNI, Juan Ig-

con tratamiento. Por lo que hasta el momento, en nuestro país no se verifica norma específica al respecto, y quienes han aportado análisis y opiniones doctrinarias, si bien admitieron la posibilidad de utilizar esos medios para el pago de salarios, a la vez reclamaron la urgente incorporación al plexo normativo de una regulación sobre el particular, atendiendo a la ya visible generalización del uso de estos instrumentos digitales, dada la expansión de las funcionalidades y ámbitos abarcados por parte de la tecnología que los genera.

Compartimos ambos postulados y en línea con lo que venimos sosteniendo a través de los apartados que anteceden, por aquello de que la realidad debe quedar enmarcada a tiempo en las regulaciones jurídicas, para que esta la refleje óptimamente.

Como otro dato a computar, agregamos la vigencia del *salario emocional*, al que podemos definir como un conjunto de prestaciones de carácter no monetarias, libremente creadas e implementadas por el empleador, que se traducen en el otorgamiento de beneficios e incentivos; en la posibilidad de trabajar de modo flexible y/o remoto; en la asignación de capacitación continua sin costo; en procurar momentos y espacios para el esparcimiento y hasta para el mantenimiento físico.

Tales son las manifestaciones hasta ahora conocidas acerca de lo que en definitiva resultan ser prestaciones brindadas por el empleador a su costa.

Lo que lleva a preguntarnos cuál sería el sentido, la finalidad y el objeto tenido en cuenta para el otorgamiento de tal liberalidad.

Queda en claro que las aludidas prestaciones, no son de carácter económico o monetario, aun cuando al empleador otorgante le signifiquen una erogación. Al muchas veces atribuido objetivo de captar y retener talento, no podemos dejar de agregar y de considerar, los valores que persiguen hoy en día, un importante número de organizaciones productivas, que ponen el acento en la dignidad y el cuidado del bienestar de las personas que forman parte de ellas, apuntando a contribuir a sus objetivos de vida, comenzando por dispensar un trabajo seguro y de calidad en un ámbito y entorno seguro, libre de todo signo de violencia y discriminación de ninguna índole, procurando prevenirla y erradicarla. Manifestaciones todas ellas que contribuyen a la vez al necesario equilibrio entre la vida laboral y personal.

nacio en “Pago de salarios con Criptomonedas” publicado en ABOGADOS.COM diario del 26/09/2022).

Lo antes descrito no es una teorización, ni expresión de deseos, sino parte de la actual realidad concreta y guía de acción cotidiana para la moderna gestión de la organización del capital humano, que, enmarcada en los valores antes descritos, implementa estas medidas que han pasado a ser parte de los usos o ya más institucionalizados, de las políticas corporativas.

Motivo por el que consideramos deben ser reinstalados en el plexo de dispositivos de la Ley de Contrato de Trabajo, previsiones que admitan, recepten y a la vez incentiven el otorgamiento de estas prestaciones, no sustitutivas sino complementarias de aquellas de carácter salarial que correspondan al contrato de trabajo. Como en su momento y hasta su derogación, en 2007 ⁽⁶⁾ tuvieron cabida medidas con igual sentido y alcance, como los llamados “beneficios sociales” que el art 103 *bis* LCT habilitaba a otorgar al empleador de modo voluntario, para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida del dependiente o de su familia.

d) Lo que sigue, como parte del análisis y la revisión que venimos efectuando, tiene que ver con un conjunto de transformaciones de variada índole y causas, que han modificado el *comportamiento de los sujetos de la relación de trabajo*, y por derivación de ello, de lo que cada uno persigue de aquella.

Por lo explicado hasta ahora acerca del devenir de los cambios provocados a lo largo del tiempo por el fenómeno tecnológico, continuos y si bien paulatinos en un comienzo, y hoy más vertiginosos y profundos, podemos decir que, de algún modo, ha impactado en la manera de crear y generar *emprendimientos productivos*, que son en la actualidad de dimensiones distintas, más reducidas, que los de antaño, gracias a la incorporación intensificada de tecnologías. No se darían hoy los seguramente enormes esfuerzos de inversión que hiciera Henry Ford acordes con la magnitud de la estructura organizativa y productiva dada a la empresa que fundó en 1903, para crear, financiar y poner en marcha una empresa automotriz.

Notamos estar en presencia de un nuevo *empendedorismo*, como lo demuestra la experiencia fundacional de las llamadas empresas tecnológicas, muchas de las cuales nacieron con muy poco capital monetario, pero gracias a un superlativo grado de conocimiento e inteligencia humana de quienes las inspiraron e impulsaron: es el caso de Bill Gates y de Paul Allen respecto de *Microsoft*; de Mark Zuckerberg respecto de *Facebook*; y del magnífico Steve Jobs para con *Apple Computer*. Y para

(6) Ley 26.341 (BO 24/12/2007).

no dejar de considerar a lo ocurrido en nuestro medio, con el protagonismo de emprendedores argentinos, podemos decir lo mismo respecto de Marcos Galperin con relación al *unicornio* (7) *Mercado Libre*.

La vertiginosa y a la vez enorme valorización adquirida por esas organizaciones, no se condice con la dimensión real de su estructura física, productiva, tecnológica y con el volumen de capital humano integrado a las mismas; lo que lleva a preguntarnos si ese fenómeno podrá continuar enmarcado por más tiempo en la definición que de “empresa” y de “empresario” nos trae desde 1974 invariablemente, el art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo; con impacto en la que acerca de “establecimiento” contiene el art. 6° del citado texto legal, o la propia de “empleador” que de igual modo se da desde el art. 26.

Desde otro plano, el *dependiente* se muestra hoy muchas veces imbuido de cierto empoderamiento que, más allá del plexo de derechos y garantías con el que cuenta, le lleva a plantear determinadas condiciones y modalidades de trabajo, como es comprobable en los últimos tiempos, tras la pandemia, en lo que hace a la jornada y al modo de trabajar, al cobrar entidad las prestaciones a distancia o combinadas con cierto grado de presencialidad. Posicionamiento este que tiene receptividad desde la perspectiva del empleador, en mérito a nuevos propósitos y valores adoptados desde su organización, tendientes a procurar no solo mejores condiciones y modos de trabajo, con mayor grado de calidad, sino también la conciliación de todo ello con la vida personal del dependiente.

Entre los nuevos patrones de conducta, usos y costumbres y parámetros culturales, encontramos el aparente deseo de una corta vida laboral dependiente, con miras a una eventual y no muy lejana autonomización, sea en el ámbito de la misma actividad comercial o industrial donde se desenvuelve el empleo inicial, o en otra completamente diferente. Es así que el tránsito en uno o varios emprendimientos productivos apunta a ser un objetivo de vida laboral, y mediante un pasaje de modo más rápido entre uno y otro, permitiendo exhibir entre las condiciones de empleabilidad del dependiente, una mayor experiencia a través de esa rotación continua, lo que ha dejado de ser hoy un demérito sino por el contrario, agregado de valor a lucir en cualquier postulación a nuevos empleos.

(7) Término o expresión con la que son denominadas aquellas empresas que logran una valorización de mil millones de dólares estadounidenses o más durante sus etapas fundacionales, y previo a su cotización en bolsas de valores; en esa categorización, que obedece a la inspiración de la inversionista estadounidense Aileen Lee, se encuentran ubicadas muchas empresas *fintech* del mundo y especialmente de Argentina.

Es la contracara de lo que conocimos hasta ahora, cuando primaba la vocación de permanencia y de continuidad, en lo posible, a una sola o a pocas organizaciones productivas, a lo largo de la vida laboral activa.

Podrá encontrarse en este nuevo dato de la realidad, la explicación de medidas y políticas que en los últimos años proliferaron con el objetivo de retener talentos, lo que lleva a descreer a muchos de la entidad de los nuevos valores que alegan profesarse desde muchas organizaciones empresarias, tendientes a generar empleos de calidad procurando el bienestar y la dignidad de quienes laboran en aquellas.

No lo percibimos de ese modo, es decir, como una reacción premeditada de las organizaciones empresarias ante los comportamientos, valores y objetivos de vida personal y laboral que se trazan las nuevas generaciones. Sino que adscribimos a la visión de que el cambio de paradigmas culturales y sociales —que obedece a una combinación de causas y circunstancias cuyo desarrollo excedería el tema abordado en este capítulo— por su gran magnitud, abarca por igual a las organizaciones —concientizadas en gran medida acerca de su rol *social*— y a las personas, en cuando al modo de alcanzar su propio bienestar.

Como una última consideración acerca de los sujetos de la relación de trabajo, señalamos que los cambios apuntados tanto del lado de quien emprende —sean personas humanas o jurídicas, en definitiva compuestas por las primeras— como de parte de quienes conforman la fuerza de trabajo, desde nuestra perspectiva, responden a un contexto y entorno que el sociólogo anglo polaco Zygmunt Bauman ⁽⁸⁾ llamaba *modernidad líquida*, metáfora sobre la que construyó una teoría, que pretende explicar los comportamientos y reacciones de la sociedad de hoy, a partir de las transformaciones sociales y culturales que tuvieron lugar de manera constante durante la última mitad del siglo XX, y que atravesaron a más de una generación, permitiéndoles convivir pese a la mutación de hábitos y de valores.

Esto último es computado por dicho autor como muestra de fluidez y de adaptabilidad al cambio, frente a estructuras, normas y tradiciones preestablecidas que no incorporan definitivamente, sino que buscan cambiar, dato y característica que le llevan a caracterizar a lo que describe como *generación líquida*, por su capacidad para adaptarse a nuevas situaciones y tecnologías, en medio de una notoria falta de compromiso con las relaciones a largo plazo.

(8) Zygmunt Bauman -1925-1917; "Generación Líquida: Transformaciones en la era 3.0" Ed PAIDOS - Estado y Sociedad.

Precisamente en lo que concierne a las relaciones de empleo y al trabajo, Bauman hace notar que las personas humanas que son parte de esa generación se encuentran en constante movimiento, cambiando de empleo, de relaciones, de lugar de residencia, lo que nos permite identificarlas, en algún punto, con lo que se conoce hoy como *nómada digital* ⁽⁹⁾. Atribuye ese modo de vida a la influencia de las tecnologías y de las redes sociales, generadores a su criterio de un entorno que describe como efímero y transitorio.

No haremos aquí un juicio de valor acerca de fortalezas y debilidades intergeneracionales; pero admitidas tal como son las nuevas generaciones, consideramos que no puede perderse de vista esa nueva cultura —que describimos párrafos arriba, previo a esta referencia hacia las ideas y visión de Bauman— proclive a explorar constantemente nuevas formas de vida, lo que por ende roza al trabajo, con todo lo que este significa para el desarrollo y sustento de la persona humana. Señalamos esto, de cara a la necesidad de computar estas nuevas circunstancias y realidades, que en lo relativo al plano analizado en este apartado, refiere no a los procesos productivos, sino al modo de ser, de actuar y a los objetivos de vida de las personas humanas contemporáneas, para de acuerdo a ello, construir un marco regulatorio de adecuado a ese nuevo paradigma, que refleja cierta ansia y hasta necesidad de movilidad en el mercado de trabajo.

e) No podemos dejar de computar entre los trascendentales cambios antes descritos, a los que ha experimentado en las últimas décadas *la tipificación legal de la Familia*, institución que, desde nuestra perspectiva, es la base constitutiva de la sociedad. Es que ante las distintas transformaciones sociales, culturales y demográficas que tuvieron lugar por lo menos desde la mitad del siglo XX, la conformación y organización de la Familia se vio impactada, dando así lugar a nuevas realidades que no siempre se vieron receptadas en los distintos cuerpos normativos al mismo tiempo.

Así, la Familia tradicional, compuesta por variaciones de género, con el tiempo vio surgir otras conformaciones, cultural y socialmente admitidas, dando lugar a la constituida por personas del mismo género; o bien por un solo progenitor que, respecto de la prole, derivó en la llamada mono parentalidad.

(9) Podemos decir que consiste en una alternativa o forma de vida seguida por quien basa su ocupación laboral o servicios en el uso de internet, lo que le lleva a carecer de lugar de trabajo y de vida definitivo y permanente.

Esos cambios han tenido lugar, sin perderse de vista y mucho menos, negarse, la importancia que, como institución, la Familia tiene para la sociedad, a partir del rol que se le reconoce en todo lo que hace al desarrollo y proyección de sus integrantes —tanto de los progenitores como de la prole— contribuyendo en el conjunto a la educación, formación, crecimiento y contención de aquellos. Por lo que aún hoy, en muchos países, ya transformada en su composición e integración, no ha dejado de ser considerada por las respectivas legislaciones, como base o núcleo de la sociedad.

Prescindiendo para este breve análisis y referencia hacia la Familia, de consideraciones basadas en creencias religiosas, culturales y también, políticas, acerca del modo de su constitución, sea a través de matrimonio civil, de uniones de hecho o convivenciales, o más aún, del carácter heterosexual o igualitario de las mismas, tomaremos en cuenta —y específicamente en lo que hace a nuestro ordenamiento normativo— los valores en base a los cuales se le ha dispensado tutela desde la Carta Magna y por derivación de esta, en la legislación civil, primero encarnada en el Código que fue obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, seguido este del que rige desde 2015.

Podemos comenzar por remarcar y criticar, ciertos desajustes que se verifican entre el alcance de las transformaciones que fueron tomando cuerpo por impulso de la legislación civil, frente a la escasa o nula receptividad que tuvieron en otros cuerpos normativos especiales, pero que se nutren del derecho común. Nos estamos refiriendo al Derecho del Trabajo, que aun conteniendo dispositivos que en definitiva tienen como fin último a la tutela de la Familia —destinados a la maternidad, al matrimonio, al cuidado de los hijos y al trabajo familiar— no ha receptado aún los cambios que acontecieron en el mundo a causa de nuevas realidades culturales y sociales. Lo que, por el contrario, sí se aprecia desde el Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de resultar la legislación de esa materia (Libro 2: Relaciones de Familia; Títulos 1, 2 y 7), a partir de que comenzó a verse paulatinamente diluido el rol de la mujer y madre como única responsable del cuidado y atención de los hijos, al asumir los padres parte de esa responsabilidad, conjuntamente con la primera

Es que la manda del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, ubica a la *protección integral de la Familia*, en el campo de la seguridad social, y como deber a cargo del Estado; también a la *compensación económica familiar* que no es otro que el comúnmente conocido como *salario familiar*.

Pese a dichas previsiones, hacemos notar que las leyes especiales, que conforman el marco regulatorio de nuestra materia, y en particular, el del contrato individual del trabajo, no han sabido receptor los cambios

y transformaciones que en el campo de los derechos civiles han alcanzado, por una parte, al rol de la mujer en el seno de la Familia, como a su pronunciada inserción en el mundo del trabajo a lo largo de los últimos años.

Aun cuando nuestro país ha ido ratificando numerosos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo al promediar el siglo XX, no se ha traducido en la actualización del orden normativo interno; en concreto de la ley de contrato de Trabajo, aun cuando a lo largo del tiempo ha sido objeto de numerosas modificaciones parciales, pocas de las cuales abordaron en profundidad y de manera integral, la situación de los dependientes con responsabilidades familiares. Recién en los últimos seis años, se fueron acumulando una serie de proyectos legislativos que contemplan ciertas innovaciones en materia de licencias especiales, ligadas principalmente a la maternidad; ninguno de los cuales mereció sanción hasta el momento.

Tampoco desde el lado de la negociación colectiva pareció verificarse interés en estas cuestiones, como para receptorlas captando las nuevas realidades familiares y socio culturales, y ampliar así la base tutelar emergente de la referida Ley de Contrato de Trabajo.

Hasta la reforma del Código Civil en 2015, se registraron distintos hitos normativos desde el campo de los derechos civiles, que constituyeron los antecedentes inmediatos del nuevo orden al que se atiene hoy la estructuración de la Familia: ley 23.264 (1985) que instituyó a la patria potestad compartida; la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, permitió otorgar jerarquía suprallegal a determinados y tratados internacionales: *Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer*; *Convención sobre los Derechos del Niño*; y por carácter transitivo, se asignó ése carácter a los Convenios provenientes de la *Organización Internacional del Trabajo*, de los cuales, aquellos ligados a la temática que es motivo de nuestro análisis, serán detallados luego; ley 24.417 (1994) de Protección contra la Violencia Familiar; ley 25.674 (2002) de Salud Sexual y de Procreación Responsable; ley 26.485 (2009) de Protección Integral contra la Violencia de Género; ley 26.618 (2010) de Matrimonio Igualitario; ley 26.473 (2012) de Igualdad de Género.

Las transformaciones así plasmadas tienen obvias connotaciones en el campo de las relaciones individuales del trabajo, que necesariamente deberían verse reflejadas en el marco regulatorio que les cabe. Como que también impacta lo sucedido en favor del conjunto poblacional conformado por personas de diversas orientaciones sexuales, que obtuvieron desde el derecho civil especial tutela, tanto para contraer matrimonio, como para el ejercicio de la parentalidad, entendido esto último, como

las tareas de cuidado, educación y de formación de los hijos a cargo de sus padres, sean estos biológicos o adoptivos. A todo lo cual, reiteramos, se suma la profunda inserción de la mujer en el mundo del trabajo.

Estos diversos cambios y transformaciones en torno a la estructuración de la Familia —y por consiguiente de las responsabilidades y deberes de sus integrantes— requieren evaluar el alcance de la tutela legal que le cabe, a partir de las exigencias que representa para quienes de aquellos estén insertados en el mundo laboral. Con todo lo que eso puede implicar en la actualidad, teniendo en cuenta el foco que se pone hoy en la necesidad de balancear la vida personal —como parte de esta ubicamos, por cierto, al plano familiar— con las responsabilidades derivadas del trabajo.

f) Decíamos antes que se verifican nuevas formas de *subordinación*. O diríamos, más bien, modalidades de trabajo humano tutelado que escapan del esquema tradicional del contrato de trabajo y que exceden las zonas grises que siempre mediaron entre dependencia y autonomía que, aun así, fueron abrazadas por la tendencia expansiva del derecho del trabajo, bajo el imperativo de proteger a quienes prestaban servicios en condiciones distintas a las de quienes eran identificados como empleados dependientes.

Ya desde hace poco más de treinta años, la doctrina italiana ⁽¹⁰⁾ comenzó a analizar situaciones consideradas como de *parasubordinación*, que no es más que una referencia hacia formas o modos, cuanto menos distintos, de manifestarse la dependencia económica, jurídica y técnica. De una u otra manera, como señalamos al comienzo, puede advertirse que, a causa de lo explicado, la subordinación luce atenuada, porque al mismo tiempo las nuevas formas de trabajo, y principalmente la generalización del híbrido o remoto, diluyen el *poder de dirección y de control* del empleador, dejando en manos del dependiente cierto grado de autonomía para planificar y ejecutar la tarea.

En definitiva, ante estos innegables cambios de escenarios y condiciones bajo las que se desenvuelven las relaciones de trabajo, es impensable sostener que el derecho del trabajo, o más bien, el plexo de dispositivos que lo tutelan permanecerá inmutable trascendiendo a las innovaciones y transformaciones que se suceden. Por lo que consideramos se impone la adaptación de aquellas y del principio protectorio ínsito a las mismas, sin resistir, negar o estigmatizar los cambios que tie-

(10) “Diritto del Lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato” Carinci, F; De Luca Tamajo, R; Tosi, P y Treu, T. UTET 4ta Edición Torino pág. 20 y sgtes.

nen lugar, sino asimilándolos y captándolos positivamente, como venimos sugiriéndolo.

La antes remarcada como tendencia, perceptible, a la autonomización del trabajo antes iniciado en el marco de la dependencia laboral, quizá de la mano de la descentralización de las áreas de producción y de servicios de determinadas organizaciones productivas, si bien en lo inmediato estaría dando lugar a trabajo independiente, podría tornar hacia la laboralización de este. Como se ha percibido en la Unión Europea, desde la más calificada doctrina ⁽¹¹⁾.

Quizá el legislador argentino percibió esa tendencia, ya que contempló entre las modificaciones resultantes de la ley 27.742 (BO 08/07/2024) la figura del *trabajador independiente con colaboradores* ⁽¹²⁾, a nuestro modo de ver, de modo parcial e incompleto, más aún, al no contarse en nuestro medio aun con un marco regulatorio de mayor amplitud, que primero defina y caracterice al supuesto mencionado, e incorpore a otras expresiones lindantes como las que se verifican en ciertos países (ob. cit. 11) antes que limitarse solamente a describir la posibilidad de relacionarse con terceros.

g) De manera pues que las *tendencias* hasta ahora descriptas y explicadas, conformarán nuevos *paradigmas*, es decir, modelos sociales o en todo caso, ejemplos observables, que el *derecho* debe procurar percibir y tomar en cuenta, para así conformar dispositivos que —con relación a nuestra materia— regulen de modo distinto a la manera de trabajar, siendo ya distinta la forma de producir. Lo que llevaría a estructurar un nuevo *orden público* que dé preeminencia a distintos dispositivos tutelares por sobre otros.

En circunstancias como las actuales, es cuando se hace necesario evaluar la eficacia y el alcance dado a los principios e institutos que conforman el arco protectorio del derecho del trabajo, si es que han entrado en crisis y en conflicto con la realidad resultante de determinados acontecimientos históricos, políticos, económicos y sociales, o bien en virtud de nuevas corrientes de pensamiento o de criterios doctrinarios o judiciales. O ante la imperiosa necesidad de examinar el grado de uso,

(11) RODRIGUEZ PIÑEIRO ROYO, Miguel “La laboralización del trabajo autónomo: experiencias comparadas y situación en España” www.uhu.es/miguel.rodriguez/leccion/leccion7; Ceinos Suarez, Amgeles “Autónomos económicamente dependientes: el trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado” Ed Aranzadi, Navarra España, 2007;

(12) En art. 97, ley 27.774.

o en todo caso, de no uso de dispositivos legales dictados en otro siglo o transcurridas ya varias décadas en medio de los apuntados cambios y transformaciones.

Queda por lo tanto en claro, que se han visto modificados paradigmas de la producción y también de la comercialización de bienes y de servicios. Lo que torna imprescindible examinar si el *trabajo*, como actividad humana aplicada a esos procesos, puede permanecer inalterable en medio de dichas transformaciones, o si requiere de la evaluación y confrontación de las reglas y principios que conforman al derecho del trabajo y a la seguridad social, con las nuevas realidades económicas, sociales y productivas.

A nuestro entender, encarar esa tarea *supone el gran desafío de que el derecho del trabajo no vea alterada su esencia tutelar*, manteniendo actualidad ante esas nuevas realidades, tanto en tiempos de normalidad como de crisis.

Creemos que el principio protectorio debería modelarse como para admitir positivamente los cambios que dan lugar a nuevos escenarios, armonizándolo con insustituibles facultades para dirigir y organizar el emprendimiento; contratar y descontratar. Vemos que el respeto a esas libertades, resulta ser una premisa esencial para generar empleo de calidad, estimulando su multiplicación dentro de un marco regulatorio como el propuesto.

Por lo que debe llevarse adelante el replanteo de los principios que informan al derecho del trabajo, de ser necesario, mediante el cambio de los paradigmas hasta hoy conocidos. No solamente debido a las transformaciones causadas por la tecnología —aún sin ser esta el único agente de cambio identificable— sino también por eventos de raíz socio cultural; por la generación de nuevos derechos civiles o por el hecho de que determinado conjunto de dispositivos no se hayan mostrado eficaces tanto para la preservación de derechos humanos fundamentales como para alcanzar el desarrollo social; tampoco para atender adecuadamente a las contingencias de la vida; permitir generar empleos de calidad o bien facilitar el normal desenvolvimiento de la actividad económica y productiva. Factores todos ellos que tornan indispensable un examen de las normas en juego, y reiteramos, de los principios que las inspiraron.

También los convenios y tratados internacionales receptados e incorporados al derecho positivo interno conforme es mandato de nuestra Carta Magna, deberían reexaminarse en muchos de sus contenidos, procurando su armonización con las nuevas realidades apuntadas. Lo con-

trario, daría paso a permanentes conflictos, entre normas inferiores que llegarían a modernizarse respecto de aquellas jerárquicamente superiores, pero atadas al tiempo en que fueron sancionadas, sin basamento y conexión con la realidad que se pretende receptor y atender.

VI. CONCLUSIONES

El desajuste de las distintas ideas fuerza, principios e ideales que conforman la matriz del derecho del trabajo argentino, gestado en la mitad del siglo XX, atendiendo a una determinada realidad socioeconómica y geopolítica; los guarismos que exhibe desde hace años el mercado de trabajo local, caracterizado por alta informalidad; elevados costos laborales; baja tasa de inversión productiva, litigiosidad; conflictividad; falta de crecimiento del empleo formal, etc.; resultan todos ellos datos ilustrativos de la necesidad de examinación de sus componentes.

No es el mero paso del tiempo lo que lleva a plantearnos la necesidad de cambio, sino lo que aquel trae aparejado, cuando se verifica un desacople entre el orden jurídico y la realidad, producto de que esta ha mutado, difiriendo de la que pudo haber tenido en cuenta el legislador en un determinado momento.

Ante eso, cabe preguntarse en qué medida nuestras instituciones podrán dar cabida en un ordenamiento legal distinto e innovador y, por consiguiente, a los desafíos que emergen de nuevos escenarios, tarea que, a nuestro entender, requerirá de necesaria grandeza como para ante estas urgencias y necesidades, por lo pronto, llevar adelante un camino de diálogo para construir indispensables consensos dejando de lado ideologías y visiones sesgadas.

A esos fines y efectos, no cabe denostar a los agentes de cambio que se presentaron ya, ni a los que sobrevendrán inexorablemente; sino acompañar el proceso de transformación que se verifica —resultado de un salto tecnológico con probados efectos positivos para la humanidad— desde los estados y las organizaciones productivas y sindicales, preparándose para abordarlos desde un mejor piso de preparación y educación, para, insistimos, receptor las nuevas tecnologías y poder crecer en un nuevo mercado de trabajo, que se presume, será altamente competitivo y con un elevado nivel de productividad.

Insistimos que sería esta la forma de captar positivamente lo que ocurre, que no podrá ser evitado, ni quizá, postergado; pues como de hecho ocurre en otras latitudes, dará lugar a una mayor polarización tecnoló-

gica y digital respecto de otros países, que nos alejaría de las posibilidades de crecimiento y desarrollo sustentable.

Cabe generar, por lo tanto, las condiciones para el surgimiento de nuevos oficios, profesiones y empleos que permitan compensar la pérdida de aquellos más rudimentarios, que son los hasta ahora absorbidos por las tecnologías. Todo ello en un marco jurídico que tolere y contemple nuevas formas de contratación, acordes con las actuales necesidades y escenarios, bajo menor costo de terminación de las relaciones jurídicas, y siempre bajo un alto grado de protección social.

No vemos a estas directrices, aquí sugeridas a modo de conclusión, como incompatibles con las enseñanzas y orientaciones, que sobre esta cuestión nos dejan las Encíclicas ⁽¹³⁾, y que en particular, se resumieron en *Laborem Excersens* ⁽¹⁴⁾ desde donde San Juan Pablo II ya vislumbraba los adelantos en las condiciones tecnológicas, económicas y políticas susceptibles de influir en el mundo del trabajo y de la producción, como había ocurrido durante la revolución industrial; además de las exigencias que traerían, respecto de las estructuras de la economía y de la distribución del trabajo, concluyendo en una mirada esperanzadora acerca del resultado de tales procesos, respecto de quienes en aquel momento se encontraban postergados.

Adscribiendo a los contenidos de ese magno mensaje, consideramos que el recomendado proceso de adaptación a la nueva realidad no deberá perder de vista la dignidad y los derechos de quienes trabajan, haciendo lo necesario, desde los estados y las organizaciones, y en un marco de verdadero diálogo social, para que todo ello redunde en un auténtico progreso de las personas humanas y de las sociedades.

(13) *Rerum Novarum*, Leon XIII, 1891; *Centésimus Annus*, San Juan Pablo II, 1991.

(14) *Laborem Excersens*, 1981, San Juan Pablo II, Capítulo Introductorio.

LA PARTICIPACIÓN DEL EMPLEADOR EN LA CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ART. 79, LEY 20.744

POR GRACIELA E. CIPOLLETTA

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo ha mutado desde el siglo XIX iniciándose como un contrato comercial y, por lo tanto, individual de derecho privado y autónomo, evolucionando, progresiva y paulatinamente, hacia un contrato social y por tanto regulado, de incidencia social y colectiva y de orden público.

Mientras que en los primeros avances hacia el interés social las normas solo referían a los deberes de cuidado personal del trabajador, jornada de trabajo, ambiente laboral, reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo, etc., en el siglo XX el carácter social se extendió a la participación del empleador en la construcción, gestión y financiamiento de los beneficios de la seguridad social. Prestaciones que impactan en la sociedad en su conjunto son el resultado de los roles otorgados al empresariado.

Dice Despontin citando a Hinojosa, en 1932:

Del trabajo —nos dice Hinojosa— nacen dos intereses, dos funciones, una individual y otra social. Los antiguos legisladores no vieron en él más que la primera y de aquí el punto de partida para una rectificación. El trabajo es un vínculo jurídico personal, visible, de forma contractual, que une al que trabaja y cobra por trabajar con el que paga y manda; pero al mismo tiempo un vínculo personal, invisible, de figura tutelar entre el ciudadano que trabaja y la sociedad entera: Hay un interés social en el cumplimiento de todo contrato de trabajo. Y si de aquel nace

una perfecta obligación individual recíproca, de ésta ha de elevarse una obligación de todos para el que contrata su trabajo, de ineludible asistencia social. La Ley, expresión de la voluntad colectiva, cumple ese deber por la reglamentación del contrato de trabajo, una de las más firmes bases del proceso social (Juan de Hinojosa. *El Contrato de Trabajo*. Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid 1932, pág. 19) ⁽¹⁾.

Ruprecht, en su *Contrato de Trabajo*, citando a Tissembaum nos dice:

El contrato de trabajo, por su naturaleza, por los caracteres especiales de los factores que intervienen, por el grado de preponderancia económica de una de las partes sobre la otra, por la función social que al trabajador se asigna y por el grado de repercusión que tiene en el medio donde actúa, constituye la figura jurídica en donde más se justifica y más se ha hecho efectivo el “dirigismo” contractual que, en esencia, es equivalente a lo que postulan las escuelas intervencionistas: desde que ambas tienen como fundamento el propósito de moralizar las vinculaciones contractuales frente a las injusticias que se producen por el predominio de una de las partes sobre la otra (Los riesgos del trabajo industrial, Santa Fe 1938, pág. 60 y 61) ⁽²⁾.

La evolución, señalada y advertida por los maestros de la primera mitad del siglo XX, va a dar al empleador un rol preponderante en la seguridad social. En especial a partir de la reforma constitucional de 1957 y luego con la sanción de la ley 20.744 que introduce el art. 79 sobre los deberes de diligencia e iniciativa del empleador, deberes que se vinculan directamente con el sistema de seguridad social y por tanto con la totalidad de las prestaciones que este comprende para el trabajador y su grupo familiar. El artículo era inexistente en la ley 11.729 que regía con anterioridad.

Cabe señalar aquí, por la dimensión de la seguridad social para la humanidad, lo señalado en 1941 en la Carta del Atlántico. En palabras de Cabanellas: “En el documento suscripto a bordo del acorazado británico *Prince of Wales*, el 14 de agosto de 1941, en algún lugar del Atlántico, se inserta una definición tan exacta como literaria de la Seguridad Social: un modo de vivir libre de temor y de la miseria”. Sin duda, por la preservación del temor, la Seguridad Social requiere como clima primordial la paz; pues, si la seguridad personal misma se encuentra amenazada para

(1) Despontin Luis A. “La técnica del Trabajo Legislación y derecho del trabajo, de la industria y de la previsión Social” Prologo del Dr. Carlos Saavedra Lamas Editorial Claridad Buenos Aires 1941 pág. 92.

(2) Ruprecht Alfredo J *Contrato de Trabajo* Editorial Bibliográfica Argentina SRL Buenos Aires Argentina 1960.

los que cuentan con salud, trabajo y medios, no puede existir real estabilidad para nadie” (3).

La reflexión de Cabanellas no solo resulta aplicable a la guerra entre estados, sino también resulta aplicable al interior de los países cuando a los mismos los corroe el hambre, la miseria, el narcotráfico, el desempleo o cualquiera de los miles de males que produce la no distribución correcta de la renta.

Por ello, bien vale analizar las obligaciones que surgen del art. 79 de la LCT y la dimensión social de las mismas que se proyectan hacia el “colectivo laboral” y en interés general de la sociedad, más allá de la mera relación individual entre empleador y trabajador.

Hemos dividido la tarea, en este breve comentario, en dos partes. En la primera referida a la interpretación de la norma en todo aquello que excede la obligación de abonar las contribuciones a su cargo y retener los aportes personales, porque mucho se ha escrito ya sobre ello, haremos referencia a las otras obligaciones que surgen del artículo y otorgan a los empleadores un importante rol en la construcción de una buena sociedad. En un segundo punto veremos cómo, muchos años antes de la sanción de la ley de contrato de trabajo, la reforma constitucional de 1957 va a asignar a los empleadores un papel clave en la construcción y gestión de la seguridad social.

II. LOS DEBERES BÁSICOS DEL EMPLEADOR DE DILIGENCIA E INICIATIVA Y SU RELACIÓN CON EL COLECTIVO SOCIAL

Dice el artículo 79 de la ley 20.744:

Art. 79. —Deber de diligencia e iniciativa del empleador.

El empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviese

(3) Cabanellas Guillermo Compendio de Derecho laboral Tomo II. Editorial Bibliografía Omeba Buenos Aires 1968 pág. 789.

en su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

La mayoría de los autores, posteriores a la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, han hecho sus interpretaciones y comentarios de la norma casi exclusivamente desde la óptica de la relación individual entre trabajador y empleador, no refiriéndose mayormente a la construcción colectiva de la estructura de la seguridad social que el artículo implica y cuyos deberes de diligencia e iniciativa, puestos en cabeza del empleador, afectan a toda la comunidad, excediendo el simple hecho de la cotización a los sistemas.

Veamos algunos ejemplos de lo expresado en la doctrina referidos al artículo en comentario. La mayoría no destaca los deberes de diligencia e iniciativa, haciendo referencia casi exclusivamente a la obligación de cotizar a los sistemas de seguridad social.

Dice el maestro Vázquez Vialard, al comentar el artículo 79 transcripto:

...realizar los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindical (art. 79 y 80 LCT) la obligación del pago del salario en la proporción que corresponde al trabajador, deducidas las retenciones de conformidad con lo que establecen las leyes de carácter fiscal (a las ganancias, etc.) aportes jubilatorios, a la obra social, etc., no agota el débito de aquél en la materia; se extiende al ingreso de "los fondos de seguridad social" y "los sindicales" a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención... Por lo tanto, dentro de las obligaciones que impone el contrato laboral, está la de ingresar a las cajas respectivas y de hacerlo en su momento de los aportes que hubo que retener al empleado, así como las contribuciones que la ley pone a cargo del empleador. La falta de cumplimiento al deber de ingresar los montos que tuvo que retener y los propios que debe aportar, constituye un incumplimiento contractual que puede dar motivo... a que el trabajador se considere injuriado en la medida en que el hecho lesione el ejercicio de un derecho... es necesario que el empleado acredite un perjuicio actual o potencial cierto, de lo contrario, podría darse un típico uso abusivo del derecho, en la medida en que constituye un ejercicio antifuncional de éste. En todos los casos, debe intimar previamente el cumplimiento de la obligación bajo apercibimiento de considerarse injuriado. La ley pone a cargo del empleador la diligencia necesaria para posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios respectivos (art. 79 LCT) ⁽⁴⁾.

(4) Vázquez Vialard Antonio Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Tomo I 2da edición. Ed. Astrea 1981, pág. 274.

Cabe señalar que el maestro menciona dos cuestiones importantes para nuestro análisis: la primera que no considera que los aportes y contribuciones lo sean para el trabajador en cuestión (como suele confundirse con frecuencia) sino para “la seguridad social”, esto es para el pozo común de financiamiento general de los sistemas. La segunda es que, ante el incumplimiento del empleador, el trabajador debe acreditar el perjuicio individual que ello le provoca. A modo de ejemplo, la falta de depósito de las contribuciones y/o los aportes retenidos no afecta el derecho a los beneficios que pueda recibir el trabajador cuando cumpla los requisitos. Véase al decreto 679/95 reglamentario de la ley 24.241 ⁽⁵⁾.

Por su parte dice el Dr. Grisolia, refiriéndose al artículo 79 de la LCT:

El deber de diligencia e iniciativa al que hace referencia esta norma contempla distintas situaciones. Es un deber genérico del empleador que consiste en el cumplimiento adecuado de las distintas obligaciones contractuales a fin de que el trabajador pueda gozar de sus derechos sin perjuicio de los deberes de dependiente... Si el trabajador se ve impedido de gozar de algún beneficio otorgado por la ley y dicha situación se produjo por la falta de diligencia —negligencia— del empleador, será responsable del pago de la prestación ⁽⁶⁾.

Se alude aquí a la actitud que el empleador debe asumir en relación al goce individual de los derechos del trabajador otorgados por la normativa social mencionada en el término “prestaciones” que, obviamente, alude a los beneficios de la seguridad social que surgen de un financiamiento colectivo y no individual del trabajador aludido.

Por su parte, el Dr. Posse —en ocasión de comentar el art. 79 de la LCT— sostiene:

El derecho del trabajo es una disciplina eminentemente tuitiva, por lo que la protección del trabajador encuentra sustento tanto en normas

(5) Decreto Reglamentario 679/1995 PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) 11-may-1995 SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES REGLAMENTACION DE ARTICULOS Publicada en el Boletín Oficial del 22-may-1995 - Número: 28.148 - pág. 2.

Art. 2º — A los fines de la ley N.º 24.241, se consideran servicios con aportes:

a) Tratándose de actividades en relación de dependencia, los períodos respecto de los cuales se hubieran devengado y retenido los aportes y contribuciones correspondientes;

b) En el caso de actividades autónomas, los períodos respecto de los cuales se hubieran devengado e ingresado las pertinentes cotizaciones.

(6) Grisolia Julio y Ahuad Ernesto. Ley de Contrato de Trabajo Comentada. 2da. Edición. Editorial Estudio S. A. Buenos Aires, página 128.

de estricto origen laboral: estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo, etc. como en las disposiciones pertenecientes al régimen de la seguridad social: normas previsionales, sistema de desempleo, régimen de obras sociales, sistema de asignaciones familiares, etc... Configura obligación empresaria cumplir con las obligaciones impuestas por todas estas disposiciones legales, a fin de posibilitar al dependiente el goce íntegro y oportuno de los beneficios acordados por el legislador... Por ello es misión del principal actuar diligentemente, en forma activa, a fin de posibilitar que no caduque ningún derecho del dependiente y, en su caso, la violación por parte del empresario de alguna de estas directivas puede sustentar la rescisión unilateral del contrato por parte del subordinado, acusando a su superior de un accionar injurioso (art. 242, 243 y 246 LCT) ⁽⁷⁾.

Siguiendo lo señalado por el autor hay aquí obligaciones que refieren al derecho individual del trabajador y que, al mismo tiempo, trascienden hacia el conjunto social; de allí la expresa mención a los sistemas de seguridad social.

En otras ocasiones los autores vinculan el artículo 79 de la LCT con otras disposiciones del derecho laboral externas de la propia LCT, pero no vinculadas necesariamente a la seguridad social. Vázquez Vialard menciona como vinculado al artículo en comentario el llamado “seguro de vida obligatorio” cuyo contenido, reiteramos, no integra el derecho de la seguridad social.

Dice, al respecto, el autor citado:

Cumplir con los demás deberes legales (art. 79 LCT). El débito laboral exige además del cumplimiento de las obligaciones pactadas, el de aquellas otras que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales convenciones colectivas de trabajo. Entre ellas se encuentra la obligación de contratar a favor del empleado un “seguro por muerte e invalidez” (no se requiere que sean de carácter profesional) dispuesta por decreto 1567/74. Constituye una obligación práctica acogida en art. 62. LCT. Todas esas disposiciones integran el conjunto de obligaciones del empleador ⁽⁸⁾.

Autores como Martínez Vivot al comentar el art. 79 de la LCT, refieren más a la ley 24.013 que al contenido del artículo en comentario, no obstante que la obligación de hacer que se impone en esa ley, como complemento del artículo 79 citado, está también íntimamente vinculada a la seguridad social. Sostiene el autor:

(7) Carlos Posse *Ley de Contrato de Trabajo Anotada, Comentada y Concordada*. Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos. Buenos Aires, 2001, páginas 138 y 139.

(8) Vázquez Vialard, Antonio. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo I, 2da. Edición. Editorial Astrea. 1981. pág. 269.

La ley de empleo impone a los empleadores ciertas obligaciones, con el propósito de asegurar la existencia de las relaciones contractuales y evitar el fraude laboral. Ellas son: a) efectuar las inscripciones en el libro especial previsto en el art. 52 de la LCT o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares, y b) estar inscripto en el sistema de seguridad social y asegurar que ello ocurra con el trabajador y registrar en el Sistema Único de Registro Laboral los contratos celebrados bajo las modalidades promovidas. Asimismo, debe proporcionar a la autoridad de aplicación la documentación, datos y certificaciones que reglamentariamente se determinen y comprobar, además, fehacientemente que el trabajador, en el caso que el trabajador fuere receptor de prestaciones por desempleo, hubiere cursado la correspondiente baja al momento de incorporarse a la empresa (art. 120 ley 24.013) ⁽⁹⁾.

En La Ley de Contrato de Trabajo comentada dirigida por el Dr. Miguel A. Maza leemos:

El deber de diligencia e iniciativa del empleador. La regulación atinente a los deberes de seguridad y previsión del empleador se proyecta también a supuestos en los cuales el goce íntegro y oportuno de un beneficio legal o convencional por parte del trabajador se encuentre supeditado a que aquél cumpla con las disposiciones respectivas. En las hipótesis mencionadas, el empleador no puede invocar, a su vez, el incumplimiento del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de un derecho o beneficio, si la observancia de tales obligaciones dependiese de su iniciativa y no probase haber cumplido con las que estuvieran a su cargo. Estas directivas apuntan, fundamentalmente, a la preservación de beneficios consagrados en normas de la seguridad social, en materia de asignaciones familiares, o seguros de vida, entre otras. El empleador asume una especial responsabilidad, asimismo, cuando actúa como agente de retención, contribuyente o condición similar ⁽¹⁰⁾.

Como vemos la mayoría de la doctrina señala con énfasis las obligaciones referidas al propio trabajador para gozar de los beneficios de la seguridad social sin que explícitamente se resalte que con ellas se colabora en la gestión colectiva de la materia y sin las cuales la protección contra las contingencias sociales quedaría solo en la letra de la ley. Obsérvese que dichas obligaciones exceden al trabajador individual extendiéndose

(9) Martínez Vivot Julio. Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 4ta. edición corregida y actualizada. Editorial Astrea. Bs. As. 1994.

(10) Maza, Miguel Ángel, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Editorial La Ley, Bs. Aires, 3ra. edición ampliada y actualizada, 2009. Art 79, autor Marcelo Navarro.

al grupo familiar y a toda la comunidad que ve, no solamente las arcas dinerarias de los sistemas, sino la posible concreción del “bienestar general” fin y fundamento de nuestra Constitución Nacional.

A nuestro entender cuando se le exige al empleador una serie de acciones, como veremos con claridad en las leyes 24.241 y 22.161 entre otras, se lo transforma en colaborar necesario del esquema protectorio que, reiteramos, no se agota en el trabajador, sino que se extiende a su familia y a la totalidad del colectivo social. Las acciones de colaboración, diligencia e iniciativa apuntan a la preservación de los derechos individuales y colectivos dentro del gran andamiaje administrativo y financiero de la seguridad social. En la obligación de las cotizaciones es claro que el rol que se le otorga es el de financiar dicho colectivo sin relación alguna con el derecho en particular de ese trabajador, pero también hay un rol relevante en todas aquellas acciones necesarias para el goce íntegro y oportuno de los beneficios del propio trabajador. Se constituye al empleador en el primer eslabón en la cadena que posibilita el funcionamiento de la seguridad social. Estimamos que esta doble función no ha sido bien reconocida, invisibilizando el rol social del empresario y, normalmente, circunscribiendo la cuestión a una mera obligación contractual entre dos partes.

Sobre la base de las obligaciones surgidas del art. 79 de la LCT, las leyes 24.241 y 22.161, entre otras, han establecido una importante cantidad de obligaciones, sin las cuales la protección de las contingencias sociales no resultaría ni íntegro ni oportuno ⁽¹¹⁾.

(11) - Ley 24.241. Obligaciones de los empleadores

Artículo 12.- Son obligaciones de los empleadores, sin perjuicio de las demás establecidas en la presente ley:

a) Inscribirse como tales ante la autoridad de aplicación y comunicar a la misma toda modificación en su situación como empleadores, en los plazos y con las modalidades que dicha autoridad establezca.

b) Dar cuenta a la autoridad de aplicación de las bajas que se produzcan en el personal.

c) Practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal, y depositarlos en la orden del SUSS.

d) Depositar en la misma forma indicada en el inciso anterior las contribuciones a su cargo.

e) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal.

f) Suministrar todo informe y exhibir los comprobantes justificativos que la autoridad de aplicación les requiera en ejercicio de sus atribuciones y permitir las inspecciones, investigaciones, comprobaciones y compulsas que aquella ordene en los lugares de trabajo, libros, anotaciones, papeles y documentos.

g) Otorgar a los afiliados y beneficiarios y sus derechohabientes, cuando éstos lo soliciten, y en todo caso a la extinción de la relación laboral, las certificaciones de los servicios prestados, remuneraciones percibidas y aportes retenidos y toda otra documentación necesaria para el reconocimiento de servicios u otorgamiento de cualquier prestación.

h) Requerir de los trabajadores comprendidos en el SIJP, al comienzo de una relación laboral, en los plazos y con las modalidades que la autoridad de aplicación establezca, la presentación de una declaración jurada escrita de si son o no beneficiarios de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, con indicación, en caso afirmativo, del organismo otorgante y datos de individualización de la prestación.

i) Denunciar a la autoridad de aplicación todo hecho o circunstancia concerniente a los trabajadores, que afecten o puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones que a éstos y a los empleadores imponen las leyes nacionales de previsión.

j) En general, dar cumplimiento en tiempo y forma a las demás disposiciones que la presente ley establece, o que la autoridad de aplicación disponga.

Las reparticiones y organismos del Estado mencionados en el apartado 1. del inciso a) del artículo 2º, están también sujetos a las obligaciones enumeradas precedentemente.

- La Ley 22.161 expresa:

Art. 1º.- Fijase el siguiente régimen de obligaciones y sanciones para ser aplicado en la órbita de las Cajas de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio y para el Personal de la Industria y de la Caja de Asignaciones Familiares para el personal de la Estiba.

Art. 2º.- El empleador deberá:

a) Efectuar el pago del aporte que determina el artículo 23 de la ley 18.017 (t. o. 1974) o, en su caso, del remanente, una vez abonadas las asignaciones familiares, dentro de los quince (15) días inmediatamente siguientes a cada mes vencido;

b) Presentar en la forma y plazos que determinen las Cajas, las planillas formularios y declaraciones que aquellas establezcan:

c) Notificar en forma fehaciente al personal, dentro de los diez (10) días hábiles de su ingreso, la obligación de denunciar su estado civil y las cargas familiares que tuviere y de presentar las declaraciones juradas y toda otra documentación requerida por las Cajas, así como también hacerle saber que si vencido el plazo fijado por éstas no presentare la documentación necesaria para la percepción de las asignaciones familiares, se le suspenderá su pago, el que se reanudará una vez cumplimentado dicho requisito, sin derecho a retroactividad;

d) Archivar y mantener a disposición de las Cajas las declaraciones juradas y documentación a que se refiere el inciso anterior, para las verificaciones y comprobaciones a que hubiere lugar.

Lo dispuesto en los incisos c) y d) no rige para los empleadores inscriptos en la Caja de Asignaciones Familiares Para el Personal de la Estiba.

Art. 3º.- El empleador incurrirá en infracción cuando:

a) No abonare las asignaciones familiares en la forma y plazos que correspondan; (derogado implícitamente por resolución 144/2010 ANSES)

b) No diere cumplido a las demás obligaciones determinadas en el artículo 2º;

c) No se inscribiere dentro de los sesenta (60) días corridos, contados desde el momento que hubiere iniciado actividades o tuviere personal en relación de dependencia. Para los empleadores que debieron inscribirse con anterioridad a la sanción de

Cabe destacar la importancia de la exigencia de la registración, de la afiliación, de la exigencia de la declaración jurada de cargas de familia y la documentación que la avale, de la declaración jurada de la situación previsional, de la información de la normativa, etc. Elementos que en su totalidad permiten el goce presente o futuro de los beneficios.

La jurisprudencia demuestra el rigor que se aplica ante los incumplimientos o ante la falta de diligencia del empleador cuando se trata de cuestiones vinculadas al art. 79 de la LCT no relacionadas con el depósito de los aportes y contribuciones, tema que posee una inmensa doctrina y jurisprudencia.

esta ley y no lo hicieron, dicho plazo se contará a partir de a fecha de vigencia de la presente;

d) Se negare a suministrar los informes o a exhibir los comprobantes y justificativos que las Cajas le requieran en ejercicio de sus atribuciones;

e) No permitiere, obstruyere o dificultare las inspecciones, investigaciones, comprobaciones y compulsas que las Cajas ordenen en los lugares de trabajo, libros, anotaciones, papeles y documentos;

f) Falseare total o parcialmente o carecieren de veracidad los datos consignados en las declaraciones juradas o documentación presentadas a las Cajas.

Art. 4º.- El beneficiario de las asignaciones familiares incurrirá en infracción cuando:

a) Vencido el plazo fijado por las Cajas no hubiera presentado la documentación correspondiente, salvo que la mora no le fuere imputable, circunstancia que será evaluada por aquellas;

b) Percibiere las asignaciones familiares y no comunicare a su empleador o a la Caja que corresponda, todo hecho o circunstancia que afecte el derecho al cobro de la prestación;

c) Falseare total o parcialmente las declaraciones juradas o documentación presentadas para el cobro de las asignaciones familiares.

Art. 5º.- Las infracciones se tendrán por cometidas con la sola comprobación de no haberse dado cumplimiento a las obligaciones correspondientes en la forma y plazos establecidos para cada una de ellas, sin necesidad de aviso o interpretación previa, y serán sancionadas:

I.- Para el empleador:

a) Con multa de una (1) a diez (10) veces el importe de la asignación por hijo por cada trabajador afectado, en el caso del inciso a) del artículo 3º;

b) Con multa de una (1) a cincuenta (50) veces el importe de la asignación por hijo, en los casos de los incisos b) y d) del artículo 3º;

c) Con multa de cinco (5) a cien (100) veces el importe de la asignación porhijo, en los casos de los incisos c) y e) del artículo 3º;

d) Con multa de una (1) a doscientas (200) veces el importe de la asignación por hijo, en el caso del inciso f) del articulado 3º.

ASIGNACIONES FAMILIARES

Resolución 144/2010 Anses Establécese que las empresas comprendidas en el Sistema de Fondo Compensador para el pago de las Asignaciones Familiares regidas por la ley N.º 24.714 quedarán incorporadas de pleno derecho al Sistema Único de Asignaciones Familiares. Bs. As., 1/3/2010.

Al mero efecto ilustrativo transcribimos los siguientes sumarios:

Si en la causa no hay constancia alguna que acredite que el demandado haya dado cumplimiento con la notificación que prevé el art. 2° inc. c) de la ley 22.161 para que el trabajador denuncie su estado civil y cargas de familia, el accionado no puede invocar que dicho incumplimiento recaiga en cabeza del trabajador, cuando se trata de obligaciones que la ley asigna expresamente al empleador (conf. arg. art. 79 LCT).

Fuente del sumario: Oficial sumario de fallo, 24 de febrero de 2005, Id SAIJ: SUE001271

Es criterio de esta Sala que de conformidad al deber de iniciativa que tiene impuesto el empleador, en la segunda parte de la norma contenida en el art. 79 de la ley 20.744, éste tiene el deber de asegurarse que el trabajador le haga entrega de la documentación que acredite su carga familiar, para que pueda gozar íntegramente de las prestaciones del sistema de asignaciones familiares y de obras sociales. Ello quiere decir que el empleador enfrentado por las asignaciones familiares, tendrá que probar que ha notificado o emplazado al trabajador a que eleve las copias de las actas de matrimonio y nacimientos necesarias (Espeche, Patricia Beatriz c/ Asociación de Trabajadores de la Educación del Chaco (ATECH) y/o quien resulte responsable s/ despido sin causa y diferencia salarial).

Sentencia 13 de abril de 2000. Nro. Interno: 1000357. Cámara de Apelaciones del Trabajo. Resistencia, Chaco. Magistrados: Rodríguez de Dib, Martha C.-Verón Osvaldo A. Id SAIJ: FA00110142

También es aplicable el deber establecido en el art. 79 de la LCT en materia de salud del trabajador. Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

En el caso, la empleadora alega que despidió al actor con justa causa toda vez que éste no probó con certificados médicos auténticos que se encontraba incapacitado para retomar sus tareas. Ante la discrepancia surgida entre el control médico ejercido por la empresa y lo prescripto por la médica del trabajador en el sentido de que necesitaba más días de reposo, la empleadora debió haber extremado los recaudos para cerciorarse acerca del estado de salud del trabajador. Así, frente a las discrepancias entre los criterios médicos acerca de la aptitud del trabajador para retomar tareas y la ausencia de organismos oficiales donde se pudiera dirimir la cuestión, de conformidad con el deber de diligencia e iniciativa que el art. 79 LCT impone al empleador, éste es quien debe arbitrar —por encontrarse en mejores condiciones fácticas— una prudente solución para determinar la real situación de salud del trabajador. El obrar prudente del empleador le exige, la realización de una tercera consulta y si continuar la discrepancia, puede para ello designar una junta médica con participación de profesionales de ambas partes,

requerir la opinión de profesionales de algún organismo público e incluso zanjar la cuestión en forma administrativa o judicial. A falta de esta solución, resulta razonable privilegiar la opinión del médico del trabajador, que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del dependiente. Y toda vez que en el caso, la empleadora no recurrió a ninguna de estas alternativas procediendo al despido a pesar de que el actor había presentado certificado de su médico prescribiendo 30 días más de reposo, el despido dispuesto por la accionada no ha sido justificado. Derecho laboral, despido, derechos del trabajador, empleador, apreciación de la prueba, cambio de tareas, valores criterio.

SUMARIO DE FALLO Id SAIJ: SUE0024334

En materia de obras sociales, a partir de la desregulación del sistema de salud por el decreto 9/93, también se le ha dado al empleador un accionar específico, aunque no de manera expresa su intervención resulta estrictamente necesaria para posibilitar el funcionamiento del esquema de cobertura de la totalidad del grupo familiar ⁽¹²⁾.

Es evidente que dentro del deber de iniciativa se encuentra la obligación de informar al trabajador su derecho a la cobertura de salud para sí y para todo el grupo familiar, los plazos en que será atendido, aún aquellos en que se extingue el vínculo o se suspende la relación, su derecho a la opción, etc. De no ser así carecería de sentido la inconducta prevista en el artículo 15 del decreto 504/98 citado en la nota.

Para concluir este primer punto, dentro de las obligaciones señaladas en el artículo 79 de la LCT debemos aclarar brevemente los verdaderos alcances del financiamiento de la seguridad social a través de contribuciones patronales y aportes personales descontados al trabajador.

Sabemos que las obligaciones señaladas corresponden a la aplicación del art. 14 *bis* de la CN, que impone el “seguro social” ⁽¹³⁾ como

(12) Decreto 504/98:

Art. 15.- Será denunciado ante la Autoridad de Aplicación el empleador, representante legal, funcionario y/o empleado superior que ejecute todo procedimiento o conducta que tenga por objeto impedir, obstaculizar, posibilitar, facilitar, o exigir de cualquier forma una determinación de la voluntad o libertad de uno o más afiliados a Obras Sociales, para que permanezca en la que se encuentra incorporado u opte, por una distinta. La autoridad de aplicación adoptará las medidas legales que correspondan.

(13) Para Halperín el seguro social es de difícil definición. Sostiene que, si bien ambas especies de seguro reúnen las características del instituto seguro, por lo que es legítima su calificación de tales, jurídicamente se diferencian por distintos rasgos.

única forma de financiamiento y gestión para la cobertura de las contingencias sociales, cuya clasificación está contenida en el Convenio 102 de la OIT y en la doctrina destacada sobre la materia. Dicho método de financiamiento no permite una vinculación o correlato entre las cotizaciones y los beneficios, puesto que las cotizaciones tienen como destino el colectivo laboral y no la situación particular de un trabajador específico ⁽¹⁴⁾. Esta es la característica de los sistemas vulgarmente conocidos

El seguro privado se inspira en un interés personal inmediato, se funda en un negocio privado, es normalmente voluntario y existe el espíritu de lucro en el asegurador privado, que generalmente es una persona de derecho privado. En cambio, el seguro social satisface un interés social inmediato y da origen a una relación jurídica que, aunque pueda excepcionalmente no ser obligatoria, está íntegramente regulada por la ley. No existe en él un sinalagma funcional ni equivalencia matemática de las prestaciones, el asegurador es siempre persona de derecho público, los beneficiarios sólo pagan una parte de la prima, la que es integrada por aportes de un tercero (patrón o estado) (Seguros, T I, Depalma, 1991).

Para Bronstein es innegable el parentesco entre el seguro social y el seguro privado, pero el primero es de carácter coercitivo. Ello implica que todo individuo perteneciente al grupo amparado está obligado a asegurarse y, como consecuencia de esta obligación, debe pagar una cotización modulada en función de sus ingresos salariales; el seguro social es por ende un sistema en el cual la masa de prestaciones servidas a los beneficiarios es alimentada financieramente por las cotizaciones, proporcionadas a los salarios, pagadas por el grupo social asegurado. Por tanto, es el propio grupo quien garantiza la protección social de cada uno es sus miembros (op. cit. ut supra).

Mac Donnell sostiene sobre la cuestión: "Mientras que el seguro privado se basa en la capitalización de fondos alimentados por el capital de las empresas y las primas obtenidas, el seguro social se apoya en el reparto de una parte del ingreso de la población hacia sus miembros ocasional o permanentemente inactivos. Por ello en el caso del seguro social no es necesario un capital cuya colocación sufrague las prestaciones y el cálculo a efectuar exige solamente la determinación de la parte del ingreso necesario para financiar los riesgos que se pretende cubrir" (ob. cit. ut supra).

Garrigues entiende que el "seguro social", atendiendo una finalidad previsional, justifica su asimilación al seguro pero cumple una primaria función social vinculada a la tutela del trabajador; su ámbito es el derecho laboral e impulsado por el Estado, no se basa en una relación contractual, sino en el cumplimiento del antedicho interés social, por lo cual carece de las notas de voluntariedad, libertad y proporcionalidad entre el riesgo y la prima, propias del seguro privado (Curso, t. II, pág. 246).

(14) A partir de la técnica de los seguros sociales la modalidad contributiva resultó preponderante, pero contemporáneamente se advierte un avance de la modalidad no contributiva. Ello obedece a diversos factores, entre otros los debidos a la incorporación al campo de aplicación de sujetos que antes eran excluidos por no ejercer una actividad profesional y que carecían de capacidad económica para cotizar o a que el estado asume responsabilidades más directas, al compás de demandas sociales o de tendencias estatizantes; o a que se da un sesgo distinto al principio de solidaridad. Por consiguiente, como lo explica Perrin de un modo general los sistemas contemporáneos de seguridad social han devenido sistemas mixtos ya que asocian normalmente regímenes no contributivos desarrollados sobre todo en materia de asistencia médi-

como “sistemas de reparto”. El método se aplica para la totalidad de los sistemas, con excepción del pago de las asignaciones familiares que no pertenecen a la categoría del seguro social, habiendo sido desvirtuadas por el decreto 2.284/91 y la res. 144/10 citada *ut supra* ⁽¹⁵⁾ y la cobertura de los Riesgos del Trabajo que, basado en un seguro comercial, pertenece más al derecho del trabajo que al derecho de la seguridad social.

Esta aclaración nos resulta estrictamente necesaria para comprender que el financiamiento hace a lo colectivo y no a lo individual.

Por todo lo expuesto el rol empresario en la sociedad argentina excede las obligaciones establecidas en el art. 79 de la LCT, la mera relación entre dos partes, para formar parte de un tejido social óptimo. Además de todo esto, la Constitución le reserva al empresariado una función activa en la gestión de los organismos administrativos de la seguridad social, tema que tratamos en el punto siguiente.

III. LA OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR EN LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LOS SISTEMAS COLECTIVOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Ante la lectura del tercer párrafo del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional cabe preguntarse ¿cuáles son los alcances del término “administrado por los interesados con participación del Estado”?

La doctrina ha sostenido:

Dada la antigua tradición de los seguros sociales, en lo que a la participación de los interesados se refiere, la subsidiaridad tiene positivas manifestaciones, que se traducen en las facultades de autogestión y autorregulación. Por la primera, la administración del sistema se organiza con la participación de los asegurados, constituyéndose una entidad

ca y de prestaciones familiares, y regímenes contributivos particularmente en las ramas de prestaciones de dinero a corto o largo plazo que aseguran ingresos de sustitución por medio de la técnica del seguro social. (Podetti Humberto, Política Social. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1982 pág. 193).

(15) Goñi Moreno sostenía que el “aporte de los trabajadores” además de reconocer una razón económica reconocía razones psicológicas “...resulta una contraparte de los derechos. Si los afiliados no aportaran, los regímenes establecidos aparecerían respondiendo a un favor dispensado por el Estado”. A su vez, al calificar las contribuciones patronales, el mismo autor expresa: “...las cotizaciones del patrono responden a imperiosas exigencias de solidaridad organizada, propenden al mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador y, con ello, al mayor rendimiento de la empresa” (Derecho de la Previsión Social, 1956, T. I, págs. 162 y 163).

autónoma, con la debida y adecuada supervisión del Estado. La autorregulación es la aptitud decisoria de los órganos del sistema con efectos vinculantes respecto de terceros en las relaciones tanto de coordinación como de subordinación. Por la participación de los interesados se revaloriza al hombre como miembro de la comunidad primando los valores humanos, “de tal forma que condicionan toda gestión de servicios que les afecten” y frente a la alternativa de la gestión del Estado “con una débil colaboración de los interesados” o de la gestión de estos con el control del Estado, se postula como más eficaz la gestión cuanto mayor sea el grado de participación responsable de los interesados y, no solo a nivel central, sino en los distintos niveles territoriales, locales o sectoriales ⁽¹⁶⁾.

La Constitución argentina en el art. 14 *bis*, dice: “La ley establecerá el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del estado...” En el mundo iberoamericano la gestión de la Seguridad Social será tanto más eficaz cuanto mayor sea el grado de participación responsable de los interesados y no sólo a nivel central, sino a los distintos niveles territoriales, locales o sectoriales. El planteamiento, pues, de esta participación de los interesados en forma de gestión responsable entendemos que debe ser esencial para configurar un nuevo modelo que llamamos seguridad social participada ⁽¹⁷⁾.

A nuestro juicio el interés en la gestión no es solamente de los beneficiarios, pues el financiamiento recae en la figura del empleador (ya como agente de retención o como contribuyente) por lo que es evidente el grado de interés que el empresariado debe tener en la administración de los fondos que constituyen el sistema del seguro social e integran la parte, quizás más importante, de la seguridad social en una buena sociedad.

La Constitución Nacional, en el mandato incorporado en la reforma de 1957, se cumplió en los organismos de gestión más relevantes hasta las reformas políticas de los años 90. Veamos, a modo de ejemplo, la representación empresarial en la conducción en distintos organismos de la seguridad social hasta las modificaciones estructurales de la llamada desregulación económica. La casi totalidad de dichos órganos de gestión

(16) Podetti Humberto. Política Social. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1982. pág. 185 y 186.

(17) Hünicken Javier. Lineamientos de la Seguridad Social. Curso de Seguridad Social. Editorial Teuco. Córdoba. 1978, pág. 48.

hoy se encuentran disueltos por imperativo del DNU 2284/91 ⁽¹⁸⁾ ratifi-

(18) Decreto 2284/91 - CAPITULO VI
SISTEMA UNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Art. 85. — Créase el Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS) Dependiente del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACION, que tendrá a su cargo todas las funciones y objetivos que hasta hoy competen a la CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EMPLEADOS DE COMERCIO, a la CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA INDUSTRIA, a la CAJA DE ASIGNACIONES FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA ESTIBA, ACTIVIDADES MARITIMAS FLUVIALES Y DE LA INDUSTRIA NAVAL, y al INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, así como el sistema de prestaciones que se pudiera establecer para los trabajadores desempleados.

Art. 86. — Institúyese la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS) cuya percepción y fiscalización estará a cargo del Sistema Único de la Seguridad Social.

Son aplicables a la CUSS, las normas sobre percepción, fiscalización y ejecución judicial que rigen para los aportes y contribuciones con destino al Régimen Nacional de Jubilaciones y Pensiones.

El soporte de información de la CUSS tendrá el carácter de Declaración Jurada del empleador.

Art. 87. — La CUSS comprende los siguientes aportes y contribuciones:

a) Los aportes y contribuciones cargo de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores, con destino al Régimen Nacional de Jubilaciones y Pensiones.

b) Los aportes y contribuciones a cargo de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores con destino al INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS.

c) Los aportes y contribuciones a cargo de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores con destino a la ADMINISTRACION NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD.

d) Los aportes y contribuciones a cargo de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores que pudieren establecerse con destino a la constitución del FONDO NACIONAL DE EMPLEO.

e) Los aportes y contribuciones a cargo de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales. El SUSS acreditará los fondos correspondientes a cada Obra Social mensualmente en las condiciones que determinen las normas de aplicación.

f) Las contribuciones de los empleadores, con destino a las CAJAS DE SUBSIDIOS Y ASIGNACIONES FAMILIARES.

Quedan excluidos de la CUSS, las retenciones sustitutivas de las obligaciones mencionadas precedentemente, fijadas por o en virtud de convenios de corresponsabilidad gremial cuya percepción, fiscalización y ejecución judicial estarán a cargo del SUSS de acuerdo a las normas que establezca la SECRETARIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

(Nota Infoleg: Ver art. 19 de la ley N.º 27.541 B.O. 23/12/2019 que establece las alícuotas correspondientes a las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de Seguridad Social regidos por las leyes 19.032 (INSSJP), 24.013 (Fondo Nacional de Empleo), 24.241 (Sistema Integrado Previsional Argentino)

y 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares). Las alícuotas fijadas sustituyen las vigentes para los regímenes del Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS), previstos en los incisos a), b), d) y f) del artículo 87 del decreto 2.284 de fecha 31 de octubre de 1991, conservando plena aplicación las correspondientes a los regímenes enunciados en los incisos c) y e) del precitado artículo. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.)

Art. 88. — La CUSS será equivalente a la suma de los importes que en virtud de las disposiciones legales vigentes corresponda ingresar a cada empleador por los conceptos indicados en los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo anterior.

Art. 89. — Las sumas abonadas al personal en concepto de asignaciones familiares de acuerdo con la ley 18.017 y sus modificatorias, serán deducibles de los importes que los empleadores deban ingresar en concepto de la CUSS.

El reintegro de las sumas abonadas al personal en concepto de subsidios y asignaciones familiares que eventualmente hubieran sido deducidos en la oportunidad prevista en el párrafo anterior, así como el de la diferencia que excediera al monto total de la CUSS, podrá reclamarse ante el SUSS, en la forma que la respectiva norma lo determine.

Lo dispuesto en el artículo no es aplicable a los reintegros pendientes a la fecha de vigencia del presente decreto.

(Vigencia restituida por art. 1° del decreto N.º 1604/2001 B.O. 6/12/2001, con excepción de las normas correspondientes a las prestaciones a las que refiere el tercer párrafo del artículo 26 del decreto N.º 1382/01, cuya vigencia se registró por las pautas en él establecidas).

Art. 90. — Las sumas ingresadas en concepto de CUSS, así como sus accesorios en calidad de recargos, intereses, actualización y multas, serán registrados y distribuidos en la proporción que corresponda a cada uno de los regímenes, organismos o fondos enumerados en el Artículo respectivo del presente, previo débito de los importes deducidos por los empleadores en carácter de subsidios y asignaciones familiares abonadas al personal, en la forma y plazos que establezca la reglamentación.

Art. 91. — Disuélvense la CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EMPLEADOS DE COMERCIO, LA CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA INDUSTRIA, LA CAJA DE ASIGNACIONES FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA ESTIBA, ACTIVIDADES MARITIMAS FLUVIALES Y DE LA INDUSTRIA NAVAL.

Art. 92. — Las funciones que hasta la fecha del presente Decreto tenían a su cargo las mencionadas Cajas, serán desempeñadas por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACION.

Art. 93. — Cesan en sus funciones: a) el Presidente, los miembros titulares y suplentes de la comisión asesora y de la sindicatura de la CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EMPLEADOS DE COMERCIO, b) el Presidente, los miembros titulares y suplentes de la comisión asesora y de la sindicatura de la CAJA DE SUBSIDIOS FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA INDUSTRIA y c) el Presidente, los miembros titulares y suplentes del Directorio y de la sindicatura de la CAJA DE ASIGNACIONES FAMILIARES PARA EL PERSONAL DE LA ESTIBA, ACTIVIDADES MARITIMAS FLUVIALES Y DE LA INDUSTRIA NAVAL.

El MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL designará a los funcionarios que tendrán a su cargo la conducción, la administración y el contralor del Régimen de Subsidios y Asignaciones Familiares.

Art. 94. — Los bienes muebles, inmuebles, fondos y créditos de las Cajas de Subsidios y de Asignaciones Familiares disueltas, se transfieren al ESTADO NACIONAL que los administrará a través del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. El producido de la venta o liquidación de los bienes que resulten prescindibles engrosará una cuenta presupuestaria especial que se creará al efecto en jurisdicción del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 95. — Los bienes muebles o inmuebles que pudieren corresponder en el futuro a las CAJAS DE SUBSIDIOS Y ASIGNACIONES FAMILIARES, serán transferidas al MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Los aportes y contribuciones que pudieren corresponder en el futuro a las CAJAS DE SUBSIDIOS Y ASIGNACIONES FAMILIARES serán transferidos a una cuenta especial presupuestaria en jurisdicción del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 96. — Disuélvese el INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. Se suprimen, en consecuencia, los cargos de Presidente, Vicepresidente, Directores y Síndicos.

Dése por terminada la intervención del INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

Art. 97. — Los bienes muebles, inmuebles, fondos y créditos del INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL se transfieren al ESTADO NACIONAL que los administrará a través del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. El producido de la venta o liquidación de los bienes que resulten prescindibles engrosará la cuenta presupuestaria especial en jurisdicción del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 98. — Los bienes muebles e inmuebles que pudieren corresponder en el futuro al INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, serán transferidos al MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Los aportes y contribuciones que pudieren corresponder en el futuro al INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL serán transferidos a una cuenta especial presupuestaria en jurisdicción del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 99. — Las funciones que hasta la fecha del presente Decreto tenía a su cargo el mencionado Instituto, serán desempeñadas por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, a través de la SECRETARIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 100. — El personal perteneciente a las CAJAS DE ASIGNACIONES Y SUBSIDIOS FAMILIARES y del INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, mantendrá las mismas condiciones laborales y se regirá por la normativa legal y convencional vigente.

El personal perteneciente al SUSS podrá ser reasignado en función de las modificaciones que se produzcan, pudiendo acogerse en su caso, al sistema de retiro voluntario establecido en el presente Decreto.

Art. 101. — Los derechos y obligaciones, tanto de los trabajadores como de los empleadores, respecto a las CAJAS DE ASIGNACIONES Y SUBSIDIOS FAMILIARES así como con el INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, subsistirán para con el SUSS, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto.

Art. 102. — El ejercicio de las funciones que las leyes atribuyen a las CAJAS DE SUBSIDIOS Y ASIGNACIONES FAMILIARES y al INSTITUTO NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, serán desarrolladas a través del SUSS.

Art. 103. — En un plazo de NOVENTA (90) días corridos a partir del presente decreto, el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL elevará al PODER EJECUTIVO NACIONAL su nueva estructura orgánico funcional, la cual deberá contemplar las disposiciones que establece el presente decreto.

cado por la ley 24.307 de Presupuesto, en violación al art. 20 de la ley 24.156⁽¹⁹⁾

La ley 23.769 de creación del Instituto Nacional de Previsión Social disponía:

Artículo 3°. El Instituto será conducido y administrado por un directorio integrado por el Secretario de Seguridad Social quien lo presidirá, un Vicepresidente que lo reemplazará en caso de ausencia, impedimento transitorio o vacancia del cargo y once (11) Directores. Los Directores serán tres (3) en representación del Estado Nacional, dos (2) en representación de los empleadores, tres (3) en representación de los trabajadores y tres (3) en representación de jubilados y pensionados del régimen nacional de jubilaciones y pensiones.

Los Directores serán designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en forma directa los representantes del Estado y los restantes a propuesta de las respectivas entidades representativas.

La norma citada mantenía la tradición de las antiguas Cajas de jubilaciones y respetaba la opinión de la OIT sobre la conveniencia y legalidad del llamado "tripartismo" en la gestión.

El decreto-ley 7914/57 de creación de la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de la Industria disponía:

ARTICULO 8°. - El gobierno y administración del Fondo Compensador estará a cargo de un ente, que con el nombre de Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria, integrará su directorio con representación igualitaria de los sectores patronal y obrero, y actuará como entidad de derecho privado, gozará de personería jurídica, y tendrá a su cargo la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones impuestas por este decreto-ley, a cuyo fin podrá destinar hasta el 3% del aporte previsto en el art 5°.

El decreto-ley 7913/57 de creación del fondo compensador de comercio ratificaba la estructura de la Caja de Asignaciones para el personal de comercio nacida en el Convenio de empleados de comercio, disponía:

(19) Ley 24.156:

ARTICULO 20.- Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero.

Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos.

El título I incluirá, asimismo, los cuadros agregados que permitan una visión global del presupuesto y sus principales resultados.

ARTICULO 5°. - Créase el Fondo Compensador de Asignaciones Familiares que se formará con el aporte obligatorio de todos los empleadores comprendidos en el art. 1° igual al 4% mensual del total de las remuneraciones que abonen a su personal y sobre las que haya obligación de efectuar aportes y contribuciones a las Cajas de Previsión Social. El manejo del mismo estará a cargo de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio que actuará como entidad de derecho privado con personería jurídica, que recibirá en depósito los excedentes que deben ser depositados a la orden del Fondo Compensador y practicará las compensaciones que correspondan.

El decreto 1462/90 que tardíamente creó la Caja de Asignaciones Familiares para el personal portuario marítimo, fluvial y de la industria naval (ex caja del personal de la estiba), establecía:

ARTICULO 3°. - El gobierno y administración de la Caja estará a cargo de un Directorio integrado por un (1) representante del Sindicato Unidos Portuarios Argentinos, un (1) representante del Sindicato Obreros Marítimos Unidos, en su carácter de entidad más representativa del personal de la actividad marítima, fluvial e industrial naval, dos (2) representantes de las entidades de empresarios que agrupan a las empresas de la actividad portuaria, marítima, fluvial y de la industria naval, y un (1) representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien ejercerá la Presidencia del Directorio.

Lo establecido en el párrafo precedente entrará en vigencia dentro de los treinta días de la sanción del presente decreto.

Los síndicos titular y adscripto a que se refiere el artículo 2° del decreto N.º 4.761/69 gozarán de una retribución que será fijada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la que no podrá ser superior a la que perciban los directores de la Caja.

Incluso, en materia de atención de las enfermedades y accidentes inculpables los institutos creados por ley contenían idéntico sistema de representación para su conducción.

La ley 19.322 de creación del Instituto de Servicios Sociales Bancarios disponía:

Art. 7°. - Los Directores del Instituto serán designados por el Ministerio de Bienestar Social de los cuales tres lo serán a propuesta de las entidades empresarias, uno por el Estado Nacional y cuatro a propuesta de la asociación profesional de trabajadores con personería gremial, signataria del convenio colectivo de trabajo para la actividad. El Síndico será designado por el Ministerio de Bienestar Social a propuesta del Instituto Nacional de Obras Sociales.

La ley 18.257 de creación del Instituto De Servicios Sociales para el Personal de la Carne y Afines establecía:

ARTICULO 4°.- La administración del instituto estará a cargo de un consejo de administración, el que estará integrado por un presidente, cuatro vocales en representación del Estado y cuatro vocales en representación de las asociaciones de trabajadores de la industria de la carne y afines.

En caso de establecerse un aporte a cargo de los empleadores al fondo del instituto, se faculta al Poder Ejecutivo a ampliar el número de vocales, los que serán propuestos por entidades suficientemente representativas de la industria.

El presidente y los vocales serán designados por el Poder Ejecutivo debiendo los representantes sindicales ser propuestos por asociaciones profesionales con personería gremial de trabajadores de la industria de la carne y afines, las que podrán solicitar el reemplazo de su representante. Un representante por lo menos deberá ser designado de entre los propuestos por la asociación profesional de segundo grado de los trabajadores de la industria de la carne.

Es llamativo el caso de la ley 19.518 de creación del Instituto de Servicios Sociales del Seguro (curiosamente existente) cuyo texto, modificado por el DNU 70/ 23 dice:

Art. 7°.- Los directores del Instituto serán designados por el Ministerio de Salud y Acción Social a propuesta de las siguientes entidades: uno (1) por la Asociación Argentina de Compañías de Seguros, uno (1) por la Asociación de Cooperativas y Mutualidades de Seguro, uno (1) por la Asociación Argentina de Sociedades de Capitalización, uno (1) por la Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina, seis (6) por la asociación profesional de trabajadores con personería gremial representativa de las actividades comprendidas y dos (2) en representación del Estado, a propuesta de la Secretaría de Salud de la Nación. El síndico será designado por el MINISTERIO DE SALUD a propuesta de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD (SSS). (artículo sustituido por art. 40 de la ley N.º 23.660 B.O. 20/01/1989, texto según art. 293 del decreto N.º 70/2023 B.O. 21/12/2023).

En los organismos pertenecientes a la atención de la cobertura de enfermedades y accidentes inculpables, citados supra a modo de ejemplo, el proceso de cambio para extinguir toda participación empresarial se inicia con el dictado del decreto 492/95 que dispuso:

Transformación y Disolución de los Institutos de Servicios Sociales

Art. 10.- Dispónese la transformación en Obras Sociales regidas por lo establecido en el artículo 1° incisos a) o h) de la ley N.º 23.660 de los Institutos de Servicios Sociales que se menciona a continuación, creados por las siguientes leyes: N.º 18.290, INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL FERROVIARIO; N.º 18.257, INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CARNE Y AFINES; N.º 19.518, INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE SEGUROS, REASEGUROS, CAPITALIZACION Y AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA; N.º 18.299, INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE LA INDUSTRIA DEL VIDRIO Y AFINES; N.º 19.316, INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES DE ACTIVIDADES RURALES Y AFINES; N.º 19.655, OBRA SOCIAL DE LA ACTIVIDAD DOCENTE; N.º 19.772, OBRA SOCIAL PARA EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES; y N.º 20.412, INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DEL MINISTERIO DE ECONOMIA. Dicha transformación deberá implementarse en un plazo no mayor de TRES (3) meses, pudiendo prorrogarse por una sola vez por el mismo plazo. En los casos en que se constituya una nueva entidad, los estatutos se deberán presentar en el plazo señalado anteriormente y cumplimentar con los requisitos previstos para su inscripción ante los organismos competentes.

Las entidades que sustituyan a los entes transformados, se harán cargo de los bienes, el personal, el activo y asumirán íntegramente el pasivo de los entes que se transforman, conforme la normativa legal vigente, y se financiarán exclusivamente con los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial previstos por el artículo 16, incisos "a" y "b" de la Ley N.º 23.660.

Transcurrido el plazo previsto en este artículo sin que se haya producido la transformación establecida, se procederá a su disolución y liquidación, conforme a la legislación vigente.

Cabe agregar que en el texto original de la ley 19.032 sobre el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) donde gran parte del financiamiento está a cargo de los empleadores, decía en su texto original:

Art. 5º.- La administración del Instituto estará a cargo de un directorio integrado por un presidente, tres directores en representación de los jubilados del régimen nacional de previsión, dos en representación de los cotizantes activos y cinco en representación del Estado nombrados por el Poder Ejecutivo.

Para ser presidente o director en representación de los jubilados, es requisito ser jubilado del régimen nacional de previsión.

Los directores en representación de los jubilados y de los cotizantes activos designarán a propuesta, respectivamente, de las asociaciones de jubilados suficientemente representativas de los beneficiarios del

régimen nacional de previsión y de las asociaciones profesionales con personería gremial suficientemente representativas de los trabajadores; los representantes del estado, dos a propuesta de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y uno a propuesta, respectivamente, de las de Promoción y Asistencia de la Comunidad y Salud Pública y del Instituto Nacional de Obras Sociales.

El presidente y los directores durarán cuatro (4) años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos y gozarán de la remuneración que establezca el Presupuesto.

La reforma operada en el año 2000, cuyo texto aniquiló la posibilidad concreta y real de un directorio tripartito, anulaba la participación empresaria en la dirección. El texto actualmente vigente, producto de esa reforma, establece:

Art. 5º.- El gobierno y la administración del Instituto estarán a cargo de un Directorio Ejecutivo Nacional (D.E.N.) y Unidades de Gestión Local (U.G.L.).

El D.E.N. estará integrado por once (11) Directores: siete (7) en representación de los beneficiarios del Instituto, dos (2) en representación de los trabajadores activos y dos (2) en representación del Estado.

La designación de los directores en representación de los beneficiarios se hará mediante elección indirecta, en el seno del Consejo Federal de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que se instituye por el artículo 15 bis de la presente ley.

Los directores en representación de los trabajadores activos, se designarán a propuesta de las centrales obreras nacionales con personería gremial.

Los directores en representación del Estado, serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Su Presidente será elegido entre los Directores que representan al Estado.

Los integrantes del D.E.N., con dedicación exclusiva en el cumplimiento de sus funciones, gozarán de la remuneración que establezca el presupuesto, y durarán en las mismas cuatro (4) años. Cesarán en sus funciones por vencimiento del mandato, renuncia, remoción con justa causa o disposición judicial.

En la administración de las contingencias de vejez invalidez y muerte, asignaciones familiares y desempleo el estado asumió la total conducción de la gestión con la creación de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), dándole la naturaleza jurídica de orga-

nismo descentralizado del estado ⁽²⁰⁾ obviando toda intervención obrera y patronal.

No obstante, ante el tercer párrafo del art. 14 *bis* de la CN y la arraigada tradición de la seguridad social la justicia ha sostenido:

El ANSeS, organismo descentralizado dentro de la jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no es el Estado. De todos modos, aun si se admite que forma parte del Poder Ejecutivo, la ley 24.463 (Adla, LV C 2913), no viola el principio de igualdad entre las partes al modificar la competencia en juicios en que el mencionado organismo es parte, pues fue el Poder Legislativo, que no interviene en el juicio, el que dictó la ley citada. "CNASS. Sala I. 10710/95. Vicente Elvira c. ANSeSDJ 1995 2 1183. DT 1995 B 2359, Kessen c. ANSeS La Ley 1997 B 141 (el remarcado es propio)

Aun sin intervenir en estricta calidad de contraparte en los términos que establece la ley 24.463 (Adla LV C 2913) la ANSeS tiene legitimación para actuar en defensa de la legalidad del acto administrativo impugnado, y nada le impide ejercitar ese derecho efectuando las presentaciones conducentes, pues la administración y defensa de sus intereses en la controversia judicial —que son los afiliados en su conjunto— no deriva de la calidad de parte demandada de aquel organismo, ni depende de que una norma le confiera el derecho a ser oído antes de la sentencia, sino de la conveniencia de su intervención en el debate, que se justifica por el carácter de las funciones públicas que desarrolla. CSJN 10/10/96 Hussar, Otto c. ANSeS La Ley 1996 E 575 DT 1996 B 2861 DJ 1997 1- 442 con nota de Carlos E Colautti.

Es decir, aun cuando claramente se viola el rol empresario y sindical en la estructura administrativa de la seguridad social se ha tratado de

(20) ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Decreto 2741/91. Créase como organismo descentralizado teniendo a su cargo la administración del Sistema Único de la Seguridad Social. Bs. As., 26/12/91

Artículo 1º.- Créase como organismo descentralizado, en jurisdicción del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - SECRETARIA DE SEGURIDAD SOCIAL, la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que tendrá a su cargo la administración del SISTEMA UNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SUSS) creado por el artículo 85 del decreto N.º 2284/91, que sucederá jurídicamente a los entes regulados por la ley 23.769; dec.-ley 7913/57 modificado por el dec.-ley 16.811/57 y dec.-ley 7914/57; decreto 3256/65 ratificado y modificado por la ley 16.887 y decretos Nros. 8590/65, 8591/65 y 1462/90 y normas complementarias en materia de subsidios y asignaciones familiares e institutos legales de previsión.

Art. 3º.- La ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL estará a cargo de un Director Ejecutivo designado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, la Administración tendrá facultades propias para su conducción administrativa y financiera independiente del Tesoro Nacional.

adecuar la función del Estado a la que constitucionalmente se le otorgó solamente a organismo públicos no estatales.

Los organismos públicos no estatales (que carecen de fines de lucro) fueron admitidos en la doctrina administrativista a partir de Sayagués Lazo. Sobre la cuestión leemos a Gordillo (“Tratado de derecho administrativo, tomo I, pág. XI 8, Ed. Macchi, Bs As, 1974): “Si bien es frecuente en el lenguaje común hablar indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a Sayagués Lazo, quien expresa:

La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venían a ser la misma cosa. El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público, personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal.

En palabras de Cassagne:

La doctrina acerca de la existencia de la categoría de entes públicos no estatales recibió amplia acogida en nuestro país. Esa figura acierta dar respuesta a la realidad jurídica imperante en nuestro medio, poblada de entidades cuyos contornos, en ciertos casos, se resisten a ser encuadrados en moldes tradicionales ⁽²¹⁾.

La Corte Suprema de la Nación admitió en numerosos pronunciamientos el carácter de entes públicos no estatales de los organismos de gestión de la seguridad social.

En autos Farmacia Roca SCA c/ ISSJP (Fallos 312:235) el Tribunal manifiesta: “...resulta claro que el legislador ha separado su personalidad jurídica (se refiere al INSSJP) de la del Estado que no ha provisto su pa-

(21) Cassagne Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Quinta Edición. Abeledo Perrot. Bs. As.

trimonio otorgándole el carácter de mero fiscalizador de recursos que provienen del sector privado y son destinados al sector privado”.

Asimismo, debe señalarse que, al tratarse de personas públicas no estatales, no pertenecientes al Estado sirven a los intereses de la comunidad a la que pertenecen. En este sentido sostiene Marienhoff que “sus fines, si bien han de ser indispensablemente de interés general, no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines del Estado” (Tratado de Derecho Administrativo, pág. 333 y sig., Tomo I).

Nos enseña Goñi Moreno, en particular sobre las antiguas Cajas de Previsión:

El régimen jubilatorio se caracteriza por establecer Cajas autárquicas dotadas de individualidad financiera... El concepto de “individualidad financiera” de las cajas se actualizó en el momento de proyectarse la unificación de regímenes legales existentes en la República (dec.-ley 10.424/44). Establecía éste, que la organización económica, jurídica y social resultante de estos estudios, no deberá desafectar los patrimonios de las Cajas en relación con sus obligaciones propias. Al ser administrativamente refundidas las Cajas en el Instituto... tampoco prosperaron las iniciativas tendientes a la fusión de sus patrimonios (obra citada, pág. 380 y sig.).

Como advertimos de lo arriba desarrollado el rol del empleador en la estructura administrativa que hace posible la concreción de la cobertura de las contingencias sociales ha quedado reducido, por lo menos en los casos señalados, a la etapa burocrática inicial que se desarrolla dentro de la relación laboral y al financiamiento de la masa financiera colectiva, sin que se le permita participar en la gestión y administración de los recursos que el empresariado provee y la Constitución Nacional ordena. Frente a todo esto solamente nos queda la perplejidad.

IV. COLOFÓN

En nuestra opinión cabría concluir que el art. 79 de la LCT que analizamos en el presente trabajo resulta una consecuencia de lo ordenado en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional que, políticamente, ha tratado de limitar la soberanía absoluta del estado sobre los beneficios de la seguridad social que derivan del mundo del trabajo.

LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMO REGLAMENTACIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL TRABAJO

ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

POR MARIO S. FERA

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

Transcurridas varias décadas desde la reforma constitucional de mediados del siglo pasado en nuestro país ⁽¹⁾, reconocemos en la actualidad —ya con amplia perspectiva histórica— la importancia que tuvo la incorporación al texto de la Ley Fundamental de la “protección” del trabajo, de acuerdo con el enfático mandato que formuló el artículo 14 bis de la Constitución. Así, el “constitucionalismo social” se introdujo en nuestro país después del —profuso, aunque efímero— intento de 1949, y aunque el contenido de la reforma de 1957 no tuvo las características de la anterior, lo cierto es que en materia social condensó las ideas fundamentales que permitieron alcanzar a aquella protección una significación relevante.

Como tuvimos ocasión de señalar con reiteración, dicha importancia se acrecentó y resignificó con la reforma constitucional de 1994, dado el acogimiento en nuestra Carta Magna del llamado derecho internacional de los derechos humanos; ya que este complementó, enriqueció y solidificó la consideración del ser humano como eje o centro de imputación de un orden jurídico progresista y plenificante ⁽²⁾.

(1) Nos acercamos a los 70 años, que conmemoraremos en 2027.

(2) Cf. art. 75, inc. 23 y normas concordantes, Constitución Nacional.

La doctrina y la jurisprudencia advirtieron durante las décadas transcurridas desde 1960 hasta el presente que la —antes mencionada— protección del trabajo fue prevista a mediados del siglo pasado en forma categórica, amplia, multidireccionada y con especial respeto de la “dignidad” de la persona que trabaja; valor al que el constituyente dedicó el primer mandato específico a asegurar en la enunciación del art. 14 *bis*, referido a las “condiciones” (precisamente “dignas”) en que ha de ser prestada la “labor”.

El legislador dictó después de 1957 numerosas leyes en cumplimiento del mandato superior y la doctrina y jurisprudencia dieron un nuevo impulso al contenido de las leyes que ya estaban en vigencia al tiempo de aquella reforma. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de señalar —y reiterar hasta la actualidad— que el mandato constitucional que tratamos no está solo dirigido al legislador sino a todos los poderes del Estado, los cuales, en la medida de sus incumbencias, deben garantizar el espíritu protector que anima a la norma superior ⁽³⁾. Hoy estas afirmaciones son prácticamente unánimes en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia.

En ese marco y secuencia, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), puesta en vigencia en la década de 1970, plasmó desde su sanción normas generales y específicas de regulación del contrato referido a una relación subordinada o dependiente (definió el propio trabajo, sus principios, valores y reglas, la empresa, los sujetos, las características de una relación subordinada o dependiente y numerosas herramientas interpretativas e institutos como el salario, la jornada, las modalidades de prestación, la extinción, etc.), que bien pueden ser entendidas como reglamentación del mandato protector. Solo a modo de comparación —aunque salvando las distancias en cuanto al tipo y énfasis de los derechos previstos—, así como reconocemos en el Código Civil y Comercial de la Nación un cuerpo normativo reglamentario de derechos y libertades constitucionales propios del derecho privado, podemos reconocer en la Ley de Contrato de Trabajo la reglamentación de la mayor parte de los derechos de la rama específica del derecho social que es el derecho del trabajo.

Se cumplieron recientemente los primeros cincuenta años de vigencia de la LCT y tal vez con ellos una primera etapa relevante de consolidación de numerosos derechos sociales en nuestro país, individuales y colectivos.

(3) Fallos 301:319 y muchos otros posteriores.

En el comienzo de una nueva etapa parece oportuno afirmar que se encuentra ampliamente cubierto, normativamente hablando, el mandato constitucional que involucra un conjunto de los derechos humanos que se ordenan asegurar a la persona trabajadora, tanto en el art. 14 *bis* cuanto en el bloque de normas constitucionales derivado de la reforma de 1994.

II. PERSPECTIVAS

Tras lo expuesto, advertimos que esa amplia cobertura en el plano normativo —a la que acabamos de aludir respecto del mandato constitucional de protección del trabajo en nuestro país— se ve hoy interpelada por un escenario complejo derivado de los cambios que en los últimos años —o décadas— se vienen produciendo vertiginosamente en el “trabajo” (sus formas, tipos, actividades, las características con que se lo requiere —en extensión y modos— en las empresas e instituciones, su significado mismo para quienes lo realizan, etc.) a nivel no solo nacional, sino también regional y mundial, tal como lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Fenómenos como la globalización, la tecnología, la demografía y el cambio climático son destacados como los principales factores impulsores de cambios en el mundo del trabajo y dieron motivo hace algunos años a la OIT a aprobar una declaración sobre el futuro del trabajo que plantea numerosos interrogantes e invita a emprender acciones concretas a los Estados e instituciones del ámbito público y privado, que apunten a direccionar cambios normativos ⁽⁴⁾.

Con motivo de los estudios efectuados en el ámbito de la citada organización, tuvimos ocasión de señalar que el escenario tan cambiante —para nosotros como para las sociedades desarrolladas— nos presenta una oportunidad que no deberíamos desaprovechar. Asimismo, consideramos que Argentina podía estar en hora de comenzar a ocuparse de conjugar el orden jurídico vigente (sin olvidarlo ni negarlo, sino valorándolo y resignificándolo, a la luz de las nuevas realidades, como una base posible y dignificante) con la cultura y el nivel de desarrollo que se esté en condiciones de asumir, para diseñar políticas que direccionen correctamente hacia un mediano y largo plazo previsibles. Lo hicimos forjando la esperanza de comenzar a trabajar conjuntamente en ese di-

(4) Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019. <https://www.ilo.org/es/acerca-de-la-oit/mision-e-impacto-de-la-oit/declaracion-del-centenario-de-la-oit-para-el-futuro-del-trabajo-2019>.

seño entre todos los sectores sociales interesados en contribuir al progreso económico con justicia social, como manda la Constitución; ello con la necesaria convicción de encaminar esfuerzos conjuntos para encarar propuestas de leyes, políticas y emprendimientos para imaginar un futuro mejor —al margen de las coyunturas políticas— pensando en la generación actual y en las generaciones que vienen ⁽⁵⁾.

Después de varios años consideramos necesario reiterar y concretar dichos señalamientos, más aún frente a los sucesos que se dieron en nuestro país en los últimos cinco años. En efecto, desde 2020 hasta la fecha, Argentina atravesó una triple emergencia en relación con los temas que afectan al trabajo y al derecho del trabajo. Hacia fines de 2019 se declaró por ley una emergencia ocupacional y casi simultáneamente una emergencia sanitaria (producto de la pandemia COVID), dentro del marco de una cíclica y aguda emergencia económica arraestrada desde las últimas décadas y aún presente -con distintas características- en el corriente año.

En ese contexto el gobierno de entonces dictó numerosos decretos de necesidad y urgencia para conjurar la situación crítica, que en su momento nos permitieron examinar el modo en que el “sismo” de la emergencia debía ser abordado de acuerdo con las normas estructurales de la Constitución ⁽⁶⁾.

Tiempo después, asumido el nuevo gobierno en 2023, se promovieron cambios en la legislación primero mediante el decreto 70/2023 que derivó —en materia laboral— en un pronunciamiento judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que produjo la suspensión de la vigencia del título IV, y posteriormente mediante el proyecto de ley remitido al Congreso que dio cabida a la —actualmente vigente— ley 27.742.

Esta última, en cuanto interesa a este trabajo, contiene algunas modificaciones al texto de la LCT, pero cabe señalar que no abordan aspectos básicos de la regulación laboral (pese a que esas modificaciones son

(5) Cfr. Fera, Mario S., “La OIT pone el foco en el futuro del trabajo. ¿Es oportunidad de pensar en ello y encaminar políticas de mediano y largo plazo que nos posicionen en el escenario internacional?”, DT 2018 (julio), 1568, cita online: AR/DOC/1292/2018; y FERA, Mario S., “A propósito de figuras que vuelven a poner en el centro del debate el objeto del derecho del trabajo”, TySS 2018/12, p. 1219.

(6) Fera, Mario S. y Couceyro, Karina V., “Un nuevo escenario para el Derecho del Trabajo argentino. Reflexiones a partir de la pandemia, el aislamiento social y los cambios normativos”, Publicado en: LA LEY 12/05/2020, 12/05/2020, 3. Cita Online: AR/DOC/1503/2020.

parte de una ley que ha sido denominada “de bases”, lo cual puede corresponder realmente a otras materias allí tratadas por el legislador). Si la ley 27.742 introdujo modificaciones que, por relacionarse con la configuración o no de un contrato de trabajo, merecen una consideración al tratar —seguidamente— lo que consideramos uno de los ejes que la LCT prevé y debe ser tomado en cuenta frente a la posibilidad de eventuales nuevas reformas laborales.

Dicho todo ello, y en procura de sintetizar las ideas que nos interesa puntualizar en esta ocasión, consideramos necesario expresar lo que estimamos que son, en materia laboral, verdaderas ideas de base que —por provenir de un histórico contexto normativo valioso— no deberían ser soslayadas a la hora de pensar en el corto, mediano y largo plazo de nuestro país de cara a los desafíos que se presentan.

Se trata, según entendemos, de enfrentar el camino del crecimiento logrando conjugar el desarrollo económico con el social, pero asumiendo que es una tarea cultural que requiere una decisión multisectorial sostenida, porque compete a las autoridades electas de los poderes políticos —siempre por sucesivos períodos limitados— encaminar reformas, y que estas lo sean —obviamente— dentro del marco estructural de nuestra Constitución pero con el margen que requiere el dinamismo acelerado de los cambios que se vienen imponiendo como una realidad sin retorno.

En lo que hace a la rama del derecho social que nos ocupa, es necesario sostener la protección del trabajo teniendo como destinatario al ser humano que lo realiza (art. 14 *bis* antes citado), poniendo a su disposición las herramientas que permitan su desarrollo pleno para que sea protagonista del cambio social (art. 75, incisos 19, 22 y 23). Los derechos constitucionales son esenciales y las pautas que a partir de ello la Ley de Contrato contiene deben necesariamente conducir el proceso de reformas que se propongan. No obstante que hoy haya insistentes reclamos de sectores empresarios que cuestionan una supuesta sobreprotección laboral, lo cierto es que pocas veces esos reclamos se basan en estudios completos sobre la magnitud y comparación de los distintos componentes de los costos —fundamentalmente tributarios— que deben afrontar quienes desplieguen una actividad lucrativa propia en el sector privado. En cualquier caso, ninguna pretensión válida en el plano de los valores, principios y normas que sostienen nuestro ordenamiento jurídico justifican legislar por debajo de los estándares que en el siglo XXI debe tener cualquier ser humano que pone a disposición su trabajo en favor de un tercero.

Volviendo al texto de la Ley de Contrato de Trabajo y siguiendo la línea del título que nos ocupa, focalizaremos nuestra atención en ella,

y a su respecto debemos señalar que las reglas básicas que prevé en sus primeros artículos resultan aplicables, tal como la doctrina y la jurisprudencia prácticamente unánime lo reconocieron a lo largo de décadas, a todo tipo de empleo; es decir, al empleo en la más diversa y completa de sus comprensiones: manual e intelectual, privado y público, urbano y rural, y sin importar el ámbito, sector o actividad en que se preste (atendiendo así al mandato constitucional de proteger al trabajo en sus “diversas formas”).

En la Ley de Contrato de Trabajo se expresan, según nuestra visión, tres bases o ejes que estimamos fundamentales como expresión del mandato constitucional y que no podrían ser obviadas en el diseño de cualquier proyecto de reforma laboral: el primero de esos ejes es el “carácter humano de quien trabaja” y que requiere la necesaria protección de los derechos implicados en ese carácter humano, al que la norma fundamental asigna un horizonte de plenitud. El segundo eje es el concepto de “subordinación o dependencia”, el que constituye la puerta de entrada a la protección del derecho del trabajo, y sobre el cual consideramos que hay mucho por hacer para atender nuevas realidades —a veces difíciles de encuadrar en categorías elaboradas históricamente para una generalidad, sin distinción de matices como los que hoy se presentan— abriendo el camino de una consideración plural —desde el contrato típico— hacia los “contratos” de trabajo, sobre lo que más adelante volveremos. Y el tercer eje está constituido, según nuestra visión, por todas aquellas herramientas que, una vez establecida la relación contractual laboral, el ordenamiento prevé para resguardar los derechos de quien invierte en esa relación la situación de vulnerabilidad negocial.

Nos limitaremos, desde tal perspectiva, a mencionar el modo en que la Ley de Contrato de Trabajo prevé cada uno de esos ejes como mandatos normativos claros y vigentes, lo cual —en el inicio de la sexta década de vida de tan importante instrumento normativo— justifica aún la reiteración de conceptos que hoy deberíamos tener por consolidados al pensar cualquier tipo de reformas futuras. Estimamos que así planteados pueden generar un material de base para el análisis y debate sobre la regulación de realidades laborales que hoy, por presentarse total o parcialmente ajenas a los tipos normativos históricos, se encuentran al margen de la protección en el ámbito de la informalidad o el trabajo precario.

II.1. Primer eje. El carácter humano del prestador (persona trabajadora)

El concepto de “trabajo” como actividad creadora y productiva del ser humano está claramente previsto en el art. 4° de la LCT, norma que

no ha sido objeto de modificación por la ley 27.742 ni por otras leyes en los últimos años. Cabe recordar que aquel artículo expresa ideas claras sobre el “trabajo” que regula y sobre el significado que tiene dentro del marco contractual: a) lo define como una actividad que supone —en mayor o menor medida— un estado de disponibilidad física o mental de parte de quien es titular de la prestación; b) otorga un beneficio a alguien distinto de quien efectúa la prestación; y c) da derecho a una remuneración a la persona trabajadora.

Pero lo fundamental es que la norma enfatiza el carácter humano del prestador, al identificarse al objeto contractual como una actividad “productiva y creadora del hombre en sí”, noción que tiene alcance multidireccional. En efecto, en primer lugar, lleva implicados todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los seres humanos y que en este caso recaen sobre el objeto mismo del contrato, porque la prestación no puede ser escindida de la persona que la realiza, y de este modo podría afirmarse el involucramiento mismo de la persona en la prestación que es objeto contractual. En segundo lugar, la referencia al carácter productivo y creador de la persona humana en sí muestra una perspectiva trascendente de la labor para el legislador, la cual se corresponde con todas aquellas normas, así como con los principios y valores que las inspiran, en materia de derechos humanos recogidos por nuestro ordenamiento ⁽⁷⁾.

En definitiva, las aludidas previsiones legales son consecuentes con el sentido objetivo y razón de ser del derecho del trabajo, que entendió al ser humano desde su dignidad como persona y le concedió protección para dar una paridad en el intercambio que nace y se desarrolla en cada relación subordinada que involucra una prestación personal en beneficio de otra parte ⁽⁸⁾.

II.2. Segundo eje. El concepto de subordinación o dependencia

El ingreso al ámbito de protección previsto, diseñado y enmarcado en la LCT supone un vínculo específico entre el ser humano que realiza el “trabajo” ya definido (como actividad creadora y productiva) y quien lo recibe: se trata de un vínculo de “subordinación” o “dependencia”, que

(7) FERA, Mario S., “El trabajo humano”, en FERA, Mario S. - STORTINI, Daniel (directores), “Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Erreius, Buenos Aires, 2021.

(8) cfr. CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM —del 5 de mayo de 1891— y los numerosos documentos posteriores de la Iglesia Católica Apostólica Romana en relación con las épocas atravesadas hasta la actualidad.

en lo concreto se materializa —principalmente— en la “ajenidad” del primero respecto de lo que produce u obtiene con su labor, y un “poder de mando o dirección” en cabeza del segundo respecto del tipo, modo y valor de la tarea realizada. Los límites de lo que pueda válidamente pactarse o no pactarse en ejercicio de los respectivos roles de persona trabajadora/organización empleadora son, precisamente, los que define el legislador al atender el mandato superior de protección del contratante negocialmente vulnerable. Protección que en la norma superior (Constitución Nacional) abarca también, como producto del ejercicio de la libertad sindical, la posibilidad de asumir colectivamente una autonomía distinta a la individual y generar un marco normativo complementario al heterónimo emanado de las normas estatales.

Como señalamos anteriormente, este segundo eje que tratamos constituye la puerta de entrada a la protección del derecho del trabajo, y sobre él consideramos que hay mucho por hacer para atender nuevas realidades —a veces difíciles de encuadrar en categorías elaboradas históricamente para una generalidad, sin distinción de matices como los que hoy se presentan— abriendo el camino de una consideración plural —desde el contrato típico— hacia los “contratos” de trabajo. Hace algunos años formulamos estas ideas con apoyo en pensamientos que ya expresaba —décadas atrás— el maestro Deveali y hoy parecen ciertamente oportunas para encauzar, mediante regulaciones especiales, realidades que no pueden ser satisfactoriamente abarcadas por una figura única (o con pocas variantes) que, no obstante, su valor nuclear, resulta incompleta ⁽⁹⁾.

La ley 27.742 no ha introducido modificaciones específicas respecto de la conceptualización misma de la subordinación o dependencia. Sin embargo, ha innovado en dos aspectos que consideramos necesario abordar. Por un lado, agregó al art. 2° de la LCT en su inc. d) como supuesto excluido de la aplicación de las disposiciones de dicha ley a “las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Se trata de una norma que remite a los arts. 1251 a 1279 de aquel Código (obras y servicios); 1479 a 1501 de aquel Código (agencia) y, en general y en lo pertinente, a las normas que en dicho Código regulan las eventuales contrataciones que pretendan cotejarse para efectuar la afirmada exclusión de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.

(9) Cfr. Fera, Mario S., “A propósito de figuras que vuelven a poner en el centro del debate el objeto del derecho del trabajo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Ed. El Derecho, Año 2018, páginas 1219 a 1230.

Sobre esta modificación hemos señalado en otra ocasión que, si se aprecia a este inciso en comparación con los que lo preceden en el art. 2º de la LCT, su inclusión no parece guardar una coherencia metodológica, ya que los primeros presuponen la existencia de personas trabajadoras en relación de subordinación, lo que justifica su mención dentro del texto de la Ley de Contrato de Trabajo como excepciones a la regla según la cual esta última tiene vocación de comprender un ámbito general de aplicación personal respecto de quienes prestan servicios o cumplen tareas subordinadas en favor de otra u otras personas o instituciones ⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, estimamos que la inclusión del inc. d) en el artículo en comentario debería entenderse en línea con la modificación del art. 23, párr. 2º, de la LCT, según el cual la presunción de existencia de un contrato de trabajo —prevista en el primera párrafo del mismo artículo derivada del solo “hecho de la prestación de servicios”— “no será de aplicación cuando... se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente”. En efecto, ambas modificaciones de la ley 27.742 (la del art. 2º, inc. d, antes aludida, y la del art. 23) parecen en línea con: a) una necesidad por parte del legislador —sobreabundante, desde nuestra visión— de dejar plasmada en la Ley de Contrato de Trabajo una diferenciación entre contratos laborales y no laborales; y b) un intento de promover la formalización de ciertas contrataciones previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Pero la posible eficacia de este último intento se ve relativizada al observar que el legislador no ha derogado ni modificado lo dispuesto en los arts. 14 y 21 de la LCT. Por otra parte, la inclusión del inc. d) en el artículo en comentario plantea un reenvío al Código Civil y Comercial de la Nación que, confrontado con el art. 1252, párr. 3º, de dicho cuerpo normativo (según el cual “[l]os servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”), inevitablemente producirá un nuevo reenvío a las normas laborales, como consecuencia del cual,

(10) Por dicha razón, la inclusión del inc. d) plantea una cuestión metodológica que lleva a afirmar el carácter incompleto de la innovación del legislador, ya que, de seguir el criterio de enumerar relaciones o contrataciones excluidas de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, debería haberse realizado una enunciación —específica— mucho más amplia de figuras previstas en otros ordenamientos del sistema normativo argentino. También desde esa perspectiva tendría alguna observación la mención de solo tres de los contratos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación, seguida de una alusión genérica a “todas” las demás. Cfr. Fera, Mario S., en “Ley de Contrato de Trabajo Comentada” (Dir: Ricardo A. Foglia), La Ley, 2024, comentario al art. 2º.

en definitiva, toda situación jurídica habrá de resolverse de acuerdo con la realidad de lo que las partes, con prescindencia de las formas, en los hechos y según su conducta pactaron y ejecutaron (cf. arts. 14 y 21, LCT; y art. 14 *bis*, CN).

En cuanto a la relativización en sí de la presunción de existencia de un contrato de trabajo —como consecuencia del nuevo segundo párrafo del art. 23, LCT—, en nuestra opinión se presenta como una variable más en el razonamiento de la autoridad a la que —eventualmente— corresponda calificar una relación y, desde ese punto de vista, tendrá mayores o menores efectos según los márgenes con los que pueda pronunciarse dicha autoridad; serán mayores en el ámbito administrativo y menores en el ámbito judicial, ya que en este último existe amplitud probatoria y competencial ⁽¹¹⁾. En definitiva, si la cuestión es objeto de conocimiento y decisión judicial quedará resuelta por la realidad de lo que haya acontecido entre las partes según las prescripciones de los arts. 14 y 21 antes citados.

II.3. Tercer eje. Las herramientas proporcionadas para proteger el orden público laboral

La Ley de Contrato de Trabajo contiene diversas herramientas concretas para resguardar los derechos de quien inviste, en la relación contractual encuadrable en sus normas, la situación de vulnerabilidad negocial ⁽¹²⁾. Pasamos a enumerarlas: a) la nulidad de los acuerdos individuales que establezcan condiciones menos favorables para la persona que trabaja (art. 7°, LCT); b) el criterio favorable a la persona trabajadora en caso de duda sobre la aplicación, interpretación o alcance de las normas o la apreciación de la prueba (art. 9°, LCT); c) el criterio favorable a la subsistencia del contrato frente a situaciones de duda (art. 10, LCT); d) la aplicación de los principios de la justicia social, los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe, frente a los casos de insuficiencia de normas laborales o análogas específicas para una situación (art. 11, LCT); e) la nulidad de convenciones de partes que supriman o reduzcan derechos emanados de la ley o convenciones previas (art. 12, LCT); f) la sustitución de pleno derecho de las cláusulas nulas de los contra-

(11) Cf. rt. 116, Constitución Nacional, y normas orgánicas y procesales aplicables.

(12) Cfr. Fera, Mario S., “Aproximaciones al concepto de ‘vulnerabilidad’ en el derecho del trabajo argentino. Reflexiones a propósito de sus alcances en el contexto pos pandémico”, SAIJ, 12 de abril de 2023. Libro Acceso a la Justicia. Las personas en situación de vulnerabilidad ante el sistema judicial. SAIJ – INFOJUS. Id SAIJ: DACF230022.

tos por las normas imperativas (art. 13, LCT); g) la nulidad de los contratos derivados de un proceder simulado en fraude a la ley (art. 14, LCT); h) la necesaria intervención de la autoridad administrativa o judicial para dar validez a los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios (art. 15, LCT); i) la prohibición de cualquier tipo de discriminación entre personas trabajadoras por motivo de sexo (orientación/género), raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (art. 17, LCT); j) la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de las leyes laborales o convenciones colectivas de trabajo y la imposibilidad de afectar la vivienda de la persona trabajadora al pago de costas (art. 20, LCT); k) la presunción de la existencia de un contrato de trabajo prevista en el art. 23, primer párrafo, por el solo “hecho de la prestación de servicios”. Todas estas reglas legales son de necesaria consideración y tienen un alcance específico que no debe ser obviado. Cabe señalar que la ley 27.742 no ha introducido modificación a su respecto, razón por la cual dichas reglas se encuentran plenamente vigentes, con los amplios alcances que ha señalado la doctrina durante las cinco décadas transcurridas, y estimamos que deben ser tomadas como guía del camino a transitar.

III. EN RESUMEN

- Reconocemos en la actualidad, ya con amplia perspectiva histórica, la importancia que tuvo la incorporación al texto de la Ley Fundamental de la “protección” del trabajo, de acuerdo con el enfático mandato que formuló el artículo 14 *bis* de la Constitución; importancia que se acrecentó y resignificó con la reforma constitucional de 1994 en cuanto acogió el derecho internacional de los derechos humanos, lo que complementó, enriqueció y solidificó la consideración del ser humano como eje o centro de imputación de un orden jurídico progresista y plenificante.

- El legislador dictó después de 1957 numerosas leyes en cumplimiento del mandato superior y la doctrina y jurisprudencia dieron un nuevo impulso al contenido de las leyes que ya estaban en vigencia al tiempo de aquella reforma.

- La Ley de Contrato de Trabajo plasmó desde su sanción en la década de 1970 normas generales y específicas de regulación del contrato referido a una relación subordinada o dependiente que bien pueden ser entendidas como reglamentación del mandato protector; ello de modo tal que podemos reconocer en dicho cuerpo normativo la reglamentación de la mayor parte de los derechos individuales del trabajo.

- La amplia cobertura que reconocemos hoy en el plano normativo respecto del mandato constitucional de protección del trabajo en nuestro país, se ve interpelada en los últimos años por un escenario complejo derivado de los cambios que se vienen produciendo vertiginosamente en el “trabajo” a nivel nacional, regional y mundial, tal como lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por fenómenos como la globalización, la tecnología, la demografía y el cambio climático que, entre otros, dieron motivo en 2019 dicha organización a aprobar una declaración sobre el futuro del trabajo que invita a emprender acciones que apunten a direccionar cambios normativos.

- Consideramos que Argentina está en hora de comenzar a ocuparse de conjugar el orden jurídico vigente —valorándolo y resignificándolo, a la luz de las nuevas realidades— con la cultura y el nivel de desarrollo que esté en condiciones de asumir, para diseñar políticas que de mediano y largo plazo previsibles; ello con la necesaria convicción de encarar propuestas de leyes, políticas y emprendimientos para imaginar —al margen de las coyunturas políticas— un futuro mejor para las generaciones que vienen.

- Nuestro país en los últimos cinco años atravesó una emergencia ocupacional y sanitaria, dentro del marco de una cíclica y aguda emergencia económica, que impulsaron cambios en la legislación laboral. Entre los últimos, la ley 27.742 contiene algunas modificaciones al texto de la LCT que, aunque no abordan aspectos básicos de la regulación laboral, introdujo variables en el encuadramiento normativo de una relación y en esa medida se refieren a uno de los ejes que debe ser tomado en cuenta frente a la posibilidad de eventuales nuevas reformas laborales.

- Estimamos que en materia laboral las verdaderas ideas de base provienen de un histórico contexto normativo valioso y no deberían ser soslayadas de cara a los desafíos que se presentan. El camino del crecimiento debería apuntar al desarrollo humano conjugando el progreso económico con la justicia social (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional), asumiendo que es una tarea cultural que requiere una decisión multi-sectorial sostenida de las autoridades electas de los poderes políticos en los próximos períodos sucesivos de gobierno. Ello siempre con el margen que requiere el dinamismo acelerado de los cambios que se vienen imponiendo como una realidad sin retorno.

- Los derechos constitucionales son esenciales y las pautas que a partir de ello la Ley de Contrato contiene deben necesariamente conducir el proceso de reformas que se propongan. Ninguna pretensión válida en el plano de los valores, principios y normas que sostienen nuestro orde-

namiento jurídico justifican legislar por debajo de los estándares que en el siglo XXI debe tener cualquier ser humano que pone a disposición su trabajo en favor de un tercero.

- En los primeros artículos de la Ley de Contrato de Trabajo se prevén claras reglas básicas que resultan aplicables, tal como la doctrina y la jurisprudencia prácticamente unánime lo reconocieron a lo largo de décadas, al empleo en la más diversa y completa de sus comprensiones: manual e intelectual, privado y público, urbano y rural, y sin importar el ámbito, sector o actividad en que se preste.

- En dicho cuerpo normativo se expresan tres bases o ejes que estimamos fundamentales como expresión del mandato constitucional: el primero es el carácter humano de quien trabaja y que requiere la necesaria protección de los derechos implicados en ese carácter humano; el segundo es el concepto de subordinación o dependencia, el que constituye la puerta de entrada a la protección del derecho del trabajo y sobre el cual consideramos que hay mucho por hacer para atender nuevas realidades —a veces difíciles de encuadrar en categorías elaboradas históricamente para una generalidad— abriendo el camino de una consideración plural hacia los “contratos” de trabajo; y el tercer eje está dado, según nuestra visión, por todas aquellas herramientas que, una vez establecida la relación contractual laboral, el ordenamiento prevé para resguardar los derechos de quien inviste en esa relación la situación de vulnerabilidad negocial.

- El concepto de trabajo como actividad creadora y productiva del ser humano expresa ideas claras sobre el significado que tiene dentro del marco contractual, pues lleva implicados todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los seres humanos, a la vez que muestra una perspectiva trascendente de la labor de quien trabaja.

- El ingreso al ámbito de protección previsto, diseñado y enmarcado en la LCT supone un vínculo de subordinación o dependencia, que en lo concreto y principal se materializa en la ajenidad de la persona trabajadora respecto de lo que produce u obtiene con su labor, y un poder de mando o dirección en cabeza del empleador respecto del tipo, modo y valor de la tarea realizada. Los límites de lo que pueda válidamente pactarse o no pactarse en ejercicio de los respectivos roles de persona trabajadora/organización empleadora son, precisamente, los que define el legislador al atender el mandato superior de protección del contratante negocialmente vulnerable. Consideramos que en el plano normativo hay mucho por hacer para atender nuevas realidades laborales (donde la subordinación o dependencia presentan matices de difícil elucidación),

abriendo el camino de una consideración plural —desde el contrato típico— hacia los “contratos” de trabajo; ello mediante regulaciones especiales que preserven el valor nuclear de la regulación típica protectora de aquella vulnerabilidad y la completen adecuadamente.

- El marco de protección del trabajo que en la norma superior (Constitución Nacional) abarca también el ejercicio de la libertad sindical, da la posibilidad al conjunto de personas trabajadoras de asumir colectivamente una autonomía distinta a la individual y generar un marco normativo complementario al heterónimo emanado de las normas estatales.

- La ley 27.742 no ha introducido modificaciones específicas respecto de la conceptualización misma de la subordinación o dependencia, aunque agregó al art. 2° de la LCT como supuesto excluido de la aplicación de las disposiciones de dicha ley a las “las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, y relativizó la presunción del art. 23, párr. 2°, de la LCT sobre existencia de un contrato de trabajo. Estimamos que ambas modificaciones van en línea con la necesidad legislativa de dejar actualizada en la ley la diferenciación entre los contratos laborales y los que no lo son, y también denotan un intento de promover la formalización de ciertas contrataciones previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, la posible eficacia de este último intento se ve relativizada al observar que el legislador no ha derogado ni modificado lo dispuesto en los arts. 14 y 21 de la LCT.

- La Ley de Contrato de Trabajo también contiene diversas herramientas concretas para resguardar el orden público laboral en orden a la vulnerabilidad negocial de la persona trabajadora, a saber: la nulidad de los acuerdos peyorativos para esta respecto de condiciones preestablecidas; el criterio favorable a ella en caso de duda sobre la aplicación, interpretación o alcance de las normas o la apreciación de la prueba; el criterio favorable a la subsistencia del contrato frente a situaciones de duda; la aplicación de los principios de la justicia social, los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe; la nulidad de convenciones de partes que supriman o reduzcan derechos legales o convencionales; la sustitución de pleno derecho de las cláusulas nulas por las normas imperativas; la nulidad de los contratos derivados de un proceder simulado en fraude a la ley; la necesaria intervención de la autoridad administrativa o judicial para dar validez a los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios; la prohibición de cualquier tipo de discriminación entre personas trabajadoras; la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos y la imposibilidad de afectar la vivienda de la persona trabajadora al pago de costas; y la presunción de la existencia de un

contrato de trabajo en caso de prestación de servicios para un tercero. Todas estas son reglas legales que se encuentran plenamente vigentes y con amplios alcances, tal como ha apreciado la doctrina durante las décadas transcurridas, y estimamos que deben ser tomadas como guía del camino a transitar.

EL *IUS VARIANDI*

PERSPECTIVAS FUTURAS Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

POR DANIEL FUNES DE RIOJA Y PABLO BARBIERI

I. INTRODUCCIÓN

En la comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el 10/10/2024 sobre “EL DILEMA DE LA MODERNIZACIÓN EN EL CAMPO LABORAL DE LA ARGENTINA: ¿UTOPÍA O ASIGNATURA PENDIENTE?”, decíamos que es necesario facilitar el acceso a los beneficios resultantes de la integración económica global, tanto para los países que hoy no son “desarrollados”, cuanto como para los sectores sociales que aparecen marginados y más vulnerables, aún en los países desarrollados.

La globalización ha involucrado a más países en el comercio y la producción; ha ayudado a implementar reformas exitosas tanto institucionales (democratización de los países del Este europeo) como financieras y comerciales, con el objeto de establecer un modelo sustentable de economía de mercado, mientras que —en términos generales— el libre comercio posibilita el crecimiento económico y la incorporación de valor agregado.

Por otra parte, señalábamos que la generalización de estos cambios —de producirse a través de modalidades adecuadas— ha de contribuir a reducir la pobreza, mejorando el empleo y la calidad de vida, a la par que, garantizando una división más equitativa del trabajo en los países, a partir de sus ventajas comparativas.

Para ello, el tema laboral es clave en términos de crecimiento, inversión y formalización de la economía y del empleo, así como de inclusión de pequeñas y microempresas y de los puestos de trabajo que generan.

- Al mismo tiempo, cobra cada vez más relevancia en el mundo moderno la actividad independiente o “por cuenta propia” y, por ello, no puede dejársela de lado a la hora de su consideración tanto para la cobertura de la protección social como para su inserción en la formalidad, para que no constituya también parte del “otro sendero” de la economía sumergida.

- Está claro que el entramado productivo se caracteriza fuertemente tanto por la ocupación autónoma como en micro y pequeñas empresas donde la informalidad es elevada, con lo que es obvio que la normativa que rige a las empresas y la presión fiscal que pesa sobre ellas, es un factor que termina evidenciando que la “normalidad” de la regulación no llega a vastos sectores de la producción, especialmente aquellos de menor capacitación y en actividades de más baja tecnología (mano de obra intensiva de baja calificación).

- Hoy, la innovación y la tecnología vienen al ritmo de una “velocidad acelerada”, definiendo nuevas realidades del proceso productivo, y consecuentemente, aparecen nuevas modalidades de trabajo que van más allá de las fórmulas convencionales que implicaron los métodos de producción fordista.

Ello conducirá a una nueva generación de empleos, con la “Cuarta Revolución Industrial”, la economía digital, la robotización, la inteligencia artificial, donde grandes, medianas y pequeñas empresas se articulan dentro del sistema formal y las cadenas de valor.

- El problema de la Argentina aparece no solo desde el punto de vista normativo para definir un encuadre adecuado al trabajo del futuro, sino que la falta de adaptación a tal realidad “emergente”, también se refleja en muchas decisiones jurisprudenciales referidas a distintas materias que terminan convalidando una disociación muy fuerte entre “el mundo de la economía real y la normativa laboral”.

- La velocidad de los cambios que se producen solo seguirá operándose si tienen receptividad en nuestras sociedades e incluso en la vida política y social. La sucesión de transformaciones que se están produciendo y que continuarán ocurriendo tiene un vínculo directo y un impacto significativo en nuestras sociedades, así como en la vida política y social.

- Asimismo, una clara respuesta a este desafío tiene que ser un sistema educativo y de formación profesional alineado con “estas necesidades”: Argentina debe tomar el ejemplo de los países que mejor han resuelto la “brecha” para generar un puente eficiente entre educa-

ción y empleo —en definitiva— las necesidades de la sociedad y de las empresas.

- Plantear los vínculos entre educación, empleo y empresa no constituye meramente pretender orientar una definición de currícula profesional o de “empleabilidad” en temas de formación de recursos humanos exclusivamente, o con el fin de proveer mano de obra adecuada para los aludidos cambios. Mas allá de ello, implica la definición de una matriz de relacionamiento permanente y activo entre sociedad y Estado, así como la interacción entre la empresa privada y la comunidad en efectivo partenariado público-privado (ejemplo claro es el modelo dual).

El período de “cambio” —calificado como sin precedentes por el Foro Económico Mundial (WEF)— en su estudio sobre “El futuro del empleo 2025” identifica cinco grandes tendencias macroeconómicas que impulsarán los cambios en los empleos y las habilidades:

1. *Transformación tecnológica*: la digitalización es el principal motor de cambio, liderada por la Inteligencia Artificial (IA) y los sistemas autónomos, que a la vez crean y desplazan empleos.

2. *Transición verde*: la presión para mitigar el cambio climático impulsa inversiones significativas en energías limpias y sostenibilidad, creando un universo creciente en este sentido.

3. *Cambios demográficos*: envejecimiento poblacional en economías avanzadas y crecimiento demográfico en regiones emergentes están transformando la demanda laboral.

4. *Fragmentación geoeconómica*: las tensiones comerciales y geopolíticas están redefiniendo las cadenas de suministro y la localización de los empleos.

5. *Incertidumbre económica*: factores como el costo de vida, la inflación y el crecimiento económico más lento tienen impactos variados en los empleos y habilidades requeridas.

En dicho análisis estima que para 2030, los cambios estructurales en el mercado laboral implicarán la creación 170 millones de nuevos empleos, mientras que se perderán 92 millones. Este balance dejará un crecimiento neto de 78 millones de posiciones. Este dato no deja de sorprender positivamente, ya que en años anteriores el balance siempre se preveía negativo, pero no necesariamente las personas que pierdan sus puestos están capacitadas para capturar las oportunidades que se creen.

Las áreas de ciberseguridad, diseño digital, transición verde, salud y educación tendrán mayores oportunidades y no así las tareas administrativas, la producción y manufactura, dado que la robotización, los sistemas autónomos y la inteligencia artificial generativa impulsarán cambios en actividades no solo repetitivas y de baja complejidad, sino que avanza sobre otras de mayor complejidad.

Por ende, el mundo laboral del futuro requiere nuevas capacidades, (“upskilling” y “reskilling”).

Ese es el horizonte disruptivo que nos llevará a la inteligencia artificial, a los sensores avanzados, a la biotecnología, y —en definitiva— al “living intelligence” (inteligencia viva) con sistemas que pueden aprender, adaptarse y evolucionar.

En conclusión, este es el escenario que debe contemplar un país como Argentina tanto para su desarrollo tecnológico, incorporación de Industria 4.0, digitalización, robotización, e incorporación de la inteligencia artificial, de manera articulada para la evolución del mundo de la producción y del trabajo: en ese contexto, la problemática en torno a los alcances del *ius variandi* constituye un punto de necesaria adecuación.

II. CONTENIDO Y FUNDAMENTOS

Sentadas las bases en que se enmarca la importancia del instituto del *ius variandi* en el marco del empleo, a continuación, realizaremos un examen profundo de este y su evolución legislativa desde la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 ⁽¹⁾ hasta la actualidad. También se analiza el desarrollo jurisprudencial desde una óptica práctica y atendiendo a la evolución dinámica de la actividad productiva.

La mencionada ley 20.744 fue sancionada en el mes de septiembre del año 1974 y es la norma que ha regulado el instituto en análisis, manteniendo vigencia por más de 50 años. No obstante, como se verá a en el apartado siguiente, la inclusión que hizo el Dr. Norberto Centeno del *ius variandi* en esta ley, recoge una consagración pretoriana y doctrinal que viene de mucho antes, es decir, atendiendo a la realidad laboral de otras décadas, ya no recientes.

El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, que se prolonga en el tiempo hasta su extinción; y de allí que se suelen producir

(1) Boletín Oficial, 27/9/1974.

cambios, modificaciones o alteraciones. La duración del contrato y su dinamismo es lo que llevó al nacimiento del *ius variandi* como potestad del empleador de variar —para adaptar— las condiciones de trabajo de sus dependientes.

Explica el profesor Deveali, en el “caso de los contratos por tiempo indeterminado, es absolutamente excepcional que ellos queden inmutados por el plazo de muchos años, siendo más bien normal que sus disposiciones, aunque esenciales, se transformen durante la relación de trabajo, de tal manera que, al terminar dicha relación, son contadas las cláusulas que hayan quedado tales como fueron estipuladas al iniciarse la relación” (2).

Agrega el citado autor que la alteración de las cláusulas contractuales significa una especie de novación, a la manera de la admitida por los códigos civiles (3).

La novación, tal como la estipulación inicial, se produce normalmente sin formalidades. En la mayoría de los casos, el consentimiento se manifiesta tácitamente, por el hecho de aceptar el trabajador la nueva retribución fijada por el empleador, o el cambio de tareas —o sea— la nueva calificación dispuesta por el mismo (4).

En definitiva, es el carácter “dinámico” de la relación laboral el que justifica ampliamente la consagración del instituto. Sería muy difícil pensar en la existencia de un contrato de trabajo rígido o estático o respecto del cual no resulte posible incorporar modificaciones. Los distintos y nuevos escenarios en las relaciones laborales así lo exigen. Más aún en la actualidad con la transformación digital y tecnológica de la que venimos siendo testigos y de los procesos de cambios de los modelos productivos a los que asistimos y veremos en el futuro.

Las necesidades de la empresa frente a la actual organización económico-social, tan compleja, variada y llena de matices, no puede quedar supeditada a una *regla de inmovilidad* que impida al empresario realizar los cambios que requiera (5).

(2) DEVEALI, “La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo”, Revista “Derecho del Trabajo”, T-VII, pág. 481.

(3) Ob. cit, pág. 481.

(4) Ob. cit, pág. 481.

(5) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada”, LA LEY, 2014, T-II, pág. 778.

La prestación de tareas debe ser adecuada a las necesidades de la producción y a las impuestas por el carácter esencialmente dinámico de la empresa. Esta modifica su estructura en la medida en que lo impone el mercado (la moda, el gusto o necesidad del consumidor) o los cambios tecnológicos, lo cual ha de gravitar sobre la organización interna del trabajo ⁽⁶⁾.

Francisco De Ferrari señala que lo más característico del contrato de trabajo es que sin dejar de existir, cambia y se renueva continuamente y —por ende— deben admitirse como lícitos y procedentes todos aquellos cambios necesarios para su ulterior cumplimiento o existencia ⁽⁷⁾. Luego, va más allá deslizando el propio interés para el trabajador en la existencia de esta facultad: “El contrato de trabajo debido a su carácter continuativo y a desarrollarse en el tiempo, ve, como consecuencia de su propia dinámica, constantemente amenazada su vida, si en forma rápida, no se adapta a los cambios producidos en las personas, cosas o hechos a los que está vinculado” ⁽⁸⁾.

Las justificaciones o fundamentos precedentemente transcritos ayudan a entender la importancia de la facultad del *ius variandi* para la evolución de la sustentabilidad de las empresas, de la economía en general y del trabajo. Por ello, las restricciones a esta facultad o instituto deben —a nuestro entender— interpretarse como una excepción y no como regla.

Una definición que describe con claridad el *ius variandi* considera a este instituto como “la facultad que tiene el empresario de mudar, alterar y hasta suprimir parcialmente el trabajo de sus subordinados en la empresa” ⁽⁹⁾. Guillermo Cabanellas, estableciendo sus fundamentos, hace referencia a la facultad de dirección y organización del empleador, señalando:

Las actividades laborales subordinadas al poder de dirección empresario son distribuidas en función de la técnica y economía de la empresa. En ese sentido, podemos decir que el empresario racionaliza o, usando un término en boga, ‘planifica’ el trabajo mediante una estimación de

(6) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Deberes y derechos de las partes en la Ley de Contrato de Trabajo”, LT, vol. XIII-A, pág. 107

(7) DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, Depalma, 1969, T-II, pág. 320.

(8) DE FERRARI, Francisco, ob. cit., pág. 324.

(9) CABANELLAS, Guillermo, “Tratado de Derecho Laboral”, Editorial Bibliográfica Argentina, 1949, pág. 656.

la capacidad de cada operario y de las necesidades permanentes y circunstancias del establecimiento ⁽¹⁰⁾.

El Dr. Fernández Madrid también vincula al *ius variandi* con el poder de dirección de la empresa:

La ordenación concreta de las labores en la empresa, que es una de las expresiones del poder de dirección, supone que se otorgue al empresario la facultad de alterar de modo unilateral y funcional, en situaciones excepcionales, las condiciones del contrato de trabajo inicialmente pactadas ⁽¹¹⁾.

En conclusión, podemos afirmar como principales características del *ius variandi* que: a) es una facultad que se concede al empleador de variar las condiciones del contrato de trabajo; b) es unilateral, por lo que no está supeditada a la conformidad del trabajador; y c) está sujeta a determinados límites o requisitos.

III. RECEPCIÓN LEGISLATIVA Y SU EVOLUCIÓN

1. En lo que podemos denominar una etapa “pre-legal”, la facultad del *ius variandi* y sus limitaciones, había sido reconocida por la jurisprudencia y doctrina con anterioridad a su consagración normativa.

Krotoschin, ya 20 años antes de la sanción de la ley 20.744, en su Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, hacía una recopilación jurisprudencial y doctrinaria del *ius variandi*, sin llamarlo de ese modo. Refiriéndose a cambios del lugar de trabajo fuera del establecimiento, sostuvo:

...Por lo general, el trabajador será ocupado en el establecimiento mismo para el cual fue contratado. Pero puede ser también que por la naturaleza del trabajo deba prestar servicios fuera del sitio de la empresa, o que el lugar del trabajo esté sometido a cambios frecuentes como ocurre sobre todo en el caso de los empleados-viajantes, personal de empresas de transporte, obreros de la construcción. Así, el traslado de un lugar a otro puede ser usual y propio de la profesión y entonces encuadra principalmente en el derecho de dirección del patrono ⁽¹²⁾.

(10) Ob.c cit. Pág. 657.

(11) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “Tratado práctico de derecho del trabajo”, LA LEY, 2001, T-II, pág. 1068.

(12) Cam. Paz, 19/11/1941, DT T-II-45; 6/8/1941, DT T-I-386; SCBA, 18/11/1951, DJPBA, XXXV-165; Cám. Apel. Mercedes, 7/12/1937, LA LEY, 9-393; Cám. Fed. Mendo-

El citado autor, también se refería al derecho del empleador a disponer traslados dentro del propio establecimiento... v. gr, de una sección a otra: "...El cambio de lugar, o el traslado debe hacerse siempre de modo que concilien los intereses legítimos de la empresa con los del trabajador. El principio de la buena fe debe regir, mutuamente, también a este respecto" ⁽¹³⁾. De este modo no serían admisibles, a menos que se hubieran previsto expresamente en el contrato ⁽¹⁴⁾, los cambios de lugar que influyan desfavorablemente en el desenvolvimiento de la vida del trabajador, de un modo no exigible equitativamente ⁽¹⁵⁾. Si el cambio determina una reducción de la remuneración como p. ej. en el caso de cambio de zona de un viajante, se trataría de una modificación del contrato que, como tal, necesita la aceptación del trabajador ⁽¹⁶⁾. Pero cuando por el cambio no se empeoraren las condiciones económicas del trabajador, aquel podría ser inadmisibles por causarle perjuicios o inconvenientes de otra índole (traslado de un padre de familia al interior del país, traslado que implica degradación o pérdida de perspectivas justificadas de promoción, etc.) ⁽¹⁷⁾.

Otros precedentes anteriores a la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, también se refieren a la existencia de la facultad de alterar las condiciones de trabajo, su justificación y límites. Así, se estableció que: el poder de dirección reconocido al empresario, coordinado con el carácter dinámico de la relación de trabajo, justifica la existencia del *ius variandi* ⁽¹⁸⁾, pero este debe ser ejercido con carácter prudentísimo ⁽¹⁹⁾, teniendo en cuenta que las normas legales vigentes no pretenden amparar actitudes intransigentes que solo consulten intereses particulares no justificables ⁽²⁰⁾. Por consiguiente, dicha facultad debe cesar solo cuando es ejercida arbitrariamente o cuando las condiciones del vínculo con-

za, 14/3/1946, LA LEY 42-358, entre otros. Fallos citados por KROTOSCHIN, E, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. De Palma, 1955, T-I, pág. 203.

(13) Cam. Apel. Trabajo, Sala 4, 3/6/1948, Fallos Justicia del Trabajo, 3-307; Cam. Apel. La Plata, 11/6/1948, JA, 1948-II-669.

(14) CNAT, Sala 4, 10/3/1948, LA LEY, 50-241.

(15) CNAT, Sala 4, 3/6/1948, LA LEY, 53-648

(16) CNAT, Sala 1, 10/6/1948, DT, VIII-367.

(17) KROTOSCHIN, E, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. De Palma, 1955, T-I, pág. 204.

(18) CNAT, Sala 4, 3/11/1966, LT, XV, pág. 191.

(19) CNAT, Sala 1, 28/3/1966, EC, 16-207, fallo 8313.

(20) CNAT, Sala 2, 16/3/1953, LA LEY T-X, pág. 377.

tractual demuestren que el cambio es antijurídico ⁽²¹⁾ por contrariar lo expresa, implícita o tácitamente convenido o por atentar contra los intereses del trabajador legítimamente tutelados ⁽²²⁾.

Esta copiosa jurisprudencia, no solo sirvió como base para el reconocimiento y redacción de la norma, sino que también ofreció pautas interpretativas de gran utilidad para resolver cuestiones controvertidas, que aún más de 50 años después, siguen resultando criteriosas y razonables.

2. Ley 20.744: Hasta tal punto la doctrina y jurisprudencia influyeron en la incorporación y redacción del *ius variandi* en la ley 20.744, que bien puede decirse que la Ley de Contrato de Trabajo, que define el *ius variandi* en 1974 en el entonces artículo 71, no hace otra cosa que positivizar esta prerrogativa otorgada al principal con el alcance, límites y en función de la finalidad que aquellas fuentes habían ya establecido de un modo, pese a la casuística, prácticamente pacífico. Tal vez la única innovación sustancial estuvo dada en relación a las acciones otorgadas al trabajador ante el ejercicio ilegítimo de la facultad patronal ⁽²³⁾.

El texto originario de la ley 20.744 consagraba el *ius variandi* en su artículo 71 con la siguiente redacción:

Art. 71.- Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo - El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

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

La definición incorporada en ley de mayor transcendencia en lo que hace al derecho individual del trabajo de nuestro país, sin dudas refleja lo que ya venía resolviendo la jurisprudencia, aunque innova en el segundo

(21) CNAT, Sala 2, 30/6/1947, DT 17-361.

(22) CNAT, Sala 3, 21/5/1957, DT 17-583.

(23) GNECCO, TOSCA y DE SETA, "Tratado de Derecho del Trabajo" dirigido por ACKERMAN, Rubinzal-Culzoni, 2014, T-II-1, pág. 893.

párrafo referido a la posibilidad del trabajador de solicitar el restablecimiento de condiciones alteradas, aspecto que luego sería derogado y finalmente reincorporado.

Concretamente este segundo párrafo, otorgaba —ante un supuesto de uso abusivo del *ius variandi*—, la opción al trabajador de: a) considerarse en situación de despido indirecto; o b) interponer una acción sumarísima solicitando restablecimiento o mantenimiento de condiciones que se pretendían alterar.

3. Ley 21.297 ⁽²⁴⁾: En el año 1976, mediante ley 21.297 se incorporan numerosas modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo, estableciéndose un nuevo texto ordenado (conforme decreto 390/76), entre las cuales se incluyen cambios en el *ius variandi*.

En efecto, la referida norma modifica la redacción del segundo párrafo del texto original de la ley 20.744 referido al *ius variandi*, excluyéndose la alternativa de interponer una acción sumarísima solicitando restablecimiento de las condiciones alteradas. En este nuevo texto ordenado, el *ius variandi* queda regulado en el art. 66.

De esta manera, el primer párrafo queda sin modificaciones y el referido segundo quedó redactado del siguiente modo: “...Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa”.

En consecuencia, con esta reforma, ante el ejercicio abusivo del *ius variandi*, el trabajador podía disolver el contrato por culpa del empleador (supuesto que se determinaría *a posteriori* judicialmente), pero —agregamos—, también podía el dependiente tolerar la medida sin extinguir el vínculo y paralelamente, iniciar un reclamo judicial por eventuales perjuicios que le haya causado la medida en caso de acreditar fehacientemente que se trató de una medida abusiva o ilegítima, no consentida.

Este texto permanecerá con esta redacción durante 18 años hasta la sanción de la ley 26.088.

4. Ley 26.088 ⁽²⁵⁾: Finalmente, en el año 2006, mediante la ley 26.088 se retoma una redacción similar a la originaria de la ley 20.744, quedando como texto actualmente vigente, el que transcribimos a continuación:

Art. 66.- Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios rela-

(24) Boletín Oficial, 29/4/1976, t. o. 1976, según Dto. 390/76.

(25) Boletín Oficial, 24/4/2006.

tivos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

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

La reinstalación normativa de esta opción cautelar no estuvo exenta de controversias. La doctrina aún sigue dividida en cuanto a su recepción y la jurisprudencia no ha sido muy favorable a dicha modificación legal, conforme analizaremos más adelante.

IV. EL IUS VARIANDI EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en varias ocasiones con relación al *ius variandi*, resultando de ello un aporte de pautas trascendentes a la hora de resolver controversias. En función de la temática, en la mayoría de los casos, lo hizo por la vía de la arbitrariedad de sentencia.

Dichas decisiones, constituyen verdaderos fallos rectores.

Si bien parte de la doctrina entiende que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultan vinculantes para los jueces inferiores (salvo el caso concreto), pues no existe norma que así lo disponga; lo cierto es que los magistrados deben ajustarse a las decisiones del máximo tribunal federal por razones de seguridad jurídica⁽²⁶⁾, pues debe evitarse el escándalo jurídico que representa que cuestiones sustancialmente idénticas queden resueltas en sentido diferente según proceda o no un recurso ante la Corte⁽²⁷⁾.

(26) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 25/2/2004, "Funes, Emma M. v. Mateu Bustos, Marcela A.," voto concurrente de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, LL Gran Cuyo 2004-328.

(27) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 26/4/1988, "Furnari, Roberto V. v. Sánchez Coris, Guillermo F.," voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, al que adhiere el Dr. Llorente, JA 1989-IV-212.

La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones...⁽²⁸⁾.

No puede negarse la autoridad de la doctrina que emana de las decisiones de la Corte Federal, como así tampoco que la aceptación y aplicación de las soluciones por ella brindadas, colabora con el afianzamiento de la seguridad jurídica, así como la economía procesal, valores que deben preservarse⁽²⁹⁾.

Como lo ha sostenido la propia Corte, solo correspondería alejarse de la doctrina del Alto Tribunal cuando este apartamiento esté expresamente fundado en razones diversas de las consideradas en los precedentes de que se trate, o bien sobre la base de nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte Suprema en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia⁽³⁰⁾.

En este sentido, la sala VIII de la CNAT ha sostenido que:

Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide en materia federal, como en el caso, sus decisiones son vinculantes para los jueces y tribunales inferiores, como consecuencia del rol institucional del alto tribunal, al que se encuentra conferida la misión de intérprete final de la Constitución Nacional. Existe el deber de acatar sus fundamentos en este ámbito⁽³¹⁾.

Más allá de las controversias apuntadas, lo cierto es que no caben dudas de la obligación moral de acatar la doctrina del máximo tribunal federal; y tradicionalmente así lo hacen los tribunales inferiores. De allí la importancia y trascendencia de los precedentes que se describen a continuación.

(28) Fallos: 12:134 y 325:2723.

(29) CNCom, Sala D, "Vales, Karina M c/ Despegar.Com.Ar S.A. s/ ordinario", 22/12/22, exp. 3198/22.

(30) Fallos 307:1097.

(31) C. Nac. Trab., sala 8ª, 27/3/2002, "Poblete, Aída M. del V. y otros v. D.N.V. y otro", voto de los Dres.

Morando y Billoch, LL 2002-D-33.

IV.1. Fallo “Fábrica de Calderas SRL c/ Provincia de Santa Fe” (32) (19/12/86). Variación de jornada y remuneración

En este caso, se cuestionó la constitucionalidad de una ley provincial 9497, que fijaba una jornada legal inferior a la establecida por la ley 11.544. La Corte hizo lugar al planteo, declarando la inconstitucionalidad de la cuestionada norma. No obstante, con relación a la compensación reclamada por la demandante, señaló:

...habiéndose determinado un salario semanal o mensual sobre la base de la contraprestación de las 48 horas semanales determinadas por la ley, cualquiera que fuere su distribución diaria, la disminución de uno de los extremos de la ecuación necesariamente acarrea la disminución de la otra, salvo que las partes decidieran modificar la convención... el tiempo de prestación legal y la remuneración constituyen modalidades esenciales mínimas del contrato de trabajo, las que sólo podrían alterarse en beneficio del trabajador por acuerdo de partes, conforme los principios enunciados en los arts. 7° y 8° de la LCT⁽³³⁾.

De lo expuesto se desprende una línea de pensamiento que establece una conmutividad específica entre el tiempo de trabajo y prestación remuneratoria que autorizaría la variación de uno de los factores cuando se modifica o altera el restante⁽³⁴⁾.

IV.2. Fallo “Bariain c/ Mercedes Benz” (35) (7/10/86). Irrenunciabilidad

En el fallo “BARIAIN” la Corte sienta un criterio en relación al *ius variandi* y su interpretación frente al consentimiento y el principio de irrenunciabilidad.

En este caso, la Sala VI de la CNAT consideró inválido el acuerdo celebrado entre trabajador y empleador mediante el cual se rebajó la categoría del primero, con el consiguiente detrimento salarial. Con voto del Dr. Capón Filas, el tribunal dispuso que el consentimiento del dependiente era carente de eficacia jurídica. El citado magistrado señaló que:

[P]ara considerar carente de eficacia jurídica el consentimiento del trabajador prestado tácita o expresamente en un acuerdo, no se necesita la presencia de los vicios de la voluntad a los que se refiere el derecho civil, disciplina que regula las relaciones entre iguales, porque el principio de irrenunciabilidad recepcionado en el art. 12 de la LCT... priva

(32) Fallos: 308:2569

(33) Fallos: 308:2569, Considerando 5to.

(34) POSE, Carlos, “Manual práctico del ius variandi”, Grinberg, 1995, pág. 72.

(35) Fallos 325:442.

de efectos a toda convención que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente o de la renuncia a lo que acuerdan las normas imperativas...⁽³⁶⁾.

La Corte Suprema, revocó el fallo sosteniendo que el a quo arribó a esa conclusión en base a consideraciones genéricas tales como que la base de la relación laboral es la situación de hipo suficiencia del trabajador y la influencia que la comunidad socioeconómica ejerce sobre la salud mental de la población. Lo expuesto conlleva la insuficiente fundamentación del pronunciamiento impugnado, toda vez que el fallo del tribunal se sustentó en pautas de excesiva latitud, las que no conducen a una razonable interpretación del derecho aplicable. Agrega el máximo Tribunal que tal interpretación genérica se encontraría en pugna con las previsiones de los arts. 63, 64, 65, 66 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Corte demuestra en este fallo su disconformidad por las soluciones genéricas o absolutas, entendiendo que debe ser analizada la situación concreta, tal como se refleja en casi todos sus precedentes posteriores, sobre la materia. Al criticar el fallo de Cámara por insuficiencia en la fundamentación y pautas de excesiva latitud, se descarta la aplicación de fórmulas rígidas.

Dado que el fallo analizado fue dictado en el año 1986, parte de la doctrina considera que con la modificación del art. 12 de la LCT mediante ley 26.574 del 29/12/2009, la tesis de la Corte en este precedente pierde vigencia o que por lo menos, obliga a realizar una revisión.

Sin embargo, a la luz de los precedentes que se describen a continuación, entendemos que no hay razones suficientes para considerar cambios sustanciales en el criterio del Máximo Tribunal en materia de *ius variandi* con posterioridad a la vigencia de la referida modificación del art. 12 de la LCT.

IV.3. Fallos “Padin Capella, Jorge c/ Litho Formas SA”⁽³⁷⁾ (12/3/87) y “Zorzín, Víctor c/ YPF SA”⁽³⁸⁾ (11/6/98). Efectos del consentimiento expreso o tácito

En ambos casos la CSJN se expide con relación al consentimiento expreso o tácito del trabajador ante cambios dispuestos por el empleador.

(36) CNAT, Sala VI, “Bariain, Narciso T. c/ Mercedes Benz Argentina S.A.”, SD de fecha 14/5/84.

(37) Fallos 310:558.

(38) Fallos 321:1696.

En este aspecto, la Corte refleja una evolución en su doctrina, inclinándose en el caso “Zorzín” por un criterio más flexible y casuístico.

En la causa “Padin Capella” sostuvo que:

[E]l 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 renuncia a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad, que emana de los arts. 12; 58 y cctes. de la LCT...⁽³⁹⁾.

Carlos Pose comenta este fallo señalando que la Corte adopta una decisión revolucionaria en la materia al descartar la posibilidad que el silencio del trabajador ante un acto lesivo a sus intereses pudiese ser interpretado como consentimiento tácito de las condiciones de trabajo⁽⁴⁰⁾.

Una década después, en el caso “Zorzín”, la Corte vuelve a hacer referencia al art. 58 de la LCT, pero restringiendo su campo de acción:

...si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos (fallos 310:558), no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de la seguridad jurídica, por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que tal situación ha sido consentida. Por ello, resulta arbitrario el pronunciamiento judicial que receptó el reclamo de diferencias salariales del actor afectado por un cambio de tareas, sin tener presente que, en su calidad de profesional y alto directivo de la empresa, podía comprender los alcances de la decisión patronal y su posibilidad de resistirla, y no lo hizo cumpliendo las nuevas tareas sin formular cuestionamiento alguno⁽⁴¹⁾.

La resolución del Tribunal Supremo luce razonable y fija pautas a tomar en consideración a los efectos de aplicar el consentimiento tácito. Tales pautas son la de la profesión y el cargo que ostentaba el trabajador, el tiempo transcurrido y su capacidad para comprender los alcances de la decisión del empleador.

Valoró circunstancias personales del trabajador —su calificación profesional— y el transcurso del tiempo en el ejercicio de las nuevas ta-

(39) Considerando 5to. fallo “Padin Capella” ya citado.

(40) POSE, Carlos, ob. cit., pág. 115.

(41) Considerando 6to. fallo “Zorzín” ya citado.

reas encomendadas, como parámetro para determinar la existencia de su consentimiento al cambio implementado por la empresa ⁽⁴²⁾.

Asimismo, en este último caso, el Máximo Tribunal agrega que para justificar un resarcimiento por aplicación abusiva del *ius variandi*, constituye un elemento preponderante determinar la existencia de un perjuicio comprobable ⁽⁴³⁾.

Como adelantamos en el punto anterior, en el año 2009 (con posterioridad al fallo “Zorzín”), se sancionó la ley 26.474 ⁽⁴⁴⁾ que amplía la aplicación del principio de irrenunciabilidad a los derechos de los contratos individuales. Algunos autores sostienen que a raíz de esta modificación debe reconsiderarse la doctrina del referido precedente “Zorzín” para adecuarla a las nuevas directivas de la ley 26.574 ⁽⁴⁵⁾.

No estamos de acuerdo con esta postura, ya que la Corte ha sido terminante en rechazar la aplicación de postulados absolutos, volcándose por un análisis profundo de la situación del caso concreto, aplicando el derecho a los hechos de la causa. En este punto, ha tomado en consideración el principio de seguridad jurídica —que constituye una garantía constitucional vigente— y diversas situaciones de la causa que llevaron al convencimiento de una solución que luce justa y equitativa.

IV.4. Fallo “Álvarez Valdez, Jorge c/ SADAIC” ⁽⁴⁶⁾ (19/3/87). *Ius variandi* y daño moral

En el fallo “Álvarez Valdez”, la Corte se expide sobre la procedencia de la reparación por daño moral ante un ejercicio *notoriamente abusivo del ius variandi*.

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que:

[C]orresponde dejar sin efecto la sentencia que no hizo lugar a la reparación del daño moral reclamada por el empleado, no obstante reconocer que el cambio de tareas dispuesto por la principal constituyó un ejercicio notoriamente abusivo del *ius variandi* (art. 66 de la LCT), si omitió tratar específicamente los argumentos del actor, y la vincu-

(42) PIROLO, Miguel A., “Tratado jurisprudencial y doctrinario”, LA LEY, 2010, T-I, pág. 235.

(43) Considerando 6to. in fine fallo “Zorzín” ya citado.

(44) Boletín Oficial, 29/12/2009.

(45) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada”, LA LEY, 2014, T-II, pág. 804.

(46) Fallos 310:619.

lación que en ella se efectúa entre la posibilidad de que el actor obtuviera una indemnización tarifada como consecuencia del despido y su reclamo de resarcimiento del daño causado por el cambio arbitrario de tareas durante la vigencia de la relación de trabajo, deviene meramente conjetural ⁽⁴⁷⁾.

La presente acción por daños y perjuicios no se encuentra regulada en la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que deberá fundarse en la ley común y el principio de “no dañar” o *alterum nom laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental), reconocimiento legal en el art. 1740 del Código Civil y Comercial; y es reconocido como un principio general del derecho (fallos: 238:651).

Ahora bien, como toda acción de derecho común, requerirá una fehaciente demostración de la ilegitimidad de la conducta, que esta sea atribuible a la empleadora y que como causa de esta se haya generado un perjuicio concreto, ya sea patrimonial o moral; y el *quantum* de la reparación deberá representar una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado.

En el caso analizado, el actor —de profesión contador, jefe de auditoría interna—, fue asignado a un nuevo lugar de trabajo para cumplir sus funciones dentro del panteón que la demandada poseía en el Cementerio de Chacarita.

IV.5. Fallo “Del Río, Jorge c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido” ⁽⁴⁸⁾ (09/10/12) - Cambio de lugar de trabajo

En el presente caso, la CNAT había considerado existencia de uso abusivo del *ius variandi* por parte del banco demandado al disponer su repatriación o traslado del dependiente a otro país. El trabajador no aceptó y fue despedido por abandono de trabajo. El Máximo Tribunal, luego de analizar el particular régimen de expatriados, el contrato suscripto entre las partes y la prueba testimonial arribó a la conclusión de que la asignación era temporaria y sujeta a retorno a la Argentina u otro país; y que la decisión se tomó para *un mejor servicio o necesidades internas del banco*. Alegó que pese a que el actor prestó servicios durante un extenso período en un destino determinado (25 años), ello no modificaba la característica esencial de la contratación. Por ello, concluyó que el cambio de lugar formaba parte de las condiciones del contrato debido

(47) Fallo “ÁLVAREZ VALDEZ” ya citado. Considerando...

(48) Fallos: 335:1972.

a su objeto y estaba destinado a atender la buena marcha y organización de la institución, siendo en consecuencia un cambio razonable.

Vuelve aquí la Corte a realizar un análisis exhaustivo del caso concreto sin basarse en criterios genéricos y se inclina por una solución que otorga razonable amplitud a la facultad del *ius variandi* del empleador.

IV.6. Fallo “Vieiro, Ana María y otros c/ Administración Nacional de Ingresos Públicos s/ juicio sumarísimo” ⁽⁴⁹⁾ 15/10/20 – Cambio de funciones, jornada, remuneración y otros

Este fallo cobra especial relevancia en atención a que fue dictado con posterioridad a la reforma introducida por la ley 26.574 que extendió el principio de irrenunciabilidad a los contratos individuales de trabajo (art. 12 de la LCT), lo que implicaba —para un sector de la doctrina—, una mutilación de la facultad de *ius variandi* del empleador.

A la luz del presente fallo y decisiones posteriores del referido Tribunal, entendemos que no hay un retroceso ni se verifican mayores limitaciones en la legítima facultad de *ius variandi* luego de la modificación del artículo 12 de la LCT.

En la presente causa, los actores cuestionaron disposiciones reglamentarias 327/14 y 328/14 adoptadas por la AFIP, promoviendo al efecto una demanda sumarísima en los términos del art. 66 de la LCT, con el fin de que se les reestablezcan las condiciones laborales y remunerativas previas al dictado de las citadas disposiciones.

Concretamente, los actores alegaron una alteración de las formas en que venían desarrollando sus tareas, tales como la reubicación escalafonaria, el lugar de cumplimiento de tareas, la modificación salarial, el cumplimiento de horario en sede administrativa, entre otros. Señalaron que los cambios incluían también la distribución de los honorarios devengados en los juicios en favor de los abogados que ejercieran la representación y patrocinio del fisco.

La Sala X de la CNAT entendió que se habían alterado condiciones esenciales del contrato de trabajo y condenó a la AFIP a reestablecer y mantener las condiciones laborales y remunerativas que gozaban los actores —agentes fiscales— con anterioridad al dictado de las disposiciones 327/14 y 328/14.

(49) Fallos 343:1281.

La Corte por mayoría —haciendo remisión al dictamen del Procurador— arriba a la conclusión de que no existían elementos para determinar que las disposiciones dictadas por AFIP hubieran configurado un ejercicio ilegítimo del *ius variandi*, consecuentemente revoca la sentencia de instancia anterior y rechaza la demanda.

En síntesis, los principales argumentos son:

i) El Máximo Tribunal sienta el principio de otorgar a la facultad patronal una “razonable amplitud”. Afirma que, en aras de lograr el buen servicio, debe reconocerse a la administración una razonable amplitud de criterio en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sin que las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable, en tanto y en cuanto las medidas adoptadas no impliquen respecto de los agentes una descalificación o una medida disciplinaria ⁽⁵⁰⁾.

Destaca, asimismo, que es de la esencia de la relación de empleo público, la potestad o facultad del empleador de variar las funciones encomendadas en razón de la concreta necesidad de organizar el servicio, siempre que sea de modo razonable y no signifique la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria que corresponde al agente ⁽⁵¹⁾.

ii) Asimila la aplicación del *ius variandi* tanto en el empleo público como privado, señalando que si bien:

[E]l principio del *ius variandi* —que rige tanto en la relación de empleo público como en la de carácter privado— permite al empleador introducir modificaciones en la forma y la modalidad de la prestación del trabajador, ello no debe importar un ejercicio irrazonable de tal facultad que ocasione un perjuicio moral o material al agente... ni altere las modalidades esenciales del contrato ⁽⁵²⁾.

Destacó la competencia del demandado para reglamentar y estructurar lo atinente a la organización y distribución del trabajo en pos de lograr una gestión eficiente ⁽⁵³⁾.

(50) Fallo “VIEIRO” ya citado, apartado IV del dictamen de la Procuración al que la Corte remite.

(51) Fallo “VIEIRO” ya citado, apartado IV del dictamen de la Procuración al que la Corte remite.

(52) Fallo “VIEIRO” ya citado, apartado IV del dictamen de la Procuración al que la Corte remite.

(53) Fallo “VIEIRO” ya citado, apartado IV del dictamen de la Procuración al que la Corte remite.

iii) En la cuestión relativa a la modificación de la jornada de trabajo mediante las disposiciones cuestionadas por los actores, la Corte la resuelve imponiendo la vigencia y validez de las cláusulas del Convenio Colectivo de Trabajo que rige en la demandada por sobre los eventuales horarios que vinieran cumpliendo los actores con anterioridad a las disposiciones cuestionadas.

En este sentido, señala que no se verifica una modificación esencial en la modalidad de trabajo, en tanto el convenio colectivo de trabajo que rige en la especie (laudo 15/91, t. o. por resol. S.T. 925110), cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio, dispone, como regla, idéntica jornada laboral para todos los trabajadores de la AFIP y de manera excepcional, prevé que el organismo puede implementar, por vía de reglamentación y con criterio restrictivo, jornadas especiales y/o reducidas de trabajo, atendiendo a características particulares de las funciones asignadas y/o de la modalidad de las prestaciones, previa consulta a la Asociación de Empleados Fiscales e Ingresos Públicos.

En este punto, agrega que no puede verse como una modificación esencial la circunstancia de que los accionantes deban cumplir la jornada en la agencia fiscal a la que pertenecen, pues del propio convenio colectivo surge que los trabajadores de la AFIP “deben prestar servicios en el destino que al momento del ingreso fija aquella dentro de sus dependencias... y, a su vez, esa prestación debe realizarse personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia e idoneidad laboral” ⁽⁵⁴⁾.

iv) También la Corte hace mención del principio de razonabilidad: Las disposiciones 327/14 y 328/14 de la AFIP son razonables en tanto no se encuentra probado que los cambios instrumentados mediante las normas impugnadas impliquen la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria de los agentes, pues mantienen sus funciones jurídicas, orientadas principalmente al cobro de acreencias fiscales, como así tampoco se halla acreditado el perjuicio material o moral ocasionado a los trabajadores.

v) Modificación en las remuneraciones - exigencia estricta en descripción y demostración del daño: Las disposiciones resultan razonables en tanto los apelantes no han indicado de manera precisa cuál es la magnitud del perjuicio patrimonial que argumentan haber sufrido a partir de las disposiciones en estudio; ello es así, pues la inclusión de los

(54) Fallo “VIEIRO” ya citado, apartado IV del dictamen de la Procuración al que la Corte remite.

empleados administrativos en el reparto de las sumas que exceden el límite del honorario propio no es suficiente para inferir la disminución del salario de los accionantes por esa mera circunstancia y su recategorización como Grupo 17 trajo aparejado un incremento en su remuneración y, además, la disposición AFIP 328/14 (modificada por disp. 34115) también aumentó el tope que el letrado puede apropiar en concepto de honorario propio.

IV.7. Fallo “Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ contencioso” ⁽⁵⁵⁾ (17/08/23). Cambio de funciones que no implica ejercicio del poder disciplinario

En la presente causa, la Corte ratifica doctrinas sentadas en el fallo “Vieiro”, adicionando algunos conceptos como el vinculado a la prohibición establecida en el art. 69 de la LCT de aplicar sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.

i) En primer lugar, hace prevalecer normativa convencional sobre la función que la actora alegaba como parte de su contrato individual de trabajo. En este sentido, se señala que es válida la disposición de la AFIP que dio por finalizadas las funciones que ejercía la actora como jefe de sección cobranzas judicial y se le asignaron nuevas tareas en la función de asesor, pues no puede verse en el accionar de la demandada un ejercicio abusivo del ius variandi ya que la normativa convencional contempla la posibilidad de relevar del cargo a los agentes que revistieran como Jefe de Unidades de Estructura y ubicarlos dentro de la misma categoría de revista en la Función de Asesor (ex art. 56, actual art. 34 punto 3.2 del Convenio Colectivo laudo 15/91) ⁽⁵⁶⁾.

ii) Potestad amplia de ius variandi y razonabilidad. En segundo término, destaca que las potestades del empleador (en este caso, AFIP) al expresar que la demandada ejerció de manera regular sus potestades de organización, supervisión y asignación de funciones del personal a su cargo, en aras de garantizar eficazmente el cumplimiento de los fines de interés público que le son inherentes ⁽⁵⁷⁾.

Hace referencia a la “concreta necesidad del servicio”, ya que:

[R]esulta necesario destacar que es de esencia de la relación de empleo público la potestad del empleador de variar las funciones encomendadas en razón de la concreta necesidad del servicio, siempre que tales

(55) Fallos 346:854.

(56) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 6º.

(57) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 8º.

modificaciones sean impuestas de modo razonable y no signifiquen la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria que corresponde al agente. Asimismo, y en aras de lograr el buen servicio, debe reconocerse a la administración una razonable amplitud de criterio en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sin que las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable, en tanto las medidas adoptadas no impliquen —respecto de los agentes— una descalificación o medida disciplinaria encubierta ⁽⁵⁸⁾.

iii) El *ius variandi* como medida disciplinaria. Ya con referencia al planteo de utilización de *ius variandi* como medida disciplinaria, el Máximo Tribunal descartó este en base a las siguientes consideraciones:

...el cese en las funciones de jefatura —fundado en la actuación negligente en un proceso de ejecución fiscal— no ha configurado una sanción adicional a la previamente impuesta, sino lejos de ello, la medida respondió a una razonable valoración de un antecedente relevante y conducente a la hora de evaluar la idoneidad para el ejercicio de esa función de jefatura, en tanto desconocer esa posibilidad, implicaría consagrar un derecho a omitir la ponderación de sanciones disciplinarias al asignar a los agentes funciones o tareas específicas, e impedir a la administración seleccionar a quienes se encuentren en mejores condiciones para cumplir los fines de interés público que justifican la existencia del órgano ⁽⁵⁹⁾.

En este sentido, los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti, por su voto, señalan que no se desprende que la disposición cuestionada revista naturaleza disciplinaria ni que se trate de una segunda sanción encubierta y no se ha demostrado que esta presente algún vicio en sus elementos reglados —competencia, forma, causa, finalidad y motivación— o que resulte irrazonable ⁽⁶⁰⁾.

En este mismo punto, agregan los referidos ministros que no resulta lógico sostener que el hecho de que un desempeño disvalioso por parte de un agente que tiene a su cargo funciones de jefatura haya sido verificado mediante la oportuna imposición de una sanción, genere un impedimento para que la AFIP, en uso de sus facultades discrecionales en materia de organización interna y conforme a la normativa convencional pertinente, disponga, con el propósito de lograr una mejor prestación del servicio, su reubicación y reemplazo, con mantenimiento de su categoría

(58) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 7°.

(59) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 5°.

(60) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 5° del voto de los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti.

escalafonaria ya que de lo contrario, la circunstancia de haber sido sancionado conferiría al trabajador una estabilidad que excedería el alcance de la prevista para los agentes de la AFIP de planta permanente ⁽⁶¹⁾.

IV.8. Fallo “Salguero, Manuel D. c/ Telecom Argentina SA s/ procedimiento sumario-acción de reinstalación” ⁽⁶²⁾ (7/12/23)

En el presente caso, un trabajador con una antigüedad de 31 años en la Compañía y con reconocido activismo sindical, con motivo de haber rechazado su traslado de la provincia de Córdoba a la de Salta, fue despedido con justa causa por su empleador. El accionante denunció existencia de uso abusivo del *ius variandi* y luego, despido discriminatorio por su activismo; y solicitó reinstalación en su puesto de trabajo.

El Supremo Tribunal de Córdoba revocó la sentencia de anterior instancia y dispuso el rechazo del pedido de reinstalación. Consideró que la demandada había logrado desvirtuar la mencionada presunción de despido discriminatorio al demostrar que la ruptura con causa del contrato de trabajo obedeció a un móvil objetivo y razonable, ajeno a la actividad gremial; y que la empleadora tenía razones de conveniencia empresarial para ordenar el traslado del trabajador de la provincia de Córdoba a la provincia de Salta. Finalmente, que, con el incumplimiento a presentarse en el destino asignado, se hallaba probada la causa del despido. Ello, sin perjuicio de destacar dicho Tribunal que la sanción de despido había resultado excesiva dada la ausencia de sanciones disciplinarias previas.

La Corte Federal dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Córdoba, apelando al principio de razonabilidad, pero destacando la necesidad de que el empleador cumpla con el requisito de que el cambio dispuesto obedezca a necesidades funcionales del empleador.

La imposición del cambio de lugar de trabajo, configura un traro arbitrario y desfavorable de la empleadora en perjuicio del trabajador, si, por un lado, excede el razonable ejercicio de la facultad de organización, causa un daño material y no se sustenta en estrictas necesidades funcionales, y por otro lado, se aparta de los precedentes de la propia empresa respecto del traslado de sede de sus empleados, al realizarse sin consulta

(61) Fallo “ALAGUIBE” ya citado, considerando 6° del voto de los Dres. Rosencrantz y Lorenzetti.

(62) Fallos 346:1489.

previa ni compensación económica específica. Estos elementos corroboran la hipótesis de persecución por motivos sindicales ⁽⁶³⁾.

V. FALLOS PLENARIOS DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO SOBRE EL INSTITUTO DEL *IUS VARIANDI*

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en relación al *ius variandi*, solo se ha expedido en tres antiguos fallos plenarios: “Morillo” (acuerdo plenario N.º 131 de fecha 4/6/1970), “Bonet” (acuerdo plenario N.º 161 de fecha 5/8/1971) y “Serra” (acuerdo plenario N.º 177 de fecha 25/4/1972). Todos ellos, anteriores a la sanción de la ley 20.744 y se expiden sobre aspectos de relevancia:

1. *Cambio de lugar de trabajo*: En el precedente plenario “Morillo”, se sienta doctrina respecto de la prestación de servicios en un nuevo destino que implica, por parte del trabajador, la aceptación del cambio dispuesto.

2. *Intangibilidad salarial*: El fallo “Bonet” señala que, ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de su remuneración con los rubros incluidos. Consecuentemente, según el criterio sustentado en este plenario, el salario constituye una característica estructural de la relación de trabajo no susceptible de ser afectado por el ejercicio del *ius variandi*. La jurisprudencia —hasta la actualidad— ha hecho prevalecer este criterio que —entendemos— requiere tener en cuenta también los cambios tecnológicos o de organización de la producción y del trabajo.

3. *Cambio de categoría*: Finalmente, en el plenario “Serra”, se decidió que la admisión por el trabajador de una rebaja de categoría —y consiguiente prestación de tareas en la nueva categoría—, obsta a la posibilidad de reclamar diferencias salariales basadas en la anterior categorización. Solo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella categoría en la cual efectivamente prestó servicios.

Los tres fallos plenarios, dictados entre 1970 y 1972, son los únicos vinculados al instituto del *ius variandi*. Puede afirmarse que en general, reflejan un criterio amplio de la facultad otorgada al empleador, resca-

(63) Fallo “SALGUERO” ya citado, dictamen del Procurador al que remite la Corte.

tando la importancia del consentimiento tácito y su vinculación con el principio de buena fe (plenarios “Morillo” y “Serra”).

No obstante, en cuanto se trata de la remuneración del trabajador, la Cámara ha reflejado un criterio demasiado rígido, sin convalidar su adaptación vía consentimiento tácito (plenario “Bonet”).

VI. LIMITACIONES AL *IUS VARIANDI*

Basado en los lineamientos sentados por la jurisprudencia y doctrina previa a la sanción de la ley 20.744, Norberto Centeno redactó la facultad de *ius variandi*, pero consignando una serie de limitaciones.

De este modo, en el antiguo art. 71 de la ley de Contrato de Trabajo (hoy artículo 66), se establecieron parámetros que todavía se mantienen vigentes:

Art. 66. — Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo - El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador...⁽⁶⁴⁾.

Por su parte, el art. 69 de la Ley de Contrato de Trabajo, agrega una limitación:

Art. 69. —Modificación del contrato de trabajo - Su exclusión como sanción disciplinaria- No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo⁽⁶⁵⁾.

Consecuentemente, le asiste al empleador la posibilidad de modificar el modo de prestación de las tareas del trabajador, pero siempre que estas alteraciones cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Sean razonables.
- b) No afecten condiciones esenciales del contrato laboral.
- c) No generen un perjuicio moral o material al trabajador (indemnidad).

(64) Ley 20.744 conf. t. o. dto. 390/76.

(65) Ley 20.744 conf. t. o. dto. 390/76.

d) No sean utilizados como sanción disciplinaria.

Tales recaudos, son de carácter acumulativo. Cada uno de ellos debe estar presente para que la medida sea legítima y, por ende, la ausencia de cualquiera de ellos le quita dicho carácter.

De este modo, como regla general el empleador cuenta con facultades de organización y dirección (arts. 64 y 65 de la LCT), la primera es aquella que le otorga las facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento, ya sea organizar recursos económicos, tecnológicos, humanos orientados a una mejor eficiencia, servicio o rentabilidad y como es obvio teniendo en cuenta el objetivo de productividad.

Asimismo, establece las facultades de dirección que le asisten al empleador e incluye conducir la compañía a través de órdenes e instrucciones que contengan directivas necesarias para el modo, tiempo y lugar de ejecución de la prestación. Deberán ejercitarse con carácter funcional y general, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción.

Estas facultades, necesarias para ordenar la actividad en la empresa, tienen un carácter unilateral, dado que las ejerce el empleador o quienes lo representan de acuerdo con las necesidades y los intereses que hacen a la buena marcha del establecimiento ⁽⁶⁶⁾.

Como consecuencia de estas facultades, el empleador puede, variar las condiciones del contrato de trabajo de sus dependientes, con los límites referidos más arriba y que se analizarán a continuación.

VI.1. Razonabilidad del *ius variandi*

Esto significa que debe ser ejercido con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, pues ese es el alcance que le reconoce el art. 65 de la LCT a la facultad del empleador. Es un estándar que establece que los cambios deben ser coherentes con la dirección y organización de la empresa; y por supuesto, coherentes con las garantías constitucionales y derechos de los trabajadores.

(66) FIGUEREDO, Pablo, "Ius variandi: ¿cuáles son los alcances y las limitaciones?", ERREPAR, 30/6/2023.

La razonabilidad ponderativa, implica que, para obtener ciertos fines, que se aprecian como valiosos, se utilizan ciertos medios. Entonces, debe suponerse que el empleador considera que el medio elegido satisface el fin propuesto. Esos fines se refieren al desarrollo de la empresa, su mejor desempeño, calidad, productividad, rentabilidad, etc.

Justo López señala que se trata de poderes concedidos, no en beneficio de su interés individual, sino del interés colectivo de la empresa para la realización de ese fin intermedio que es el fin común de aquella ⁽⁶⁷⁾.

No es necesario recurrir a ninguna pauta abstracta o de difícil aprehensión. Simplemente debe descartarse que la medida tenga un fin distinto al buen funcionamiento de la empresa, como, por ejemplo, un hostigamiento o persecución a un empleado, o la intención de que el empleado renuncie, etc. Luego, también habrá que verificar el cumplimiento de los restantes requisitos.

Ahora bien, al momento de calificar si el cambio cumple con el requisito de razonabilidad, debe otorgarse al empleador un amplio margen de determinación.

Si bien creemos que el juez laboral debe exigir al empleador que acredite un uso funcional del *ius variandi*, ello es en función de descartar exclusivamente una conducta antijurídica dirigida a uno o más dependientes.

El juez carece de competencia para valorar la idoneidad del cambio, es decir, al magistrado le está vedado analizar si el empleador pudo adoptar otra medida que, al margen de la dispuesta, pudiese contribuir al mismo fin sin perjudicar a los dependientes (por ejemplo, el empleador decide modificar el horario de labor de sus dependientes para mejorar el proceso productivo y el magistrado decide que utilizó la potestad de variar irrazonablemente porque el mismo fin hubiese contribuido a la restructuración del sistema de trabajo), ya que, de hacerlo, se interferiría en una cuestión que solo compete determinar al empleador dentro de la empresa ⁽⁶⁸⁾.

En concreto, lo que se exige al empleador es que los cambios atiendan a necesidades funcionales de la empresa o a una mejor gestión y que sean razonables. En realidad, constituyen cuestiones no revisables ju-

(67) LÓPEZ, Justo, “Fundamentos y límites del *ius variandi*”, pág. 70, citada por GNECCO, TOSCA y DE SETA, “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por ACKERMAN, Rubinzal-Culzoni, 2014, T-II-1, pág. 905.

(68) POSE, Carlos, ob. cit., pág. 27

dicialmente (el juez no puede conocer si conveniente o no organizar la empresa de una forma u otra). Entendemos que la verificación de este requisito se debe realizar mediante demostración de que la medida o cambio cuestionado, solo persigue un fin ilegítimo como generar un hostigamiento o acoso o cualquier tipo de conducta inadmisibles.

VI.2. Inalterabilidad de condiciones esenciales del contrato de trabajo

Probablemente, la determinación de condiciones esenciales del contrato de trabajo haya sido la limitación que más controversias haya generado.

El ejercicio unilateral del *ius variandi*, no puede alcanzar a condiciones esenciales del contrato de trabajo.

Por ejemplo, Capón Filas propicia una diferenciación entre condiciones estructurales (no susceptibles de modificación) y coyunturales (pasibles de ser modificadas en base al art. 66 de la LCT conforme los límites marcados normativamente, o sea, con un criterio de funcionalidad y re-ceptando el principio de indemnidad) ⁽⁶⁹⁾.

Ahora bien, la discusión central es acerca de cuáles son los cambios esenciales, y en este punto, comienzan las discrepancias: algunas posturas traen una lista amplia (remuneración, jornada, calificación profesional, categoría, jerarquía, lugar de trabajo, sector, etc.), mientras que otras, una más acotada.

Lo cierto es que, en nuestro criterio, es difícil establecer fórmulas rígidas o reglas absolutas o pétreas que se abstraigan de la situación del caso concreto. La modificación pudo haberse pactado al inicio del vínculo, puede tratarse de cambios que no perjudiquen al trabajador, o hagan al mantenimiento “adaptativo” de la relación laboral.

Por ejemplo, podemos señalar que el lugar de trabajo constituye un elemento esencial del contrato de trabajo. Ahora bien, claro está que un cambio del lugar de trabajo a una sede o establecimiento cercano no debería considerarse uso abusivo del *ius variandi*. Lo mismo, tratándose de una empresa que muda su establecimiento por razones económicas o técnicas a un predio que no implique un cambio sustancial o perjudicial en el tiempo de viaje, pero, por ejemplo, una mudanza de un trabajador que se desempeña en un país (ej. Estados Unidos) a otro país o su vuelta a

(69) CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho Laboral, T-II, pág. 62, citado por POSE, Carlos, ob.cit., pág. 28.

la Argentina, *a priori* pareciera constituir un uso no permitido del *ius variandi*. Sin embargo, analizando las particularidades de la causa (cláusulas del contrato de expatriación, etc.), el resultado puede ser distinto, siendo un cambio admitido, como lo resolvió la Corte en el fallo “Del Río, Jorge c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido” ⁽⁷⁰⁾.

Se podrá alegar que, en el referido precedente, siendo el actor un empleado del Banco de la Nación Argentina, se trata de un supuesto de empleo público, pero —no es así— pues, se aplica la Ley de Contrato de Trabajo, que es la misma normativa que rige las relaciones entre trabajadores y empleadores privados, motivo por el cual, forzosamente, en mayor o menor medida, la doctrina sentada por la Corte se proyecta al universo del sector privado.

En este sentido, Vázquez Vialard ha señalado una serie de pautas orientativas: Dado que no siempre surgirá con nitidez la existencia o no del perjuicio, que torne abusivo e injusto el *ius variandi*, consideramos pertinente distinguir los siguientes supuestos: a) si el hecho o la modificación que se invoca como perjudicial fue tenida en cuenta al concertarse el negocio jurídico; ...b) si el hecho o la modificación que se invoca como perjudicial no fue tenida en cuenta al concertarse el negocio jurídico ⁽⁷¹⁾.

También, habrá de tomar en consideración la existencia de una situación de emergencia, el fuerte interés colectivo de un daño o peligro inminente, no necesariamente un hecho súbito, sino una situación de subsistencia o requerimientos de competitividad o productividad de la empresa o actividad en situaciones complejas y dinámicas, (tecnología, condiciones del mercado, integración de cadenas de valor, son algunas de las hipótesis).

Otro aspecto para tomar en consideración es si en los casos de emergencia, finalizada la misma, el cambio que pudo representar algún perjuicio al trabajador se convirtió en transitorio o fue compensado. La doctrina también ha establecido el principio del mínimo perjuicio posible frente a cambios definitivos, lo que significa que ante una situación de necesidad de la compañía de llevar adelante cambios necesarios para la empresa que pudieren originar algún perjuicio, el empleador opte por adoptar la decisión de generar el menor perjuicio posible.

(70) Fallos: 335:1972.

(71) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, ob.cit., T-3, pág. 649.

En consecuencia, como refiere Carlos Livellara ⁽⁷²⁾ citando el criterio jurisprudencial predominante, la apreciación de si al ejercer el *ius variandi* el empleador ha alterado sustancialmente el contenido del contrato individual, frente a la multiplicidad de casos y situaciones particulares que se pueden presentar, habrá de quedar librada al prudente arbitrio judicial ⁽⁷³⁾.

VI.3. Indemnidad. No generación de perjuicio moral o material al trabajador

El *ius variandi* no debe violar o lesionar intereses morales ni materiales del empleado.

En el primer supuesto (lesión a intereses morales), apunta a la alteración de un proyecto o sistema de vida del trabajador (disminución irrazonable de tiempo libre) o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo, rebaja en la categoría, o la pérdida de la especialidad, agravios a la dignidad. Son cambios que no requieren necesariamente una afectación material.

En este punto, también cabe hacer remisión a lo establecido en el art. 68 de la LCT, en cuanto refiere a la modalidad del ejercicio de las facultades de organización y dirección, debiendo cuidar el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

El supuesto de indemnidad material se refiere a la existencia de un perjuicio económico o en un daño estrictamente patrimonial, disminución de remuneración, premios y/o adicionales, imposición de mayores erogaciones al trabajador, daños psicofísicos generados por la imposición de determinado tipo de tareas, entre otros.

Esta obligación se enmarca en el deber genérico de previsión (art. 75 de la LCT), ya que compete al dador de trabajo velar por la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores bajo su égida ⁽⁷⁴⁾.

En este punto, el daño debe analizarse tomando en cuenta si, en caso de existir algún perjuicio, este es compensado por el empleador con un

(72) LIVELLARA, Carlos, Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada" dirigida por Rodríguez Mancini y coordinada por Barilaro, LA LEY, 2014, T-II pág. 784.

(73) CNAT, Sala II, 31/12/1969, JA, 7-1970-45.

(74) POSE, Carlos, ob. cit., pág.29.

beneficio. En otras palabras, cualquier compensación que resulte equitativa, puede transformar un *ius variandi* para hacerlo admisible y ajustado a derecho.

El cambio de lugar de trabajo puede generar perjuicios tanto morales como patrimoniales cuando el traslado al nuevo establecimiento, genera aumentos de costos y/o demoras que resulten excesivas o irrazonables

En todos los casos, el perjuicio material o moral, debe ser demostrado, acreditación que debe realizarse en el caso concreto por parte de quien individualmente cuestiona la medida. En este sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires, ha señalado que la facultad del *ius variandi* no es absoluta y encuentra su límite en el perjuicio que el cambio produce en la situación concreta del obrero ⁽⁷⁵⁾.

En este sentido, la Corte en la causa “Vieiro, Ana María y otros c/ Administración Nacional de Ingresos Públicos s/ juicio sumarísimo” ⁽⁷⁶⁾ fijó un estándar riguroso de acreditación del perjuicio, cuando, al rechazar la invalidez de las disposiciones con cambios en la condiciones de trabajo establecidas por la empleadora (AFIP), sostuvo:

Las disposiciones 327/14 y 328/14 de la AFIP son razonables en tanto no se encuentra probado que los cambios instrumentados mediante las normas impugnadas impliquen la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria de los agentes... como así tampoco se halla acreditado el perjuicio material o moral ocasionado a los trabajadores.

IV.4. Inaplicabilidad de *ius variandi* como sanción disciplinaria

El artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, otorga al empleador facultades de imponer sanciones disciplinarias. El artículo 69 del mismo cuerpo normativo aclara que no podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.

Indagando por los fundamentos de este último precepto se ha señalado que las sanciones que puede aplicar el empleador cuyas condiciones de procedencia el ordenamiento regula taxativamente, solo tienen por fin conminar al trabajador mediante un mecanismo disuasivo al cumplimiento regular del contrato. Desde tal óptica, nunca podría efec-

(75) SCJBA, “Guevara c/ Transporte Ideal San Justo SAT”, 7/12/82. DT 1983-B-964.

(76) Fallos 341:281.

tivarse este tipo de medidas a través del *ius variandi*, ya que la sanción, por su propia naturaleza, se encuentra limitada temporalmente ⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, el precepto en cuestión no puede interpretarse como una absoluta imposibilidad de generar un cambio de tareas o cambio de puesto a raíz de un incumplimiento concreto que haya merecido una sanción (ya sea apercibimiento o suspensión).

En otras palabras, a nuestro criterio, no está vedado al empleador que sancionó a un dependiente por un incumplimiento, disponer un cambio de tareas o puesto de trabajo, encontrándose ello debidamente justificado; y sin que implique un acto que encubra sanción disciplinaria. Ello no implicaría un quebrantamiento del art. 69 de la LCT.

En efecto, si la facultad es empleada realizando cambios necesarios, de conformidad con los intereses de la comunidad laboral, por razones de mejor organización o procurando un mayor rendimiento, el cambio es legítimo.

Así lo explica nuestro Máximo Tribunal en la precedentemente citada causa “Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ contencioso” ⁽⁷⁸⁾ cuando a raíz de una negligencia en que incurriera la demandante, se dispuso el cambio de tareas, lo cual se encontraba debidamente fundado; y sin que ello implica una sanción disciplinaria. En el voto concurrente de los Dres. Maqueda y Rosatti, señalaron que la disposición por la cual se dio por finalizadas las funciones que ejercía la actora como jefe de sección cobranzas judicial y se le asignaron nuevas tareas en la función de asesor, no resulta inválida pues el cese en las funciones de jefatura —fundado en la actuación negligente en un proceso de ejecución fiscal— no ha configurado una sanción adicional a la previamente impuesta, sino lejos de ello, la medida respondió a una razonable valoración de un antecedente relevante y conducente a la hora de evaluar la idoneidad para el ejercicio de esa función de jefatura, en tanto desconocer esa posibilidad, implicaría consagrar un derecho a omitir la ponderación de sanciones disciplinarias al asignar a los agentes funciones o tareas específicas, e impedir a la administración seleccionar a quienes se encuentren en mejores condiciones para cumplir los fines de interés público que justifican la existencia del órgano.

(77) GNECCO, TOSCA y DE SETA, “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por ACKERMAN, Rubinzal-Culzoni, 2014, T-II-1, pág. 909.

(78) Fallos 346:854.

Adicionalmente, adoptar el criterio opuesto, implicaría generar una estabilidad al trabajador que haya incurrido en un incumplimiento, constituyendo ello una ventaja o beneficio respecto de los restantes trabajadores.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Sin dudas, el *ius variandi* constituye una facultad imprescindible para normal desarrollo de cualquier actividad empresarial; y el empleador debe ejercerla con responsabilidad, respetando la dignidad del trabajador y con sujeción a los límites legal y jurisprudencialmente impuestos.

Su interpretación como una facultad fuertemente restringida o acotada a cuestiones secundarias, meramente coyunturales o de mínima incidencia, conspira contra una normal evolución de la empresa que debe adaptarse a los nuevos escenarios en las relaciones laborales y los sistemas productivos.

De acuerdo al análisis efectuado, entendemos que la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, ha tendido a evitar esta interpretación restringida del *ius variandi* que se aferra a fórmulas rígidas o genéricas como que la aceptación expresa o tácita y el transcurso del tiempo jamás puede ser interpretado como conformidad del trabajador; o la que se refiere a cambios de modalidades esenciales son abusivos, con independencia del contexto o particulares situaciones del caso concreto.

Los precedentes citados en el apartado III del presente trabajo, son ilustrativos. La Corte para resolver las distintas causas citadas, ha ponderado —con fuerte incidencia—, factores como el nivel cultural o profesional del trabajador, su consciencia o comprensión del cambio, si se cuestionó el acto en forma temporánea, la acreditación de la necesidad funcional de los cambios dispuestos por el empleador, la existencia y acreditación de situación de hostigamiento y discriminación (analizando situación de otros dependientes o compañeros de trabajo, costumbres de la compañía, etc.); si se acreditó el perjuicio moral o material; si el texto del convenio colectivo de trabajo prevé ese tipo de situaciones a los efectos de poder justificar el cambio dispuesto; si hay buena fe de las partes; si hay razonabilidad en las medidas; si no hay vicios; si en la decisión adoptada se ha buscado de una gestión eficiente del Estado o de una empresa, entre otros.

El criterio casuístico no importa un apartamiento de los principios rectores del derecho del trabajo.

Como ya hemos señalado en nuestra Introducción, la transformación tecnológica, la digitalización, la innovación, las aplicaciones de la Inteligencia Artificial, la irrupción del trabajo remoto o híbrido y el crecimiento del comercio electrónico, son todos hechos que requieren de una adaptación rápida para no perjudicar el interés colectivo de la empresa.

No debemos aferrarnos a dogmatismos alejados de la realidad. No se trata meramente de la facultad de realizar “algunos cambios menores o a modo de excepción”; sino todo lo contrario. La dinámica de las relaciones laborales requiere la implementación de los cambios necesarios, aunque, como dijimos, sujetos a los límites legales y jurisprudenciales, donde debe cobrar especial preponderancia para la decisión, tanto la existencia o no del “perjuicio”, como la funcionalidad y el carácter necesario —y, por ende— impostergable de los cambios propuestos.

Debemos contemplar el instituto del *ius variandi* y sus alcances en el escenario actual y futuro vinculado y adecuándose al desarrollo tecnológico, a la digitalización, a la robotización y a la incorporación de la inteligencia artificial, de manera articulada para la evolución del mundo de la producción y del trabajo.

TRABAJO DE MUJERES EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

POR GRACIELA A. GONZALEZ

I. INTRODUCCIÓN

Con la sanción de la ley de contrato de trabajo en el año 1974, se perfeñó un cuerpo orgánico de las disposiciones legales existentes a la sazón, dicho objetivo se logró a través del ordenamiento de las leyes que regulaban el derecho individual del trabajo, incorporándose, asimismo, los avances jurisprudenciales y con propuestas de regulación de nuevos institutos.

La ley de Contrato de Trabajo tuvo el privilegio de proteger al trabajador en múltiples y diferenciados aspectos tutelando sus derechos y regulando el desempeño de sus labores, con la incorporación de institutos novedosos y que deben recibir nuestro reconocimiento, valorando los mismos por la importancia que tenían en su momento y a través del paso del tiempo.

Debemos ser conscientes que, históricamente, el principio de igualdad que hoy en nuestra concepción subyace en los derechos reconocidos a hombres y mujeres, no fue siempre admitido en la concepción jurídica ni plasmado en la realidad.

No hace tanto tiempo, existían dos mundos claramente diferenciados, el universo femenino y el masculino.

El masculino era sinónimo de poder, de autoridad, con un ámbito de actividad centrado en la política, la producción y esencialmente, en el trabajo.

A la mujer se la relegaba a la vida desarrollada en el ámbito familiar y se la visualizaba siempre dedicada al cuidado de los hijos, a la atención de la actividad doméstica, por ende, su mundo se restringía al territorio del hogar.

Cambiar las proporciones de poder y de actividad permitidas y valoradas, significaron años de historia y de luchas por el reconocimiento de todos aquellos derechos que la mujer reclamaba, en pos de un tratamiento igualitario.

Esta estaba indefensa, ante el mundo en el que mandaba el hombre, que era quien dictaba las leyes y se ocupaba de aplicarlas a la ciudadanía.

Debieron transcurrir muchos años para que se modificara esa realidad.

Aún hoy, se sigue batallando para que se superen las diferencias, que evidentemente aún existen, se mantienen y a la vez se le reconozca el derecho a la mujer, a desarrollarse en un contexto en el que se tutelén los principios de igualdad, sin distinción alguna, en razón del sexo.

Igual tratamiento, igual remuneración, igual reconocimiento en el acceso al trabajo, con la sola exigencia de la idoneidad, frente a situaciones semejantes, sin sometimientos ni dependencia ni exigencias de condiciones especiales.

Debemos aceptar que la mujer siempre recibió un tratamiento legal diferente al del varón.

Hoy se habla del ejercicio compartido de las responsabilidades familiares, frente al mundo del trabajo.

El hombre está asumiendo una nueva paternidad y una nueva actitud frente a los quehaceres del hogar, que anteriormente estaban reservados exclusivamente para las mujeres.

Lo cierto es que el Código Civil y Comercial de la Nación se ha adaptado a una nueva realidad y ha receptado un nuevo paradigma familiar.

Esa nueva realidad hoy plantea la existencia de familias ensambladas, familias coparentales o comaternales, uniones convivenciales, uniones entre personas del mismo sexo, etc.

Tengamos presente que las primeras normas laborales dictadas en materia de derecho del trabajo estuvieron en especial enfocadas en la regulación de lo atinente, a la jornada laboral.

Dichas disposiciones tenían por finalidad tutelar el trabajo de la mujer, para lo cual fijaban ciertas limitaciones respecto del horario o del tipo o naturaleza de las tareas que las mismas podían realizar, y pretendían con esa actitud, proteger sus derechos.

Una de las primeras leyes en materia laboral versó específicamente sobre la jornada de trabajo, su extensión y protección, y era aplicable a las mujeres y a los niños. (ley 5291 del año 1907).

Posteriormente, la ley 11317, fue sancionada en septiembre de 1924 y fue derogada por el art. 7° de la ley 20744, con excepción de los artículos 10, 11 y arts. 19 a 24.

La citada norma legal regulaba el trabajo de menores, y mujeres. Prohibía el desempeño en trabajos de niños menores de 12 años de edad o de los niños comprendidos en edad escolar.

Con respecto al trabajo de mujeres, se autorizaba a las mujeres de 18 años de edad, a prestar servicios en una jornada máxima de 8 horas diarias y 48 semanales.

Se fijaba la jornada de las mujeres menores de 18 años, en 6 horas diarias y 36 horas semanales.

Se prohibía ocupar mujeres en trabajos nocturnos y a menores de 18 años, entendiéndose que tales trabajos eran los que se cumplían entre las 20.00 hs. hasta las 7.00 hs. del día siguiente en invierno y hasta las 6.00 hs. en verano, con excepción de quienes se desempeñaban como enfermeras o en el trabajo doméstico.

Otro aspecto atinente a la mujer, y realmente importante, la maternidad, mereció protección mediante la ley 11.933 del año 1934, que estableció la licencia por maternidad obligatoria, desde los 30 días previos al nacimiento y hasta los 45 días posteriores y en el año 1938, se dispuso la prohibición de despido por causa de matrimonio, mediante la ley 12.383.

Centeno sostenía que el trabajo de las mujeres es un régimen de trabajo protegido o superprotegido, con relación al que de por sí configura la estructura integral de toda regulación del trabajo por cuenta ajena, y explicaba que esta superprotección debe tener un límite: el propio interés del sujeto que se quiere proteger. No se trata de un contrato de trabajo especial, distinto del contrato de trabajo típico, disciplinado por la ley, sino de contratos de trabajo con ciertas especialidades o modalidades, que afectan al sujeto o al objeto, pero no a la causa (1).

(1) CENTENO, Norberto O, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, redactada en colaboración con Justo López y Juan C. Fernandez Madrid, Talleres Gráficos Fa Va Ro S.A.I.y.C. edic. diciembre 1978, T. II p. 636.

Esta postura, fue cambiando, a medida que transcurrieron los años y la visualización de los derechos correspondientes a la mujer, fue cobrando preeminencia hacia un concreto cambio en las facultades reconocidas.

Se tendió hacia una mayor igualdad de tratamiento con referencia al tema de género, persiguiéndose la igualdad de trato de los trabajadores, con independencia de su sexo.

Esto, como consecuencia de que la existencia de esa protección o superprotección que definía con tanta propiedad Centeno, derivaba en una discriminación real al momento de la contratación, no aceptándose a la trabajadora mujer o prefiriéndose al trabajador varón, en su lugar.

Esto es precisamente lo que provoca como resultado no querido, la excesiva protección legal que produce como consecuencia la desigualdad de oportunidades para hombres y mujeres, que caracterizó durante un tiempo prolongado al mundo del trabajo, ya sea para la obtención de un puesto, como para el reconocimiento de un ascenso a cargos de dirección o responsabilidad empresarial.

Adviértase que, en su momento, fue sumamente cuestionada y considerada como disvaliosa, la incorporación de la mujer en un sistema de protección, frente a situaciones de contratación, brindada por la ley 24.465 que, mediante su art. 3º, promovía la contratación de personas mayores de cuarenta años, personas discapacitadas, ex combatientes de Malvinas e incluía también a las mujeres, otorgándole al empleador una eximición parcial en las contribuciones de la seguridad social. Esa norma fue considerada discriminatoria hacia la mujer y derogada por la ley 25.013.

Debo recordar que existen determinadas tareas que son valoradas como privativas de los hombres, por el esfuerzo físico que presuponen o los requerimientos a que puede ser sometido el trabajador, pero debemos ser conscientes que esa brecha ha ido cambiando y ha desaparecido en muchas situaciones.

Tuve oportunidad como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de dictar una sentencia analizando el tema y reconociéndole el derecho a la trabajadora mujer, que intentaba con resultados negativos, convertirse en conductora de colectivos (“Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo.”)

Hoy visualizamos la posición excesivamente protectoria como una actitud discriminatoria que en pos de tutelar, perjudica el derecho de la mujer.

II. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

La ley 20.744 se sancionó el 5 de septiembre de 1974 y se publicó en el Boletín Oficial, el 27 de septiembre de dicho año.

La ley 20.744 en su título VII, denominado Trabajo de mujeres. contenía cuatro capítulos a saber: disposiciones generales, la protección de la maternidad, la prohibición del despido por causa de matrimonio y el estado de excedencia.

En esa época, año 1974, la visualización de la mujer pasaba por preservar y reconocer sus derechos, en primer lugar, frente a la maternidad, por eso se regulaba básicamente la protección en los supuestos de embarazo, matrimonio y además se contemplaba su inserción en el mundo laboral, con la protección de su calidad de trabajadora.

La ley intentó tutelar la posición de madre de la mujer, que sin duda es sumamente importante, reconociéndole derechos en su carácter de progenitora.

La protección por matrimonio reconoce como causa, que en general la mujer después del matrimonio concebía a sus hijos, convirtiéndose así, en una persona que debía asumir responsabilidades más requirentes en su condición de madre y frente a la familia, en general.

Recordemos que en esos años al hombre se le reconocía el derecho de realización a través del trabajo, de la función productiva, generadora de ingresos para el mantenimiento del hogar, y a la mujer se le otorgaba el lugar de madre y centro de interés como responsable de la perpetuación y mejora de la especie, a través de la maternidad, crianza y educación de los hijos, así como del cuidado de la casa y de la familia.

Lo valioso fue que la LCT intentó también otorgar protección a la mujer, en su carácter de trabajadora, cuidando el horario de cumplimiento de labores, la extensión de este, el tipo de tareas, preservándola ante la realización de trabajos peligrosos o penosos, etc.

Lo cierto fue que el exceso de protección se interpretó como la mejor justificación para que los empleadores decidieran optar por un trabajador varón, al momento de concretar un contrato de trabajo, perjudicán-

dose de tal modo a la mujer que era precisamente, a quien se intentaba proteger. Estas conductas implicaban cercenar el derecho de la mujer a la igualdad de oportunidades, que el mercado laboral debía asegurar.

Respecto del trabajador varón pasó mucho tiempo hasta que se planteó que el hombre, en pro de los derechos igualitarios que le asisten, y teniendo como finalidad su posición familiar, podía contar con una protección mayor en diferentes situaciones verbigracia, ante la paternidad, todo ello en el campo de las licencias que tiene derecho a gozar. Es así como en la actualidad se promueve la adopción del principio de igualdad en el tratamiento de estos temas.

Muy lejos estaban en la época de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación con sus nuevas normas en materia de familia, la Ley de Protección Integral de la Mujer contra actos de violencia, (ley 26.485), la ley que persigue los actos u omisiones discriminatorias (ley 23.592) la ley 25.013 que incorporó en el art. 11 la figura del despido discriminatorio originado, entre otras causas, por razón del sexo de los trabajadores, la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618), la Ley de Identidad de Género (ley 26.743), etc.

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

En el ámbito Nacional partimos de la Constitución Nacional que, en su art. 16 consagra la igualdad de todos los habitantes de nuestro país ante la ley, sin otra condición que la idoneidad para acceder a un trabajo.

Se garantiza asimismo a los trabajadores el derecho de igual remuneración por igual tarea, condiciones dignas y equitativas de labor, retribución justa, protección ante el despido. (art. 14 *bis* de la C.N.).

En la reforma de 1994 se incorpora el principio de igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por lo Tratados Internacionales vigentes, sobre los Derechos Humanos. (art. 75 ap. 22 y 23)

Asimismo, el art. 75 inciso 23, le confiere al Congreso Nacional la facultad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de las mujeres.

Por su parte el art. 18 de la LCT reafirma el principio de igualdad y la prohibición de conductas discriminatorias, en especial por razones de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad y el art. 89 lo plasmaba, en el reconocimiento de igual trato, en identidad de situaciones.

La ONU considera que:

[N]o solo el ámbito de derechos se ve afectado, sino que la inclusión de la mujer y la igualdad de género son fundamentales para el desarrollo sostenible; de ahí que empoderar a la mujer sea una herramienta efectiva para promover el desarrollo económico a nivel mundial, convirtiéndose en uno de los principales objetivos a alcanzar en las agendas ⁽²⁾.

Y es que:

[L]a igualdad de género, no es solo una cuestión de diversidad y justicia social, sino que también es una condición previa para lograr los objetivos en materia de empleo, competitividad y cohesión social.

Igualmente, el Derecho de la Unión Europea ha sido un factor decisivo para clarificar y hacer evolucionar el concepto de discriminación y su alcance, especialmente, en los lugares de trabajo; basta ver la redacción del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, pieza clave en el andamiaje normativo sobre discriminación ⁽³⁾.

Por su parte, la ley de contrato de trabajo disponía en el art. 19 que las desigualdades que creaba esta ley en favor de una de las partes, solo se entenderían como una forma de compensar otras, que de por si se daban en la relación. En tal orden de ideas, el art. 89 imponía al empleador el deber de dispensar a todos los trabajadores un trato igual en identidad de situaciones. Asimismo, se sancionaba la conducta contraria, considerándose arbitrario el trato desigual, en tales condiciones, si actuando el

(2) Cfr. INSTITUTO DE LAS MUJERES, Desigualdad retributiva entre mujeres y hombres, IV Boletín de Igualdad en el Empleo, 2023. 9 Vid. CCOO, Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral, Ministerio de Igualdad, 2021, p. 5. 10 M.R. MARTÍNEZ BARROSO, Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles, en AA.VV., Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022. 11 Cfr. FUNDAE, Mujer y formación para el empleo, Cuaderno de Trabajo, 2023, n. 2, p. 4 ss. MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ 162 www.adapt.it políticas.

(3) (CDFUE)

empleador dentro de las facultades conferidas por la ley, adoptare conductas discriminatorias, que no fueren justificadas objetivamente.

La participación equilibrada entre hombres y mujeres en los diferentes espacios de la vida social, lo cual incluye el ejercicio de una profesión, es fundamental para alcanzar una transformación de todos aquellos procesos que requieren ajustes coherentes con la igualdad, el goce de derechos y el ejercicio de las libertades. Sin embargo, la realidad aún no es esa. Desde algunos enfoques se piensa que basta con una participación igualitaria de hombres y mujeres para garantizar una presencia cualitativa de ambos géneros, pero una cuota numérica no es suficiente. Una presencia cualitativa de la mujer requiere que ésta tenga la capacidad de representar efectivamente la pluralidad de visiones en el debate, sobre todo, en los espacios de toma de decisiones relativos a cambios estructurales en la sociedad.

Históricamente, entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio, a la par que la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria ⁽⁴⁾.

El concepto que se encuentra en la esencia de la situación de igualdad es el respeto por la dignidad del ser humano, que no admite diferenciación por razón alguna, sea por raza, religión, sexo, color, nacionalidad, estado civil, condición social, etcétera.

Tampoco podían recabarse datos sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador. Este estaba facultado a expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no constituyera un factor de indisciplina o interfiriera en el normal desarrollo de las tareas (art. 81).

Eso tuvo su concreta recepción en la reforma que la ley 21.297 introdujo a la sazón, en tanto en el art. 172 de dicha norma inserto en el Capítulo XIII que regula el Trabajo de mujeres, se imponía la obligación de respetar la libertad de contratación sosteniendo que la mujer podía celebrar toda clase de contrato de trabajo a la par que imponía una concreta prohibición respecto de que se formulen discriminaciones en el empleo, ya sea a través de convenios colectivos o reglamentaciones, por razones de sexo o estado civil, aun cuando este cambie en el curso de la relación laboral.

(4) 19 P. TRINIDAD NÚÑEZ, La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2012, n. 4, p. 128. 20 *Ibidem*, p. 127. MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ.

Debe observarse que dicha norma consagra en su segundo párrafo que se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución, por trabajo de igual valor.

Lo cierto es que, en la actualidad, la mujer se encuentra facultada a celebrar toda clase de contrato de trabajo, desde los 16 años de edad, al igual que al varón.

Aun así, como ya adelantáramos, faltaba mucho para llegar por ejemplo a la sanción de la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010, que le ha conferido a la mujer una protección integral, velando sobre diversos temas que pueden afectarla, como su situación social, cultural, económica y por supuesto el que nos convoca, el laboral.

En tal orden de ideas cabe señalar que el art. 5° de esta última norma citada, distingue entre distintos tipos de violencia y trata la protección que merece la mujer frente a la violencia física, psicológica, sexual, económico-patrimonial y simbólica.

Es así, que se protege a la mujer en el ámbito laboral, disponiendo el art. 6° que deben tutelarse sus derechos en orden a la discriminación que puede sufrir la trabajadora en los ámbitos de trabajos públicos o privados y respecto de toda medida que obstaculice su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo.

La citada norma garantiza también su derecho a la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, porque expresamente fija la protección del derecho de igual remuneración por igual tarea o función (art. 6°) en el marco de lo dispuesto por las normas internacionales aplicables en la materia, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio 100 de la OIT (Ver Decreto Reglamentario, art. 6°).

Dentro de las distintas formas de violencia se incorpora expresamente la violencia psicológica, denominada hostigamiento psicológico, y la violencia institucional, aclarándose en el decreto reglamentario, que esta enunciación no resulta taxativa.

En materia probatoria, que es uno de los temas que importan considerablemente cuando deben dilucidarse los temas de discriminación, se adopta la doctrina de la carga dinámica de la prueba, en un contexto de amplitud probatoria, según lo dispuesto en el art. 6° inc. d) del decreto reglamentario.

El trabajo de mujeres ha sido tradicionalmente abordado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, desde el punto de vista de la discriminación en razón del género, es decir considerando al matrimonio, la maternidad, el parto y la lactancia como contingencias particularmente estigmatizantes de la mujer trabajadora y, por lo tanto, factores “sensibles” de discriminación (al punto tal que ha dado lugar al dictado de normas de compensación o de “discriminación positiva”) no es posible soslayar que tales elecciones y en sí, la conformación de una familia, ya no pueden ser analizados exclusivamente desde la perspectiva de Género ⁽⁵⁾.

Debe tutelarse la conciliación de las responsabilidades laborales con las responsabilidades familiares, con prescindencia del género, si queremos reconocer una estricta igualdad de derechos a todos los trabajadores, por su condición de tales.

IV. CONDICIONES GENERALES

En el Capítulo I del Título VII que regula el Trabajo de mujeres, encontramos el art. 187 que abordaba la capacidad y el trato discriminatorio.

En la época en que se sanciona la LCT, la mujer gozaba de capacidad para celebrar un contrato de trabajo cuando contara con la mayoría de edad y aún desde los 18 años, sin requerir autorización alguna, aunque se encontrara casada (ley 11.357 reformada por la ley 17.711).

En efecto, con la sanción de la LCT los menores de ambos sexos, mayores de 14 años y menores de 18 fueron facultados a celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones que preveían los arts. 34 y siguientes.

De las nuevas normas laborales resultaba el reconocimiento de la plena capacidad laboral de los menores emancipados por el matrimonio, según el art. 35 de la LCT.

En la actualidad, los menores de ambos sexos podrán trabajar, a partir de los 16 años, con dos excepciones, los trabajos livianos, en una empresa agropecuaria del padre o tutor permitidos entre los 14 y 16 años, y los trabajos artísticos, que tienen su propio régimen, en un todo de

(5) CNAT, Sala II, autos caratulados “Villarreal, Andrea Elizabeth c/ Grupo Sud Latin S.A. s/ despido”, sentencia del 17/10/2012.

acuerdo con el Convenio 138 de la OIT y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Kiper sostiene que:

[N]o hay que confundir diferenciación con discriminación. Es cierto que puede haber distinciones razonables pero ellas son admitidas por no ser contrarias a la justicia, a la razón, y por partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresan de modo proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma ⁽⁶⁾.

V. IGUALDAD DE TRATAMIENTO

Como dijéramos se consagra el principio de igual retribución por igual tarea en el art. 14 *bis* de la CN. y también en el art. 187, segundo párrafo, que recepta la igualdad en el supuesto de trabajo de igual valor.

Recordemos que ya la Constitución de la OIT del año 1919, ponía de resalto la necesidad de que los países miembros introduzcan en sus legislaciones el principio de igualdad salarial, sin distinción de sexo, para trabajo de igual valor, en coherencia con su preámbulo que afirmaba la necesidad de que se dicten en cada país para los trabajadores, leyes que garanticen un trato económico equitativo.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos resalta el valor de la igualdad entre los seres humanos en su art. 1 y declara en su art. 23 ap. 2, que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por un trabajo de igual valor.

La Declaración de Filadelfia reafirma que el logro de las condiciones que permiten llegar a la igualdad de oportunidades y de trato, constituye uno de los objetivos principales de la política nacional e internacional.

En 1975, el año declarado Año Internacional de la mujer, tuvo lugar la Conferencia Internacional del Trabajo, que aprobó una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras.

Pero lo esencial en este marco de igualdad reconocida y declarada, respecto del trabajo de la mujer, radicaba en que el art. 187 de la LCT consagraba el derecho de esta a celebrar toda clase de contrato de trabajo y

(6) KIPER, Claudio Marcelo, Derechos de las minorías ante la discriminación, Edit. Hammurabi, Bs. As. 1998, p. 126.

disponía que no podía ser objeto de discriminación fundada en el sexo o estado civil, se mantenga este último o se altere durante el curso de la vinculación contractual.

De allí que la norma imponía que las convenciones colectivas o las reglamentaciones autorizadas, deberían respetar en su aplicación, este principio de igualdad.

Esa igualdad pretendió incorporar en el derecho interno, lo dispuesto en el convenio 100 de la OIT que adoptaba la fórmula igual remuneración o retribución por trabajo de igual valor, en tanto nuestra Constitución hablaba de igual remuneración por igual tarea.

Cabe poner de resalto que el trabajo de igual valor es más omnicomprendivo del principio de protección del trabajo de la mujer, porque es un concepto más amplio que el de igualdad de tareas, y fue lo que, en definitiva, receptaba la LCT.

No puede desconocerse que aún en la actualidad, la mujer no puede ascender a puestos de dirección o gerenciales porque tiene sobre su realidad el denominado *glass ceiling* (techo de cristal) y se siente atrapada por lo que se individualiza como *stick floor* (suelo pegajoso) referencia a la imposibilidad de alcanzar puestos de mayor responsabilidad y mejor remuneración. Los cargos ejecutivos, de conducción o mando; cargos jerárquicos, directivos o gerenciales, son a los que generalmente acceden los hombres.

Las mujeres tienen en definitiva limitada su capacidad de dirección y de gestión, lo que impacta en sus posibilidades para influir en las decisiones organizacionales y de política laboral.

También debe tutelarse el derecho de la mujer desde otra perspectiva de análisis, como ser en materia de formación profesional o aprendizaje.

Es importante defender su derecho a acceder a oportunidades de desarrollo, porque al tener menos acceso a la capacitación profesional ve limitado su crecimiento profesional.

En síntesis, debe reconocerse la importancia que estos aspectos tienen hoy en el desarrollo profesional de cualquier trabajadora, en especial ante los requerimientos de conocimientos tecnológicos y ante los cambios y transformaciones que caracterizan, en la actualidad, el mundo del trabajo no es lo mismo estar capacitada para trabajar, que poder manejar la inteligencia artificial (IA) que implicará el desempeño con un plus de formación informática, con vistas al mejor desempeño en el trabajo.

Krotoschin sostenía que la aplicación del principio de igualdad se caracteriza no porque tienda a una nivelación absoluta, sino porque excluye el trato desigual arbitrario ⁽⁷⁾.

Ahora bien, en el afán de tutelar y defender los derechos de las mujeres que debían ser preservados frente a las vicisitudes laborales, se extremó la tutela, llegándose a una protección que resultaba disvaliosa a la hora de su contratación, donde en igualdad de situaciones era preferido un trabajador varón.

Por ende, debe ponerse énfasis en la necesidad de aplicación de los principios de igualdad de tratamiento al momento, del ingreso de un trabajador.

Sin afectar el derecho del empleador a mantener el poder de dirección y el principio de organización empresarial, debe tutelarse a la mujer frente a toda actitud arbitraria y discriminatoria que implique su postergación en la contratación, cuando compite con un trabajador varón, con iguales condiciones objetivas para el desempeño de la labor.

Lo cierto fue que las limitaciones de horario, del tipo de tareas, la protección respecto a labores peligrosas o penosas impuestas a la mujer, no hicieron más que agravar este trato discriminatorio que se extendía no solo a la posibilidad de contratación en igualdad de condiciones con el hombre, sino a las desventajas que se proyectaban asimismo respecto de las posibilidades de formación, limitándose consecuentemente su derecho a progresar e incluso a obtener una remuneración igual a la del trabajador varón.

VI. JORNADA DE TRABAJO

Según el art. 188, que regulaba la jornada de trabajo no podía ocuparse a mujeres mayores de dieciocho años, durante más de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Los fundamentos de la época justificaban esa decisión, en la necesidad que tenía la mujer de atender las tareas propias del hogar, así como las obligaciones familiares, por lo tanto, se pretendía no recargar excesivamente a esta, con tareas demasiado exigentes.

(7) KROTOSCHIN, Ernesto, *Discriminación e Igualdad de trabajo en el Derecho del Trabajo*, edit. Depalma, Bs.As. 1981, p 305.

Se disponía asimismo que las normas legales sancionadas por las provincias debían ajustarse a las limitaciones fijadas, aunque esta disposición era innecesaria, frente a una ley nacional de jornada.

Ahora bien, según el art. 189 que contemplaba los derechos reconocidos en el trabajo nocturno y en los espectáculos públicos, no se podía ocupar a mujeres en trabajos nocturnos.

La norma especificaba que los mismos consistían en los desempeñados durante el intervalo comprendido entre las 20 y las 6 horas del día siguiente, salvo en aquellos supuestos de naturaleza no industrial que debían ser preferentemente desempeñados por mujeres, en cuyo caso se extendía la prohibición entre las 22 y las 6 horas (por ejemplo enfermeras, mucamas, encargadas de cuidados intensivos, etc.) al igual que cuando se tratase de establecimientos fabriles, que desarrollaran tareas en tres turnos diarios, que abarcaren las 24 horas del día.

En consecuencia, cuando se contrataba a la mujer en tareas fabriles que desarrollaban su actividad durante las 24 horas del día, divididas, en tres turnos, se le permitía realizar la tarea durante dos horas más, es decir hasta las veintidós horas.

Tales disposiciones tenían teóricamente por finalidad, la preservación de la salud física y moral de la mujer.

Esta normativa de prohibición de trabajo nocturno está actualmente derogada, según lo dispuesto por la ley 24.013.

También quedaban excluidas de la prohibición, las mujeres mayores de 18 años que se desempeñaran en espectáculos públicos nocturnos. Esto tenía por finalidad respetar las inquietudes artísticas, que se consideraba debían tutelarse, en beneficio del respeto por la libertad de elección de una vocación de naturaleza artística.

En síntesis, las excepciones se centraban en los espectáculos públicos nocturnos, siempre que se tratara de mujeres mayores de 18 años, también aquellos que fueran realizados en establecimientos fabriles, cuando las tareas se desempeñaban en tres turnos diarios que comprendieran las 24 horas del día y, por último, se las facultaba a realizar aquellos trabajos no industriales, que preferentemente debían ser realizados por mujeres.

También este intento de protección se proyectaba sobre la distribución del horario admitido, que tenía directa influencia en la forma de cumplir las tareas, puesto que el horario a desempeñar debía ser inte-

rrumpido en el caso de la trabajadora mujer, con una pausa, a la hora del mediodía.

En efecto, el art. 190 reconocía a las mujeres una pausa de dos horas de descanso al mediodía. Pero podía modificarse esa pausa, suprimiéndosela o reduciéndola por diversas razones, entre las que se encontraban la naturaleza de las tareas o que esa interrupción perjudicara a la propia trabajadora o al interés general.

Se interpretó que el plazo de dos horas no era susceptible de ser fraccionado ni podía, en principio, ser inferior ni mayor a las dos horas previstas por la disposición normativa ni proyectarse en otro momento, que no fuera al mediodía.

Se consideraba que toda modificación al respecto requería la autorización de la autoridad de aplicación, que a la sazón era el Ministerio de Trabajo y de no tramitarse esta, podía modificarse tal impedimento mediante los convenios colectivos, ya que, en este último supuesto, la homologación significaría una suerte de autorización formal.

Esta norma en la actualidad, aunque se mantiene, ha perdido sustentabilidad, porque en general, las mujeres, según la actividad de que se trate, antes de disfrutar de una pausa al mediodía, que les permita descansar o almorzar, prefieren acortar las horas que permanecen en la empresa o en sus lugares de trabajo, y regresar con antelación a sus domicilios.

Se prohibía también, mediante la norma del art. 191, encargar trabajos a domicilio, a las mujeres ocupadas en algún local u otra dependencia. En síntesis, se prohibía el encargo de trabajos fuera del domicilio de la empresa o lugar de prestación del servicio.

Esta disposición tenía como finalidad la protección de la jornada máxima legal.

Por ende, esta fue una imposición que no debería interpretarse como privativa de la trabajadora mujer, pues de lo que se trataba era de no exceder con artilugios la jornada legal, o la jornada laboral por la que el trabajador había sido contratado, haciendo que realice trabajos extraordinarios, desde su domicilio.

Debemos tomar en cuenta que esta forma de prestación de servicios sufre en la actualidad un replanteo, en el marco de las tareas cumplidas bajo la modalidad de teletrabajo y ante la existencia de medios informáticos, que facilitan el mantenimiento de la comunicación con el trabajador.

En especial, si tomamos en consideración que la comunicación, en algunos supuestos puede ser permanente, durante todo el día, con el uso de los nuevos dispositivos electrónicos (teléfonos celulares, computadoras, tablets, y el uso de internet y correos electrónicos, etc.).

Se prohibía encomendar a las mujeres trabajos penosos, peligrosos o insalubres (art. 192), rigiendo en caso de acreditarse este último supuesto, la presunción de culpa del empleador en los supuestos de accidentes del trabajo, sin admitirse prueba en contra (art. 212 del régimen de trabajo de menores).

Es decir, que en caso de acreditarse que el trabajo reconocía una situación especial como el desempeñado en ciertas condiciones, acaecido el accidente de trabajo, la presunción fijada, no admitía prueba en contrario.

Esto implicaba una reproducción de la prohibición impuesta por los arts. 9º, 10 y 11 de la ley 11.317 que hablaban de tareas o industrias peligrosas o insalubres, la calificación de penosas fue introducida por la LCT.

El art. 10 de dicha normativa, fijaba como tareas prohibidas la destilación de alcohol y la fabricación y mezcla de licores, la fabricación de abayalde, minio y materias tóxicas, como pinturas, esmaltes o barnices, que contuvieran sales de plomo o arsénico, la elaboración de explosivos, materias inflamables o cáusticas, o en sitios que se fabriquen tales elementos, la talla y pulimentación de vidrio, de metales con esmeril y el trabajo en que ocurriera habitualmente algún desprendimiento de polvos o vapores irritantes.

El art. 11 por su parte prohibía, entre otras tareas, la de carga y descarga de navíos, labores en canteras o trabajos subterráneos, en carga y descarga por medio de grúas o cabrias, así como tareas de maquinistas o foguistas, trabajos de engrasado o limpieza de máquinas en movimiento, uso de cierras circulares u otros mecanismos peligrosos, etc.

Si bien ha cambiado la percepción frente a estas limitaciones que se consideran de otra época, lo cierto es que todos estos conceptos de tareas peligrosas o penosas, en definitiva quedan en la actualidad librados a la apreciación judicial, que deberá tomar en consideración los cambios que se han producido respecto a la percepción de las habilidades y posibilidades de la mujer, en el contexto de evitar toda apreciación discriminatoria al respecto, y ante el respeto irrestricto que el derecho al trato en igualdad de condiciones, le corresponde a la trabajadora mujer. Adviértase que la ley dejó supeditada su determinación a una reglamentación que nunca fue dictada.

Lo cierto es que esta prohibición ha sido fuertemente cuestionada, porque restringía las facultades de la trabajadora para realizar ciertos trabajos, sin un fundamento científico sólido.

No solo por el hecho de ser mujer puede afectarse la libertad de elección de la tarea a desempeñar, configurando una situación discriminatoria, ante el principio de igualdad.

En efecto, se puso énfasis en la limitación que presuponía para la trabajadora mujer no poder desempeñar ciertos trabajos, o tener legalmente restringida su disponibilidad horaria, con los consecuentes presupuestos disvaliosos que tales extremos implicaban.

La finalidad que se perseguía conforme a la percepción de la época era garantizar a la mujer el pleno acceso a la vida profesional y a la actividad laboral, pero cuidando su integridad y preservando un horario adecuado.

No obstante, Martínez Vivot advertía:

[E]l equilibrio... debe inspirar todos los esfuerzos en esta materia, pues el exceso de medidas de protección puede tener repercusiones desfavorables para la mujer, mientras que la falta de disposiciones o disposiciones inadecuadas, la priva de la garantía a que tiene derecho ⁽⁸⁾.

Debe tenerse en cuenta, que los hombre y mujeres, fisiológicamente no son iguales, por ende, pueden aceptarse diferencias normativas por razones de calidad de los trabajos, por ej. trabajos que realmente son insalubres o están expuestos a peligros o riesgos concretos, etc.

Pero estas son razones objetivas que justifican una diferenciación en el tratamiento, pero no llevan a la constitución de un trabajo especial.

Alonso García lo califica como “una relación de trabajo, con régimen no común y afirma que no cabe hablar de un contrato de trabajo especial” ⁽⁹⁾.

(8) MARTINEZ VIVOT, Julio J. Trabajo de menores y mujeres, Buenos Aires, 1964 - Cabe recordar que esa publicación motivó que la OIT lo designara Consejero Regional en la materia, cargo que desempeñó hasta 1972, ver Palabras preliminares de su libro La discriminación laboral. Despido discriminatorio, publicado por Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, Bs. As. 2000, p. 132 y sigs.

(9) ALONSO GAA, Manuel, Curso de Derecho del Trabajo, Barcelona 1973, ed. 1973, 4º edic. p. 606

Bayón Chacón y Pérez Botija sostienen que el contrato de trabajo de las mujeres es simplemente un contrato laboral común, respecto del cual se establecen algunas reglas particulares (10).

En síntesis, las limitaciones que afectaban el trabajo de la mujer se centraban en la prohibición de tareas nocturnas, la necesidad de tomar una pausa al mediodía que limitaba su extensión horaria, la prohibición de realización de trabajos denominados penosos, peligrosos o insalubres, así como la prohibición de encomendar tareas que podían realizarse en el domicilio de la mujer.

Hoy todas esas características laborales han sido revisadas y el campo de acción ampliado realmente, con fundamento en el principio de igualdad de tratamiento que merece el trabajo del hombre y la mujer.

Entre las modificaciones introducidas por la ley 21.297 encontramos la derogación del art. 188 por considerárselo innecesario, ya que la mujer por las disposiciones legales aplicables gozaba de plena capacidad para celebrar un contrato de trabajo a partir de los 18 años de edad en tanto tenía reconocida plena capacidad civil, en virtud de lo previsto en el art. 1º de la ley 11.357, según la ley 17.711.

Asimismo, la mujer casada gozaba de dicha capacidad, sin requerir autorización del marido. (art. 135 del Código Civil, según ley 17.711).

También se vedaba a las convenciones colectivas o a las reglamentaciones la posibilidad de autorizar o incorporar alguna decisión discriminatoria respecto de la mujer, quien tenía idéntico tratamiento que el trabajador varón en lo concerniente a la edad en que estaba facultada a celebrar un contrato de trabajo.

VII. PROTECCIÓN ANTE EL ESTADO DE EMBARAZO

Ahora bien, en las normas legales que tutelan el trabajo de la mujer encontramos la concreta protección de la maternidad, con prohibición de trabajar en determinados períodos de la concepción de un hijo y la necesaria conservación del empleo, en ese contexto, las dos características que califican esta normativa protectoria.

(10) BAYÓN CHACÓN G. y PEREZ BOTIJA, E. Manual de Derecho del Trabajo, 5º Edic. Madrid 1964, Vol. II, p. 634.

En el proyecto original del Poder Ejecutivo se disponía que no se podía despedir a ninguna mujer durante los plazos previstos en la norma con la intención de consagrar el principio de estabilidad absoluta de la mujer embarazada.

Mediante la LCT, se garantizaba a toda mujer, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo, con carácter de derecho adquirido, a partir del momento de la concepción, cuando ello aconteciera en el curso de la relación laboral, o a partir del momento de la iniciación de esta, si el hecho de la concepción fuese anterior al inicio del vínculo laboral.

Para justificar la situación descripta, la ley exigía a la trabajadora, al momento de la notificación del embarazo, la presentación de un certificado médico, de conformidad con los requisitos que establecen los artículos 80 y 227 de la L.C.T., a fin de acreditar su estado de embarazo, o el sometimiento a una revisión por un médico del principal.

La ley disponía que en caso de discrepancia entre el certificado médico del trabajador y el del empleador, este último debería solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminaría al respecto (art. 227 citado).

Si el empleador no cumpliera con este requisito, se debía reconocer certidumbre a lo descripto en el certificado presentado por la trabajadora.

En tal contexto, comunicado el estado de embarazo se prohibía el trabajo de la mujer durante cuarenta y cinco días antes del parto hasta cuarenta y cinco días después de este. Sin embargo, la interesada podía optar porque se le redujera dicha licencia anterior al parto, la que en ningún caso podía ser inferior a treinta días y en tal supuesto, el resto del período total de licencia se acumularía al lapso de descanso posterior al parto.

Se ha interpretado, que la expresa prohibición de trabajar durante ese período de 90 días y su distribución está impuesta al empleador, en tanto la trabajadora puede modificar el momento de goce del beneficio, trasladando días de licencia y difiriéndolos para después del parto, aunque con los límites previstos por la norma.

Asimismo, el derecho a ese lapso de licencia no dependía de que el nacimiento fuere con vida, pues amén de protegerse el derecho del niño, se tomaba en consideración la protección de la salud física y espiritual de la mujer embarazada.

Durante ese período en el que la mujer no trabajaba, se le debía conservar el puesto de trabajo.

Lo cierto es que la finalidad perseguida era garantizar la conservación del empleo, y asegurar la estabilidad de la trabajadora.

Se ha considerado que la licencia era tal, en cuanto así lo calificaba la norma legal, pero lo cierto es que se trataba de una suspensión de la relación, con suspensión de las prestaciones básicas, tales como trabajosalario, en tanto este último era cubierto durante los 90 días por la percepción de asignaciones familiares, que debían garantizar que la trabajadora recibiera una suma igual a la retribución correspondiente.

Una vez que la mujer trabajadora finalizaba el goce del período de licencia se plasmaba una doble obligación, la trabajadora debía retornar a sus tareas habituales y el empleador tenía la obligación de aceptar su reingreso, en el mismo puesto en que se desempeñaba con antelación.

Todo ello tutelaba la estabilidad de la trabajadora mujer, asegurándole la reinserción en su puesto de trabajo habitual.

Así, finalizada la licencia, la trabajadora podía reintegrarse a su trabajo, aunque tenía otra posibilidad, que era gozar del período de excedencia.

Si la mujer no se reincorporaba a su trabajo y no ejercía su derecho a gozar del período de excedencia, el contrato de trabajo se disolvía y se consideraba que la trabajadora optaba por la percepción de la compensación por tiempo de servicios, según el art. 200, siempre que tuviere un año de antigüedad, conforme el art. 201.

Se disponía asimismo que, en caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de alguna enfermedad que, según constancia médica debiera su origen al embarazo o parto y cuando dicha enfermedad la incapacitara para reanudarlo, vencidos aquellos plazos, la mujer sería acreedora a los beneficios previstos en el art. 225, que regulaban la situación de incapacidad por el trabajo inculpable.

Dicha norma disponía que cada accidente o enfermedad inculpable que impidiera la prestación del servicio no afectaría el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de

concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendría derecho a percibir su remuneración se extenderían a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no sería considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos correspondía abonar al trabajador se liquidaría conforme a la que percibía en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría, por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidaría en cuanto a esta parte, según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento.

Pero si bien se tutelaban sus derechos, no se recibió la estabilidad absoluta, sino que, en el supuesto de producirse el despido durante dicho lapso, se presumía que este reconocía como causa, el estado de embarazo de la trabajadora.

En síntesis, lo esencial se centraba en que según la normativa sancionada se presumía salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora embarazada obedecía a razones de maternidad, siempre que fuere dispuesto dentro del plazo de seis meses anteriores a la fecha en que debió comenzar el período de licencia o posteriores a la finalización de este, y la indemnización en tal supuesto implicaba un año de remuneraciones, duplicadas más la indemnización por despido legalmente prevista para el supuesto de despido sin causa (arts. 198 y 266 de la LCT).

Krotoschin consideraba que, en el monto de la indemnización fijada, quedaba incluida la reparación del daño moral al que la mujer tiene derecho, por el comportamiento desleal del empleador en un momento crítico de su vida ⁽¹¹⁾.

También se le reconoció a la trabajadora el derecho a disponer por su situación de madre de un lactante, de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo, durante el transcurso de la jornada laboral.

(11) KROTOSCHIN, Ernesto, en *Instituciones de Derecho del Trabajo*, edit. Depalma, Buenos Aires 1968, p. 425.

Por su parte la ley 21.297, sancionada el 23 de octubre de 1976, denominada Régimen de Contrato de Trabajo, modificó también en este aspecto la L.C.T.

Lo esencial en cuanto a la protección de la maternidad y de la situación de embarazo se mantuvo, con ciertas modificaciones.

Por ejemplo, se dispuso que la licencia por embarazo requiere la notificación fehaciente del estado de embarazo de la trabajadora (art. 177 de la LCT), con el agregado del certificado médico o del sometimiento al control médico del empleador.

Lo cierto fue que la ley mantuvo la obligación en cabeza de la trabajadora de presentar un certificado de trabajo de su médico particular o requerir la comprobación por el empleador, pero lo desvinculó de las obligaciones impuestas con anterioridad en los arts. 80 y 227 de la ley 20.744, donde fijaba el procedimiento para dilucidar la importancia del certificado emitido por un médico particular, frente al certificado diferente que proporcionara el médico del empleador.

La nueva disposición normativa guarda silencio al respecto.

Asegura el goce de licencia por un lapso de 90 días al igual que la norma anterior, e incluye una concreta referencia al goce de dicho beneficio, en el supuesto de un nacimiento pretérmino.

Mantiene obviamente el derecho a la conservación del empleo y fija el reconocimiento a gozar de las asignaciones familiares que le confieren los sistemas de seguridad social y que le garantizan la percepción de una suma igual a la retribución que le correspondía, durante el período de licencia legal.

La ley 27.742, ley de Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, en Modernización Laboral, incorporada en el Título V, Capítulo II, reemplaza el actual art. 177 que regula la licencia por maternidad, bajo el título Prohibición de trabajar, y dispone que queda prohibido el trabajo del personal femenino a la persona gestante durante los 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después de este. Sin embargo, la trabajadora podrá reducir la licencia anterior al parto, la que en ningún caso será inferior a 10 días y el resto del período total de licencia se acumulará al período posterior, de modo tal de completar los 90 días correspondientes. En igual sentido se gozarán los 90 días en el lapso posterior, cuando se trate de un nacimiento pretérmino.

Las modificaciones introducidas por esta norma se limitan a incorporar el término persona gestante y a autorizar la distribución de los 90

días de licencia por maternidad de una manera distinta, facilitando la reducción de los días de licencia anteriores al parto, que nunca podrán ser menores a 10, y permitiendo la acumulación de los restantes que no fueren gozados, para la atención del recién nacido.

También se regula la situación del nacimiento pretérmino.

Se ha interpretado que la denominación de persona gestante tiene la intención de excluir de la protección a los trabajadores, en caso de que la familia esté integrada por un matrimonio de dos varones, así como también a las personas queer o trans, situación que podría oponerse a lo que prevé la norma que regula los derechos del niño recién nacido.

Al respecto cabe señalar, que como ya sostuviéramos, se han modificado los paradigmas que importan la conformación de una familia, existiendo actualmente, y en especial después del matrimonio igualitario (ley 26.618) la posibilidad de conformarse este, con personas de igual sexo.

Lo cierto es que se ha tenido en cuenta únicamente a la persona gestante, con absoluto olvido de otras situaciones y sin pensar que quien siempre requiere protección, es el niño recién nacido (ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes), con prescindencia de haber sido o no gestado, en el ámbito parental, y puede ser un padre o progenitor, quien resulte una persona que trabaja y que no ha sido gestante, el encargado de su cuidado.

Lo concreto es que la reforma legal, reduce la prohibición de trabajar fijada para la persona gestante, de 30 días que era el lapso menor autorizado con antelación, a 10 días como mínimo.

Esto sí está pensado en la necesidad de proteger al recién nacido, procurándole un período de atención directa de la madre, mayor que el regulado anteriormente.

Es claro que la decisión será adoptada por la trabajadora, según sus necesidades.

También se permite como con la legislación anterior, la acumulación del período restante, hasta completar los 90 días, lapso en el que se mantiene la prohibición del trabajo de la mujer gestante, para ser gozado, con posterioridad al nacimiento del hijo.

VIII. PRESUNCIÓN

Si el empleador no admitiere que la trabajadora se reintegrare a su trabajo, finalizado el periodo de licencia, se presumía que el despido

obedecía a causa de maternidad o embarazo, salvo prueba en contrario, debiéndose la indemnización especial prevista en el art. 198.

Esta presunción vino a suplir la dificultad de probar, precisamente la causa del despido, de lo contrario la protección reconocida, era más formal que real.

Según el artículo 194 de la L.C.T. se presumía, aunque en este supuesto se admitía prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedecía a razones de maternidad o embarazo, cuando este fuere dispuesto dentro del plazo de seis meses anteriores a la fecha en que debió comenzar el período de licencia de 90 días o posteriores, a la finalización de este.

Es decir que el lapso se extendía a quince meses.

En tales condiciones, se debía pagar una indemnización duplicada a la prevista en el art. 198 de la ley, que era un año de remuneraciones y que se acumulaba a la establecida en el art. 266, para los supuestos de despido incausado.

En síntesis, en este período correspondía a la trabajadora la percepción de la indemnización que representaba dos años de salarios que se sumaba a la indemnización por despido incausado.

La presunción de despido por causa de embarazo pasa con posterioridad a la reforma de la ley 21.297, de los seis meses anteriores y posteriores, reconocidos por el art. 194 de la ley 20.744 a siete y medio meses, anteriores y posteriores.

Asimismo, se mantuvo la indemnización reconocida que se extiende según el art. 182 a un año de remuneraciones, que se acumulará a la prevista en el art. 245 que fija la indemnización por antigüedad, en el supuesto de despido incausado.

Así, el despido durante el periodo de estabilidad que la ley otorga se ha reducido a un año y al respecto la uniforme jurisprudencia en la materia ha entendido que deben computarse para su determinación 13 salarios, por la necesaria inclusión del sueldo anual complementario, Indemnización a la que corresponde adicionar la fijada por el art. 245 y las que reconocen como causa la indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido, esta última, si correspondiere (arts. 232, 233).

La modificación que introdujo la ley 21.297 manteniendo la presunción de que el despido obedece a razones de maternidad o embarazo, cuando fuere dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o pos-

teriores, se trata de un lapso referido específicamente a la fecha del parto (por lo que la protección se mantiene por 15 meses) y se condicionaba a que se hubiere dado cumplimiento a la obligación de notificar y acreditar en forma, el hecho del embarazo, así como también el del nacimiento, lo que daba lugar al pago de la indemnización prevista en el art. 182.

IX. DESCANSOS DIARIOS POR LACTANCIA

Entre los derechos reconocidos a la mujer trabajadora estaba la posibilidad de gozar de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo, durante el transcurso de la jornada de trabajo (art. 195).

Todo esto era sin perjuicio de las obligaciones impuestas a los empleadores, quienes según el número mínimo de trabajadoras que se desempeñen en sus establecimientos y conforme a lo que determinaría la reglamentación de la ley, deberían habilitar salas maternas y guarderías para los niños, hijos de las trabajadoras hasta cierta edad de los menores y según las condiciones que se establecieran, oportunamente.

Quedaba librado a la reglamentación la cantidad de trabajadoras que debían prestar servicios en los lugares de trabajo, para que el empleador tuviera la obligación de habilitar salas maternas o guarderías para niños, en la edad y condiciones que se determinarían.

La ley 21.297 mantuvo el reconocimiento del derecho del período de lactancia, aunque fijó un lapso máximo para su ejercicio de un año, posterior a la fecha del nacimiento. Dejando a salvo la circunstancia de que por razones médicas fuere necesario que la madre amamante a su hijo, por un lapso más prolongado.

El derecho de un descanso diario por lactancia ya era reconocido en disposiciones legales anteriores que tutelaban los derechos de las mujeres frente a la maternidad, y tenían por finalidad la protección del menor y el mantenimiento del goce de derechos en cuanto a que la remuneración de la trabajadora no fuere afectada, por su reducción horaria.

Lo cierto es que se privilegió a la lactancia, como el mejor medio de alimentación para preservar la salud del hijo recién nacido.

X. ESTADO DE EXCEDENCIA

Los analizados precedentemente, no fueron los únicos derechos reconocidos a la mujer trabajadora embarazada, que prevenían las normas de la L.C.T., sancionadas.

En efecto, con posterioridad al parto, tenía la posibilidad de gozar del estado de excedencia, por el que podía optar la mujer al vencer la licencia por maternidad, y este estado de excedencia configuraba una licencia especial, sin goce de sueldo (art. 199).

El goce de dicho beneficio debía ser ejercido en el término de los dos días anteriores a la finalización de la licencia por maternidad.

En efecto, según el art. 203 si la mujer no se reincorporaba a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia de que gozare, y no comunicara a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de estos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entendería que optaba por la percepción de la compensación por tiempo de servicio.

Dicha compensación era equivalente al veinticinco por ciento de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el artículo 266 por cada año de servicio, la que no podía exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses (conforme art. 202).

Debemos poner de resalto que, durante dicho período de excedencia, la mujer carecía de sustento remuneratorio, por lo tanto, solo podía hacer uso de ese derecho aquella mujer que no necesitaba imperiosamente la remuneración para vivir.

La situación de excedencia podía extenderse por un período no inferior a (6) seis meses ni superior a un (1) año.

Esa facultad se le confería siempre y cuando continuara residiendo en el país. Requisito que fue considerado opuesto a la libertad ambulatoria que reconoce nuestra Constitución Nacional, y en tanto no formalizara un nuevo contrato de trabajo, con otro empleador, en cuyo caso perdía de pleno derecho la facultad de reintegrarse a la actividad que desempeñaba luego de transcurrido dicho plazo y de percibir la compensación por tiempo de servicio.

También para gozar de este beneficio, la ley en su art. 201 le exigía tener como mínimo, un año de antigüedad en la empresa.

En síntesis, el principal derecho reconocido a toda mujer que fue madre se refería a continuar el trabajo en la empresa, después del goce de la licencia por maternidad.

Podía también rescindir el contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio o, en tercer término, gozar del estado de excedencia.

Dicho período de excedencia le otorgaba a su vez en primer lugar, el derecho de volver finalizado este, al trabajo que venía realizando, con mantenimiento de las condiciones laborales.

Se le reconocía una estabilidad relativa impropia, que le aseguraba, en principio, la conservación del puesto de trabajo en las condiciones existentes con anterioridad.

Como señalamos, la trabajadora podía, además, rescindir el contrato, percibiendo una compensación por el tiempo de servicios según lo que establecía la norma aplicable.

Esta compensación de servicios fue ampliamente cuestionada por la doctrina, porque no existía despido dispuesto por el empleador, quien en todo supuesto debía asumir una obligación, sin haber incumplido las condiciones del contrato de trabajo ni las obligaciones impuestas a su cargo.

Es una situación en la que la trabajadora decidía voluntariamente su desvinculación laboral.

No se la consideraba estrictamente una indemnización sino una especie de salario social a cargo del empleador, quien debía asumir así ciertas obligaciones propias de la seguridad social ⁽¹²⁾.

En cambio, para Centeno esta tenía carácter indemnizatorio ⁽¹³⁾.

La trabajadora tenía entonces el derecho de quedar en situación de excedencia por un periodo como mínimo de seis meses o un lapso máximo de un año.

También se le reconocía a la mujer, el derecho de extinción del contrato o de gozar del lapso de excedencia, en el caso de que fuere madre de un hijo menor de edad, que estuviere a su cargo y enfermo. Este derecho que, si bien era reconocido, quedaba librado a la reglamentación de la ley.

Lo cierto es que la finalización del período de excedencia estaba regulada, asegurando a la trabajadora su regreso al cargo que tenía con antelación, y a la misma categoría que desempeñaba al momento del alumbramiento o de la enfermedad del hijo.

(12) KROTOSCHIN, Instituciones de Derecho del Trabajo, edit. Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 27.

(13) CENTENO, Norberto Op. cit. p. 667.

También podía ofrecerse a la trabajadora el desempeño en un cargo superior o inferior al que tenía con antelación, extremo que debía ser consensuado, con la mujer dependiente.

Si el empleador incumplía su obligación de reincorporar a la trabajadora, se lo consideraba incurso en un caso de despido injustificado, salvo que demostrara la imposibilidad de reincorporarla, en cuyo supuesto la indemnización se limitaba a la prevista en el art. 202 (compensación por tiempo de servicio).

Esa norma disponía que tanto en el caso de que la trabajadora decidiera no reincorporarse a su trabajo con posterioridad a haber sido madre o en el supuesto que el empleador demostrara la imposibilidad de reincorporar a esta con posterioridad al goce del estado de excedencia, abonará lo que la ley denomina una compensación por el tiempo de servicio, que será equivalente al veinticinco por ciento de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el art. 266 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres meses.

Como ya dijéramos, si el empleador pudiendo reincorporar a la dependiente, finalizado el lapso de excedencia no lo hacía, incurría en despido injustificado, debiendo en consecuencia abonar la indemnización por despido, la indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido, cuando procediera.

También toda mujer, tenía derecho a la compensación por tiempo de servicio y se entendía que optaba por esta cuando no se reincorporaba a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia de que gozare, y no comunicara a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acogía a los plazos de excedencia.

Este artículo que regulaba distintas situaciones cuya opción quedaba en favor de la mujer, era novedoso en la legislación laboral.

Lo cierto es que el proyecto del Poder Ejecutivo que sirvió de base a la disposición normativa que analizamos, confería a este reconocimiento una extensión mayor, pues permitía a la mujer optar por una licencia hasta de cinco años, en caso de maternidad.

En orden al ejercicio de este derecho la ley 21.297 limitó su extensión, pues previó el goce de un estado de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis meses.

También se advierte una modificación respecto al momento en que debía efectuarse el reingreso de la trabajadora, en tanto la nueva disposición normativa se refiere al término del periodo por el que optara la trabajadora, en tanto en la norma de la L.C.T. se disponía un lapso de 60 días, contado desde el momento en que la trabajadora formalizare el pedido de reingreso.

En referencia al ejercicio de la opción tácita que siempre le reconoció la L.C.T. la doctrina ha interpretado que la mujer trabajadora puede ejercer el derecho al período de excedencia que prevé el art. 183 inc. c), vencidos los plazos que corresponden a las licencias del art. 177, y según su antigüedad o cargas de familia, hasta un plazo máximo de 12 meses más, que resulta de la aplicación del art. 208 de la nueva normativa, que regula la enfermedad inculpable. Situación que resulta asimismo aplicable, en caso de enfermedad que tenga su origen en el parto ⁽¹⁴⁾.

XI. MATRIMONIO DE LA TRABAJADORA

También existía la prohibición del despido por causa de matrimonio.

Anteriormente se aplicaba la ley 12.383 que establecía una protección o beneficios similares.

Según lo establecido en el art. 196 de la citada norma legal se declaraba la nulidad de los contratos cualquiera fuere su naturaleza, que establecieran para su personal el despido dispuesto por causa de matrimonio.

La prohibición se advertía referida a los contratos no al despido y por ende la sanción impuesta era la declaración de nulidad.

El despido por causa de matrimonio tenía otra sanción que, era el pago de una indemnización agravada.

Lo cierto es que la nulidad de las cláusulas, actos, contratos o reglamentaciones que autorizaran el despido se consideró referida a todo el personal, sin distinción de sexo, pese a haber sido incluida en el Título VII que regula el Trabajo de las Mujeres.

Aquí cabe recordar que existían antiguamente, algunas empresas, que exigían que su personal femenino mantuviera el estado civil, exis-

(14) CENTENO, Norberto O., en Ley de Contrato de Trabajo comentada, redactada en colaboración con Justo López y Juan C. Fernandez Madrid. Edit. Ediciones Contabilidad Moderna, mayo 1977, Tomo II, p. 670.

tente al momento de la contratación, como solteras, así algunas líneas aéreas, respecto de las azafatas o auxiliares de vuelo, porque se consideraba que tenían mayor disponibilidad horaria y posibilidades de desplazamiento, si no tenían familia a la que atender.

El art. 197 por su parte imponía una presunción que consideraba que el despido respondía a la causa del matrimonio cuando este fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjera dentro del plazo de seis (6) meses anteriores o doce (12) meses posteriores a la celebración del matrimonio, (en la ley 12.383 la presunción abarcaba el lapso que media entre 30 días antes o los 12 meses posteriores a su celebración).

Esa presunción se redujo, mediante la ley 21.297 a tres meses antes y seis meses después, de la celebración del matrimonio. Lo cierto es que fue reducida por considerársela excesiva.

El art. 198 fijaba una indemnización especial, disponiendo que, en caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonaría una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumularía a la establecida en el artículo 266 (despido injustificado).

En concreto, la indemnización especial por causa de matrimonio se extendía a un año de remuneraciones más el aditamento de la indemnización por antigüedad, del régimen general.

Cabe poner de resalto que el texto originario de la ley 20.744 permitía mediante el art. 299 extender excepcionalmente el derecho a la indemnización especial por despido por causa de matrimonio, al supuesto del trabajador varón despedido de acuerdo con las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo.

Lo cierto es que se ha concluido que los derechos reconocidos como protección al casamiento, se extienden tanto a hombres y mujeres, pese a estar incluido en el título que regula el Trabajo de Mujeres.

Esta conclusión, pacíficamente aceptada fue resistida respecto a la aplicación de la presunción fijada, pues en tanto esta se aplicaba en el caso del despido de la trabajadora mujer, no se extendía al varón.

A este último se le reconocía el derecho a la percepción a la indemnización especial, siempre y cuando se acreditara que el despido obedecía a la causal de matrimonio.

Esta fue originariamente, la postura jurisprudencial mayoritaria, por entenderse que las consecuencias del matrimonio pueden ser más

gravosas para la mujer, quien puede quedar embarazada y gozar de los derechos reconocidos a toda mujer gestante.

La jurisprudencia era conteste en sostener que la protección se confería respecto del matrimonio civil, celebrado de acuerdo a las disposiciones normativas vigentes a la sazón, y que estas disposiciones no podían extenderse al matrimonio religioso, cualquiera fuere la confesión de los contrayentes.

Esto reconoce como antecedente la sanción de la ley 2393, del 2 de noviembre de 1888, que confiere validez exclusivamente al matrimonio celebrado ante el oficial público del Registro Civil pertinente, con prescindencia del derecho que asistía a los contrayentes, de celebrar un matrimonio de acuerdo a las normas aplicables, según la religión que profesaban.

Con la ley 21.297, se mantuvo la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido reconociere como causa el matrimonio, aunque se modificó el plazo durante el cual opera la presunción de que debe atribuirse a dicha causa, limitándose al lapso que media entre los tres meses anteriores o seis meses posteriores a la celebración del matrimonio.

También en este supuesto, la nueva disposición normativa (art. 181) requiere la notificación fehaciente del acto del matrimonio, al empleador, para que progrese la protección legal.

En definitiva, se ha interpretado que esta presunción tiene por finalidad tutelar los derechos de la familia, en un todo de acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional.

XII. CONCLUSIÓN

No existe mayor protección para la mujer que el reconocimiento del principio de igualdad.

Igualdad con todas sus implicancias. Igualdad de tratamiento, de oportunidades, de posibilidades de desempeñar el trabajo que considere adecuado, igualdad remuneratoria y de trato, que le permita adquirir la formación y preparación necesaria para hacer realidad su deseo y concretar el compromiso laboral que mejor se adecue a sus necesidades.

Hoy debemos plantearnos cuanto falta en nuestro derecho para tutelar al ser humano en su condición de tal, sin distinción de sexo, religión, raza o posiciones políticas. Pues si bien tales principios han sido recono-

cidos apodícticamente por las normas legales, distan de ser admitidos en la práctica, en el mundo real.

El Convenio 156 de la OIT, de fecha 23 de junio de mil novecientos ochenta y uno, ratificado por nuestro país, el 17 de marzo de 1988, que podrá ser citado como el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y la Recomendación 165, consagran que las Naciones Unidas y otros organismos especializados han adoptado instrumentos sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres, y recuerdan, en particular, el párrafo decimocuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (1979), en el que se indica que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer, en la sociedad y en especial, respecto de la familia.

Reconocen que los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares son cuestiones más amplias relativas a la familia y a la sociedad y, por ende, destacan la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores.

Consideran asimismo que muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de trabajadores con responsabilidades familiares y consagran la necesidad de mejorar la condición de estos últimos, mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares y a través de soluciones destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general.

Mucho debe efectuarse, en la legislación y en la práctica para conseguir que tales objetivos dejen de ser lo deseado, para incorporarse a la realidad y a la praxis del mundo del trabajo.

Lo cierto fue que la ley de contrato de trabajo de 1974 representó un avance significativo en la legislación argentina, en materia de derechos laborales de la mujer, aunque su implementación ha enfrentado desafíos a lo largo de los años.

Las normas analizadas, son un reflejo del compromiso por asegurar un entorno laboral más equitativo e igualitario, sin embargo, sigue siendo necesario continuar trabajando para erradicar las desigualdades que, en la práctica, aún subsisten.

Hay principios que se mantienen, “el derecho encarna siempre un diálogo con la situación... no se agota con la pura dimensión normativa. También es y esencialmente, compromiso, creatividad, instrumento de cambio...”⁽¹⁵⁾.

Esas desigualdades para ser superadas requieren de un cambio cultural y normativo profundo.

(15) Mensaje de elevación de la L.C.T. al Poder Ejecutivo, DT 1974, pág. 991

LO DE SIEMPRE Y LO DE AHORA
EL TRABAJO INFANTIL Y ADOLESCENTE 50 AÑOS
DESPUÉS DE LA LCT

POR LILIANA HEBE LITTERIO

I. EL PRIMER CONTACTO CON UN TEMA DESGARRADOR

No por nada, en 1919 el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo reclamaba la necesidad de brindar protección a los niños y adolescentes. Y en aquella época Albert Thomas, su primer director general, expresaba que “[l]a explotación de la infancia constituye el mal más espantoso e insoportable para el alma humana” ⁽¹⁾.

Es que, por ejemplo, el célebre informe del Dr. Louis René Villermé sobre la vida del trabajador francés a principios del siglo XIX, daba cuenta de que numerosos niños trabajadores morían entre los 7 y los 10 años, y esos niños trabajaban en talleres durante jornadas de 16 y 17 horas, además de recorrer largas distancias para llegar a los talleres y regresar a sus hogares, como ilustra Montoya Melgar ⁽²⁾.

Más todavía, en 1871 una autoridad médica local inglesa informaba que había encontrado a un niño de tan solo 3 años en una fábrica de fósforos en Bethnal Green (Londres), según relata Phyllis Deane ⁽³⁾.

(1) Con relación al tema puede verse, <https://www.ilo.org/es/programa-internacional-para-la-erradicacion-del-trabajo-infantil-ipecc/campana-y-sensibilizacion/actualizar-ahora-poner-fin-al-trabajo-infantil/los-ninos-no-deberian-trabajar-en-el-campo-sino-en-sus-suenos>.

(2) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, vigésima cuarta edición, Madrid, 2003, p. 66/67.

(3) DEANE, Phyllis, en *La primera revolución industrial*, Ed. Península, Barcelona, edición 1965, p. 159 (citado por Montoya Melgar en la ob. cit. en nota 3, p. 67).

Asimismo, impresiona saber que el 7 de enero de 1907 un célebre laudo arbitral mexicano, que según afirma Mario De La Cueva mostraba la mezquindad del régimen entonces vigente, determinó que no se admitirían niños menores de 7 años para trabajar en las fábricas ⁽⁴⁾.

En lo que respecta a nuestro país, el Dr. Juan Bialet Massé a principios del siglo XX lo recorrió a fin de observar la realidad imperante para hombres, mujeres y niños en los diferentes ámbitos laborales del interior, y en su famoso informe sobre las clases obreras relató la experiencia que exhibía la abrumadora presencia de niños trabajadores. Fue tan grave lo que presencié, que lo llevó a afirmar:

En esta materia, yo mismo he calificado de sensibles y de líricos a muchos escritores que se han ocupado de ella; pero después de haber tocado y palpado lo que sucede en el trabajo... del niño, creo firmemente que no hay exageración posible; ...no caben transacciones, ni términos medios; es algo más que materia de orden público, es materia de humanidad... ⁽⁵⁾.

Lo expuesto es un ligero muestreo de “lo de antes”. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido y de que en su recorrido en nuestro país brotó la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) con previsiones específicas respecto del que denominaba “trabajo de menores”, el sometimiento y el aprovechamiento laboral de los niños y adolescentes no cesó ⁽⁶⁾.

Es por todo eso que, una vez más, elijo escribir sobre este tema, que estudio e investigo desde siempre.

Y es por ese mismo motivo que en una obra que en 2024 dirigí ⁽⁷⁾, relato una historia de las “de ahora”, una historia entre miles, de esas que hoy están a la vista de todos y que precisamente por eso, muchas veces no se ven. Aquí la reproduzco porque es útil para lo que intento transmi-

(4) DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Ed. Porrúa SA, México, 1.985, Tomo I, p. 209/210. El autor explica que eso ocurrió durante el régimen del presidente Díaz y que los diputados constituyentes de la Revolución, en el párrafo tercero de la Declaración, elevaron esa edad a la de 12 años.

(5) BIALET MASSÉ, Juan, Informe sobre el Estado de las Clases Obreras en el interior de la República Argentina, Tomos N.º 1, N.º 2 y N.º 3, 1904.

(6) Aclaro que para expresarme en este trabajo uso el masculino genérico y formulo distinciones de sexo cuando resulta necesario.

(7) Se trata de Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoque jurídico y pragmático, Ed. La Ley, Bs. As., 2024, que dirijo en mi calidad de Profesora Titular Consulta de la materia Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UBA (Derecho).

tir en estas reflexiones plagadas de lo de antes y lo de ahora. Lo hago a sabiendas de que en el medio de las escenas que brevemente paso a describir flota el endeble andamiaje de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, que recientemente cumplió sus 50 años de vida y en 2008 en parte fue “reparado” a través de la ley 26.390, de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.

Era Navidad, la del 2023, pero podría haber sido cualquier otra. Mientras caminaba por una avenida de nuestro país y notaba que la gente anticipaba la alegría del festejo en su rostro, me llamó la atención la carita triste de una niña de 7 años que vendía en la calle “papel para regalo”. Repetía innecesariamente esa frase, sin que casi nadie le prestara atención. Ella misma se aburría de tanto pronunciarla. Sin embargo, permanecía inmutable en un improvisado puesto armado por una adulta situada en otro paraje callejero, muy próximo al de la pequeña. El calor sofocaba.

Esta historia no termina ahí, sino que, otra niña mucho más pequeña todavía se asomaba detrás de su hermanita y en una especie de media lengua repetía aquella misma expresión de “papel para regalo”. Aparecía junto a una pared que por momentos la tapaba o se escondía. Lucía un semblante agotado que delataba el largo tiempo de exposición pública.

Por supuesto, papeles prácticamente no vendían porque no había regalos para envolver por las calles, pero igualmente la mujer que comandaba ambos baratillos estaba pendiente de los pesitos que las pequeñas pudieran recibir como resultado de un trabajo tan legal como humanamente prohibido.

Esta no es más que una historia de vida, al igual que otras tantas que llevan años de desarrollo continuado, aunque pueden lucir diferentes ropajes o exhibirse en escenarios diversos. Hoy en día comparte su lugar con nuevas realidades atraídas por las modernas tecnologías que si bien reducen la participación de niños en algunas actividades —como la agropecuaria— facilitan otras —como la de influencers, youtubers y gamers—, y alcanzan parámetros delictivos insospechados cuando se trata de explotación sexual comercial. Sabido es que esta modalidad centellea desde antaño y, según las épocas, exhibe distintos matices y colores, todos aberrantes.

En este contexto viven “sumergidas” las normas de nuestra LCT, que nacieron en 1974 y en materia de trabajo infantil y adolescente permanecieron “indemnes” hasta el año 2008, en que la ley 26.390 se animó a cambiarlas. *Esta reforma le imprimió nuevos bríos a la vieja ley.* Por mi parte conozco de cerca sus intimidades porque participé en la elaboración del anteproyecto legislativo.

La ley 26.390, que elevó la edad mínima de ingreso al trabajo, hizo mucho a la hora de modificar los títulos II, IV y VIII de su antecesora, que hasta ese entonces era prácticamente “intocable”. En efecto, sustituyó los artículos 32, 33, 119, 187, 189, 190, 191, 194 y 195; incorporó el artículo 189 *bis*, derogó los artículos 192 y 193 y modificó la denominación del Título VIII. Además, adecuó a la nueva regulación ciertas normas de los entonces vigentes régimen del personal del servicio doméstico (dec.-ley 326/56) y agrario (ley 22.248), así como también de las actualmente vigentes, leyes 23.551 (art. 13) y 25.013 (art. 1º).

Si bien la medida asumida no agota todo lo que todavía podría hacerse en el campo normativo del trabajo infanto-juvenil, debe reconocerse que constituye un avance trascendente en la lucha contra el trabajo infantil prohibido y a favor de la protección de los adolescentes que trabajan.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tomó nota “con satisfacción” de las disposiciones de la nueva ley 26.390 ⁽⁸⁾. Es dable reconocer que este no es un temperamento frecuente por parte de esa comisión. Indudablemente, la ley 26.390 ha hecho mucho, pero *no hizo milagros*. Es necesario cumplirla, controlar su cumplimiento y sancionar los incumplimientos.

No está de más observar, asimismo, que la reciente ley 27.742 no incurrió en el tema, para bien ni para mal.

A continuación, luego de formular algunas reflexiones concernientes a la denominación actual de quienes al amparo de la LCT eran considerados “menores”, de la vulneración de sus derechos y de su incuestionable derecho a no trabajar, me ocuparé de la LCT alumbrada por la ley 26.390, así como también, de las realidades que las invaden y marginan. Recalaré en aspectos puntuales en razón de la extensión necesariamente limitada adjudicada a cada autor.

II. NO SON “MENORES” SON “PERSONAS”

El análisis normativo que me propongo en el presente estudio es intencionalmente humano o, podría decirse, humanamente jurídico.

(8) CEAR, *Observación Individual sobre el Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Argentina (ratificación 1996)*, Publicación: 2009. La misma Comisión de Expertos había observado en más de una oportunidad el incumplimiento de nuestro país de las previsiones del Convenio núm. 138.

Como anticipé, pasaré revista a las leyes enunciadas, pero llegado el momento no soslayaré la realidad. Estoy convencida de que las normas no pueden apartar su mirada de los hechos ni de los valores, tal como lo aprendí del Maestro Werner Goldschmidt, quien sabiamente enseñó a considerar el mundo jurídico desde sus tres dimensiones interdependientes, la normológica, la sociológica y la dikelógica ⁽⁹⁾. En el caso puntual de la explotación infantil y adolescente, indefectiblemente, los derechos de las personas menores de 18 años se mueven en el ámbito de esas tres dimensiones. No pueden descuidarse las normas, pero tampoco la realidad que por momentos las convierte en una mera falacia, ni podemos alejarnos de los valores que las atraviesan.

Y, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, que en nuestro país tiene jerarquía constitucional, las personas menores de 18 años son niños y 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” (art. 32, párrafo 1°).

Vale la pena reparar también en que, en el contexto de dicho tratado se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (parcialmente reglamentada), que adoptó esta terminología moderna en la materia.

Dicha ley, cuya llegada se hizo esperar más de la cuenta, desplaza la *teoría de la situación irregular*, que considera a los “menores” como sujetos pasibles de intervención del Estado y en su reemplazo instala la *doctrina de la protección integral*, según la cual las “personas menores de 18 años” son sujetos plenos de derecho, es decir, de derechos en todos los órdenes de la vida. Esto lo hace en consonancia con los parámetros trazados por la citada convención internacional y otros instrumentos de las Naciones Unidas ⁽¹⁰⁾ (por eso, cuando utilizo el adjetivo “menor” le antepongo el sustantivo persona).

(9) Entre otras muchas obras, puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia, 6ª y 8ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1988 y 1997; Idem, Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, cuarta edición, Depalma, Buenos Aires, 1973; Idem, Enseñanza de la verdad y de la justicia, en Justicia y Verdad, La Ley, Buenos Aires, 1978.

(10) Es importante recordar que la ley 26.061 en 2005 derogó a la ley 10.903, imbuida de la doctrina de la situación irregular, la cual permaneció vigente durante 86 años a pesar de que nuestro país en 1990 ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño y en 1994 le otorgó jerarquía constitucional.

La ley 26.390 se inscribe en la doctrina de la protección integral, en armonía con la ley 26.061. De allí el cambio que formula en la denominación del Título VIII de la LCT al reemplazar: “Del trabajo de los menores” por: “De la Prohibición del Trabajo Infantil y la Protección del Trabajo Adolescente”, el cual no fue caprichoso ni antojadizo, sino que responde a la incorporación de la mencionada doctrina protectora en el texto y el espíritu de la LCT.

Sin embargo, en las páginas de este estudio nos encontraremos con el cruel tormento de la explotación infantil.

III. NO SON “VULNERABLES” SON “VULNERADOS”

El lenguaje jurídico y el vulgar suelen utilizar eufemismos múltiples. Algunas veces lo hacen por conveniencia, otras por inadvertencia y otras por necesidad. Por momentos pareciera que todos se pusieran de acuerdo en el significado atribuido a ciertas palabras, que con el transcurso del tiempo se va afianzando en la práctica.

Una de esas palabras es la que comprende y describe a los “vulnerables”: mujeres, varones, diversidades sexo-genéricas, niños, adolescentes, enfermos, discapacitados, trabajadores, desempleados, jubilados, pensionados, familias, adultos mayores, extranjeros, aborígenes y hasta barrios, zonas, sectores de trabajo, de habitación, de población y de condiciones sanitarias. Y, por qué no, la calle misma.

La OIT considera, incluso, que hay familias, hogares, grupos, poblaciones y ciudadanos especialmente vulnerables, que requieren protección ⁽¹¹⁾.

A mi modesto entender, todos ellos hasta podrían entrar y salir de la categoría de vulnerables conforme a las pautas que se tengan en cuenta en el momento y unos cuantos ser objeto de consideración desde distintos ámbitos del derecho. Es que, la vulnerabilidad es prácticamente inagotable pues abarca múltiples aspectos: laboral, social, alimentario, económico, físico, patrimonial, espiritual, psicológico, educativo, ambiental, y más.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo nos encontramos con niños y adolescentes explotados en las peores formas de trabajo, aque-

(11) OIT, Informe mundial sobre trabajo infantil. Vulnerabilidad económica, protección social y lucha contra el trabajo infantil, Ginebra, primera edición, 2013.

llas vinculadas tanto a las actividades delictivas que los comprometen sin límites, y también a las tareas peligrosas. Así, el trabajo forzoso en las urbes y el agro, el sometimiento a la prostitución y al abuso sexual, el tráfico de drogas como “soldaditos del espanto” y, por qué no, cualquier actividad laboral por debajo de la edad mínima autorizada. Todos ellos son considerados nada más que “vulnerables”.

El escenario de explotación laboral descrito se repite, de una u otra manera, en varios países de la región. Por eso, Aldao Zapiola advierte que el trabajo infantil es un flagelo en el mundo, del que no escapa Sudamérica ⁽¹²⁾.

En el contexto de este panorama altamente desolador, mientras que, para el Diccionario de la Real Academia Española, “vulnerable” significa que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente ⁽¹³⁾, el significado de “vulnerado” no figura.

Cuando un niño o un adolescente son explotados, a mi modo de ver ya no puede hablarse de “vulnerables” sino de “vulnerados” en sus derechos, y unos cuantos de ellos lo son desde que nacen.

En verdad, muy pocos se preguntan si todos esos niños y esos lugares “vulnerables” no son esencialmente “vulnerados”. ¿Por qué no asumir que los de nuestros ejemplos son niños vulnerados porque nadie se ha hecho cargo de las responsabilidades a su respecto?

Croxatto apunta al tema. Para él no está bien hablar de sectores vulnerables pues si se reconoce que existe una vulneración se le puede exigir al Estado una reparación, en cambio, si se admite que alguien es vulnerable significa endosarle un “defecto de nacimiento” o un “problema personal” y no un producto de la sociedad ni del derecho, que no hacen nada al respecto ⁽¹⁴⁾.

Tal vez resulte más sencillo no cuestionarse sobre este particular, es decir, pasarlo por alto. Por mi parte considero que no solo debe reconocerse, sino actuarse en consecuencia. No basta con las deliberaciones y los diagnósticos, no porque el diálogo no sirva, sino porque no

(12) Sobre el trabajo infantil en la región puede verse, ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *El trabajo infantil en Sudamérica*, Lajouane, Buenos Aires, 2022.

(13) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2023. De acuerdo con este diccionario, el vocablo vulnerable deriva del latín tardío *vulnerabilis*, y este del latín *vulnerāre* ‘herir’ y *bīlis*, ‘ble’.

(14) CROXATTO, Guido L., de sus clases en el seminario titulado *¿Cómo defender al Estado?*, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, año 2020.

alcanza. Es necesario actuar, este es un mensaje reiterado desde la OIT y el UNICEF ⁽¹⁵⁾, y no por todos escuchado. Lamentablemente, en este contexto de vulneración permanente de derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional, no son suficientes los gritos aislados en el mundo del derecho.

Es que, todos esos niños, adolescentes y lugares en ocasiones llamados “vulnerables” son, al mismo tiempo, discriminados, tanto las personas como los ámbitos. Y “discriminados”, en este contexto significa despreciados y, como consecuencia, desprotegidos. Ahí no caben eufemismos. Por eso la OIT reclama protección.

Si bien parece menos irritante hablar de “vulnerables”, sabido es que normalmente los vulnerables son vulnerados en tanto se encuentran excluidos del sistema educativo, social, cultural, ambiental, comunicacional, económico, habitacional, político, laboral formal y de seguridad social.

En definitiva, pareciera que lo que tiene de “bueno” lo expuesto (sin perjuicio de todo lo que tiene de malo) es que, por lo menos el fenómeno de la vulnerabilidad socialmente se capta, no pasa desapercibido aun cuando no se asuma en su total dimensión que los niños despojados de derechos, que comen de la basura, donde también recogen elementos reciclables para vender ⁽¹⁶⁾, normalmente se convierten en adolescentes explotados, con su autoestima deshecha.

IV. EL INCUESTIONABLE “DERECHO A NO TRABAJAR”

Y yo ¿por qué no puedo jugar? es el título impactante de un manual didáctico que contribuye a evitar que los niños trabajen, emitido por la OIT, el Programa Internacional de la OIT para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), publicado hace tiempo en Colombia ⁽¹⁷⁾.

(15) El Mensaje Conjunto de la OIT y el UNICEF, emitido el 12 de junio de 2020 con motivo del Día Mundial contra el Trabajo Infantil, relativo al impacto de la pandemia sobre este tipo de trabajo es estremecedor, recomendando fervorosamente su escucha, disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/mensaje-conjunto-de-la-oit-y-unicef-para-conmemorar-el-dia-mundial-contra>, fecha de consulta: 2/12/2024.

(16) Sobre el particular puede verse la publicación de mi autoría: *Nuevas mesas intersectoriales contra el trabajo infantil. El trabajo familiar en el basural y la tarea*, DT, mayo 2014, p. 1.171.

(17) OIT/ IPEC, AECI, *Y yo ¿Por qué no puedo jugar?* Manual didáctico para que todos ayudemos a que los niños y niñas no salgan a trabajar, Puerto Tejada, Colombia, 2005.

Por mi parte extiendo el mismo interrogante a otros países de nuestra región, incluida la Argentina, y a otros derechos, tales como la salud y la escolaridad.

En definitiva, el interrogante podría ser: ¿Y por qué en Latinoamérica hay niños que no tienen derechos ⁽¹⁸⁾?

Ante todo, porque son vulnerados.

El trabajo es “cosa de grandes”. Por eso, los niños tienen el incuestionable “derecho a no trabajar”. A lo largo de mi vida académica he aprendido a impulsar este derecho fundamental, que por momentos parece inexistente y hasta llama la atención que así lo denomine.

Indudablemente, el trabajo infantil conspira contra la salud, la formación escolar, la diversión, la integración familiar, la inclusión social y la construcción de la personalidad. Sin embargo, no podemos omitir mencionar que hay adultos que pretenden sindicalizar a los niños en el marco del denominado Movimiento de Niños/as y Adolescentes Trabajadores (NATs) que, según sustentan, son organizaciones autónomas que tienen una extensa trayectoria sostenida (nacieron en Latinoamérica, para luego implantarse, además, en Asia y África), y dicen luchar por mejores condiciones de trabajo, respeto y participación ⁽¹⁹⁾.

Por el contrario, Aldao Zapiola destaca que el trabajo infantil quita posibilidades de libertad y educación al sector clave para el futuro de la sociedad mundial y, desde su experiencia, sostiene *la importancia de la negociación y la comunicación* ⁽²⁰⁾. Esto es otra cosa, obviamente, el autor no aspira al reconocimiento de la labor de los niños por esas vías.

Es que la organización de los llamados NATs hace una interpretación distorsionada del nuevo paradigma de la infancia introducido a partir de

(18) Acerca del trabajo infantil en Sudamérica puede verse ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *El trabajo infantil en Sudamérica*, Lajouane, Buenos Aires, 2022.

(19) Información sobre el tema puede verse en: PRONARs España, disponible en: <https://enclavedeevaluacion.com/pronatsesp/>, fecha de consulta: 15/4/2024. Ver también, Movimiento Latinoamericano y del Caribe de Niños, Niñas y adolescentes trabajadores (MOLACNNATS), 29/7/2023, disponible en: <https://molacnnats.com/2023/07/29/corennats-el-movimiento-de-ninos-ninas-y-adolescentes-de-venezuela-cumple-20-anos/>, fecha de consulta: 3/1/2024.

En la Argentina, en 2003 se inició el movimiento bajo la dirección de adultos y en ese mismo año se formalizó el primer encuentro de los NATs en Mar del Plata. A partir de allí hubo otros encuentros.

(20) ALDAO ZAPIOLA, Carlos, *El trabajo infantil en Sudamérica*, Lajouane, Buenos Aires, 2022, ps. 21 y 88.

la Convención sobre los Derechos del Niño. Malinterpreta el significado de “participar” como derecho incuestionable reconocido en esa Convención. Consecuentemente, promueve el trabajo infantil prohibido por la legislación nacional e internacional ⁽²¹⁾.

Es evidente que lejos de la conformación de sindicatos que defienden las condiciones de trabajo de quienes no deben trabajar y que lo único que logran es afianzar la práctica del trabajo prohibido, las medidas a adoptar por parte de los adultos responsables deben ser otras, algunas de las cuales sugerimos en este estudio.

Decididamente, quienes están detrás de estas organizaciones de ninguna manera operan en beneficio de los derechos de los niños. Cualquier intento de insistir en estas prácticas debe desecharse.

La defensa del “derecho de los niños al trabajo”, como si esta fuese una aspiración voluntaria de una franja de la niñez, implica planificar en función de diferentes infancias, una incluida en el trabajo y otra con exclusivo derecho a la educación y al juego ⁽²²⁾ y olvidar que todos los niños tienen idéntico derecho a no trabajar.

V. PROHIBICIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

V.1. La edad mínima con anterioridad a la LCT

La fijación de una edad mínima de admisión al trabajo obedece, como recuerda Krotoschin, a distintos órdenes de preocupación, sociales y económicos. Debe asegurar el pleno desarrollo físico, intelectual y moral, y proteger la salud de los involucrados ⁽²³⁾.

Si pretendemos desentrañar las raíces de nuestra legislación sobre trabajo infantil, no deberíamos olvidar algo que normalmente pasa desapercibido. Se trata de la existencia del Código de Minería, que data de 1886 y fue aprobado por la ley 1.919, cuyo artículo 239 disponía que no debían emplearse niños menores de 10 años en las minas, ni ocuparse en

(21) MENDOZA, Elena B., La sindicalización de la infancia: Niños y Adolescentes Trabajadores (NATs). Una mirada distorsionada de la Convención sobre los Derechos del Niño, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Bs. As., 2007, fasc. 11, p. 960.

(22) VARELA, María del Rosario, Paradigmas, debates, tensiones en políticas de niñez: aportes para una transición, *Espacio Editorial*, Bs. As., 2008, p. 73.

(23) KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, Ed. Depalma, Bs. As., 1968, p. 559.

los trabajos internos a niños impúberes. Esta norma fue derogada expresamente a través de la ley 26.909 pero, con o sin la derogación expresa, a partir de la ley 26.390 esa edad se consideró automáticamente elevada a la de 16 años (art. 2°) ⁽²⁴⁾.

Si continuamos con el desarrollo histórico, en 1904 llegó el ya aludido “Informe sobre el Estado de las Clases Obreras en el Interior de la República”, encargado a Biale Massé por el Ministro del Interior de entonces, Joaquín V. González. El autor dio sobrada cuenta de la explotación de niños pequeños en diferentes actividades en provincias argentinas. En lo que respecta a la edad mínima Biale Massé advertía que la edad tipo para la admisión de niños en el trabajo la fijaban las leyes y autores europeos en los 14 años pero, a su entender, si debía prevalecer una edad uniforme en la República debía ser la establecida por Vélez Sarsfield con profundo conocimiento de las condiciones del país: la de 15 años (art. 1.625, Código Civil) ⁽²⁵⁾.

Como se sabe, ese informe significó las bases de la legislación laboral argentina, pero no fueron sus únicas bases, sino que, como recuerda Guisado, gravitó de modo evidente en el desarrollo de nuestro Derecho del Trabajo el proyecto de Ley Nacional del Trabajo, que en realidad era un verdadero código que en 1904 fue remitido al Congreso de la Nación, pero no fue considerado ⁽²⁶⁾.

En 1907, de la mano del diputado socialista Alfredo Palacios se sancionó la ley 5.291 —inspirada en aquel proyecto de código—, la cual normalmente se menciona como la primera ley argentina que fija una edad mínima para comenzar a trabajar. Esta ley prohibía el trabajo de los niños menores de 10 años, así como el de los mayores de esa edad que estando en edad escolar no hubieran completado la instrucción obligatoria, a menos que contaran con la autorización del defensor del distrito (art. 1°).

(24) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo de los niños en las minas: la derogación del art. 239 del Código Minero*, DT 2014 (septiembre), p. 2386; Rev. Antecedentes parlamentarios, LA LEY, febrero 2014, p. 21.

(25) BIALET MASSÉ, Juan, *Informe sobre el Estado de las Clases Obreras en el interior de la República Argentina*, Tomos N.º 2, 1904.

(26) Ver al respecto, GUISADO, Héctor César, en *Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina*, en Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su 50º aniversario, BRONSTEIN, Arturo (director), Rubinzal-Culzoni Editores, Sana Fe, 2.007, p. 109/110.

En 1924, la ley 11.317 derogó a su similar 5.291 y elevó la edad mínima de admisión a cualquier clase de trabajo por cuenta ajena, incluso los trabajos rurales, a los 12 años (art. 1º). Asimismo, prohibió la ocupación de personas menores de 14 años en el servicio doméstico y en explotaciones o empresas comerciales o industriales, privadas o públicas, de lucro o beneficencia, a excepción de aquellas en las que solo trabajasen los miembros de la misma familia (art. 2º).

V.2. La edad mínima en la LCT t. o. 1976 y en el Convenio núm. 138 de la OIT

Sabido es que las normas de la ley 11.317 en lo que respecta a la edad mínima fueron derogadas por la ley 20.744, que en 1974 aprobó la LCT ⁽²⁷⁾.

La LCT elevó dicha edad a los 14 años y en su artículo 189 prohibió la ocupación por debajo de esa edad mínima en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro (con algunas excepciones). Dicha edad mínima se hallaba reiterada en los artículos 32, 33, 187, 190 y 192. La reforma introducida en 1976 por la ley 21.297, que dio origen al texto ordenado por decreto 390, no modificó dicha edad ⁽²⁸⁾.

Paralelamente a lo expuesto, los documentos internacionales se hacían eco de la necesidad de determinar una edad mínima. La Convención sobre los Derechos del Niño encargó a los Estados Parte la fijación de una edad o edades mínimas para trabajar, así como la estipulación de penalidades u otras sanciones aptas para asegurar la aplicación efectiva de esta disposición (art. 32.2).

Asimismo, numerosos convenios de la OIT establecieron una edad mínima de admisión al empleo para las distintas actividades ⁽²⁹⁾, varios de los cuales en su momento fueron ratificados por nuestro país y pos-

(27) Los arts. 10 y 11 de la ley 11.317 que, conjuntamente con el decreto reglamentario 2699/1925, establecen tareas prohibidas para mujeres y personas menores de 18 años inexplicablemente conservan vigencia.

(28) Téngase en cuenta que el texto ordenado en 1976 modificó la numeración de las normas dedicadas al tema que aquí nos interesa, que originariamente eran los artículos: 34/37 (Título II); 128 (Título IV) y 204/212 (Título VIII) de la LCT.

(29) Así, lo han hecho los siguientes: el Convenio N.º 5 sobre la edad mínima (industria), 1919; el Convenio N.º 7 sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; el Convenio N.º 10 sobre la edad mínima (agricultura), 1921; el Convenio N.º 15 sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921; el Convenio N.º 33 sobre edad mínima (trabajos no industriales), 1932; el Convenio N.º 58 (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936; el Convenio N.º 59 (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; el Convenio N.º 60 (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industria-

teriormente denunciados. Eso por cuanto la Conferencia Internacional del Trabajo consideró necesario adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplazara a los muchos existentes, aplicables a sectores económicos limitados, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños. Así, adoptó el Convenio núm. 138 sobre la edad mínima, 1973, que la Argentina aprobó a través de la ley 24.650 y ratificó el 11 de noviembre de 1996, y que es un convenio fundamental.

De acuerdo con dicho tratado cada país para el que se encuentre en vigor debe fijar la edad mínima de admisión al empleo en su territorio, que no debe ser inferior a aquella en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años (art. 2º 3). La Recomendación núm. 146 que lo complementa aconseja fijar como objetivo la elevación progresiva de esa edad a los 16 años (punto 6º y 7º 1).

Sin embargo, el instrumento admite que los países cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados, especifiquen inicialmente una edad mínima de 14 años, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores (art. 2º 4). A esta excepción se acogió “inicialmente” el nuestro, cuya legislación vigente al tiempo de ratificarse el convenio de referencia prohibía la ocupación de personas menores de 14 años. En su momento Centeno celebró esta norma al afirmar que el aumento de la edad de admisión al trabajo configuraba la mejor garantía del futuro de las sociedades y consideró que en ello la LCT era concluyente al extender la prohibición “a cualquier tipo de actividad”, persiguiera o no fines de lucro ⁽³⁰⁾.

No obstante eso, poco tiempo después los juristas hacían notar el incumplimiento de la prohibición legal. Carcavallo observaba que “está prohibido el trabajo de los niños... aunque una palpable realidad nos demuestre todos los días lo contrario” ⁽³¹⁾. En similar sentido se expresaba Martínez Vivot, para quien esto ocurría “clandestinamente y aun en situaciones inadecuadas desde el punto de vista tanto material como moral” ⁽³²⁾. Tales apreciaciones, vertidas respectivamente en 1983 y 1981, con-

les), 1937; el Convenio N.º 112 sobre la edad mínima (pescadores), 1959 y el Convenio N.º 123 sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965.

(30) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 677.

(31) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo IV, p. 220.

(32) MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 59.

tinúan siendo el reflejo de la realidad de nuestros días en las diferentes provincias que Biale Massé recorriera estoicamente tantos años atrás.

V.3. La edad mínima en la LCT a partir de la ley 26.390

V.3.a. La regla prohibitiva general del trabajo infantil

Tal como afirma Duro, existen tantas definiciones de trabajo infantil como formas asume. Son de diferente grado de amplitud o restricción y muchas de ellas suelen generar dispersiones a la hora de diseñar políticas. En la determinación de los alcances que tome esta definición se encuentran las primeras dificultades para enfrentar el problema ⁽³³⁾.

La ley 26.390 evita definiciones innecesarias y procede en los términos del Convenio núm. 138 de la OIT y de la recomendación que lo complementa.

Sin ánimo de ser autorreferencial, sino de describir los antecedentes de la ley 26.390, es momento de describir que tuve el honor de participar en el anteproyecto de su elaboración junto a representantes del Ministerio de Trabajo de la Nación, del de Justicia y la Cancillería, así como también, de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), del Poder Judicial de la Nación y del Congreso Nacional (no estuvo presente representante alguno del Ministerio de Educación).

En el contexto de esa comisión redactora se escribieron la enorme mayoría de las normas que la ley 26.390 contiene ⁽³⁴⁾.

A tenor del Convenio núm. 138 de la OIT y de la recomendación núm. 146, la ley 26.390 introdujo una cláusula transitoria según la cual la edad mínima se reputó de 15 años hasta el 25 de mayo de 2010 (art. 23), fecha en que comenzó a regir la edad mínima general fijada en los 16 años. Además, toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la expuesta, se considera a ese solo efecto modificada por ella (art. 2°). En consecuencia, nuestra legislación laboral considera niños a las per-

(33) DURO, Elena, *El trabajo infantil en la Argentina, Análisis y desafíos para la política pública*, OIT/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2007, p. 56/57.

(34) Para su elaboración se adoptó como documento de trabajo el informe que personalmente había elaborado en 2005 como consultora externa, para la OIT y el IPEC. Puede verse en LITTERIO, Liliana Hebe, *Análisis y recomendaciones para la mejor regulación y cumplimiento de la normativa nacional e internacional sobre el trabajo de los niños, niñas y adolescentes en Argentina*, OIT/IPEC, Documento 203, Lima, 2006.

sonas hasta los 16 años, edad hasta la cual tienen prohibido trabajar. *A partir de esa edad y hasta los 18 años para el Derecho del Trabajo son adolescentes.*

Con relación al tratamiento de la edad mínima en el ámbito de la comisión gestora del anteproyecto de la ley 26.390 vale la pena formular una observación en torno a la educación. Es que, si bien, en virtud de la ley de educación nacional 26.206, la escolaridad obligatoria finaliza con la terminación del ciclo secundario (normalmente a los 18 años), si se eliminara la posibilidad de trabajar entre los 16 y los 18 años, se estaría privando al adolescente de un derecho reconocido por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Por ese motivo la ley 26.390 sentó como mínima la edad de 16 años. Es que, en la comisión se entendió que las cosas no se solucionan eliminando el derecho de los adolescentes a trabajar, sino aumentando el número de escuelas en general, de escuelas de oficios y de reinserción escolar, entre otras muchas políticas ⁽³⁵⁾.

En definitiva, desde el 25 de mayo de 2010 está prohibido el trabajo de las personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea este o no remunerado (art. 2°, ley 26.390).

Como puede advertirse, esta *prohibición general del trabajo infantil* trasciende el trabajo dependiente realizado en el marco de la LCT y en el contexto de la economía estructurada, y abarca el que se lleva a cabo en la economía informal, en el seno de actividades que tienen su propio estatuto especial (tales como el agrario o el de casas particulares), así como el que se desarrolla en las calles, en los subtes, en los trenes y, en general, bajo cualquier modalidad ⁽³⁶⁾.

Alcanza al trabajo de los niños en los aserraderos, en las bodegas, en los pequeños comercios o locales, en las minas, en los establecimientos dedicados a tareas rurales, en los microemprendimientos como el de olería, en los talleres clandestinos, en la construcción, en la carga y descarga de camiones, en el cavado de tumbas en cementerios, en los deportes, en las redes sociales, y hasta en actividades artísticas sin autorización, entre otras muchas tareas que los niños desarrollan intensamente.

(35) Entre ellas, escuelas en condiciones de funcionamiento, escuelas abiertas los fines de semana; calendarios académicos adaptables en el agro y control del cumplimiento de la escolaridad obligatoria incluidos los trabajos domésticos (ley 26.844).

(36) El análisis detallado de cada una de las modalidades puede verse en LITTE-
RIO, Liliana Hebe (directora), *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, La Ley, Buenos Aires, 2024.

La prohibición también comprende los trabajos callejeros que los niños realizan como vendedores ambulantes, “cuidadores” de autos, malabaristas en los semáforos, recolectores de objetos reciclables en los basurales, modalidades todas ellas ampliamente difundidas.

Como no puede ser de otra manera, la prohibición se extiende a los trabajos domésticos realizados en hogares de terceros y a los cumplidos en el propio hogar, trabajos estos no remunerados y abundantemente utilizados en nuestro medio.

Del mismo modo están abarcadas por la prohibición otras actividades socialmente invisibles, pero profundamente detestables que constituyen “peores formas de trabajo infantil” en los términos del Convenio fundamental núm. 182 de la OIT de 1999 —que lleva ese nombre—, la inmensa mayoría de las cuales configuran formas delictivas sumamente difundidas en la actualidad (ver acápites XII y XIII).

Aunque parezca una obviedad, no está de más señalar que los niños no solo tienen prohibido trabajar en las actividades del sector privado del empleo, sino también para el Estado ⁽³⁷⁾.

En estricta relación con la prohibición de trabajo infantil es importante destacar el *papel activo asignado por el art. 2º de la ley 26.390 a la inspección laboral*, a efectos de que asuma los comportamientos conducentes a su cumplimiento (párrafo 5º).

El debido control del cumplimiento de las normas sobre trabajo infantil, ejercido de oficio o a raíz de denuncias, es imprescindible para poder prevenirlo y evitarlo. Deben *fortalecerse y ampliarse los mecanismos de inspección* ⁽³⁸⁾. En nuestro país la estructura de la fiscalización del

(37) Vale la pena precisarlo porque, por ejemplo, en el municipio de Ballesteros de la Provincia de Córdoba, el propio Estado hacía trabajar a niños cuyas edades oscilaban entre los 13 y los 15 años hasta que la denuncia pública de los trabajadores (a través de la Central de los Trabajadores Argentinos provincial) condujo a la firma de un *acta acuerdo* que, entre otras cosas, contemplaba la atención de las necesidades de las personas menores que trabajaban y la extensión de la cobertura médica a toda la infancia de la localidad “a punto de terminar con el trabajo infantil y reconocer la importancia del derecho a la educación de los niños, conf. Agencia de noticias de la CTA - Corresponsalía Villa María, en *Triunfo de los trabajadores contra el trabajo infantil*, 12/3/08, información bajada de: <http://www.agenciacta.org.ar/article7642.html> el 3/3/2009.

(38) En orden a la imprescindible tarea de inspección del trabajo infantil, las fuentes de denuncias y la aconsejable registración, en LITTERIO, Liliana Hebe (directora), *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, La Ley, Buenos Aires, 2024, ver LITTERIO, Liliana Hebe, p. 8 y ss.

trabajo es *descentralizada*, por lo cual cada provincia tiene competencia en materia de inspección en su jurisdicción territorial, con sus propias normas y criterios organizativos y operacionales (Pacto Federal del Trabajo, ley 25.877 y normas locales).

Una importante fuente de denuncias del trabajo prohibido resulta de las inspecciones realizadas por las áreas de trabajo (ministerios y secretarías, tanto nacional, como jurisdiccionales); también lo ha hecho la Administración Federal de Ingresos Públicos (en la actualidad reemplazada por la Agencia de Recaudación y Control Aduanero). Las denuncias además provienen, entre otros lugares, de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE); de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI); de las Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (COPRETI); también son formuladas por algunos docentes o establecimientos escolares; así como en la línea 145 y hasta son originadas por la propia víctima ⁽³⁹⁾.

Por mi parte considero fundamental que *tanto las denuncias como su origen, y los procesos judiciales que originan —los que se encuentren en trámite y los resueltos—, se registren sin excepciones a nivel local* y que la información integrante de los datos parciales reunidos en cada jurisdicción sea un paso previo a su unificación en un *sistema de registro e información federal*. Tal *temperamento conjunto y sostenido* facilitaría tanto la acción preventiva, como la lucha contra la explotación infantil ya instalada. Es este un objetivo que debería preverse y concretarse ⁽⁴⁰⁾.

(39) La Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (Ministerio de Capital Humano), cuenta con diferentes canales para recibir denuncias anónimas de trabajo infantil prohibido y adolescente irregular. La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, y la Coordinación de Prevención del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, entre otros, también reciben denuncias. En las provincias pueden formularse ante la Delegación Regional de la Secretaría de Trabajo de la Nación y ante la administración laboral provincial. En la mayoría de las provincias están funcionando las comisiones locales para la prevención y erradicación del trabajo infantil (COPRETI), que también reciben denuncias.

(40) En APARICIO, Susana; LITTERIO, Liliana Hebe; CROVETTO, Marcela y AGUILERA, María Eugenia, equipo responsable del proyecto seleccionado en concurso público por la OIT, para el *Estudio Nacional sobre Trabajo Infantil Agropecuario, ENTIA en el marco del Proyecto ARG/18/01/USA-Proyecto OFFSIDE: ¡Marcando la cancha! Mejorando las capacidades de los actores del mundo del trabajo y de la agricultura para abordar el trabajo infantil en áreas agrícolas en Argentina (2021)*, personalmente he promovido la iniciativa registral para un nuevo Plan Nacional.

V.3.b. Las excepciones puntuales a la regla prohibitiva general

Existen solo *dos excepciones puntuales a la regla prohibitiva general* del trabajo infantil por debajo de los 16 años.

Se trata de los trabajos ligeros y los artísticos, ambos previstos en el Convenio núm. 138 de la OIT, en sus artículos 7° y 8° respectivamente.

En lo personal, considero que no debería existir excepción alguna a la pauta prohibitiva general porque normalmente las excepciones se convierten en las grietas por donde se cuele lo prohibido. Pero, soy consciente de que no se puede elegir qué partes del Convenio núm. 138 aceptar y cuáles no. Por ello, en tanto el convenio de referencia admite dos (solo dos) excepciones, la legislación argentina también lo hace. De cualquier modo, lo importante es que la regulación sea cuidadosa para evitar los abusos y, sobre todo, que el control sea efectivo.

En los próximos acápite hago una breve referencia a dichos trabajos dispensados de la prohibición.

i. Los trabajos ligeros:

El Convenio núm. 138 de la OIT, en su art. 7°, admite excepcionalmente la prestación de los trabajos denominados “ligeros”, por parte de las personas de 13 a 15 años, con la condición de que no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo, ni de entorpecer su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza. Dicha autoridad debe determinar las actividades en que puede autorizarse este tipo de empleo o trabajo y prescribir el número de horas y las condiciones en que pueden llevarse a cabo.

Dicha ley suprimió el párrafo 2°⁽⁴¹⁾ (y también el 3°⁽⁴²⁾) del antiguo artículo 189 e incorporó a la LCT el art. 189 *bis*, que regula específica-

(41) Que en determinadas circunstancias autorizaba el trabajo de las personas menores de 14 años, sin límite mínimo, en las empresas en que solo trabajaran miembros de la propia familia. Oportunamente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 138, Edad Mínima, 1973 Argentina (ratificación: 1996) Publicación: 2005) solicitó al Gobierno Argentino que adoptase las medidas necesarias para garantizar la aplicación del Convenio núm. 138, previendo que el empleo en trabajos ligeros sólo se autorice a las personas de entre los 12 y los 14 años (en atención a la edad mínima de admisión al empleo vigente excepcionalmente en nuestro país en ese momento), según las condiciones prescriptas en el art. 7.1 del Convenio.

(42) Que prohibía la ocupación de las personas mayores de 14 años cuando no hubieran completado la instrucción obligatoria, salvo en supuestos de excepción.

mente los trabajos ligeros, denominados en nuestro derecho trabajos familiares.

La disposición apunta a proteger a las personas de 14 a 16 años ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor. El precepto no habla de “empresas en que solo trabajen los miembros de la misma familia” como anteriormente lo hacía el art. 189 (párrafo 2º), sino que precisa quiénes deben ser sus titulares a fin de eludir situaciones fraudulentas.

La norma limita el número de horas en que esos niños pueden trabajar, fijándolo en 3 horas diarias y 15 semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas o insalubres (no habla de tareas nocivas, perjudiciales o peligrosas como lo hacía la disposición anterior, a fin de unificar la terminología que caracteriza a las tareas prohibidas). El precepto no exige como requisito para la autorización de los trabajos ligeros la finalización de la escolaridad obligatoria (requerimiento presente en el antiguo art. 189 y de imposible cumplimiento al amparo de la actual ley de Educación Nacional 26.206, que extiende la obligatoriedad hasta la culminación del nivel de educación secundaria). Sin embargo, el art. 189 *bis* preserva la asistencia a clase de los trabajadores menores, instaurándola como requisito de realización de los trabajos ligeros.

Asimismo, establece que para que proceda esta excepción, el titular de la empresa de la familia debe requerir la autorización de la autoridad administrativa laboral. Y agrega que cuando por:

[C]ualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva”, la empresa familiar se encuentre “subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa”, no podrá obtener la autorización mencionada ⁽⁴³⁾. Este agregado procura avertir los intentos de *fraude laboral en relación con los niños trabajadores*. Apunta claramente a desterrar las situaciones a través de las cuales los niños terminan trabajando para terceros en lugar de hacerlo para los propios padres, en burla de la prohibición legal. Constituye una verdadera “cláusula antifraude.

Por eso, una disposición similar a la prevista en el art. 189 bis de la LCT, se introdujo en la ley 22.248 vigente en aquel momento, y hoy en día

(43) La realidad se encarga de dar cuenta de fenómenos de subcontratación laboral en los que se encuentran involucrados trabajadores de corta edad. Hace un tiempo se hicieron públicas a través de los medios periodísticos, la muerte de un niño y la lesión de otro como consecuencia del trabajo que realizaban en una cuadrilla integrada por otras personas menores de edad a cargo de un capataz que respondía a un contratista en un ingenio tabacal de la provincia de Salta, Diario Clarín, Sociedad, 10/12/2007, p. 37.

la contiene el art. 58 de la ley 26.727, ya que es en el campo donde con mayor asiduidad se dan estos supuestos de subcontratación laboral en la explotación de la tierra.

Sin embargo, no puedo omitir señalar que, al margen de la ley, los niños trabajan prácticamente en todas las actividades en el contexto económico familiar, lo cual se verá en el acápite XII. Por dar ahora solo algunos ejemplos, puede mencionarse que los niños se desempeñan junto a sus propios padres en la recolección de cartones y otro material reciclable, en las tareas rurales (cría de vacas, elaboración de quesos, cultivo y recolección de vegetales, etc.), en los microemprendimientos (como los dedicados a la fabricación de ladrillos) y en el propio hogar. Ello, sin perjuicio de que, además, son utilizados en el contexto de actividades delictivas en el trabajo forzoso que desempeñan como integrantes del grupo familiar ⁽⁴⁴⁾.

ii. Los trabajos artísticos.

El Convenio núm. 138 de la OIT, en su art. 8º, admite que la autoridad competente conceda *permisos individuales para participar en representaciones artísticas* por debajo de la edad mínima para comenzar a trabajar. Esto, con especial atención de la jornada y demás condiciones de empleo ⁽⁴⁵⁾.

Si bien la ley 26.390 prohíbe expresamente el trabajo por debajo de los 16 años, en tanto tiene como finalidad principal la de adecuar la le-

(44) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros estudios, *El trabajo infantil y adolescente en la Argentina. Las normas y la realidad*, Errepar, Buenos Aires, 2010, p. 75 y ss.; *Idem*, *La constitución de nuevas mesas intersectoriales contra el trabajo infantil: el trabajo familiar en el basural y la "tarefa"*, DT 2014 (mayo), 1171, DFyP 2014 (julio), 11. En LITTERIO; Liliana Hebe (directora), *"Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático"*, La Ley, Buenos Aires, 2024, puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, p. 36 y ss.

(45) La temática del trabajo infantil artístico en sus múltiples aristas la hemos tratado, entre muchos otros lugares, en LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo infantil y adolescente en la Argentina. Las normas y la realidad*, Errepar, Buenos Aires, 2010, p. 191 a 258; *Idem*, *Las autorizaciones para el trabajo artístico de los niños en la provincia de Salta*, Doctrina Laboral Errepar, N.º 306, febrero/11-T XXV-146; *Idem*, *El trabajo artístico de los niños en la Ciudad de Buenos Aires*, Doctrina Laboral Errepar, N.º 307, marzo/11-T XXV-257; *Idem*, *Los derechos de los niños actores*, Revista de Derecho Laboral, 2012-1; *Idem*, en FOGLIA, Ricardo (Director), *Regímenes laborales especiales*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 328 y ss; *Idem*, en *Estatutos y regulaciones especiales* dirigido por ACKERMAN, Mario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, Tomo II, p. 513 y ss.; en LITTERIO, Liliana Hebe (Directora), *"Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático"*, La Ley, Buenos Aires, 2024, LITTERIO, Liliana Hebe, p. 26 y ss. y RAMONET, José Ignacio, p.107 y ss.

gislación nacional al convenio mencionado, cuando se trata de trabajo infantil artístico la prohibición general contenida en la ley 26.390 debe interpretarse en armonía con el citado convenio.

La ley 27.203 reconoce la actividad artística de las personas menores (conf. art. 4°, que no ha sido reglamentado por el decreto 616/2016), pero no la regula. Se limita a disponer que las personas menores de 16 años solo podrán realizar representaciones artísticas en el marco del Convenio núm. 138 de la OIT, las que estarán sujetas a la autorización previa de la autoridad administrativa laboral, quien determinará la forma, plazos y demás requisitos para su concesión, no siéndoles aplicables las disposiciones de dicha ley. No era necesario que la ley reiterara el texto del artículo 8° de dicho convenio, sino que regulara el trabajo infantil artístico.

Ahora bien, la realidad se encarga de demostrar que si bien cuando se trata de niños actores normalmente están incluidos en el sistema socio educativo, igualmente son discriminados, por razones de sexo, raciales, contextura física, etc. En efecto, a veces se buscan del sexo femenino y otras del masculino (incluso en alguna ocasión se ha requerido un niño “gordo”, y hasta “feo”). Generalmente los padres ven en ellos una fuente de ingresos económicos y, más todavía, los productores, representantes, agentes teatrales, canales de televisión, etc.

Es imprescindible una norma de orden nacional que, entre otras muchas cosas, fije la extensión de la jornada de trabajo y exija que las autorizaciones se concedan con criterio restrictivo, además de recalar en el control permanente de la salud psicofísica del niño y su asistencia regular a clase, así como la obligación de que junto a la aparición pública del niño se exhiban los datos de la medida que lo autorizó, recalando que el trabajo infantil está prohibido ⁽⁴⁶⁾.

Cabe aclarar que en el contexto excepcional de las actividades artísticas no encuadra el trabajo deportivo, que no puede ser considerado artístico, se trate de fútbol o de cualquier otro deporte. Por lo tanto, se le aplica la regla prohibitiva general cuando se trata de niños y, en el caso de adolescentes, deben cumplirse las normas protectoras previstas en la LCT (ver al respecto el art. 5° del convenio colectivo de trabajo N.º 557/2009 de Futbolistas Profesionales). Corresponde recordar que el fútbol tiene un alto grado de desarrollo en nuestro país, los jugadores

(46) Esta iniciativa la han recogido las resoluciones de las provincias de Córdoba y Buenos Aires.

comienzan a entrenar y sacrificarse desde niños ⁽⁴⁷⁾ y sus padres suelen tener la vista puesta en el extranjero, con las consecuentes transferencias de derechos federativos y situaciones riesgosas que ello implica, en las que se mueven negocios millonarios en los que están involucrados clubes, representantes, etc. ⁽⁴⁸⁾.

Otra situación que conviene deslindar del trabajo infantil artístico es la de los *influencers*, *youtubers* y *streamers gamers*.

Los *influencers* son visualizados por millones de personas y venden publicidad. Esos niños trabajan. Puede decirse que los *youtubers* pertenecen al género de los *influencers*. Hay niños pequeños que tienen canales en YouTube, donde hacen todo tipo de publicaciones; normalmente son sus propios padres quienes crean las cuentas. Los *gamers* realizan una actividad distinta a pesar de que también utilizan las redes sociales. Algunos se profesionalizan desde muy pequeños y llevan adelante un trabajo. Por eso, los que se lucen en esta clase de actividad lúdica se convierten más estrictamente en *streamers gamers*.

Este tipo de actividades, que constituyen un fenómeno relativamente reciente, son una *forma de trabajo encubierto* que en nuestro país todavía no se encuentra regulada ⁽⁴⁹⁾, motivo por el cual las apariciones públicas de esas personas carecen de los controles y protec-

(47) Entre otras cosas, adviértase que la acción reiterada del cabeceo en niños menores de 12 años puede elevar la posibilidad de lesiones y enfermedades neurológicas a mediano y largo plazo. Al respecto puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo infantil escondido detrás de las paredes del deporte. Fútbol*, DT N.º 3/2023, p. 5.

(48) Entre otros lugares puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros muchos lugares, *El fútbol infantil*, DT, 2007-B, p. 1297/1316; *Idem*, *El básquetbol infantil*, DT, 2008-A, p. 521-530 y La Ley Litoral-2008, p. 23-30; *Idem*, *La prohibición de las transferencias y de los fichajes internacionales de los futbolistas menores de 18 años: lo jurídico frente a lo moral*, DT, LXX, N.º 1, enero 2010, p. 10; *Idem*, *El trabajo de los niños en el baby fútbol. El entramado de un negocio que crece sin límites*, DT 2015 (febrero), p. 26; *Idem*, *El trabajo infantil escondido detrás de las paredes del deporte. Fútbol*, DT N.º 3/2023, p. 5. En LITTERIO, Liliana Hebe (directora), “*Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*”, ver LITTERIO, Liliana Hebe, p. 51 y ss.; LUPINACCI, Iván, p. 189 y ss.; BRASBURG, Marcelo, Guerrero, Elisa y Floreno, Sabrina, p. 207 y ss.

(49) El Parlamento francés adoptó en 2023 una ley que regula la actividad de los “*influencers*” e impide la promoción comercial de ciertos productos y prácticas, disponible en: Política, Francia. *El parlamento francés aprueba la ley de influencers*, 1/6/2023, fecha de consulta: 30/6/2023.

ción necesarios. Eso sí, no es trabajo artístico ⁽⁵⁰⁾. Corresponde aplicar a su respecto las reglas generales de la ley 26.390 y de la LCT en materia de trabajo infantil y adolescente. Es necesaria la regulación rigurosa de estas novedosas actividades que proporciona Internet, para ponerles límites

No perdemos de vista tampoco, que cuando por debajo de los 16 años existe aprovechamiento económico del trabajo infantil prohibido, *los padres no son punibles por el art. 148 bis del Código Penal* (al que me refiero en el próximo acápite), en tanto los excluye de pena por ese delito, pero otros responsables sí pueden ser penalizados, tales como los responsables de las empresas comerciales que los explotan.

V.4. Penalización del trabajo infantil prohibido

El art. 148 bis del Código Penal de la Nación castiga con pena de prisión a los responsables del *aprovechamiento económico del trabajo infantil prohibido*, pero es escasamente aplicado en razón de las excepciones a la responsabilidad que establece, sobre todo, la prevista respecto de los padres, tutores y guardadores, que no son del caso examinar ahora ⁽⁵¹⁾.

En esta ocasión brindo dos ejemplos llevados a la justicia. Un caso, es el de un niño sometido a la realización de tareas prohibidas en Gualeguaychú, como ayudante en una fábrica de elaboración de chacinados, en el contexto de una relación laboral en la cual la jornada era extremadamente excesiva, de lunes a sábado (a mi entender la tarea estaba incluida en la categoría de peligrosa, en los términos del art. 1º, inc. 7º, del decreto 1117/2016, al cual más adelante voy a referirme). El tribunal, además de establecer las reparaciones económicas correspondientes, consideró que la conducta del empleador era presumiblemente encuadrable en la tipificación prevista en el art. 148 bis del Código Penal y obró en consecuencia ⁽⁵²⁾.

(50) Con relación al tema puede verse, OJEDA, María Verónica y PANCINO, Bettina, *Los niños influencers o trabajo infantil encubierto*, LA LEY 8/11/21, p. 1.

(51) Aclaro que si bien celebro la penalización del trabajo infantil prohibido y entiendo que la aplicación de la pena de prisión alejaría a los niños de los familiares responsables, también entiendo que es el juez penal quien tiene competencia y facultades para decidir quién debe ser o no ser criminalizado. No es el legislador quien debe decidirlo de antemano. Al respecto puede verse mi trabajo, *La penalización limitada del trabajo infantil*, DT, LXXIII, junio 2013, p. 1574.

(52) Cám. Apel. Sala II Laboral, Gualeguaychú, Entre Ríos; 28/04/2016; G., O. A. vs. D. Z., L. O. y otro s. Cobro de pesos, Rubinzal Online; 399 RC J 2433/16, con nota de

En el escasísimo marco de aplicación práctica que tiene la norma en juego, en otro caso, la Cámara Criminal y Correccional de la Provincia de Córdoba en 2020 declaró a uno de los coimputados como coautor material y penalmente responsable del delito de explotación del trabajo infantil, a raíz de una denuncia de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE) ⁽⁵³⁾.

No puedo soslayar en este punto la necesidad imperiosa de que se modifique la norma penal apuntada, que por las excepciones que contiene en materia de responsabilidad personal, es prácticamente inoperable.

VI. PROTECCIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE

VI.1. Capacidad ⁽⁵⁴⁾

A partir de los 16 años y hasta los 18 para el derecho del trabajo las personas son consideradas adolescentes y pueden trabajar bajo las normas protectoras previstas en el Título VIII de la LCT, modificado por la ley 26.390, así como también en los artículos 32 y ss. del mismo cuerpo normativo.

Recordamos al lector que la Convención sobre los Derechos del Niño no usa la expresión adolescente en tanto denomina niño a la persona hasta los 18 años. Sin embargo, es utilizada por las leyes 26.061, creadora del sistema de protección integral de sus derechos y 26.206, de educación nacional, en cuyo contexto normativo emergió la ley 26.390, que prohíbe el trabajo infantil y protege el de los adolescentes.

Con relación al Código Civil y Comercial de la Nación y a la terminología que utiliza corresponde realizar alguna precisión. Este ordenamiento, como señala Muñiz, procura un esquema de mayor flexibilidad compatible con el principio de *capacidad o autonomía progresiva* de las

LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo de los niños a la luz de un fallo provincial*, Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal-Culzoni, 2017-1, 343.

(53) Cám. Crim. y Correc. 2ª Nom., Río Cuarto, Córdoba, 07/08/2020, "Ardusso, Román Claudio y otro", Rubinzal Online; RC J 5368/20, con nota de LITTERIO, Liliana Hebe, *A propósito de una sentencia provincial que condena a un responsable de trabajo infantil en medio de la pandemia y de la ratificación universal del Convenio 182*, Rubinzal-Culzoni, Boletín Diario, Derecho Laboral, 22/9/2020, RC D 3097/2020.

(54) Mayores precisiones sobre este tema pueden verse en LITTERIO, Liliana Hebe, capítulo "Familia", en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2015, p. 804 a 818.

personas menores de edad, incorporado en forma expresa en el art. 639, inc. b (a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos). Su artículo 25 denomina genéricamente “menores de edad” a todas las personas desde el nacimiento hasta los 18 años. Además, incorpora la figura del “adolescente”, que comprende a las personas desde los 13 años hasta la mayoría de edad (art. 25, párrafo 2º). En tal contexto el autor entiende que nos encontramos con dos categorías básicas de personas menores de edad: los “adolescentes” y los “no adolescentes” (55). Aclaro que las categorizaciones que formula el ordenamiento civil y comercial aun cuando sus artículos 681 y 682 crean cierta confusión que termina definiéndose por la remisión que formulan a la legislación laboral especial (LCT y ley 26.390), en nada alteran el esquema laboral que es claro y sólido.

Ahora bien, las personas menores de edad son *incapaces de ejercicio* y ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, sin perjuicio de que quien cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (arts. 24, inc. b, 25 y 26 Cód. Civ. y Com.). En el plano laboral, su voluntad —que es imprescindible, pues en virtud de las normas constitucionales que consagran la libertad de trabajar nadie puede ser obligado a prestar servicios personales—, debe ser completada por la autorización de sus representantes legales (56).

Queda claro, entonces, que las personas menores pueden comenzar a trabajar a partir de los 16 años (conf. arts. 32, 187 y 189 de la LCT), pero necesitan la *autorización* que prescribe el párrafo 2º del art. 32 de la LCT, modificado por la ley 26.390. Es decir, la de los padres, los responsables —que son quienes tienen a su cargo la guarda con fines de adopción (art. 611 y ss. Cód. Civ. y Com.) o la guarda otorgada por el juez a un tercero (art. 657 y concordantes Cód. Civ. y Com.)— o los tutores. El Código Civil y Comercial menciona como representantes de las personas menores de edad no emancipadas a los padres y tutores (art. 101, inc. b).

La *autorización para el trabajo de las personas de 16 y 17 años* puede ser expresa (cuando la voluntad es manifestada y verificable), tácita (cuando resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre) o presumida por la ley (cuando el adolescente vive indepen-

(55) MUÑIZ, Carlos, *Régimen de capacidad de los menores*, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Informe especial Compilación: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, UCA, Facultad de Derecho, 2012, p. 139.

(56) GUIADO, Héctor César, en *Derecho del Trabajo*, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), Astrea, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, p. 300.

dientemente de sus padres, responsables o tutores) ⁽⁵⁷⁾. Esto, de conformidad con lo que se desprende de los arts. 262 y ss. del Código Civil y Comercial en armonía con la LCT.

Con relación a las autorizaciones, estimo aconsejable que se ponga en funcionamiento una *base de datos a nivel local* —que la digitalización facilita— con el propósito posterior de asentarlas en un *registro de carácter federal* ⁽⁵⁸⁾. El registro debería incluir los datos completos de las autorizaciones referentes al trabajo adolescente, distinguiendo el trabajo urbano y el rural y los supuestos de extensión de la jornada adolescente legal, así como también, el trabajo de niños de 14 y 15 años en empresas de familia, y el trabajo artístico de las personas menores de 16 años en las jurisdicciones en las que está regulado ⁽⁵⁹⁾.

Es interesante recordar que la *capacidad de las personas menores con título habilitante* no es motivo de consideración en la LCT. Sí lo es en el Código Civil y Comercial según el cual, la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (art. 30). Por lo tanto, para celebrar contrato de trabajo sí debe estar autorizado, respetando siempre la edad mínima.

Ahora bien, el artículo 34 de la LCT dispone que a partir de los 18 años las personas tienen *libre disposición y administración* del producido del trabajo que ejecutan y de los bienes que adquieren con ello, sin que resulte menester el consentimiento de sus representantes. Además, están habilitados para realizar los actos necesarios para la *adquisición, modificación o transmisión de los derechos* sobre esos bienes. Caso contrario, no podrían ejercer plenamente el derecho legalmente reconocido a la libre administración y disposición. En el mismo sentido el artículo 683

(57) GUIADO, Héctor César, en *Derecho del Trabajo*, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), Astrea, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, p. 300, señala que en este caso también se presumen suficientemente autorizados para todos los actos concernientes al contrato como, por ejemplo, percibir los salarios y efectuar intimaciones y reclamos al empleador.

(58) Deberían asentarse, entre otras cosas: los datos de la medida que autoriza, la modalidad laboral, el nivel de escolaridad en las distintas actividades, las zonas territoriales, la situación familiar y el estado de salud de quienes trabajan. Mayores precisiones al respecto las formulo en LITTERIO, Liliana Hebe (directora), “*Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*”, La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 56 y ss.

(59) Específicamente en materia de trabajo infantil artístico es dable mencionar la experiencia llevada a cabo en la provincia de Córdoba, que en diciembre de 2021 implementó un *sistema digital para autorizar el trabajo infantil en actividades culturales y artísticas con fines de lucro*.

del Código Civil y Comercial *presume* que el hijo mayor de 16 años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. Esta norma agrega que los derechos y obligaciones que nacen de dichos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del hijo menor. Consecuentemente, exceptúa de la administración de los progenitores, entre otros, a los bienes adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, los que son administrados por este, aunque conviva con aquellos (art. 686, inc. a).

De conformidad con el art. 35 de la LCT las *personas emancipadas por matrimonio* gozan de plena capacidad laboral. Eso significa que pueden adquirir esa capacidad antes de los 18 años. La “ampliación” de la capacidad laboral en estos casos se traduce en el hecho de que estas personas no necesitan la autorización de sus representantes para poder trabajar. Pero, deben cumplir necesariamente con la edad mínima exigida. Entiendo que los efectos de la emancipación se extienden a la administración y disposición de los bienes a que se refiere el art. 34 de la LCT.

En este brevísimo recorrido llegamos a la *capacidad laboral plena* que se adquiere a los 18 años, de conformidad con el artículo 32 de la LCT, edad a partir de la cual todas las personas *pueden celebrar contrato de trabajo* (como vimos, dicha capacidad la adquieren antes de esa edad quienes se emancipan por matrimonio). En sintonía con ello, el Código Civil y Comercial determina que menor de edad es la persona que no cumplió 18 años (art. 25, párrafo 1º).

VI.2. Remuneración. Aprendizaje

El artículo 187 de la LCT, en su texto conforme con la ley 26.390, luego de fijar la edad mínima dispone que las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, deben garantizar la igualdad de retribución a los adolescentes, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores.

En orden a la expresión “realice tareas propias de los trabajadores mayores” utilizada por la norma, Martínez Vivot señala que esa referencia no ha de ser en el sentido de que sean específica y cuantitativamente las mismas como tales, por esfuerzos u otras circunstancias, porque en tal caso se trataría de tareas impropias para los trabajadores menores, o tal vez prohibidas por penosas, peligrosas o insalubres⁽⁶⁰⁾. Vázquez Vialard acota que, obviamente, cuando la persona menor realice las ta-

(60) Conf. MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 112.

reas en *horario reducido*, la remuneración deberá abonársele en forma proporcional (61).

En su segundo párrafo el artículo 187 agrega que el Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los 16 hasta los 18 años se rige por las disposiciones vigentes o que al efecto se dicten. Las disposiciones actualmente vigentes en materia de contrato de trabajo de aprendizaje, para personas de 16 a 28 años, están contenidas en el artículo 1° de la ley 25.013, que también fue modificado por la ley 26.390, norma que no se ocupa, en absoluto, del tema remuneratorio.

Ahora bien, a partir de la modificación introducida en el artículo 119 de la LCT por la ley 26.390, *no se admiten reducciones salariales para trabajadores adolescentes*. Sin embargo, la norma autoriza *reducciones respecto de los aprendices*. Por mi parte no dudo que corresponde remunerar el tiempo dedicado a la formación práctica, que se traduce en el trabajo que el adolescente presta en la empresa y cuya jornada laboral no puede superar las 40 horas semanales incluidas las correspondientes a la formación teórica, aplicándosele a los trabajadores aprendices de 16 a 18 años las disposiciones que rigen la jornada de trabajo adolescente (según el art. 1° de la ley 25.013, modificado por su similar 26.390).

Las disminuciones en la remuneración únicamente se justifican cuando la jornada de trabajo que cumplan los adolescentes fuese inferior a la de los trabajadores adultos.

Pagar menos a los trabajadores menores solo por su edad, en los casos en que realicen tareas de la misma intensidad e idéntica calificación profesional que la que efectúan los mayores, constituye una *clarísima forma de discriminación* (62).

VI.3. Jornada de trabajo ⁽⁶³⁾. Descansos. Vacaciones

VI.3.a. Límite diario y semanal de la jornada

Martínez Vivot enfatiza que el derecho del trabajo no solo procuró elevar la edad de ingreso de las personas menores a la actividad laboral,

(61) Conf. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 287.

(62) Conf. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Tomo II, Bs. As., 1990, p. 1896. En similar sentido, MARTÍNEZ VIVOT, Julio, en *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 111,

(63) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *Algunas apreciaciones sobre la jornada de trabajo de las mujeres, los niños y los adolescentes*, Anuario de la Aso-

sino que otro de los esfuerzos estuvo dirigido a reducir los tiempos de su ocupación diaria, evitando su fatiga y los efectos nocivos de su permanencia por muchas horas continuadas en la ocupación que cumplían, particularmente en el ámbito industrial ⁽⁶⁴⁾. Por ello, en las primeras leyes protectoras se adoptó la de reducción de la jornada.

Vale acotar que la LCT, en el artículo 190 en su texto anterior a la ley 26.390, prohibió la ocupación de personas de 14 a 18 años en cualquier tipo de tareas durante más de 6 horas diarias o 36 semanales, sin perjuicio de la distribución desigual de las horas laborables (párrafo 1º). Carcavallo señala que este artículo siguió el criterio que había instaurado la ley 11.544 al suministrar topes alternativos “diarios” o “semanales”, posición corroborada al aclararse que tales límites se imponían “sin perjuicio de la distribución desigual de las horas laborables”. Atento a la fijación legal de dos topes, uno diario y otro semanal, era necesario determinar cuál era la extensión máxima admisible de la jornada diaria del trabajador menor y cómo jugaba ese límite con relación al tope semanal. Las características y referencias de aquel artículo 190 obligaban a recurrir al decreto 16.115/33 reglamentario de la ley 11.544, el cual permite extender hasta una hora más por día los topes de la jornada ⁽⁶⁵⁾.

Sin embargo, tal expresión había provocado interpretaciones doctrinales dispares. Por ejemplo, Martínez Vivot estimaba que no era preciso solicitar autorización expresa, pues de lo contrario no tendría sentido la mencionada conjunción “o” y solo cabría entender la relación diaria o semanal como vinculada por una “y”. Bastaba, pues, incluir el aumento de la jornada en la planilla horaria, dentro del límite indicado, por día y por semana (66). Centeno entendía que la jornada diaria de 6 horas de los trabajadores menores podía extenderse en una hora (pero no más allá de las 13 horas del día sábado) si se hubiese prolongado la jornada de 8 horas de los mayores y el trabajo de estos estuviese correlacionado con el de aquellos (67).

ciación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, año X, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 347 a 378.

(64) MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 71.

(65) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 222.

(66) MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 78.

(67) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 681.

Por nuestra parte pensábamos con Carcavallo que, si bien sobre todo en el sector fabril generalmente habría una correlación entre el trabajo de los mayores y el de los adolescentes, la salvedad del artículo 190 acerca de la distribución desigual de la jornada, sin condicionamiento alguno, impedía aplicar por vía de interpretación tal exigencia ⁽⁶⁸⁾. No nos parecía razonable agregar a la posibilidad de extender la jornada de los trabajadores menores un requisito que la LCT no imponía.

La ley 26.390 introduce los cambios necesarios. Ante todo, en su párrafo 1º eleva la edad mínima que el texto anterior estipulaba conforme a los nuevos parámetros. Además, establece expresamente un *tope de 7 horas diarias* a la discutida “distribución desigual de las horas laborales” y no incorpora ningún requisito.

En el párrafo 2º del artículo 190 mantiene la posibilidad, que estaba presente en el texto anterior, de que en beneficio del trabajo adolescente vía autorización de la autoridad administrativa se *extienda esa jornada* hasta 8 horas diarias o 48 semanales. Está claro que esta excepción no procede cuando se trate de personas de 14 a 16 años que realicen trabajos ligeros en los términos del art. 189 *bis*.

Es dable recordar que en orden a los trabajadores de 16 a 18 años cuya jornada se equipare a la del trabajador mayor, Fernández Madrid y Centeno señalan que, en este caso, como en todo aquel que corresponde a la duración del trabajo, la “extensión de la jornada” será la que fijen las leyes, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, conforme lo establece el art. 196 de la LCT ⁽⁶⁹⁾.

VI.3.b. Descanso al mediodía

Tal como estaba redactado el antiguo art. 191 de la LCT parecía que, a los trabajadores menores de ambos sexos, que trabajaran en horas de la mañana y de la tarde, se les aplicaba lo dispuesto en los arts. 174, 175 y 176 de la LCT.

(68) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 222/3.

(69) FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Tomo II, Bs. As., 1990, p. 1896; CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 681.

Vale la pena referir un supuesto en que un trabajador menor ocultó su fecha de nacimiento a fin de ingresar como socio de una cooperativa de trabajo y el tribunal consideró que nada costaba a tal cooperativa verificarla y, en consecuencia, resultaba responsable de someterlo a condiciones de trabajo anómalas en franca violación a las previsiones vigentes (art. 190 LCT, antes de la reforma introducida por la ley 26.390): CNAT, Sala V, 28-2-91, “Fernández, Carlos c. Coop. de Trabajo, Seguridad y Vigilancia Ltda.”, SD. 45927.

Sin embargo, ni bien se reparaba en el objetivo de cada una de esas normas quedaba en claro que el requerimiento de trabajo por la mañana y la tarde correspondía únicamente a la obligación de otorgar el descanso al mediodía, previsto en el art. 174 de la LCT.

Por ello, la nueva redacción del art. 191 repara el error en el que incurría su antecesor. En efecto, mantiene el requisito de trabajar en horas de la mañana y de la tarde para la aplicación de las previsiones del art. 174 de la LCT a los trabajadores adolescentes y lo elimina cuando se trata de las disposiciones de los arts. 175 (que prohíbe el trabajo a domicilio en exceso de la jornada legal) y 176 (que prohíbe las tareas penosas, peligrosas o insalubres), supuestos en los cuales no es necesario que los adolescentes trabajen durante la mañana y la tarde para la aplicación de esas normas.

La pausa que establece el art. 174 de la LCT, tiene el objetivo de que el adolescente pueda almorzar y descansar durante *dos horas en la mitad de la jornada de trabajo*. Sin embargo, la autoridad administrativa laboral puede autorizar horarios continuos de trabajo, *suprimiendo o reduciendo dicho descanso*, según la extensión de la jornada a que estuviese sometido el trabajador, las características de las tareas que realice o los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a los propios beneficiarios o al interés general ⁽⁷⁰⁾. El *carácter imperativo* de la norma torna indisponible para las partes un acuerdo sobre el particular. Sin embargo, la reducción o supresión podría ser pactada en un *convenio colectivo de trabajo*, ya que se entiende que la homologación de este actuaría como la debida autorización ⁽⁷¹⁾.

Centeno sostiene que la supresión del lapso de descanso “solo” es admisible en los casos de contrato de trabajo a tiempo parcial ⁽⁷²⁾. Carcavallo, por su parte, manifiesta que esta es una exigencia que no figura en el texto legal ⁽⁷³⁾.

(70) En orden a las causales de supresión o reducción del descanso al mediodía puede verse LITTERIO, Liliana Hebe, *Ley de contrato de trabajo: comentada y concordada*, dirigida por Vázquez Vialard, Antonio, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 377/8.

(71) ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 427/8.

(72) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 644.

(73) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 181.

Por mi parte considero que cualquiera de las tres situaciones consideradas por la norma legal pueden originar, a criterio de la autoridad administrativa, tanto la supresión como la reducción del período de descanso, porque la ley no formula distinción alguna. Sin embargo, admito que el supuesto típico, aunque no el único, en el cual el descanso carecería de razón de ser, será aquel en el cual la jornada de trabajo sea menor a la habitual de la actividad en los términos del art. 92 *ter* de la LCT y, por lo tanto, innecesario el descanso a mitad de la jornada.

En otras circunstancias las características de las tareas pueden tornar inconveniente una interrupción de dos horas, v. gr., si esa pausa pusiera en peligro el estado de conservación de la materia prima empleada, la asepsia del instrumental utilizado, o en otras situaciones ⁽⁷⁴⁾.

La norma no considera el eventual *fraccionamiento* del período de descanso, motivo por el cual comparto con Centeno la idea de que no puede prosperar ⁽⁷⁵⁾.

Ahora bien, en el supuesto en que no hubiera mediado la autorización administrativa correspondiente para suprimir el descanso, pero este no se concediera, Vázquez Vialard indica que el trabajador, previa comunicación, está habilitado para *modificar el horario que se le asignó o convino*, a fin de gozar el citado período de descanso (arg. arts. 13, 42, 174 y cc., LCT) ⁽⁷⁶⁾. Esta es, según Etala, la solución que para el descanso semanal y el anual, adoptan los arts. 157 y 207 de la LCT ⁽⁷⁷⁾. Sin perjuicio de reconocer la procedencia de la aplicación analógica de estas normas al supuesto de omisión del otorgamiento del descanso al mediodía, considero que se trata de un derecho cuyo ejercicio es de muy difícil aplicación práctica por parte de los trabajadores adolescentes.

(74) Las exigencias técnicas del trabajo fabril, las características y horarios de funcionamiento de los comercios y de las oficinas, los problemas energéticos y de tránsito en las grandes urbes, son algunos de los factores a tener en cuenta para aplicar este beneficio y a ellos alude visiblemente el art. 174, como afirma CARCAVALLO, Hugo, en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 181.

(75) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 644. CARCAVALLO, Hugo R., en cambio, indica que la exigencia de que el plazo de descanso no es susceptible de fraccionarse no figura en el texto legal, en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 181.

(76) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 280.

(77) ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000., p. 428.

Durante el lapso de descanso *no se devenga remuneración*, porque se trata de un período en que el trabajador no se encuentra a disposición del empleador, sino que puede utilizar el tiempo en su propio beneficio. Estas pausas, por lo tanto, no pueden confundirse con las que se producen en el curso de la jornada, en las cuales el trabajador no dispone de su tiempo, sino que está a disposición de su principal (según se desprende de lo dispuesto en el art. 103, LCT) ⁽⁷⁸⁾.

Centeno agrega que, si la jornada se cumple en forma *ininterrumpida*, la pausa que se otorgue con reducción de aquellas dos horas, si no excede de cierto tiempo —que la ley no prevé y debería resultar de los actos por los cuales se autorice al fijarse el horario continuo—, no debería significar una disminución proporcional del salario a tiempo ni prolongar la permanencia en el trabajo como forma de compensarla. Reconoce empero, que ello no resulta de la ley ⁽⁷⁹⁾.

VI.3.c. Descanso diario, semanal y anual

En orden a la duración mínima del descanso que debe existir entre dos jornadas de trabajo de personas entre 16 y 18 años, resulta aplicable la disposición general contenida en el art. 197, *in fine*, de la LCT, que, con el objeto de proteger la salud de los trabajadores, fija una *pausa no inferior a 12 horas* entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra.

Como vimos, la jornada diaria de los adolescentes, excepción hecha de quienes cuenten con una autorización especial, no puede sobrepasar las siete horas diarias ni extenderse más allá de las trece horas del día sábado (interpretación conforme con el art. 1º, inc. b, decreto 16.115/33).

El Convenio núm. 52 de la OIT sobre vacaciones pagadas, 1.936, ratificado por nuestro país, establece que las personas menores de 16 años, incluidos los aprendices, tendrán derecho, después de un año de servicio continuo, a una vacación anual pagada de *12 días laborales*, por lo menos (art. 2º 2). No se computan a los efectos de las vacaciones los días festivos oficiales o impuestos por la costumbre, ni las interrupciones de trabajo debidas a enfermedad (art. 2º 3).

(78) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 645. En el mismo sentido, PODETTI, Humberto y BANCHS, Ireneo, *Trabajo de mujeres*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1980, p. 62.

(79) CENTENO, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 645.

La nueva redacción del art. 194, conforme con la ley 26.390, se refiere al derecho a vacaciones de las *personas menores de 18 años* (de este modo reemplaza la referencia a los menores de uno u otro sexo que hacía el texto anterior). La norma mantiene el período de licencia anual que otorgaba su antecesora. En efecto, les confiere a los adolescentes un período mínimo de *licencia anual no inferior a 15 días*, en las condiciones previstas en el Título V de la LCT.

Como puede advertirse, la extensión del descanso anual remunerado de los trabajadores menores de 18 años supera solo en un día al lapso mínimo de licencia ordinaria dispuesta para los trabajadores adultos de menor antigüedad en el art. 150 de la LCT pero, supera en 3 días al período mínimo de vacaciones previsto en el mencionado Convenio de la OIT para los trabajadores menores de 16 años.

Entiendo que descansos anuales mayores jugarían en contra de la contratación formal de adolescentes.

Por la remisión que contiene la norma en estudio al Título V de la LCT, se considera que el período de descanso de 15 días es “mínimo y continuado”⁽⁸⁰⁾. Además, como sostiene Etala, a fin de armonizar la norma con lo dispuesto en el citado Convenio núm. 52, a los efectos de determinar la duración de las vacaciones *no deben computarse* los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre⁽⁸¹⁾.

VI.3.d. Horas extraordinarias

Como vimos, el art. 190 de la LCT limita la jornada laboral de los adolescentes, formulando una excepción respecto de los que obtengan autorización administrativa. Por lo tanto, está implícitamente prohibida la realización de horas extraordinarias.

Las horas extra constituyen para los adolescentes un “trabajo prohibido” (art. 40, LCT), por sobrepasar los topes del art. 190, pero estando la

(80) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 226.

(81) ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 476.
No está de más agregar que a fin de *determinar el régimen aplicable*, es decir, si el tiempo de vacaciones debe otorgarse según el régimen especial de las personas menores o el general de los trabajadores adultos, antes de la sanción de la LCT se resolvió que la edad que tuviera el trabajador al comenzar las vacaciones anuales es la que determina su extensión (de acuerdo con lo que entonces disponía el art. 9º del decreto 32412/45): CNAT, Sala I, 23-9-60, “Córdoba, Ramón R. c. Linitipo Argentina, SA”, LL, 100-770.

prohibición dirigida al empleador, aquella característica no hace perder los derechos del trabajador a percibir las remuneraciones que correspondan (art. 42, LCT), es decir, los recargos del art. 201, amén de la sanción que aplique la autoridad administrativa del trabajo ⁽⁸²⁾.

Alguna decisión judicial ha impuesto, asimismo, el recargo del cien por ciento respecto del trabajo suplementario de las personas menores en días hábiles, por aplicación analógica de los arts. 204 y 207, de la LCT ⁽⁸³⁾.

Ahora bien, en orden a la posibilidad de realizar horas extra en *circunstancias extraordinarias*, Carcavallo admite que deben dejarse a salvo de la prohibición general, las situaciones no comunes como son las incluidas en los arts. 89 y 203 de la LCT ⁽⁸⁴⁾.

Fernández Madrid, en cambio, piensa que la salvedad debe hacerse en los supuestos previstos en el art. 89, relativos a “los auxilios que se requieran en caso de peligro grave o inminente para las personas o las cosas incorporadas a la empresa”, pero en cuanto al art. 203, el autor estima que solo será aplicable en los casos en que se vean afectados los mismos valores contemplados en el mencionado art. 89, porque de otro modo podría infringirse en forma duradera o permanente la limitación de la jornada impuesta para los trabajadores menores ⁽⁸⁵⁾. Coincido con esta postura en tanto refleja un mayor grado de protección del trabajador adolescente, ya que tiende a limitar su permanencia en el trabajo fuera de la jornada normal de actividad a supuestos verdaderamente excepcionales.

(82) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 223. En similar sentido, SCBA, 104-90, “Mateo, Mirta Beatriz c. Emili Cappa y Cía, SA”, L. 43978-S, DJBA, 139-17, 90- AyS, 1990-I, 725, citado en *Digesto Práctico La Ley: Ley de contrato de trabajo II*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, sumario N.º 8925. SCBA, 10-4-90, “Oppide, Gustavo F. c. Granja Verónica SA y otro”, DJBA, 138-156, 90- AyS, 1990-I, 259; Cám. Apel. Sala II Laboral, Gualaguaychú, Entre Ríos; 28/04/2016; G., O. A. vs. D. Z., L. O. y otro s. Cobro de pesos, Rubinzal Online; 399 RC J 2433/16. Con nota de LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo de los niños a la luz de un fallo provincial*, Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal-Culzoni, 2017-1, 343.

(83) CARCAVALLO, Hugo R., en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 223, en ese sentido alude al fallo del TTrab. N.º 2, Lomas de Zamora, 23-10-78, “Gómez, Agustín c. Mañe, Oscar”, con nota de MONZÓN, Máximo, *Remuneración del trabajo de menores en exceso de los límites legales*, JT, 1979-49.

(84) CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 223.

(85) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Tomo II, Bs. As., 1990, p. 1897.

VI.3.e. Trabajo nocturno

Recordamos que el Convenio núm. 6 de la OIT sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919, aprobado por ley 11.726 fue ratificado por nuestro país, pero no es del caso ocuparnos ahora de sus reglas por razones de brevedad.

En el marco de la LCT, el art. 190, en su párrafo 3º, prohíbe el trabajo nocturno de las personas menores de 18 años de ambos sexos, entendiéndose por tal el comprendido entre las 20 horas de un día y las 6 horas del día siguiente. Tal prohibición se establece en razón de la evidente inconveniencia de que los adolescentes trabajen durante el período del día naturalmente destinado al descanso.

Sin perjuicio de esta disposición general, el párrafo 3º del art. 190, admite una excepción que ha sido modificada por la ley 26.390 en procura de solucionar las dificultades que presentaba la antigua redacción de la norma.

Recordemos que originariamente el precepto establecía que en los establecimientos fabriles que desarrollaran tareas en tres turnos diarios que abarcaran las veinticuatro horas del día, regía el Título VIII de la LCT (en ese entonces, sobre el trabajo de menores) y el art. 173, última parte de la LCT (correspondiente al trabajo de mujeres), “pero sólo para los menores varones de más de 16 años”. El art. 173 que prohibía el trabajo nocturno a las mujeres había sido derogado por la ley 24013 (art. 26). En su última parte la norma disponía que, en los establecimientos fabriles de trabajo continuo, el período de prohibición absoluta en cuanto al empleo de mujeres se extendía entre las 22 de un día y las 6 horas del día siguiente.

El nuevo párrafo 3º del art. 190 elimina la remisión al art. 173 de la LCT y, además, adecua las edades y los géneros a los nuevos parámetros.

Eso significa que a partir de la sanción de la ley 26.390, claramente, en los establecimientos fabriles que desarrollan tareas en tres turnos diarios que abarcan las veinticuatro horas del día, queda prohibido el trabajo de los adolescentes mayores de 16 años (obviamente, de ambos sexos) entre las 22 horas de un día y las 6 horas del día siguiente.

VII. TRABAJO A DOMICILIO

La prohibición del trabajo a domicilio contenida en el art. 175 de LCT rige con relación a los trabajadores menores de 18 años, conforme lo estipula el art. 191 de la LCT.

El mencionado art. 175 prohíbe el trabajo a domicilio si el adolescente estuviese ocupado en algún local u otra dependencia de la empresa.

La doctrina, en general, coincide en que la finalidad de la norma es la de evitar que el adolescente continúe trabajando en su domicilio una vez agotada su jornada de trabajo y, como consecuencia de ello, se viole el tope máximo de la jornada legal. Es decir, *evitar el recargo de la jornada máxima legal*.

No se le prohíbe al adolescente, en cambio, el trabajo a domicilio reglado por la ley 12.713.

En efecto, su decreto 11.8755/42 (que reglamenta la ley en el ámbito de la Capital), admite como “aprendiz de obrero a domicilio”, a quien siendo mayor de 14 —edad automáticamente elevada a la de 16 años por aplicación de la ley 26.390— y menor de 18 años, está adquiriendo el conocimiento y la experiencia del oficio durante el curso de la producción y bajo la dirección de obreros calificados (art. 2º, incisos h e i).

VIII. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO

El tema de la responsabilidad del empleador por los accidentes y enfermedades del trabajo de las personas menores de 18 años, previsto en el art. 195 de la LCT, siempre dio que hablar.

Dicha norma, en el t. o. por decreto 390/76, establecía una *presunción de culpa del empleador* en determinados casos de accidentes o enfermedades de trabajo sufridos por trabajadores menores.

Muy brevemente recuerdo que distinguía dos hipótesis que podían plantearse *a los fines de las responsabilidades y de las indemnizaciones previstas en la legislación laboral*.

En efecto, frente a un accidente de trabajo o una enfermedad a causa de alguna de las tareas prohibidas o realizadas en condiciones que constituyeran infracción a sus requisitos, se presumía sin admitirse prueba en contrario, que el accidente o enfermedad respondía a la culpa del empleador (párrafo 1º). Existe coincidencia en la doctrina y la jurisprudencia en que esta presunción tenía carácter *iuris et de iure* ⁽⁸⁶⁾. En cambio,

(86) CNAT, Sala IV, 30/3/84, “Sosa, José c. Pugnali, Julio”; LT, XXXII-B, 652, del voto del Dr. Lasarte, quien cita en el mismo sentido a VÁZQUEZ VIALARD, A., “Responsabilidad del empleador por el infortunio sufrido por el trabajador (menor de edad o mujer) como consecuencia de la realización de tareas en infracción a la norma laboral”, J.T.A,

si se reunían las dos condiciones determinadas por el párrafo 2º de la norma (presencia circunstancial del trabajador en el lugar ilícito o prohibido y desconocimiento del empleador de tal situación) el patrono podía acreditar su “falta de culpa”. Se trataba este de un supuesto que delataría una culpa *in vigilando* ⁽⁸⁷⁾ y que tornaba a la presunción de naturaleza *iuris tantum*.

Ahora bien, la ley de riesgos de trabajo 24.557 modificó el régimen de responsabilidad del empleador por accidentes y enfermedades del trabajo, motivo por el cual surgieron dudas interpretativas acerca de la vigencia del mencionado art. 195 que comenzó a regir durante la vigencia de la ley 9.688 y no fue formalmente derogado por aquella ley.

Téngase presente que el art. 39 de la ley 24.557 establece que sus prestaciones eximen al empleador de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y derechohabientes, salvo en el supuesto del art. 1.072 del Código Civil, es decir, el de dolo del empleador.

En esos momentos la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo resolvió que, sin perjuicio del criterio según el cual el art. 195 debía considerarse tácitamente derogado por la ley 24.557, si en el caso concreto se declaraba la inconstitucionalidad de dicho régimen, la norma del art. 195 no podía soslayarse, máxime si se tenía en cuenta que la ley sobre riesgos de trabajo no contiene una disposición expresa que la derogue. Por lo tanto, si el trabajador accidentado era menor de 18 años resultaba aplicable el art. 195, en cuanto preveía la responsabilidad por culpa del empleador por el accidente o enfermedad del trabajador menor, cuando se comprobara que su causa fue alguna de las tareas prohibidas ⁽⁸⁸⁾.

Numerosos pronunciamientos judiciales admitieron demandas fundadas en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, declarando, previamente, la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557. En el mismo sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Aquino” ⁽⁸⁹⁾.

1980-80 y ss; CENTENO, Norberto O., Centeno, Norberto O., *Ley de contrato de trabajo comentada*, López, Justo, Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. As., 1978, p. 686/7; CNAT, Sala III, sentencia 41828, del 17/9/81.

(87) MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1981, p. 122/3.

(88) CNAT, SALA X, 31-7-2000, “Lizarraga, Juan E. c. Streitfeld”, DT, 2000-B-2063.

(89) CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”, Revista de Derecho Laboral, Número Extraordinario 2004, *Fallos recientes de la CSJN*, pág. 69 y ss., con notas de VÁZQUEZ VIALARD, Antonio y ÁLVAREZ, Eduardo.

Con posterioridad al caso “Aquino”, a criterio de Etala se abrió nuevamente la posibilidad de aplicar el art. 195 de la LCT y la promoción de acciones que persiguieran la reparación integral de los daños sufridos por el damnificado ⁽⁹⁰⁾. Respecto de esta postura, asumida a partir de la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1º del mencionado artículo 39, Ackerman apuntó que significó una suerte de “resucitación” de la norma ⁽⁹¹⁾.

Por mi parte pienso que si bien el art. 195 estaba formalmente vigente, *no encontraba posibilidad efectiva de aplicación* en el régimen actual de reparación de infortunios laborales, pues el sistema de responsabilidad de la ley de riesgos de trabajo prescinde totalmente de la idea de culpa. Es cierto que este sistema no logró clausurar totalmente el acceso a la vía civil (prueba de ello son los numerosísimos pronunciamientos judiciales apuntados que han hecho lugar a demandas fundadas en los arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557). Pero, en estos casos, el *ingreso a la vía civil sería directo* (esto es, por aplicación de las normas que protegen a todos los habitantes, sean o no trabajadores) y no por reenvío de las normas laborales (como ocurría en los regímenes de las leyes 9.688 y 24.013), de manera que no podría hablarse ya de “responsabilidad e indemnizaciones *previstas en la legislación laboral*”.

Al modificarse la LCT a través de la ley 26.390 se procuró despegar al art. 195 de los eventuales cuerpos normativos generales que regulen los accidentes y enfermedades del trabajo, a fin de que su aplicación no se vea condicionada por el régimen de turno. Muestra de ello es la eliminación de la parte inicial de la norma: “A los efectos de las responsabilidades e indemnizaciones previstas en la legislación laboral”.

El art. 195 de LCT constituye una norma específica dentro de un tema amplio, regulado por un régimen general que no se ocupa en forma diferenciada de los infortunios del trabajo de las personas menores de 18 años. Los accidentes de trabajo de estas personas a causa de la “realización de lo prohibido”, configuran una situación especial que requiere

(90) ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*, Astrea, Bs. As., 2.005, ps. 510.

Con anterioridad al pronunciamiento del Alto Tribunal, ETALA, Carlos Alerto, en *Contrato de Trabajo*, Astrea, Bs. As., 2002, ps. 430/1, entendía que el art. 195 había sido tácitamente derogado por la ley 24.557.

(91) ACKERMAN, Mario E., *Un retorno “aggiornado”: El nuevo artículo 195 de la LCT*, La relación de trabajo, Libro Homenaje al Profesor Jorge Rodríguez Mancini, Coordinadores: Ackerman, M. y Sudera, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 523.

una protección también especial y que pone en funcionamiento presunciones especiales. Téngase en cuenta que en la ley 24.557 no hay presunciones de esa naturaleza.

El reformado artículo 195 regula a los accidentes y enfermedades originados en una “situación especial” que tiene que ver con la violación de lo prohibido en el trabajo, circunstancialmente o no y sin o con conocimiento del empleador. Instala diferentes presunciones, que generan responsabilidades distintas, cuando es el propio empleador quien facilita las tareas o se extralimita en las condiciones de trabajo, y cuando este ignora la situación irregular en la que ocasionalmente se encuentran sus trabajadores aun cuando incurra en responsabilidad “in vigilando”.

El párrafo 1º de la norma, en su texto conforma a la ley 26.390, dispone que en los casos en que se compruebe que la causa del accidente o la enfermedad del trabajo fuese alguna de las *tareas prohibidas* respecto de los trabajadores incluidos en el Título VIII de la LCT, o efectuada en *condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos*, el accidente o la enfermedad se considerará como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos del art. 1072 y concordantes del Código Civil, referentes al delito civil, sin admitirse prueba en contrario (presunción de carácter *iuris et de iure*).

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial es dable considerar que a los efectos del artículo 195, la referencia al artículo 1.072 y concordantes del Código Civil debe entenderse reemplazada por el art. 1.724 última parte y concordantes de dicho ordenamiento, que define al dolo de manera similar (no idéntica) al mentado art. 1.072, aunque no utiliza la denominación delito. En los términos del citado artículo 1.072 el acto ilícito ejecutado “a sabiendas y con intención de dañar” la persona o los derechos de otro se llama delito y el artículo 1.724 del ordenamiento civil y comercial establece que el dolo se configura por la producción de un daño “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. La finalidad que tuvo el legislador de la ley 26.390 al modificar al art. 195 de la LCT y responsabilizar civilmente al empleador es la de reconocer la reparación total de los daños causados a la persona menor, y ese efecto produce el dolo en ambos complejos normativos.

Comparto con Ackerman que si un niño o un adolescente sufre un daño personal como consecuencia de haber estado trabajando en lugares, tareas o condiciones prohibidas, su empleador será civilmente responsable como si el daño hubiera ocurrido dolosamente causado por él, esto es, *a conciencia e intencionalmente*, en cuya hipótesis no solo

deberá reparar plenamente el daño causado al trabajador, o a sus derechohabientes, según el caso, sino también estará sujeto a una *acción de recupero por la aseguradora* que hubiera otorgado las prestaciones impuestas por la ley 24.557, pues más allá de la previsión del apartado 5° del art. 39 de esta última, ella será en tal caso un damnificado indirecto de aquella acción u omisión que el art. 195 presume causante del daño ⁽⁹²⁾.

Ahora bien, el párrafo 2° del reformado artículo 195 establece que en los casos en que el accidente o la enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse “circunstancialmente” el trabajador menor en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia y que, además, eso ocurra “sin conocimiento del empleador”, este podrá probar su *falta de responsabilidad* (presunción “*iuris tantum*”). Como puede observarse, con mejor precisión conceptual que la de su precedente normativo, el párrafo 2° del art. 195 permite que el empleador se exima de responsabilidad acreditando esos dos extremos concurrentes ⁽⁹³⁾.

La nueva redacción de dicho párrafo separa la operatividad de la presunción *iuris tantum* del concepto de “culpa” al que se refería el mismo párrafo del antiguo artículo 195. Consecuentemente, el empleador podrá demostrar, v. gr., la responsabilidad del trabajador adolescente, de un tercero por quien no debe responder o la existencia de un caso fortuito.

De todos modos, coincido con Ackerman en que, al igual que en los términos de la redacción anterior, no bastará al empleador probar su falta de conocimiento, pues precisamente por su posición jerárquica y el consiguiente monopolio del ejercicio de las facultades de organización, dirección y disciplinaria, él deberá demostrar, también, que obró con la debida diligencia, de acuerdo con las circunstancias del caso, para que tal presencia circunstancial no se produjera ⁽⁹⁴⁾.

(92) ACKERMAN, Mario E., *Un retorno “aggiornado”: El nuevo artículo 195 de la LCT*, La relación de trabajo, Libro Homenaje al Profesor Jorge Rodríguez Mancini, Coordinadores: Ackerman, M. y Sudera, Alejandro, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 523.

(93) ACKERMAN, Mario E., *Un retorno “aggiornado”: El nuevo artículo 195 de la LCT*, La relación de trabajo, Libro Homenaje al Profesor Jorge Rodríguez Mancini, Coordinadores: Ackerman, M. y Sudera, Alejandro, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 523.

(94) ACKERMAN, Mario E., *Un retorno “aggiornado”: El nuevo artículo 195 de la LCT*, La relación de trabajo, Libro Homenaje al Profesor Jorge Rodríguez Mancini, Coordinadores: Ackerman, M. y Sudera, Alejandro, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 523.

IX. CERTIFICADO MÉDICO Y RECONOCIMIENTOS PERIÓDICOS

El art. 188 de la LCT dispone que el empleador debe exigir un *certificado médico* que acredite la aptitud de la persona menor para el trabajo, de la misma manera que se exige una edad mínima. En tanto la disposición no exige que el certificado deba ser extendido por un médico de una institución oficial, entiendo que resulta procedente el de un profesional particular.

El mismo artículo exige que se someta al adolescente a *reconocimientos médicos periódicos*, según lo prevean las reglamentaciones respectivas. Cabe aclarar que las reglamentaciones específicas nunca fueron dictadas y deberían emitirse. Hasta tanto se proceda a ello rigen las disposiciones aplicables a todos los trabajadores (ley 19.587 y decretos reglamentarios y art. 75 de la LCT), pero considerando que no es igual el grado de desarrollo sicofísico de los trabajadores menores ⁽⁹⁵⁾.

En este contexto es importante destacar que la certificación médica preocupaciones y los exámenes médicos periódicos necesariamente deben abarcar tanto la aptitud física, como la psicológica del adolescente involucrado. Obviamente, estas exigencias médicas no se cumplen en el trabajo informal, que abunda en la Argentina.

X. DEROGACIÓN DEL AHORRO OBLIGATORIO

Tras una trayectoria plagada de críticas, los artículos 192 y 193 de la LCT fueron derogados por la ley 26.390. Estas normas, que obligaban al empleador a depositar un porcentaje de la remuneración del trabajador de 14 a 16 años en una cuenta de ahorro especial a gestionarse en la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, hacía tiempo que se habían transformado en previsiones desactualizadas y en desuso. Se trata de normas que no eran eficaces pues perjudicaban a los trabajadores menores a quienes pretendían proteger, sin perjuicio de las bondades del ahorro en otras circunstancias ⁽⁹⁶⁾.

(95) Al respecto, ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 470. CARCAVALLO, Hugo R., *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 228.

(96) El análisis de estas normas ahora derogadas puede verse en, LITTERIO, Liliana Hebe, *Ley de contrato de trabajo comentada y concordada*, dirigida por, VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Rubinzal-Culzoni Editores, Sana Fe, 2.005, Tomo II, p. 535 y ss.

XI. PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL. TRABAJOS PELIGROSOS

XI.1. Las actividades delictivas como “peores formas de trabajo infantil” del Convenio 182

Las “peores formas de trabajo infantil”, consideradas tales por la OIT hasta los 18 años (en nuestro derecho laboral se trata de infantil y adolescente), comprenden las indicadas en los cuatro incisos del art. 3° del Convenio núm. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. La lucha contra tales modalidades deleznable de explotación debe encararse de manera *urgente y eficaz*.

El mencionado Convenio núm. 182, que fue rápidamente ratificado por un número extraordinario de países y *es el único de los tratados de la OIT que alcanzó la ratificación de todos los Estados miembros* ⁽⁹⁷⁾, es desconocido por gran parte de las personas dedicadas al Derecho del Trabajo.

En sus tres primeros incisos el mencionado art. 3° define las peores formas de trabajo infantil “incondicionales”, aquellas que afectan los derechos humanos más elementales. La última de esas formas apunta a las tareas peligrosas (de las que me ocupó en el próximo apartado), que el tratado no determina, sino que deja en manos de cada país la fijación de los trabajos previstos en el inciso d), de acuerdo con sus circunstancias particulares.

Las tres primeras peores formas que comprende el Convenio de referencia se consuman en el contexto de actividades delictivas deplorables y afectan gravemente a las personas menores involucradas. Esas formas configuran delitos contra la libertad individual, la integridad sexual y otras actividades ilícitas, particularmente las vinculadas a la producción y el tráfico de drogas (el artículo 3° brinda mayores precisiones).

Tales delitos en nuestro país son castigados por el Código Penal (actualizado), la ley de trata de personas 26.364 con las modificaciones introducidas por su similar 26.842, la ley de estupefacientes 23.737 y otras normas nacionales, además de existir una pluralidad de normas

(97) Sobre el particular puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros lugares, *El trabajo infantil en la pandemia a propósito de la ratificación universal del Convenio 182 de la OIT sobre sus peores formas*, DT, N.º 6, noviembre 2020, p. 36.

internacionales en la materia, de ninguna de las cuales nos ocupamos ahora en honor a la brevedad.

Sin embargo, en la Argentina hay muchas personas menores de 18 años explotadas en actividades delictivas varias. La realidad apabullante, a la que muy escuetamente me refiero en el acápite XII y que tiene que ver con el trabajo forzado en general, el trabajo doméstico esclavo, la prostitución, el abuso sexual en sus distintas formas, la venta de drogas, etc., da cuenta clara de ello.

XI.2. Las tareas peligrosas del Convenio 182 de la OIT y de la LCT

El Convenio núm. 138 de la OIT establece que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar *peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de las personas menores*, no debe ser inferior a los 18 años. Excepcionalmente, admite la edad de 16 años, siempre que queden garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes y que hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad pertinente (art. 3º).

La LCT, en su art. 191, remite a las previsiones de su art. 176, prohibiendo a las personas menores de 18 años la realización de *tareas penosas, peligrosas e insalubres*, y encomienda su determinación al Poder Ejecutivo (párrafo 2º). Nunca se llevó a cabo la determinación de las tareas prohibidas en los términos de esta norma. Podría recurrirse a antiguas normas vigentes, pero con enumeraciones agotadas por el transcurso del tiempo (se trata de los arts. 10 y 11 de la ley 11.317 que se ocupan de la prohibición, en particular, de ciertas tareas peligrosas e insalubres; no así de las penosas)⁽⁹⁸⁾.

Ahora bien, el tema planteado por el art. 176 de la LCT se relaciona con las previsiones del Convenio núm. 182, que compromete a los Estados a determinar las actividades que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleven a cabo es probable que dañen la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, de acuerdo con las circunstancias propias de

(98) Precisiones sobre los arts. 9º, 10 y 11 de la ley 11.317 y los decretos reglamentarios, pueden verse en LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros estudios, *El trabajo infantil y adolescente en la Argentina. Las normas y la realidad*, Errepar, Buenos Aires, 2010, p. 314 y ss. Corresponde señalar que la ley 18.609 prohíbe el trabajo de las personas menores de 18 años (y de las mujeres) en la fabricación y manipulación de cualquier materia tóxica (art. 3º).

cada país (art. 3º, inc. d). Cabe señalar que a pesar de haberse estudiado cuidadosamente la temática siguiendo las instancias planteadas por la Recomendación núm. 190 que complementa a dicho tratado, al tiempo de sancionarse la ley 26.390 estaba sujeto a consideración el proyecto de decreto que fijaba las tareas prohibidas en los términos de dicho tratado, motivo por el cual la comisión de elaboración del anteproyecto de dicha ley estimó inconveniente incursionar en la identificación de las actividades que veda el mencionado art. 176.

Independientemente de ello, por mi parte siempre pensé que, a la hora de fijar tales tareas, lo deseable sería que el Poder Ejecutivo dispusiese expresamente que las ocupaciones “peligrosas” prohibidas a las personas menores de 18 años en los términos del citado Convenio núm. 182, también constituyen las tareas penosas, peligrosas e insalubres que prohíbe el art. 176 de la LCT. De ese modo se cumpliría con una obligación de carácter internacional y otra de orden interno, ambas postergadas. Eso no ocurrió.

En efecto, después de mucho esperar llegó el valorable decreto 1.117/2016, que efectivamente establece las tareas prohibidas en los términos del art. 3º, inc. d) del citado convenio. Eso sí, continúa faltando el listado de las tareas mencionadas por el artículo 176 de la LCT, sin perjuicio de lo cual por mi parte considero que, pasados 50 años de la sanción de la LCT sin reglamentarse esa norma, puede entenderse que el vasto listado de “tareas peligrosas” (como las denomina la OIT) que enumera el decreto 1.117/2016 las abarca a todas ellas. A esta altura de las circunstancias no es necesario otro listado. La multiplicación de enumeraciones no multiplica la protección, sino que puede llegar a entorpecerla.

Téngase en cuenta que como todo contrato de trabajo cuyo *objeto vulnera las prohibiciones legales*, el celebrado con el objetivo de que el niño o adolescente realice cualquiera de las tareas prohibidas, encuadra en la disposición del art. 40 de la LCT y acarrea las consecuencias previstas en el art. 42 del mismo cuerpo normativo.

Al margen de las normas, las diversas tareas hostiles realizadas en la práctica en verdad impresionan. De ninguna manera se *trata solamente de una fría lista normativa de trabajos calificados como peligrosos*, que en sí mismos o por las condiciones en que se presten puedan afectar la salud, la seguridad o la moralidad de las personas menores, sino de *niños que los realizan a diario*. El listado elaborado por nuestro país debería ser obligatoriamente revisado en forma periódica (la norma habla de examen de la lista cada 3 años).

XII. LA REALIDAD FRENTE A LAS NORMAS

Hasta acá hemos visto a la LCT y sus normas reformadas por la ley 26.390, además de las normas internacionales.

Ahora, trataremos de introducirnos mínimamente en la realidad que es amplia y abrumadora y explota a las personas menores con diferentes grados de visibilidad social ⁽⁹⁹⁾.

A algunos niños los vemos mientras llevan a cabo actividades *absolutamente visibles*, aunque, a veces los integrantes de la sociedad las convierten en invisibles sencillamente porque se niegan a verlas. Así, se los puede observar en las calles, entre los 5 y los 14 años, mientras venden flores, pañuelos descartables, bolígrafos, alfajores industriales, medias u otros productos que normalmente los adultos que los explotan adquieren a precios por mayor y se los proporcionan. Limpian los parabrisas de los vehículos, abren las puertas de los taxímetros y los más grandes se quedan a “cuidar” autos. Estos últimos hacen malabares u otro tipo de “shows” en los semáforos, con frecuencia, revoleando naranjas por los aires. También a muchos niños se los ve mendigando en las calles o en los subterráneos, colectivos y estaciones de ferrocarril, y aunque esa no es estrictamente una forma de trabajo, indudablemente es una de las peores formas de explotación.

Asimismo, se los ve públicamente en las redes sociales, mientras trabajan como *youtubers*, *influencers* y *streamers gamers*.

Otras actividades las realizan en forma *menos visible*. Por ejemplo, cuando trabajan en los basurales de algunas provincias, donde en ocasiones mueren aplastados por un camión recolector (así, ocurrió, v. gr., en la ciudad de Paraná y de Jujuy). Esos niños, además de rescatar algún elemento reciclable para vender, comen de la basura en el mismo lugar en que la encuentran.

También lo hacen en asentamientos próximos a la vivienda familiar. En ocasiones colaboran con sus propios padres en la realización de trabajos pesados de jardinería en jornadas prolongadas, al rayo del sol o en el crudo invierno. De manera similar lo hacen en distintos tipos de trabajos rurales, en la Mesopotamia, en el norte del país y en la Provincia de Buenos Aires ⁽¹⁰⁰⁾.

(99) Eso, más allá de las estadísticas que se esfuerzan en transmitir cifras, tantas veces estimativas, porque el trabajo infantil prohibido es clandestino, sobre todo en sus “peores formas”.

(100) Vale aclarar al respecto que APARICIO, Susana, Investigadora del CONICET, en una entrevista me manifestó que gracias a la tecnología unas cuantas formas de tra-

Del mismo modo, trabajan en aserraderos, sobre todo en el interior de la Argentina, ayudando a sus padres incluso en el manejo de las máquinas. Asimismo, se desempeñan en servicios de tipo comercial en talleres clandestinos dedicados a la confección de calzado o de elementos de electricidad y otros talleres improvisados dentro de la propia vivienda.

Se los explota, además, en los microemprendimientos de “olería”. En la producción de ladrillos trabajan todos los integrantes de la familia desde los 5 años; los más pequeños comienzan con tareas de canteado, apilado y carga de camiones y, a medida que crecen, realizan el paleo del barro y hasta participan del proceso de cocción, con exposición al calor e intensas radiaciones (v. gr. en el Conurbano Bonaerense o en la Provincia de Córdoba).

Los niños aborígenes trabajan en distintas actividades, como recolección de agua y leña, cultivo de la tierra, pesca, en los ámbitos donde viven y a veces interpretan instrumentos musicales para los turistas ⁽¹⁰¹⁾.

Es bueno aclarar que las grandes empresas no contratan niños, ni tampoco adolescentes en forma irregular ⁽¹⁰²⁾, aunque sí normalmente lo hacen las cadenas de valor de esas empresas (distribuidores, contratistas, etc.).

De *manera invisible* trabajan a puerta cerrada en el propio hogar (103), v. gr., a través del cuidado de la casa y de los hermanos o de los adultos enfermos cuando los padres salen a trabajar, o de la preparación de alimentos que después proceden a vender, trabajos todos estos no remunerados y abundantemente utilizados. Se los explota invisiblemente, asimismo, en hogares de terceros donde el riesgo aumenta considerablemente, configurando situaciones consideradas de “trabajo infantil doméstico propiamente dicho” (es decir, en casas de terceros). En esta actividad suelen ser víctimas de trata y trabajo esclavo ⁽¹⁰⁴⁾.

bajo agropecuario disminuyeron, v. g., por el uso de máquinas vibradoras que arrojan el fruto de los árboles en redes, o la cosecha automatizada de yerba mate por parte de algunas empresas.

(101) Al respecto puede verse en LITTERIO, Liliana Hebe (directora), *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, La Ley, Buenos Aires, 2024, LITTERIO, Liliana Hebe, p. 40 y sgte.

(102) Muchas forman parte de la “Red de Empresas contra el Trabajo Infantil”.

(103) Más allá de la colaboración esperable del niño para con su familia, la que resulta beneficiosa para su desarrollo y maduración personal.

(104) Sobre el tema ver, KANE, June, OIT/IPEC, *¿Ayudantes o esclavos?: Comprender el trabajo infantil doméstico y cómo intervenir*, Ginebra, 2.004, p. 7 y ss. 15 y ss. y 71 y ss.;

Con frecuencia son invisiblemente explotados en el marco de otras actividades delictivas aberrantes ⁽¹⁰⁵⁾.

En el inmenso conjunto de modalidades deplorables que generan trabajo forzoso, entre muchos, se presenta el caso de los yerbales misioneros donde durante muchos años los niños han sido sometidos a la ingrata actividad de la tarea, junto a sus familiares adultos. Y, entre tantos accidentes fatales que se fueron reportando, además de adultos, han muerto niños, como ocurrió con uno de 12 años y adolescentes tareferos, como sucedió con uno de 17 años ⁽¹⁰⁶⁾. Esto, por dar solo unos pocos ejemplos de sometimiento.

Otro ejemplo de muerte de un niño pequeñísimo, de seis años apenas, como consecuencia de la explotación laboral, fue el ocurrido en una granja avícola de Exaltación de la Cruz, que se produjo en el contexto de un trabajo familiar prestado en condiciones de hacinamiento y sujeción extrema ⁽¹⁰⁷⁾.

No está de más agregar en este espacio que, afortunadamente, algunos casos llegan a los estrados de la justicia penal, v. gr., un caso de reducción a servidumbre de un niño explotado desde los 10 hasta los 17 años, en que pudo escapar ⁽¹⁰⁸⁾.

LITTERIO, Liliana Hebe, *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, Ed. La Ley, Bs. As., 2024, p. 157 y ss.

(105) Entre otros lugares, en LITTERIO, Liliana Hebe (directora), *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, La Ley, Buenos Aires, 2024, ver LITTERIO, Liliana Hebe, p. 43 y ss. y DANUSSI, Alejandro, p. 327 y ss.

(106) Ocurridos en 2013, según GALMARINI, Miguel, *Niño de 12 años es el séptimo muerto por la tragedia de los tareferos*, 22/6/2013, Misiones Online, <https://misionesonline.net/2013/06/22/ni-o-de-12-a-os-es-el-s-ptimo-muerto-por-la-tragedia-de-los-tareferos/>, fecha de consulta:

15/2/2024. Y en 2015, según Noticias de la calle, *Tras la muerte de un menor en un yerbal, tareferos solicitan más controles*, 5/5/2015, disponible en: https://www.noticiasdela calle.com.ar/Noticia-archivo_2015-05-05_2_84410_Tras-la-muerte-de-un-menor-en-un-yerbal-tareferos-solicitan-mas-controles.html, fecha de consulta: 15/2/2024.

(107) LITTERIO, Liliana Hebe, *Trabajo infantil rural: el control insuficiente frente a la explotación intolerable*, DEL, N.º 305, enero/2011, p. 22; Idem, *El trabajo infantil rural (un tiempo después del niño muerto)*, DT, LXXI, mayo 2011, p. 1053.

(108) Ver, CFed. Casación Penal, Sala II, 20/02/2020, "G. F. I. s/ recurso de casación", DPyC, 2020 (julio), 95, Cita Online: AR/JUR/1037/2020, con nota de BIANCHI, Luciano, *Reducción a la servidumbre: subsunción jurídica de los hechos*, DPyC 2020 (julio), 08/07/2020, 100; cita online: AR/DOC/946/2020 y de LITTERIO, Liliana Hebe, *Reducción de un niño a servidumbre para forzar-*

Entre las formas de trabajo forzado, muchas veces prestado en condiciones de servidumbre, esclavitud y trata de personas, figura el *comercio y abuso sexual* sobre todo de personas menores del sexo femenino, aunque también incluye a los varones.

Desde hace años se practica la *explotación sexual comercial infantil*, que entre sus modalidades encuentra, además de la prostitución lisa y llana, la comercialización de videos, fotografías y archivos de sonido de carácter prohibido con personas menores, a veces a nivel individual y otras por medio de redes internacionales de pederastas que tienen ramificaciones en el país. En los últimos tiempos ha proliferado, precisamente, a través de las modernas tecnologías que irrumpieron de la mano de la revolución 4.0 y, decididamente, facilitaron los abusos en función del anonimato que proporcionan y la fluidez en las comunicaciones ⁽¹⁰⁹⁾. De hecho, en el contexto de un operativo internacional iniciado hace unos años contra la explotación sexual de personas menores, se advirtió que lamentablemente la Argentina es uno de los países con mayor consumo de explotación sexual infantil ⁽¹¹⁰⁾. Actualmente, hasta se recurre a la *inteligencia artificial*, que complica la determinación de la presencia de niños reales en las aberrantes escenas pornográficas ⁽¹¹¹⁾.

Asimismo, algunas redes de trata se ocupan de difundir *el turismo sexual infantil* en los lugares de nuestro país en que se asientan extranjeros interesados en su consumo.

Qué no decir de la utilización de niños y adolescentes en la *venta* (desde una especie de garita a la que llaman búnker), la *oferta* y el *tráfico*

lo a trabajar. Una sentencia infrecuente frente a comportamientos frecuentes, LA LEY 24/09/2020, 24/09/2020, 6, Cita Online: AR/DOC/3078/2020.

(109) Sobre el particular puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo infantil en plena revolución 4.0*, DT 2022 (septiembre), 23; TR LALEY AR/DOC/2437/2022.

(110) Juan Bautista Mahiques, Fiscal General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires Télam, Operativo internacional: 30 detenidos en Argentina por abuso sexual infantil, 30/6/2022, el informe sobre el operativo se encuentra disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202206/597112-operativo-14-provincias-red-trafico-abuso-sexual-infantil.html>, fecha de consulta: 1/7/2022.

(111) Entre otras fuentes de información ver la novedosa investigación de CRAWFORD, Angus y SMITH, Tony, *Investigación BBC: el comercio ilegal de imágenes de abuso sexual infantil generadas por Inteligencia Artificial*, 29/6/2023, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articles/c1vzyevl0nro>, fecha de consulta: 18/7/2023; puede verse también, FAHSBENDER, Federico, *Aberrante: detuvieron a un conocido streamer por tenencia de material pedófilo*, 24/5/2024, Infobae, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2024/05/24/aberrante-detuvieron-a-un-conocido-streamer-por-tenencia-de-material-pedofilo/>, fecha de consulta: 25/5/2024.

de estupefacientes que los convierte en auto consumidores. Estos conocidos *soldaditos de la droga*, que en verdad son, como por mi parte los denomino, “soldaditos del espanto”, son utilizados por las redes mafiosas a lo largo del país, por ejemplo, en las provincias de Santa Fe, Córdoba, Mendoza, Catamarca y Buenos Aires. En definitiva, gran parte de quienes indirectamente terminan involucrados en el cruel negocio de la droga son solo niños. No juegan a los soldaditos, sino que los narcotraficantes juegan con sus vidas y no les importa. También han muerto niños en el entorno de ese negocio descarnado (uno de ellos mientras “cuidaba” la casa de un narcotraficante) ⁽¹¹²⁾.

Aun cuando la mayoría de esta clase de casos no arriba a los estrados de los tribunales laborales, los que constituyen comportamientos delictivos en ocasiones sí llegan a la justicia penal, tal como ha quedado en evidencia a lo largo de este breve estudio.

XIII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Los niños explotados en un sin fin de actividades no reclaman ni protestan. Es muy sencillo avasallarlos en sus derechos y convertirlos en personas vulneradas. En nuestro país el trabajo infantil está ahí, “siempre presente”. *Esos niños no siempre dan “presente” en las escuelas, pero sí en el trabajo.*

Por eso: *¡Actuar ahora: poner fin al trabajo infantil!* ⁽¹¹³⁾, es un llamado desesperado de la OIT. Este es el llamado del año 2021, hubo otros, antes y después.

Las causas de ese tormento son múltiples y de diversos órdenes, pero la principal “culpable” es la pobreza, que camina de la mano del desempleo adulto y sumerge a los más pequeños en el trabajo, los aleja de la escuela y, como lógica consecuencia, deteriora su salud, los divorcia del juego y de la sana recreación.

(112) Puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo infantil frente a la droga*, Revista Jurídica Argentina, La Ley, 25/3/2009, Volumen: 2009- A, p. 1113-1117 y La Ley Online Derecho del Trabajo, Año 4, N.º 595, 5/10/2008; Idem, *Soldaditos de la droga. Una de las peores formas de explotación infantil en la Argentina*, DT, 2016 (enero), p. 3; Idem, *Los niños soldados en la Argentina*, Infobae, 27/2/2018.

(113) OIT, disponible en: <https://www.ilo.org/ipecc/Campaignandadvocacy/wda-clang--es/index.htm>, fecha de consulta: 3/12/2023.

Para detenerlo se requiere la participación de múltiples actores sociales, comenzando por los gobiernos e incluyendo a los propios padres. Las organizaciones de trabajadores y empleadores son interlocutores claves en el diálogo con los gobiernos sobre esta cuestión.

Recuerdo que en 2019 la Asamblea General de las Naciones Unidas reafirmó la Resolución General del 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, en la que adoptó un conjunto de *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y metas universales y transformadoras*. En ese contexto también reafirmó el compromiso de los Estados Miembros, asumido en aquel momento, de adoptar de inmediato medidas eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil (en 2015) y, además, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas a más tardar en 2025.

El tiempo pasa y el 2025 llegó (el 2030 está próximo) y “muchas cosas siguen sin hacerse”. *Sacar a la luz la explotación infantil es imprescindible para evitar que continúe descansando tapada en la oscuridad*. Pero, más importante todavía *es actuar en consecuencia*. Solo con normas no se avanza, especialmente si no se cumplen.

Si bien remito al lector a otro lugar en el que desarrollo acabadamente las medidas concretas que a mi parecer “están esperando” ser adoptadas ⁽¹¹⁴⁾, no puedo soslayar sintetizar algunas de ellas ahora. Por ejemplo, la *necesidad imperiosa* de: modificar la norma penal (art. 148 *bis* del Código en la materia) que castiga el aprovechamiento económico del trabajo infantil prohibido; poner atención en el aluvión de imágenes realistas de IA que puede entorpecer el proceso de identificación de las víctimas reales del abuso sexual infantil (la conocida como pornografía); regular la actividad de *influencers*, *youtubers* y *streamers gamers*, del teletrabajo adolescente y de la capacitación digital ⁽¹¹⁵⁾; reforzar la tarea de inspección; proceder al registro informático de las autorizaciones para trabajar, y de las inspecciones, denuncias, procesos penales, escolarización y estado de salud de personas menores que trabajan; determinar las formas peligrosas de trabajo doméstico y mantener actualizado el listado de tareas peligrosas; actuar frente a la explotación en el narcotráfico; crear más espacios de cuidados en el agro; prohibir el

(114) Ver, LITTERIO, Liliana Hebe, en *Los múltiples aspectos del trabajo infantil y adolescente. Enfoques jurídico y pragmático*, Ed. La Ley, Bs. As., 2024, p. 49 y ss.

(115) Sobre el tema ver, LITTERIO, Liliana Hebe, en LITTERIO, Liliana Hebe y GUI-SADO, Héctor César, *Teletrabajo*, Ed. LA LEY, 2024, p. 277 y ss.

trabajo infantil y adolescente en basurales; atender el cumplimiento de las condiciones de salud y educación de los niños y adolescentes trabajadores; facilitar la inclusión social de las familias y la inserción laboral de jóvenes y adultos en el sistema productivo y el trabajo decente; desplegar las herramientas de la Seguridad Social y promover la negociación colectiva para contribuir a estos fines.

La *prevención* orientada a la *reducción progresiva* del trabajo infantil prohibido y adolescente ilegal —comenzando por sus peores formas— y por qué no, con miras a su erradicación (es decir, que no quede ni un solo niño trabajador contra las reglas de nuestro país), no debería convertirse en un “sueño inalcanzable”.

Eso sí, no son épocas de diagnósticos y mucho menos de declamaciones, *es tiempo de acción*, porque *no hay soluciones mágicas*.

Esos niños, que no son los nuestros ni tienen un rostro visible, igualmente nos miran, con una cuota de esperanza. Deberíamos sentir vergüenza, responsabilidad y compromiso colectivos.

Por eso, este breve trabajo aspira a ser, más allá de la ley, una puerta abierta a la desesperante realidad descrita, junto a un impostergable llamado a la acción sostenida para que aquella se cumpla en toda su dimensión.

LAS SANCIONES POR RAZONES DISCIPLINARIAS

POR OSVALDO A. MADDALONI

I. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), las disposiciones del Código de Comercio reformadas por la ley 11.729 —que reglamentaban el contrato de empleo de los trabajadores del comercio, y servían como esquema regulatorio para otros sectores— no hacían ningún tipo de referencia expresa al poder disciplinario del empleador.

Es cierto que existen manifestaciones genéricas sobre suspensiones tanto en el reformado artículo 157 del Código de Comercio (punto 3) como en el artículo 66 del decreto 33302/45. Sin embargo, según Deveali ⁽¹⁾, debe concluirse que salvo algunas disposiciones especiales ⁽²⁾ el único recurso del que disponía el empleador para ejercer su facultad disciplinaria eran la amonestación, llamada de atención o apercibimiento.

Con la sanción de la LCT en 1974 se receptan los antecedentes jurisprudenciales en la materia y se regula esta, admitiéndose —entre otras— la posibilidad de las suspensiones disciplinarias ⁽³⁾.

(1) DEVEALI Mario, “Lineamientos de Derecho del Trabajo, TEA, Bs. As. 1956, p. 280/81.

(2) Al respecto el Estatuto del periodista profesional (ley 12908) establece en su artículo 41: “Ningún empleado podrá ser suspendido en el desempeño de sus tareas, sin retribución pecuniaria, por un plazo mayor de treinta días (30) dentro del término de 365 días. Toda suspensión deberá estar debidamente documentada y notificada por escrito al interesado, con detalle de las causas invocadas por el principal para la aplicación de tal medida disciplinaria. La resolución del empleador podrá ser recurrida por el empleado dentro de los cinco días de notificada ante la comisión paritaria. Si la resolución fuera revocada, el empleador deberá pagar íntegramente las remuneraciones devengadas”.

(3) Es importante destacar que la exigencia de la notificación fehaciente surge del artículo 66 del dto. 33302/45 y la de la justa causa y el plazo fijo surgen del plenario “Díaz Florentino c/ Caminos Manuel” del 8/4/1948 (DT 1948-177).

II. EL PODER DISCIPLINARIO DEL EMPLEADOR

El funcionamiento de toda empresa supone un contexto de organización y orden sin los cuales la actividad productiva se torna muy dificultosa o directamente imposible. De esta facultad de organización, establecida por el artículo 64 de la LCT, surge la facultad de dirección que establece el artículo 65 de dicha normativa. Si se lee este con detenimiento se observará que hay un primer límite a la forma en que el empleador puede usar ese poder ya que lo condiciona a ejercerlo “con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”. Es decir, que más allá de atender a los fines de la empresa, el empleador debe no solo preservar sino mejorar los derechos del trabajador.

Otorgada esta facultad, y ante incumplimientos del trabajador, el empleador tiene derecho a sancionar esas inconductas. Pero no puede hacerlo de manera arbitraria ya que la propia ley le impone serias limitaciones. La ley lo autoriza a aplicar sanciones siempre que las mismas sean proporcionadas a las faltas o incumplimientos (art. 67 LCT). Además, deben ser contemporáneas a su comisión, expresar la causal, tener plazo fijo y notificarse por escrito (art. 218 LCT), excluyéndose como sanciones las multas y la modificación de las condiciones de trabajo.

El deber de obediencia del trabajador es la contrapartida del poder de dirección del empleador en el marco del contrato laboral. Y en la medida que dicho poder existe el trabajador está obligado a seguir las órdenes de aquel ⁽⁴⁾.

En particular con respecto a las suspensiones disciplinarias, puede afirmarse que en el derecho del trabajo ha existido desde antaño la convicción que dichas suspensiones tienden a lograr la conservación de la relación ante incumplimientos del trabajador, los cuales sancionados de esta forma evitan la opción de la extinción del contrato de trabajo ⁽⁵⁾.

Por otra parte, las medidas que el empleador adopte quedan sujetas a revisión judicial, en tanto el trabajador no las hubiera consentido. Cabe recordar que el plazo de caducidad para impugnar, que establece la LCT

(4) HUECK Alfred y NIPPERDEY H.C., “Compendio de derecho del trabajo” traducción de M. Rodríguez Piñero y Luis de la Villa, Madrid, 1963, p. 119.

(5) DE LA CUEVA “Mario, “El nuevo derecho mexicano del trabajo”, 6ª. Edición. Porrúa, México 1980, Tomo I p. 234.

en su artículo 67, es de 30 días corridos contados a partir de la notificación de la medida.

Para Gnecco ⁽⁶⁾ el poder disciplinario del empleador es un poder especial que se vincula estrechamente a los poderes de dirección del empleador como así también al de organización que se reconoce igualmente por la ley al mismo, y a los cuales debe resultar funcional. Dicho poder de disciplinamiento no se le reconoce al empleador a título personal, sino en cuanto titular de una organización, que es la empresa, y encargado de su dirección, disposición y marcha.

III. LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

En el texto original de la Ley de Contrato de Trabajo se establecía (artículo 72), para que la suspensión disciplinaria fuera posible, que el empleador debía oír previamente al trabajador y este podía cuestionar ante los organismos competentes la procedencia, el tipo o extensión de la medida aplicada, para que se la suprima, sustituya por otra o limite, según los casos. La ley 21.297 ⁽⁷⁾ —al reformar la Ley de Contrato de Trabajo— eliminó este requisito.

El trabajador que va a ser sancionado por un supuesto incumplimiento debería tener la oportunidad de formular su descargo en una audiencia previa. Sin embargo, nuestra normativa actual no lo contempla.

Al respecto afirma Gnecco ⁽⁸⁾ que la exigencia de la audiencia previa no hace, sino, al respeto de uno de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, que es el de garantizar su debida y oportuna defensa.

En su redacción actual, el artículo 67 establece que:

El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.

(6) GNECCO Lorenzo, "La suspensión en el contrato de trabajo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016 Tomo I p. 329.

(7) 29-04-1976.

(8) GNECCO Lorenzo, ob. cit. p. 381.

Por su parte, el artículo 68 dice:

El empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Finalmente el artículo 69 establece que “[n]o podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo”.

En los puntos siguientes analizaré cada uno de estos artículos.

IV. LAS SANCIONES POR RAZONES DISCIPLINARIAS

Un incumplimiento por parte del trabajador a sus deberes para con el empleador, no necesariamente debe concluir en una suspensión de la prestación laboral. Existen otras medidas como el apercibimiento o la amonestación que pueden aplicarse, sin afectar la remuneración, en los supuestos en que la falta cometida no resulte de mayor gravedad y el trabajador carezca de sanciones anteriores y se haya desempeñado en la empresa por un largo período. Todas estas circunstancias hacen que sea suficiente un apercibimiento para corregir un incumplimiento menor (por ej. llegada tarde).

Cabe aclarar que suele hacerse una diferencia entre apercibimiento y amonestación. El primero sería una advertencia, siendo su finalidad prevenir una conducta indebida. Por su parte la amonestación es una sanción más formal que suele aplicarse como paso previo a la suspensión.

V. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS SUSPENSIONES DISCIPLINARIAS

El artículo 218 de la LCT establece los requisitos para la validez de las suspensiones en general: “Toda suspensión dispuesta por el empleador para ser considerada válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador”.

- *Justa causa*. Esto supone la legalidad de la medida adoptada. En el caso de la suspensión disciplinaria, el acto que la ocasiona debe estar

debidamente comprobado y supone que por el mismo el trabajador ha violado disposiciones legales, convencionales o reglamentarias de la empresa.

- *Plazo fijo.* Para el caso de las suspensiones disciplinarias el artículo 220 de la LCT lo limita a 30 días en un año contados a partir de la primera suspensión. Es decir que se adopta el sistema de año aniversario y no el de año calendario. Por tanto, el inicio del cómputo se efectúa desde la primera suspensión, independientemente de si esta fue consentida o impugnada, o de la cantidad de días impuestos ⁽⁹⁾.

- *Notificación por escrito.* La exigencia de la notificación por escrito no aparecía en el precedente del artículo 66 del decreto 33302/45, el que solo requería una notificación “fehaciente”. La precisión del texto legal vigente no deja duda alguna en el sentido que se impone, bajo pena de nulidad, una forma determinada, la escrita.

Corroborando lo expresado la jurisprudencia tiene dicho que “la notificación exigida por el artículo 218 de la LCT no puede sustituirse por la mera comunicación en una pizarra” ⁽¹⁰⁾.

Destacada doctrina ha sostenido que la forma escrita exigida por el artículo 218 es “ad solemnitatem” por lo que no puede ser suplida por otro medio ⁽¹¹⁾.

Lo expuesto ha llevado a la jurisprudencia a considerar que “[a]un cuando haya sido cumplida una suspensión respecto de la cual no se cumplió el requisito de notificación por escrito, no puede considerarse consentida” ⁽¹²⁾.

(9) ALTAMIRA GIGENA Raúl, COSTAMAGNA Olivio y SACCANI Carlos, “Las suspensiones de algunos efectos del contrato de trabajo”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008 p. 289.

(10) Así se ha resuelto que el artículo 218 de la LCT al imponer la notificación por escrito de las suspensiones determina un requisito “ad solemnitatem”, que no puede ser suplido por otro medio. En consecuencia, si el empleador no respetó la forma instrumental determinada en la ley, los actos de que se trate se tendrán por no sucedidos (art. 49 LCT) CNAT Sala X 31-05-99 D.T. 99-B- 1870.

(11) LOPEZ Justo, CENTENO Norberto y FERNANDEZ MADRID Juan C., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Contabilidad Moderna, Buenos Aires 1978, Tomo II, p. 802. La CNAT. Sala II 31-10-97 “Ayala Edgardo c/ Vanguardia SA. ha resuelto que no constituye prueba válida la notificación al empleado por documento privado firmado por dos testigos quienes afirman que el trabajador se negó a hacerlo, dándole lectura de este en su presencia.

(12) CNAT Sala II 10-10-89 “Arana Saavedra Isaac c/ Dehesa SA” D.T.1990-A-222

En cuanto a la polémica suscitada sobre si debe entregarse copia de la notificación, Porta ⁽¹³⁾ entiende que ello corresponde por el principio de buena fe, criterio que comparto, porque, además, tener la constancia le permite al trabajador efectuar las consultas pertinentes y hace a su derecho de defensa.

Sostenía Capón Filas que, si se notificó al trabajador la suspensión por escrito, pero no se le entregó copia, esta es nula ⁽¹⁴⁾. Por el contrario, se resolvió que, si el trabajador firmó la constancia y en sede judicial reconoció la firma, el planteo de la falta de entrega de copias resulta inadmisibles cuando no fue articulado en tiempo oportuno ⁽¹⁵⁾.

Es importante destacar, como señala Tula ⁽¹⁶⁾, que la comunicación debe cursarse con anticipación suficiente, a fin de llegar a conocimiento del trabajador o del empleador antes de que comiencen o fenezcan los plazos. Además, como toda notificación, su eficacia se computa a partir del ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario. Rigen aquí los principios específicos de las notificaciones por escrito (riesgo del remitente por el medio asumido, carácter recepticio, etc.).

V.1. Requisitos propios de las suspensiones disciplinarias

Además de los requisitos comunes exigidos por el artículo 218 de la LCT, las suspensiones disciplinarias tienen algunos requisitos particulares dadas su características.

- *Razonabilidad*. Más allá de la justa causa, es decir del origen de la sanción, al aplicar esta deberán considerarse los antecedentes del trabajador, así como su antigüedad. Su opuesto es la arbitrariedad.

La razonabilidad es un requisito implícito que surge de los artículos 62, 63, 65, 68 y ccdtes. de la LCT.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: “Las facultades disciplinarias del empleador deben ser ejercidas dentro de un marco de razonabili-

(13) PORTA Elsa, “Las suspensiones disciplinarias” en Revista Derecho Laboral 2003-1 Las suspensiones en el Contrato de Trabajo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003 p. 219.

(14) CNAT Sala VI 30-12-92 “Cruz Julio c/ Investigaciones Duque S.A: sent 37.825.

(15) CNAT Sala III 31-10-2002 “Mancuso Carlos c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Moreno 426” Sentencia 84220.

(16) TULA Diego, en “*Ley de Contrato de Trabajo*” dirigida por Mario Ackerman, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2022, T. III p .488. Véase también TULA Diego “*Intercambio telegráfico en el Contrato de Trabajo*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2017, ps. 128 y ss.

dad y proporcionalidad, de manera que la severidad de la sanción sea correlativa a la gravedad de la falta". CT Concepción del Uruguay 6-6-94 "Oteizza, Gabriel c/ Eggs, Néstor".

- *Proporcionalidad*. Este principio guarda estrecha relación con el de razonabilidad. La sanción razonable es la que guarda proporción con la falta cometida y debe tender a funcionar como un correctivo a futuro de los incumplimientos del trabajador.

Suele darse que, olvidando el carácter alimenticio del salario, se apliquen cinco o más días de suspensión por faltas que, bien analizadas, o no son tan relevantes o igualmente se cumpliría el objetivo sancionatorio con un plazo de suspensión menor. Es importante destacar que una suspensión excesiva conduce al ejercicio abusivo del derecho, lo que debe ser evitado.

Por otra parte, cabe recordar que este requisito surge explícitamente del artículo 67 primer párrafo de la LCT que dice: "El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador".

Buscando pautas sobre la adecuada proporcionalidad ha sostenido Alonso Olea ⁽¹⁷⁾:

El juicio de proporcionalidad requiere constatar si se cumplen tres condiciones: a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

- *Contemporaneidad*. Entre la infracción cometida y la sanción aplicada debe mediar un plazo razonable. Ello no significa que una sanción deba aplicarse al día siguiente de cometido el hecho que la justifique. El transcurso de dos o tres días no afectará la medida. Es más, puede aplicarse la sanción y fijar su cumplimiento para una semana más tarde. Esto puede ser de especial interés para las pequeñas empresas que no pueden prescindir de personal de un día para el otro.

Por otra parte, si a la aplicación de la sanción la precedió una investigación interna, los plazos pueden extenderse.

(17) ALONSO OLEA Manuel, "Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Civitas, Madrid 1997 T. XV ps. 119 a 122.

Al respecto la jurisprudencia tiene resuelto:

El empleador está facultado a trasladar la suspensión a días posteriores, sin violentar el principio de contemporaneidad entre la falta y la sanción, pues lo que importa no es el momento en que la sanción se cumple sino la oportunidad de la respuesta del empleador frente al incumplimiento del dependiente.

CNAT Sala VI 30-12-92 "Goesling, Carlos c/ Ogni Ora S.A". Lexis número 13/2585.

- *Non bis in idem*. Este principio, correspondiente al derecho penal, significa que la posibilidad de ejercer el poder disciplinario se agota por su uso al caso específico.

Si el empresario aplicó una sanción por un incumplimiento determinado, no puede luego modificar esta, excepto que pudiera acreditar que al aplicar la sanción no tenía conocimiento de la gravedad de los hechos⁽¹⁸⁾.

Se ha sostenido que “[e]l empleador al aplicar un correctivo por determinado incumplimiento —más allá de su acierto o error— agotó su posibilidad de sancionar al trabajador por esa falta y ante la impugnación de éste nunca podrá agravarla”. *CNAT Sala III "Álvarez c/ CACONFI S.A" 30-12-99 SD 80187.*

VI. IUS VARIANDI

El derecho del empleador de modificar formas y modalidades del trabajo que le concede el artículo 66 de la LCT no puede ser usado con fines sancionatorios. Así lo establece el artículo 69 de la LCT que dice: “No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo”.

No obstante ello, en ocasiones el empleador utiliza su poder de variar las condiciones del contrato como forma de sanción. Estos casos se dan cuando al empleador no le interesa la continuidad del contrato, ni le preocupa que el trabajador se considere despedido.

Sobre este tema la jurisprudencia ha resuelto: “La conducta o incumplimiento del trabajador no autoriza al patrono a variar las condiciones de trabajo a modo de sanción disciplinaria, ya que la propia ley pone

(18) LOPEZ Justo, “Poder disciplinario del empleador (límites, ejecución de la pena, sanciones) Legislación del Trabajo, Vol. XVIII-A- pág. 12-15.

a su alcance los medios apropiados para lograr una composición de la situación mediante correcciones, sanciones o apercibimientos apropiados". *CNAT Sala VII 31-8-88 "Torres, Silvina c/ Clínica Alcla S.A."*.

VII. LA IMPUGNACIÓN DE LAS SANCIONES

Luego de habilitar al empleador para aplicar medidas disciplinarias, el artículo 67 establece: "Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria".

Este es un plazo de caducidad ⁽¹⁹⁾. Vencido este la medida queda firme. La impugnación puede hacerse por cualquier medio, ya sea ante el empleador, ante la autoridad administrativa del trabajo o mediante una acción judicial. La impugnación puede tener como objetivo la supresión, sustitución o limitación de la medida.

Como quedara dicho en el punto 5, la ley limita el plazo para aplicar suspensiones por razones disciplinarias a treinta días en el año aniversario (art. 220 LCT). Se plantea, en cuanto al tiempo de suspensión, el interrogante de si el trabajador pudiera considerarse despedido aun cuando las suspensiones aplicadas no superen el plazo legal. Porta ⁽²⁰⁾ entiende que las suspensiones menores a treinta días, aun cuando no fueran justificadas, no autorizan al trabajador a denunciar el contrato de trabajo, pues ello es incompatible con el principio de conservación de este. Comparto esta postura, al igual que la sostenida por esta autora en el sentido que solo podría aceptarse el distracto en los casos en que el trabajador demuestre que se menoscabó su dignidad o sus derechos patrimoniales o bien se incurrió en abuso del derecho.

En línea con esta interpretación, el artículo 242 de la LCT en su texto original de 1974 establecía que "las suspensiones dispuestas por el empleador, menores a treinta días, pero que por las circunstancias del caso o la índole de la naturaleza de la relación resultasen agraviantes o injuriosas para el trabajador y no fuesen aceptadas por éste, le darán derecho a considerarse en situación de despido".

(19) Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2 31-10-1978 "Caroff Rafael c/ Cervantes SA s/suspensión", Sent. 37193.

(20) PORTA Elsa, ob. cit. p. 221.

La jurisprudencia mayoritaria ha avalado esta postura al resolver que las suspensiones disciplinarias que no exceden el plazo previsto en el artículo 220 LCT, y no contienen imputaciones acerca de la conducta del trabajador que configuren por sí mismas injuria solo dan derecho a reclamar los salarios correspondientes (CNAT sala 9 12-11-1999 “Heredia Elsa c/ Azcuénaga y Melo SA s/ despido” ⁽²¹⁾).

En cuanto a la posibilidad de que el trabajador acepte suspensiones por un plazo superior a treinta días, nada lo impide, pero podría darse por despedido por el exceso en el plazo, en tanto haya impugnado dichas suspensiones, y siempre intimando previamente.

VII.1. Particularidad de la ley 10149/84 de la Pcia. de Buenos Aires

Como los montos del posible reclamo por suspensión disciplinaria son generalmente bajos (dos o tres días de salarios) lo habitual es que el trabajador concurre ante la autoridad administrativa laboral (Secretarías de Trabajo, subsecretarías, etc.) para que se deje sin efecto la suspensión o se reduzca el plazo de esta. Y es habitual que en caso de no tener éxito en su planteo se le dificulte encontrar quien lo patrocine en un reclamo judicial.

En la Provincia de Buenos Aires, la ley 10149/84 —de procedimiento laboral administrativo— ha diseñado un sistema muy original que protege al trabajador en estos supuestos.

El artículo 17 de la citada ley establece:

Las controversias individuales o plurindividuales que se susciten en jurisdicción de la Provincia, como consecuencia de suspensiones por razones disciplinarias, se encuentran sometidas a la conciliación y arbitraje obligatorio por ante la Subsecretaría de Trabajo. La concurrencia de las partes es obligatoria y se efectuará bajo apercibimiento de ser conducida por la fuerza pública. No justificándose en el plazo de veinticuatro (24) horas la inasistencia, la Subsecretaría de Trabajo impondrá las sanciones correspondientes.

Ello significa, en la práctica, que el empleador en el caso de una suspensión disciplinaria está obligado no solo a someterse a la conciliación obligatoria, sino, además, al arbitraje obligatorio. Es decir que no podrá

(21) En igual sentido: Sala 10 28-9-1998 “Pereyra Raquel c/ Swift Armour SA s/ despido”; Sala 6 22-10-1990 “Chomin Daniel c/ Seguridad Jakson SA s/ despido”; C Laboral Corrientes mayo 2001 “González Teodoro c/ Constructora Comercial SRL y otro s/ despido”; C: Trab. Concepción del Uruguay 30-06-1992 “Burgos Marcial c/ Estilo Muebles de Oscar A. Colombo y otra s/ indemnización”.

declinar la instancia administrativa como podría hacerlo, por ejemplo, si se tratara de un reclamo indemnizatorio.

Para ello la norma citada remite a los artículos 10 a 15 de la misma ley, donde se establece quien dictará el laudo y en qué plazo. Además, se prevé la posibilidad de recurrir este dentro de los tres días y llegar de este modo al Tribunal de Trabajo competente.

La Suprema Corte de Buenos Aires convalidó esta norma ⁽²²⁾, pese a las objeciones de parte de la doctrina.

VIII. SANCIONES DEL REPRESENTANTE GREMIAL

La aplicación de suspensiones disciplinarias a los representantes gremiales adquiere características propias derivadas de la tutela que detentan dichos representantes.

El tema está tratado en la Ley de Asociaciones Sindicales 23551/88 y su decreto reglamentario 467/88.

De acuerdo al artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional los representantes gremiales “gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

Haciendo efectiva esta manda, la ley 23.551 tutela:

a) A los delegados de personal, comisiones internas y organismos similares que ejercen la presentación del personal en los lugares de trabajo (art. 40). Estos son sin duda los más expuestos a sanciones.

b) A quienes ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial ⁽²³⁾, en organismos que requieran representación gremial (como el Consejo del Salario Vital, Mínimo y Móvil) o cargos políticos en los poderes públicos (art. 48 LCT).

(22) SCBA 20-08-1991 T y SS 1992-954. Para un análisis más profundo sobre este tema véase: MADDALONI Osvaldo, “Derecho administrativo y procesal del trabajo en la Provincia de Buenos Aires”, La Ley Bs.As. 2008, p. 38.

(23) La exigencia de la personería gremial surge del texto del artículo 48 de la ley 23.551, no obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del fallo “Rossi Adriana c/ Estado Nacional. Armada Argentina (9-12-2009) extendió la tutela a quienes desempeñen estos cargos en asociaciones con simple inscripción. Las Cortes provinciales fueron adoptando igual criterio: SCBA 5-10-2011 “Ferulano Pfo c/ Face-ra SA causa 79331; STJ Río Negro 8-9-2010 “Villegas Carlos c/ Servicios Cipoletti SRL.

c) Los candidatos (art. 50) cualquiera sea la representación que ejerzan.

Estos tutelados no pueden ser suspendidos, despedidos o modificárseles sus condiciones de trabajo sin que se haya promovido previamente un juicio sumarísimo tal como lo indica el artículo 52 de la ley 23.551. Esta es la denominada acción de exclusión de tutela.

Sin duda los más expuestos son los que permanecen en los establecimientos. Quienes gozan de licencia automática por detentar un cargo en el sindicato, o de carácter político, rara vez tienen inconvenientes.

El empleador deberá entonces iniciar este juicio, cualquiera sea la causa que dio lugar al planteo —y bajo pena de nulidad— para que el juez competente habilite la aplicación de la medida.

La jurisprudencia ha sido clara y determinante en este sentido, al establecer que:

Es nulo el acto que dispone el despido, la suspensión o modificación de las condiciones de trabajo de un representante gremial sin que haya mediado resolución judicial previa de la exclusión de garantía ⁽²⁴⁾.

Iniciada la acción de exclusión, le asiste al empleador la posibilidad de solicitar la suspensión de la prestación laboral en el carácter de medida cautelar cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o el mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa ⁽²⁵⁾.

Cuando el empleador inicie el juicio deberá especificar cuantos días de suspensión pretende aplicar y, por supuesto, deberá acreditar la gravedad de los hechos en que funda su petición.

Un tema discutido es si el empleador debe iniciar la acción de exclusión para aplicar sanciones no suspensivas, como por ejemplo una

(24) SCJ Mendoza Sala I 24-7-2000 "Castro Silvia c/ Dirección Gral. De Escuelas" L.L. 2001-B-574. En igual sentido SCBA 20-4-93 "Monzón Dulio c/ IPENSA s/ acción de reinstalación" L.L. 1993-D-315. CNAT Sala II 25-7-88 "Caballero c/ Ormas SA T y SS 1989-882.

(25) El artículo 30 del dto. 467/88, reglamentario de la ley 23.551, —que fuera declarado inconstitucional en diversas oportunidades— amplía las causales y, más aún, habilita al empleador a liberar al trabajador de prestar servicios lo que equivale a una suspensión de hecho de forma inmediata, aun cuando le impone ciertas condiciones como ser efectuar la pertinente denuncia dentro de las 48 horas hábiles ante el organismo administrativo del trabajo e iniciar el juicio de exclusión dentro de los 15 días.

amonestación. La interpretación literal de los artículo 48, 50 y 52 de la ley 23.551 conduciría a una respuesta negativa. Sin embargo, en opinión de Machado y Ojeda ⁽²⁶⁾ este tipo de medidas si bien no son suspensiones modifican las condiciones de trabajo por lo que también estarían restringidas.

IX. SUSPENSIONES PRECAUTORIA Y PREVENTIVA. DIFERENCIA CON LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

IX.1. La suspensión precautoria

Es una creación pretoriana, es decir que no está legislada. Se utiliza cuando el empleador deba sustanciar un sumario interno destinado a esclarecer la comisión de una falta laboral de uno o más trabajadores. En ese caso los aparta de la empresa, aun cuando debe abonarles la remuneración ya que no estamos ante un supuesto de sanción en sí misma ⁽²⁷⁾. Si luego del sumario queda en evidencia alguna inconducta se aplicarán las sanciones que correspondan. Se considera que el plazo de la suspensión precautoria, por analogía, no debiera exceder de treinta días.

Al respecto la jurisprudencia resolvió:

La facultad de suspender precautoriamente al empleado mientras se sustancie un sumario interno para evaluar su conducta está incluida entre las atribuciones de dirección que competen al empleador, fundada directamente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral y es ajena por completo a la regulación contenida en el artículo 224 de la LCT, por consiguiente, el derecho al cobro de las salarios caídos por dicha suspensión se impone ⁽²⁸⁾.

Por su parte la SCBA tiene dicho que:

La facultad de disponer suspensiones precautorias está incluida entre las atribuciones de dirección que incumben al empleador fundada di-

(26) MACHADO Daniel y OJEDA Raúl, "Tutela Sindical" Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006 p. 106.

(27) Algunos autores sostienen esta postura [Carlos Etala y Confalonieri (h)] mientras que otros como Moreno y Livellara entienden que el pago de los salarios queda condicionado a la falta de legitimidad de la medida y al resultado de la investigación.

ETALA Carlos, "*La llamada suspensión precautoria*" en L.T: T XXIX-387. CONFALONIERI (h) Juan A., "*La suspensión precautoria en la relación laboral*" DT 1990-1133. MORENO Jorge, "*La suspensión preventiva del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*" en L.T. T XXIX-711, LIVELLARA Carlos, "*Suspensión preventiva y precautoria del contrato de trabajo*", Astrea Bs.As. 1993 p. 138

(28) CNAT Sala II 26-4-2000 "Fernández Ana c/ AFJP Previnter SA s/ despido" BCNAT 221-2000.

rectamente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral (art. 65 LCT), siendo ajena por completo la regulación contenida en los artículos 220 y 224 LCT ⁽²⁹⁾.

Al igual que las demás suspensiones, esta debe fundarse en justa causa, tener un plazo fijo y notificarse por escrito.

La decisión del empleador de suspender precautoriamente al trabajador exime a este de prestar servicios (art. 84, LCT) y el empleador se libera de su obligación de dar trabajo (art. 78, LCT), todo ello siempre que la medida adoptada por el empleador sea legítima, a la luz de los requisitos antes enumerados.

Sin embargo, como bien se ha indicado, durante el lapso de la suspensión precautoria subsisten las obligaciones éticas o de conducta de las partes (arts. 62, 63, 85 y concs., LCT) por lo que, frente a un incumplimiento grave de una de ellas, la otra podrá invocar su entidad injuriosa y denunciar causadamente el contrato (arts. 242 y 246, LCT).

De allí que el empleador deba extremar precauciones sobre la forma en que realiza la investigación interna, de modo tal de no afectar moralmente al trabajador, ya que en tal supuesto este podría considerarse despedido. Sin embargo, es importante destacar que la suspensión precautoria aplicada correctamente no constituye por sí sola, una injuria que justifique el distracto indirecto.

Finalizada la investigación, el trabajador tendrá derecho a acceder al sumario y efectuar el descargo correspondiente.

IX.2. Suspensión preventiva ⁽³⁰⁾

Esta suspensión, que se encuentra legislada en el artículo 224 de la LCT, se refiere a la que se produce durante la tramitación y transcurso del proceso penal. Deriva del poder de dirección y disciplina que el empleador puede ejercer sobre el trabajador que está sometido a proceso penal, ya sea por denuncia o querrela del propio empleador, ya sea por denuncia criminal efectuada por terceros o en virtud de un proceso promovido de oficio.

La causa de la suspensión es el presunto delito injurioso que habría cometido el trabajador y en virtud de esta medida se produce el cese tem-

(29) SCBA 22-1091 "Violante Patricia c/ Asociación Bancaria s/ despido" T y SS 5-36

(30) Sobre este tema puede verse mi trabajo en ACKERMAN Mario (director) Tratado de Derecho del Trabajo Tomo IV p. 16 y ss. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2014.

poral de ciertos efectos del contrato de trabajo a las resultas del proceso penal. Los efectos principales, que cesan temporariamente, son los deberes de ocupación y pago de salarios a cargo del empleador.

Es un caso especial de suspensión por tiempo indefinido, es decir de plazo incierto, pero referido a un hecho futuro necesario, como es la conclusión del proceso.

Esta característica de la incertidumbre en el plazo la diferencia de las suspensiones por causas económicas o disciplinarias, las que requieren plazos fijos y tienen límites máximos, acumulándose los días de suspensión en un año. Precisamente, otra diferencia con este último tipo de suspensiones es que las preventivas no requieren impugnación alguna por parte del trabajador para que este conserve el derecho a reclamar el pago de sus salarios. Ello es así por cuanto el artículo 224 de la LCT no condiciona el derecho al cobro de salarios, a la previa impugnación de la medida. Y esto resulta lógico en tanto la ley consagra la facultad del empleador a imponerla y el trabajador debe acatarla. Todo ello sin perjuicio de encontrarse autorizado para reclamar el pago de los salarios caídos si como resultado de la causa penal obtuviera un pronunciamiento favorable.

No obstante lo expuesto, resulta aconsejable desde el punto de vista práctico que el trabajador impugne esta suspensión en todos los casos ⁽³¹⁾.

Este artículo contempla tres supuestos:

1. *Denuncia efectuada por el empleador:*

Se trata pues, de una suspensión originada en la voluntad del empleador quien decide "preventivamente" que el trabajador no preste servicios. La denuncia del empleador puede, o no, obedecer a hechos producidos con motivo o en ocasión del trabajo.

El proceso contra el trabajador puede tramitar estando este detenido o bien en libertad.

En este último supuesto, si el empleador decidiera no darle trabajo corre no solo con el riesgo de abonar los salarios caídos sino con que el trabajador pueda colocarse en situación de despido, ya que si legalmente queda libre durante el proceso debería tratarse de la imputación de un delito menor. Y, en tal supuesto, a menos que este afecte en forma directa la relación laboral, la suspensión no aparecería como justificada.

(31) Un trabajo completo sobre suspensiones precautorias y preventivas puede verse en: MADDALONI Osvaldo, "Suspensión de la exigibilidad de la prestación laboral" en Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario Ackerman, T. IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014 ps. 16 y ss.

2. Denuncia de un tercero o imputación de oficio:

El supuesto contemplado en el párrafo segundo del artículo 224 de la LCT no se refiere, en rigor de verdad, a la suspensión preventiva por parte del empleador cuando el trabajador es denunciado criminalmente por terceros o bien por proceso promovido de oficio. El supuesto del artículo es que dicha denuncia o actuación de oficio diese como resultado la privación de la libertad del trabajador.

Cabe preguntarse entonces si sería posible que el empleador, basándose en acciones promovidas por terceros, suspenda preventivamente al trabajador —cuando este recupere su libertad— a resultados del proceso.

La respuesta a esta interrogante muestra opiniones encontradas. Vázquez Vialard ⁽³²⁾ sostiene que la LCT, en esas circunstancias, restringe la posibilidad de suspensión al tiempo de privación de la libertad. Además, agrega que esta es la solución que correspondería en todos los casos ya que no hay razón para que una vez cesada esa imposibilidad de hecho continúe la suspensión preventiva.

En sentido contrario, otros autores ⁽³³⁾ han admitido la posibilidad de que el empleador suspenda preventivamente aun en los supuestos de denuncia de terceros o actuación de oficio cuando el hecho criminal imputado —en caso de ser comprobado— permitiría denunciar por injuria el contrato de trabajo.

Por el contrario, no existe motivo fundado para la suspensión preventiva ni para negarle trabajo al empleado que ha obtenido su libertad —aunque el proceso siga su curso— si el hecho delictuoso imputado al trabajador por terceros no irroga por sí un perjuicio al empleador.

3. Detención por delito cometido en ocasión del trabajo:

Sostiene Romualdi ⁽³⁴⁾ que si el trabajador es detenido en ocasión de su trabajo (por ej., ante un accidente de tránsito, se detiene a un chofer en relación de dependencia), se le debe pagar el salario por los días que

(32) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 464.

(33) MORENO, *La suspensión preventiva del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, en L. T. XXIX-771.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1993, T II p. 1552.

(34) ROMUALDI Emilio, *Suspensión de la prestación de servicios laborales*, *Microiuris*, 7-9-2017, p. 6.

le dure la suspensión del trabajo. Ello es así porque en la parte final del segundo párrafo del artículo 224 se establece que si se tratare de un hecho relativo o producido en ocasión del trabajo corresponde el pago de la remuneración.

X. COROLARIO

La ley atribuye al empleador una potestad relevante a la hora de sancionar presuntas inconductas del trabajador, pero también le impone que las medidas a adoptar deberán tener en cuenta el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho (art. 68 LCT).

Esta premisa resulta trascendente cuando se aplican suspensiones que no guardan proporción con la falta cometida, olvidando el carácter alimentario del salario.

Por tanto, el empleador debe hacer un uso prudente de esta facultad como medio de corregir conductas y no de provocar un daño al trabajador y a su familia. Por ello las suspensiones disciplinarias deben limitarse a la menor cantidad de días posibles.

EL SALARIO EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, A CINCUENTA AÑOS DE SU DICTADO

POR SILVIA E. PINTO VARELA

I. UN POCO DE HISTORIA

Cuando nos remontamos a los albores del derecho del trabajo, podemos observar que su razón de ser estuvo asentada en distintos factores sociales, políticos, filosóficos, religiosos, que fueron tenidos en consideración por los diversos Estados para dictar normas específicas que regularan ese vínculo tan especial que se suscitaba entre quien solo tenía su fuerza de trabajo y aquel que poseía el capital; que de “contrato”, de acuerdo de voluntades, tenía poco y nada. Y, de hecho, cuando nos adentramos en las razones de las primeras manifestaciones colectivas de los trabajadores, los primeros reclamos, las primeras huelgas, podemos concluir que los insuficientes salarios que percibían las personas que trabajaban, fue una de las razones más importantes que llevaron a los dependientes a unirse y a reclamar una respuesta eficaz de los Estados.

La remuneración resulta ser un elemento esencial que integra el núcleo del contrato de trabajo. En efecto, si bien la vinculación laboral no se agota en el contenido de las prestaciones básicas —trabajo y salario—⁽¹⁾ lo cierto es que la remuneración es, como dice Ackerman⁽²⁾, la razón pri-

(1) No soslayo el contenido del art. 4° de la LCT que establece que el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva del hombre en sí y que solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación e intercambio y un fin económico; sin embargo, para la mayoría de las personas que trabajan, es el único medio con el que cuenta para poder satisfacer las necesidades primordiales de su vida y la de su familia.

(2) Ackerman, Mario en “El concepto de salario en el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo, los llamados “beneficios sociales”, el sinalagma contractual y la jerarquía normativa”, DT LIII-A-410/412.

mordial por la cual el trabajador está dispuesto a resignar parte de su libertad mientras dura la jornada de trabajo ⁽³⁾. De hecho, el objeto inicial que persiguen los trabajadores al prestar su fuerza de trabajo es obtener un ingreso que les permita cubrir las necesidades vitales propias y de su familia; de ahí que se sostenga que tiene carácter alimentario ⁽⁴⁾.

En este sentido, ya el maestro Deveali había afirmado que:

[T]odas las prestaciones que el trabajador realiza o promete realizar, las realiza o promete con el fin de obtener una retribución y, analógicamente, debe entenderse que todas las cantidades que el principal se obliga a pagar tienen su causa fin en la prestación del trabajo... ⁽⁵⁾.

Tal como lo he sostenido con anterioridad ⁽⁶⁾, constituye uno de los elementos que hacen a la esencia de esta tipología contractual; de hecho, en la propia definición del contrato de trabajo —art. 21 LCT— se afirma que constituye una contraprestación que recibe el trabajador por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador; asimismo, el art. 115 LCT aclara que el trabajo no se presume gratuito. Y, en función de la relevancia que tiene no solo para el trabajador y su familia —por ser, en la mayoría de los casos el único medio de sustento— sino incluso para la comunidad que integra —en distintas facetas de la vida social, económica y política— el legislador ha intentado resguardarlo protegiéndolo no solo frente al empleador sino también frente a terceros en distintos aspectos relacionados con el tiempo, lugar y forma de pago, límites referidos a su disponibilidad; pisos mínimos salariales; tipos y formas de determinación del salario, imposición de una mora automática en caso de no pago oportuno, etc.

Cabe aclarar que en nuestra legislación se han utilizado diversas expresiones como sinónimo de “salario”: retribución, remuneración, sueldo, son algunas de ellas. Se ha debatido el origen que se le atribuye a la palabra salario. Al respecto, Rodríguez Mancini en el Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Vázquez Vialard, Ed. Astrea, T. 4, p.456 y

(3) Ver, al respecto, mi comentario al art. 103 de la LCT de la Ley de Contrato de Trabajo dirigida por Mario Ackerman, Editorial Rubinzal.

(4) De Ferrari, citado por J. López, caracteriza el salario como una “obligación alimenticia” puesta a cargo del empleador por el contrato de trabajo, por su destino y por el régimen jurídico a que está sometido, ob. cit., p. 253.

(5) Deveali, Mario “Donaciones, gratificaciones e indemnizaciones en el contrato de trabajo”, en DT 1946-171.

(6) Pinto Varela, Silvia, “El salario, la Constitución Nacional y los pronunciamientos del Alto Tribunal”, Revista de Derecho Laboral 2014-1 El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional-I, p. 471 y sgts., Editorial Rubinzal-Culzoni.

sigs, destaca que la investigación acerca del vocablo salario no ha llevado a resultados excesivamente satisfactorios; ello, pues si bien esta voz proviene de la palabra latina “sal”, aplicado al concepto de la remuneración por el trabajo, no tiene explicación muy clara por vía etimológica o histórica. Aunque se ha dicho que se vinculaba con el pago realizado a los soldados romanos para comprar sal o que también era costumbre dar en pago una cantidad de sal a los sirvientes domésticos y de ahí el nombre “salarium”. En cuanto a “sueldo” derivaría de la voz “soldada” con la que se “denominaba antiguamente al acostamiento con que iba uno en la hueste o se presentaba en campaña asalariada por el señor o por el rey. De ahí el nombre soldados a esta gente de tropa y, acaso, generalizando luego el uso de dicha palabra aplicándola al estipendio que se daba a los que servían por año o por temporada según Cabanellas (Cabanellas, Guillermo, Contrato de Trabajo, Omeba, T. II p.320 citado por Rodríguez Mancini). Ver, en este sentido, también a Caballero y Pico en Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario Ackerman, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. III, p. 141 y sgts. en cuyo texto se aclara que la palabra “jornal” deriva del latín “diurnalis” y alude al estipendio que gana el trabajador en un día entero por su trabajo.

Ahora bien, las primeras normas dictadas en nuestro país respecto de este instituto tan relevante se remontan a comienzos el S. XX. Al respecto fue muy importante el trabajo de investigación realizado por Bialet Masse ⁽⁷⁾ a comienzos del siglo pasado acerca del estado de la clase trabajadora en la Argentina, en el que se tuvo conocimiento de los abusos que existían en nuestro país, entre otras condiciones laborales, en materia salarial; ello generó el dictado de la primera disposición normativa relativa a la remuneración: la ley 9511 de 1914 que estableció la inembargabilidad de los sueldos que no excedieran el monto que citaba y preveía los porcentajes en que podían ser embargados los salario (no más del 25%).

Años después, con la ley 11.278 (1925) se regularon varios aspectos vinculados a la remuneración, de modo más sistemático, estableciéndose pautas acerca de la forma de pago, lugar de pago, límites a deducciones o retenciones, venta de mercaderías del empleador, etc. Otro hito en materia salarial fue el decreto 33302/45 que instituyó el salario mínimo vital por primera vez, los salarios básicos y el sueldo anual complementario. En 1956 se ratificó el Convenio Nro. 95 y 100 de la OIT (el primero determina los alcances de la remuneración y prevé normas de protección y el Nro. 100 se refiere al principio de igualdad remunera-

(7) Bialet Masse, Juan “Informe sobre el estado de las clases obreras argentinas”, de 1904. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones, Córdoba (Argentina) 1968

toria). En 1964 se sancionó la ley 16.549 que establecía el salario mínimo vital y móvil y creaba el Consejo Nacional del Salario Mínimo; en 1968 se ratificó el Convenio 111 OIT; en 1970 se dictó la ley 18.596 que versaba sobre medios y períodos de pago; en 1974 se dictó la ley 20.744 que sistematizó todo lo referente al salario y su protección, con modificaciones introducidas por la ley 21.297.

Sin lugar a dudas, ha sido fundamental —por la jerarquía de normas— la Carta Constitucional de 1949, en cuyo artículo 37 se detallaban los derechos del trabajador y entre ellos el de “una retribución justa siendo la riqueza la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad debe organizar y ratificar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado...”. Por primera vez se incorporaban los derechos sociales en la Ley Suprema de la Nación. Y luego, al ser derogada, deviene esencial la incorporación del art. 14 *bis* en la reforma de 1957, en cuyo texto se dispusieron normas directas e indirectas —al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— en materia salarial ⁽⁸⁾. En efecto, directamente se refiere al salario al exigir al legislador que, mediante el dictado de normas, garantice:

- Retribución justa.
- Salario mínimo vital y móvil.
- Igual remuneración por igual tarea.
- Participación en las ganancias de la empresa, con control en la producción y colaboración en la dirección.

Y, en forma indirecta, al requerir:

- Condiciones dignas y equitativas de labor.
- Protección contra el despido arbitrario.
- El derecho a negociar convenios colectivos de trabajo.

La reforma constitucional de 1994 también ha sido muy relevante a los efectos de la tutela de la remuneración. Digo ello pues, como es sabido, el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental le otorga rango constitu-

(8) CSJN, sentencia del 01/09/2009 en autos “Pérez, Aníbal c/ Disco SA s/ despido”.

cional a los Tratados de Derechos Humanos allí enumerados y jerarquía supraconstitucional al resto de los Tratados, entre ellos los emanados de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por nuestro país, a los que nos referiremos infra. A lo expuesto cabe agregar otros dos incisos del art. 75 —referido a las facultades del Poder Legislativo de la Nación—: el inciso 19, que establece que el Congreso debe proveer “lo conducente al desarrollo humano, el progreso económico con justicia social y la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”; y el inciso 23 prevé que se debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garantice la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”. Asimismo, el art. 43 de la Ley Fundamental que legisla la acción de amparo que puede ser interpuesta “contra cualquier forma de discriminación...”.

II. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

El texto originario de la ley 20.744 ⁽⁹⁾ examinaba el instituto de la remuneración también en el Título IV, desde los arts. 112 al 163; allí se reglamentaba el salario en general y los distintos tipos de salarios (incluía el salario profesional, que luego con la reforma de 1976, fue eliminado del texto de la ley) y luego un capítulo destinado a la tutela y pago de la remuneración.

Dos años después, luego del Golpe Militar, fueron recortados algunos artículos y otros fueron directamente eliminados del texto originario; entre ellos los referidos al salario mínimo profesional y el salario profesional (Capítulo III y IV, arts. 132 y 133) ⁽¹⁰⁾. Se mantuvo, en general, la estructura de la norma originaria.

(9) Sancionada el 19/09/1974 y promulgada el 20/09/1974.

(10) El texto del salario mínimo profesional era el siguiente:
Oportunidad de su determinación.

Art. 132.- La determinación de los salarios mínimos profesionales se efectuará, en su caso, al concertarse la convención colectiva de trabajo. Si en dicha oportunidad no hubiere acuerdo, será fijado por el mismo organismo que tenga a su cargo la determinación del salario mínimo vital. Si durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo el salario mínimo vital experimentara modificaciones, los salarios mínimos profesionales se corregirán automáticamente en idéntica proporción y a partir de la misma fecha’.

Luego se agregaba el art. 133 referido a los “salarios profesionales”.

Ahora bien, más allá de pequeñas modificaciones, la década del 90 fue la que marcó el inicio de un camino tendiente a —utilizando un vocablo usado por Ackerman⁽¹¹⁾— la “desalarización” del contrato de trabajo, a partir del dictado de los decretos 1477 y 1478 de 1989 y 333/93 que creaba “beneficios no remuneratorios” (recordemos que en 1989 se dictó el primero de los decretos mencionados, en el que se introdujo el art. 105 *bis* a la Ley de Contrato de Trabajo creándose el “beneficio social a la canasta familiar alimentaria”, que consistía en proveer a los trabajadores de cajas de alimentos o de vales alimentarios destinados a atender parcial o totalmente el suministro o la compra de un conjunto de productos básicos de la alimentación, integrantes de dicha canasta; no podían exceder del 20 o 10% de la remuneración bruta de los dependientes según estuvieran o no comprendidos en un convenio colectivo de trabajo y no se le daba carácter salarial). En 1993 se dicta el decreto 333/93 en el que se enumeraban los llamados “beneficios sociales” que carecían también de naturaleza salarial. Estas normas fueron observadas en varias oportunidades por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ante todo por su origen —no emanaba de una ley del Congreso— pero también frente al alcance del concepto de salario que emana del Convenio 95 de la OIT, ratificado por nuestro país. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Della Blanca c/ Pescarmona”, sentencia del 24/11/98, descalificó la validez del decreto 1477/89 disponiendo que la naturaleza no remuneratoria allí dispuesta a los vales alimentarios solo podía ser establecida por una ley del Congreso, extremo que, en su caso, debía ser confrontado con la Constitución Nacional que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario.

En 1996 se sanciona la ley 24.700 que incorpora el actual art. 103 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo referida a los llamados “beneficios so-

Concepto - Remuneraciones superiores.

Art. 133.- A través de las convenciones colectivas o laudos arbitrales con fuerza de tales y de los actos dictados por la autoridad competente, se fijarán los salarios profesionales que corresponderán a la naturaleza del trabajo, riesgos del mismo, aptitud técnica exigida, capacidad económica y demás características del sector de la actividad a que corresponda la empresa, explotación o establecimiento. En caso de modificación de estas remuneraciones, en oportunidad de la renovación de las convenciones colectivas o por acto que haga sus veces, los trabajadores que perciban sueldos superiores a los profesionales previstos en los mismos serán acreedores a un incremento proporcional a los acordados con respecto a los salarios profesionales.

(11) Ackerman, Mario en “Esos salarios llamados Beneficios sociales”, Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal, 2005, I-Remuneraciones II.

ciales”⁽¹²⁾, entre ellos los vales alimentarios que estaban en los decretos antes mencionados. Modifica el art. 105 de la LCT referido a las formas de pago, en el que enumera pagos a los trabajadores que no han de tener carácter remuneratorio. También incorpora el art. 223 *bis* LCT en el que prevé el pago de una prestación que le da naturaleza “no remunerativa” en aquellos supuestos de suspensiones de la prestación laboral fundadas en razones de falta o disminución de trabajo no imputables al empleador o fuerza mayor debidamente comprobadas, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación. Ello, en los casos en que la persona trabajadora no realizare la prestación laboral a su cargo.

Los beneficios sociales, según la expresión usada por el legislador, tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia. Más allá de la finalidad perseguida, lo cierto es que han sido numerosas las críticas efectuadas por la doctrina, destinadas a cuestionar su alcance no salarial. Así, Rodríguez Mancini ha destacado que han sido

(12) Su contenido es el siguiente: Art. 103 *bis*.- Beneficios sociales. Se denominan beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dineradas, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

- a) Los servicios de comedor de la empresa.
- b) Los vales del almuerzo, hasta un tope máximo por día de trabajo que fije la autoridad de aplicación.
- c) Los vales alimentarios y las canastas de alimentos otorgados a través de empresas habilitadas por la autoridad de aplicación, hasta un tope máximo de un veinte por ciento (20%) de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en convenio colectivo de trabajo y hasta un diez por ciento (10%) en el caso de trabajadores no comprendidos.
- d) Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos medios y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontólogo, debidamente documentados.
- e) La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la instrumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas.
- f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones.
- g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del periodo escolar.
- h) El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización.
- i) El pago de los gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes.

encuadrados forzada e indebidamente en el marco de la seguridad social. Ello, pues en verdad, ni la solidaridad, ni la universalidad, ni la referencia a las contingencias que le son propias de la atención de un sistema de seguridad social, están presentes en los “beneficios sociales”⁽¹³⁾. En sentido similar se ha pronunciado Ackerman quien aduce que el legislador ha tenido el inequívoco propósito de reducir el costo laboral al atenuar el impacto sobre los costos de las empresas de las llamadas cargas sociales y que, para ello “no encontró mejor camino que travestir a la remuneración...” permitiendo que haya salario que no sea remunerativo. Sostiene que existe una doble malversación del lenguaje que implica que, según una norma de fuente estatal, es seguridad social lo que no es seguridad social y, al mismo tiempo, no es remuneración lo que es remuneración⁽¹⁴⁾. A diferencia de la doctrina citada, otros autores, como Gnecco⁽¹⁵⁾ ha señalado que se trata de un instituto diferenciado del salario; y por su parte Seco⁽¹⁶⁾ expresa que el empresario concreta su responsabilidad social delegada de conducir el proceso social a dimensiones más humanas a través de estos beneficios. En este sentido Caballero⁽¹⁷⁾ afirma que se trata de prestaciones que si bien, en algunos casos, resultan ventajas económicas, no son concedidas como contraprestación de servicios prestados u ofrecidos sino con miras a la satisfacción de otras necesidades propias del trabajador y su familia, a la elevación de la calidad de vida de la persona que trabaja y su grupo familiar o la asunción por parte del empleador de determinadas contingencias sociales.

Asimismo, como consecuencia de la crisis económica sufrida por nuestro país, se dictaron varios decretos en los que se impuso a favor de los trabajadores que se encontraban comprendidos en convenios colectivos, la percepción de una “asignación mensual no remunerativa de carácter alimentario”: ello a través de los decreto 1273/02, 2641/02, 905/03, 392/03, 1347/03, 2005/04, 1295/05 que preveían incrementos en los ingresos de los trabajadores que calificaban como “no remunerativos”, estableciéndose en los últimos dictados, su “conversión” en remunerativas.

(13) Rodríguez Mancini, Jorge (dir.) Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. III, p. 409

(14) Ackerman, Mario en “Esos salarios llamados “beneficios sociales”. Revista de Derecho Laboral, Nro. 2005-1-Remuneraciones-II.

(15) Gnecco, Lorenzo La nueva regulación por ley de los “beneficios sociales” en TySS 1996-829.

(16) Seco, Ricardo. Ley de Contrato de Trabajo. Estudios profundizados, vol. 4, p. 39.

(17) Caballero y Pico. Tratado de Derecho del Trabajo. Edutorial Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 387.

Como lo he sostenido en un trabajo anterior ⁽¹⁸⁾, la respuesta jurisprudencial no se hizo esperar y en numerosos casos se declaró la invalidez constitucional de los vales alimentarios y de las llamadas sumas no remunerativas tanto dispuestas por decreto como por convenio colectivo de trabajo. Así, en Capital Federal, la jurisprudencia referida a los vales alimentarios estaba dividida, pues había salas que declaraban su inconstitucionalidad por violación al Conv. 95 OIT y art. 103 LCT ⁽¹⁹⁾; otra de las Salas sostenía su carácter constitucional ⁽²⁰⁾ frente al dictado de la ley 24.700; con anterioridad la Corte Suprema se había pronunciado en “Della Blanca” en el caso del decreto 1477/89. En cuanto a los decretos que dispusieron sumas no remunerativas, en general la jurisprudencia avaló el carácter constitucional de dichas disposiciones en función de la situación de emergencia económica social que atravesaba nuestro país al momento de su dictado e incluso frente a planteos efectuados por empleadores quienes cuestionaban su validez constitucional a través de medidas cautelares y amparos ⁽²¹⁾. En cambio, en cuanto a las sumas no remunerativas pactadas en convenios colectivos, en general la jurisprudencia ha cuestionado, en algunos casos su validez jurisprudencial y en otros, sustituyendo la norma convencional que les quitaba carácter salarial a las sumas que debían abonar los empleadores, por el concepto de salario previsto en el art. 103 LCT y Convenio 95 OIT, asignándoles carácter remuneratorio ⁽²²⁾.

(18) Pinto Varela, Silvia, “El concepto y alcance del salario en los fallos del Alto Tribunal”, Revista de Derecho Laboral, ob. Cit.

(19) Sala VI en autos “Frangullo, Gerardo c/ Banco Sudameris Argentina” SD 55771 del 26/02/2003; Sala V in re “García Fernando c/ Hospital Británico de Buenos Aires”, SD 69497 del 19/04/2007; etc.

(20) Sala II en autos “De Abolits, Cosme c/ Buenos Aires Container Terminal Services” SD 91090 del 11/11/2002; Sala IX in re “Benitez, Fidel c/ Search Organización de Seguridad SA” SD 7141 del 15/12/99, etc.

(21) Se pronunciaron por la validez constitucional de dichos decretos —haciendo hincapié en la situación de emergencia económica existente, entre otros fundamentos— la Sala III en autos “Zamudio, Carlos c/ Seguridad Francisco Durán y Asociados” SD 87102 del 13/09/2005; Sala I en autos “Barrios, Jorge c/ Lima Vel SA” SD 82623 del 06/05/2005; Sala VI en autos “Piscis Seguridad SA c/ Estado Nacional” SD 56679 del 23/12/03, etc. En este último caso como en varios otros —ver, a modo de ejemplo, “Federación Argentina de Cooperativas Eléctricas c/ Ministerio de Trabajo”, del registro de la Sala X, SD Nro. 11087 del 07/10/2002— se rechazó planteos efectuados por empleadores o cámaras de empleadores cuestionando la imposición estatal de abonar dichas sumas a sus trabajadores.

(22) Ver, entre otros, Sala VI en autos “Ibarra, María c/ Coto”, SD Nro. 64303 del 18/09/2013; Sala IV in re “Guido, Stella c/ Jumbo Retail” SD 96831 del 28/08/2012; “Denis, Alicia c/ INC SA” SD Nro. 45114 del 21/03/2013, etc.

En el año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en “Pérez c/ Disco” y luego en una serie de precedentes relevantes en materia salarial, aspecto que trataremos *infra*.

Con fecha 12 de diciembre de 2007 (promulgada el 21 de diciembre) se dicta la ley 26.341 que deroga el art. 103 *bis* inc. b y c de la Ley de Contrato de Trabajo. Dicha disposición legal estableció que los vales otorgados deberán ir adquiriendo carácter salarial de modo escalonado y progresivo, a raíz de un 10% de su valor pecuniario por cada bimestre calendario a partir de la entrada en vigencia de la ley; el porcentaje remanente debía seguir abonándose “pudiéndose conservar transitoriamente su carácter no remunerativo hasta su incorporación a la remuneración...”.

Asimismo, a partir de la reforma constitucional de 1994 los Tratados de derechos humanos allí individualizados, como sabemos, adquirieron rango constitucional (art. 75 inc. 22): todos ellos hacen expresa referencia a la remuneración del trabajador y tienden a protegerla. Así la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (1948) prevé el derecho al trabajo y a una justa retribución que le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia (art. 14); la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 23 prevé que “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 complementada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” y agrega en su art. 23 que “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 7° señala que los estados parte reconocen el derecho a 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; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer prevé que los Estados parte adoptarán toda las medidas apropiadas para asegurar en particular el derecho a igual remuneración.

III. EL CASO “PÉREZ C/ DISCO” Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL ALTO TRIBUNAL

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del año 2009, dictó una serie de pronunciamientos en los que delineó con claridad y precisión el concepto de salario, destacando la relevancia que tiene el instituto en la persona del trabajador. La primera sentencia dictada al

respecto, como antes lo destacamos, fue en la causa “Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.” en la que hizo referencia al rol del trabajador en la Constitución Nacional, a las normas de derecho internacional ratificadas por nuestro país referidas a la remuneración, dando pautas precisas acerca de cómo debe ser examinada cualquier disposición referida al instituto en examen.

En efecto, en dicho extenso fallo, en el que el voto de la mayoría destaca las distintas observaciones que la OIT a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones hizo —desde el año 1995— a las distintas disposiciones dictadas en torno de los llamados vales alimentarios, declara la invalidez constitucional del art. 103 *bis* inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto niega a dichos vales, naturaleza salarial.

En este pronunciamiento, el Tribunal luego de efectuar un relato de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que hacen referencia expresa al salario al igual que las normas dictadas por la OIT (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV—; Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23—; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC, arts. 6° y 7°—; Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer —art. 11 inc. 1° d— y el Convenio 95 OIT) y que demuestran la preocupación de la comunidad internacional en esta materia desde 1919 a la fecha, destaca que la evolución de la tutela jurídica del trabajador en materia salarial persigue como finalidad la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado.

Luego de mencionar los antecedentes normativos, afirma como pauta introductoria que la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta en un proceso más comprensivo, concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales “la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado...”.

A lo largo de los nueve considerandos del voto de la mayoría (integrada por Ricardo Lorenzetti, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni), se destacan ciertos conceptos que vale la pena destacar: 1) reitera que el principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan así como las normas internacionales de jerarquía constitucional han hecho del trabajador “un sujeto de preferente tutela constitucional”; 2) destaca la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria que interesan a varios sectores de la población y que se originan en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en disfavor del empleado; 3) afirma que el art. 6° y

7° del PIDESC proporcionan con sencillez y elocuencia, pautas decisivas para esclarecen la conceptualización del salario ⁽²³⁾; 4) señala que los vales alimentarios entrañaron para el trabajador inequívocamente en una “ganancia” que solo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo; 5) considera que llamar a esos vales “beneficios sociales”, mutar al trabajador en beneficiario; suplantar como causa de la ganancia al contrato por un acto del empleador ajeno al vínculo “resulta poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido” ⁽²⁴⁾; 6) afirma que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que se le atribuya; 7) considera que en el caso la concesión de vales alimentarios es solo “ropaje”; 8) destaca la “justicia social” como el norte tenido en consideración por la OIT, por la Declaración Sociolaboral del Mercosur; por los convencionales constituyentes en la reforma de 1957 al incorporar el art. 14 *bis* CN y en 1994 a través del art. 75 inc. 19 CN que establece que corresponde al Congreso proveer a lo conducente al “desarrollo humano” y al “progreso económico con justicia social”, 9) señala que es preciso que al trabajador le sea reconocido que se ha “ganado la vida en buena ley, que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta salario...”.

Efectúa consideraciones acerca de las observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, a propósito de lo dispuesto en el Convenio Nro. 95 OIT; en primer término en 1994, 1995 y 1996 respecto de los decretos 1477 y 1478 de 1989 y 333 de 1993 que incluía los llamados “beneficios”; luego recordándole al Gobierno argentino que “es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe” ⁽²⁵⁾. La Corte destacó que ello no

(23) El art. 6° al señalar que el derecho a trabajar “comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo...” y el art. 7° califica, cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como salario o remuneración la prestación debida por el empleador al empleado; por ende, dice el Alto Tribunal “resulta inadmisibles que caiga fuera del alcance de estas últimas denominaciones una prestación que, como los vales alimentarios en cuestión, entrañó para el actor, inequívocamente, una “ganancia”, y que, con no menor transparencia, sólo encontró motivo o resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo...”

(24) Según precedente “Piccirilli c/ Estado Nacional”, Fallos 312:296).

(25) Conferencia Internacional del Trabajo, 97 Reunión, 2008; Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (arts. 19, 22 y 35 de la Constitución), tercer punto del orden del día; Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones Informe III (Parte 1ª) Informe general y observaciones referidas a ciertos países, 2008, p. 595.

fue más que una reiteración de lo sostenido por la Comisión en los años 1998, 1999, 2000, 2002 y 2003.

Por ello declara la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la ley de contrato de trabajo en cuanto niega a los vales alimentarios, carácter salarial. A tal efecto sostiene “llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en el caso, un tributo a la “justicia de la organización del trabajo subordinado” (“Aceval, Héctor León c/ Industria Argentina de Aceros Acindar S.A.”, Fallos 251:155), principio rector a cuya observancia no es ajena “la empresa contemporánea”.

Como puede observarse el Alto Tribunal, se explayó en fundadas consideraciones acerca del alcance del “salario” y su protección directa tanto por las normas internas como por las disposiciones internacionales, haciendo hincapié en la imposibilidad de que el Estado o los particulares (ver, en especial último párrafo del considerando 5°) ignoren los elementos que lo constituyen bajo el ropaje del *nomen iuris*.

Los Dres. Highton, Fayt y Argibay, en sus votos, destacan la vigencia de la ley 26.341 que ha derogado el inciso en cuestión, pero señalan la virtualidad de dictar el pronunciamiento pues subsiste el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a la variación pues durante todo el período por el que formula el reclamo indemnizatorio, el derecho del actor se encontraba regido por el inciso c) del art. 103 *bis* mencionado. Cabe recordar que, al momento en que se dicta este pronunciamiento, se encontraba vigente la ley 26.341 (sancionada el 12/12/2007 y promulgada el 21 de ese mes) que derogaba el inc. c) del art. 103 *bis* LCT y se establecía la “conversión” en salario de las sumas percibidas como beneficio social, en forma escalonada y progresiva, a razón de un 10% de su valor pecuniario por cada bimestre.

Los tres ministros, luego de destacar el alcance del art. 14 *bis* y las normas internacionales de jerarquía constitucional, transcriben la definición dada por el art. 1° del Convenio 95 OIT ratificado por nuestro país en 1952 ⁽²⁶⁾ y luego el art. 103 LCT ⁽²⁷⁾ y señalan que resultan com-

(26) El Conv. 95 en su art. 1° dice “el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

(27) El art. 103 LCT establece: “se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo”.

patibles; no en cambio la norma impugnada. A tal efecto mencionan la recomendación de la Comisión de Expertos de la OIT en el sentido de que “tales beneficios deberían estar incluidos en la remuneración del trabajo en concordancia con lo dispuesto en el art. 1ro. de la mencionada norma internacional del trabajo”. y la razonable proporción que debe haber en la base salarial para que se cumpla con otro de los preceptos constitucionales como el caso de la protección contra el despido arbitrario.

En sintonía con dicho precedente, también se ha pronunciado en otros casos en los que, si bien les quitó validez constitucional a normas de la Ley de Contrato de Trabajo, sí lo hizo —con fundamento en el precedente “Pérez”— a otras disposiciones normativas y convencionales.

En este sentido, con fecha 19 de mayo de 2010, se pronunció la Corte Suprema en autos “González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro”. Allí, por mayoría, declaró la invalidez constitucional de los decretos 1273/02, 2641/02 y 90/03 que establecían —para los trabajadores del sector privado comprendidos en convenios colectivos de trabajo— el derecho a percibir de su empleador una “asignación mensual no remunerativa de carácter alimentario”. En dicha decisión hay una remisión directa a las consideraciones y conclusiones expuestas en el caso “Pérez c/ Disco” (Fallos 322:2043).

Tres años más tarde, el Alto Tribunal emite otra sentencia vinculada al alcance del instituto “salario”. En efecto, frente a la incorporación en numerosos convenios colectivos, de aumentos salariales encubiertos a través de las denominadas “asignaciones no remunerativas” (en las que incluso en varios casos se establecía que sobre dichos montos debía hacerse los aportes y contribuciones a las obras sociales y, además, a partir de una fecha determinada, dichas sumas se “transformaban” en salario) la Corte, con fecha 4 de junio de 2013, en autos “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”, además de declarar la invalidez constitucional del art. 103 *bis* inc. c LCT con sustento en la doctrina de “Pérez Aníbal c/ Disco SA”, también considera in

constitucional la cláusula convencional en cuanto desconoce la naturaleza salarial del concepto “anticipo acta acuerdo nov. 2005”.

En definitiva, como sostiene Piroló ⁽²⁸⁾, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos “Pérez c/ Disco” ⁽²⁹⁾, “González c/ Polimat” ⁽³⁰⁾

(28) Piroló, Miguel Angel Tratado Jurisprudencial Doctrinario, T. I, p.140, La Ley.

(29) CSJN “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco SA”, 01/09/2009, LA LEY 2009-E, 701.

(30) CSJN “González, Martín Nicolás c/ Polimat SA y otro”, LA LEY, 2010-C-1754.

y “Díaz c/ Cervecería”⁽³¹⁾, encuadró su doctrina en la tesis amplia que considera que es salario toda suma o ventaja acordada en el marco del contrato de trabajo; de este modo incluye no sólo aquello que es pagado como contraprestación del trabajo prestado, sino también lo que se obtenga con motivo de la actividad laboral efectuada. Así, declaró la invalidez constitucional de los vales alimentarios previstos en el art. 103 *bis* LCT, los decretos que preveían asignaciones “no remunerativas” y las “sumas no remunerativas” pactadas en convenios colectivos de trabajo.

IV. DECRETO 731/24 REFERIDO A LAS PROPINAS QUE MODIFICA LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Con fecha 13 de agosto de 2024 fue publicado en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia Nro. 731/2024. En dicha norma se efectúan algunas consideraciones acerca del uso del dinero digital en nuestro país y los beneficios de permitir que se pueda transferir directamente el dinero digital a quien realizó un servicio. También se expresa, luego de dar una definición de “Propina” como “prestación voluntaria librada enteramente a la discreción del consumidor, provienen de un tercero ajeno a la relación de trabajo establecida entre quien provee el producto o servicio y el destinatario de las mismas...”, que dichas liberalidades “no revisten naturaleza remuneratoria”.

Ahora bien, se invoca que la “situación de los sectores de la actividad económica del rubro gastronómico, turístico y afines amerita una indispensable celeridad en la aplicación del nuevo sistema” y por ello califica como “urgente” la situación descripta; por ello entiende que se encuentran cumplidos los requisitos formales y sustanciales previstos en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y por ello el Presidente de la Nación, en acuerdo General de ministros modifica el art. 113 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En efecto, recordemos que el texto legal hasta entonces vigente preveía que las propinas se considerarán formando parte de la remuneración, si revistiesen dos recaudos: que sean habituales y no estuviesen prohibidas.

Sin embargo, el decreto antes citado reemplaza su texto por el siguiente: “Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste, tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias en concepto de propinas o recompensas, no serán considerados parte de la remuneración...”.

(31) CSJN “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes”, del 04/06/2013.

Por si quedara alguna duda acerca del fin perseguido, los arts. 3° y 4° refuerzan este concepto al sostener que “en ningún caso las propinas serán consideradas como un pago por servicios realizados por el empleador...” y “las propinas otorgadas por medios físicos y/o digitales serán consideradas como una liberalidad... no podrán ser utilizadas como base para ajustar o modificar el salario básico ni las condiciones laborales establecidas por el empleador...”.

En verdad, el presente trabajo excede el análisis o el debate acerca del alcance que cabría darle —salarial o no— a estas sumas de dinero que provienen de un tercero por las labores desarrolladas por la persona trabajadora. Sin embargo, lo que llama la atención es el instrumento jurídico utilizado para modificar el texto del ya citado art. 113 LCT: un decreto de necesidad y urgencia. Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en numerosos precedentes que “para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes..”⁽³²⁾. Ello, además de las materias que expresamente está vedado el dictado de DNU. Asimismo, deberá actuar la Comisión Bicameral conforme lo dispuesto por la ley 26.122.

Corresponderá, entonces, a los jueces y juezas examinar, en el caso concreto, el cumplimiento de los recaudos constitucionales, legales y jurisprudenciales para determinar la validez de un decreto de necesidad y urgencia que modifica un texto legal emanado del Congreso de la Nación.

V. DEBATE ACERCA DEL ALCANCE SALARIAL O NO DE CIERTOS BENEFICIOS PACTADOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

En concordancia con lo expresado en un trabajo anterior⁽³³⁾, en las últimas décadas puede observarse la incorporación de prestaciones

(32) CSJN en autos “Verrochi” y “Consumidores Argentinos” c/ EN-PEN Dto 558/02” del 19/05/2010

(33) Pinto Varela, Silvia en “Ley de Contrato de Trabajo” dirigida por Mario Ackerman, Ed. Rubinzal-Culzoni, Análisis arts. 103 y 103 *bis* LCT. Ver, asimismo, “La carac-

otorgadas a los trabajadores, que han generado discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de su naturaleza jurídica. En efecto, existen ciertos beneficios que se otorgan a las personas trabajadoras que van más allá del salario mínimo o convenido; que no son en dinero y que pueden tener fuente legal o provenir de un convenio colectivo o nacer de la decisión del empleador en la relación jurídica individual.

Nos estamos refiriendo a prestaciones tales como la entrega de teléfono celular ⁽³⁴⁾, “notebooks” ⁽³⁵⁾, cochera ⁽³⁶⁾, tarjetas de crédito corpo-

terización del concepto de remuneración de ciertas prestaciones y la aplicación de la ley de empleo o del art. 1° de la ley 25.323”, Revista de Derecho Laboral. Ed. Rubinzal-Culzoni

(34) Cabe señalar que, en este caso, es relevante la prueba aportada en la causa destinada a acreditar si estaba o no limitado su uso como herramienta de trabajo. Así, la Sala V de la CNAT ha sostenido que si está acreditado que la empresa no toleró que el accionante usara el teléfono para realizar todo tipo de llamadas, no se trató de un beneficio de naturaleza salarial, no se trató de una ventaja patrimonial ni de una contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 de la LCT (CNAT, Sala V en autos “Calhoun, Cristobal c/ Recaudación, Gestión y Pagos Sa y otros s/ despido del 03/09/2019); en otro supuesto la Sala VIII ha expresado que “todo estipendio —en dinero o en especie— que el empresario otorga al trabajador en concepto de ganancia, sin que se le exija acreditación de gastos y que se percibe como consecuencia del contrato laboral, consiste en una prestación remuneratoria. Así... el uso del celular..., el pago sin rendición de cuentas de los gastos que tales elementos conllevan, encuadran dentro de esa figura...” (*in re* “Kleiman Grinstein, Leonardo c/ Estelar Resources Limited s/ despido”, 15/09/2021). La Sala IX ha expresado que “si la accionada otorgaba a la trabajadora un teléfono celular y le permitía el uso irrestricto, más allá del que se requería para la función específica de su tarea, debe otorgarse carácter salarial al menos a la parte del consumo que puede endilgarse a la utilización personal del servicio y que era abonada por la empresa sin requerirse rendición alguna de gasto” (en autos “Semeraro, Judith Graciela c/ Cosméticos Avón SA s/ despido”, SD 19708 del 13/11/2014).

(35) CNAT, Sala I ha dicho en autos “Kind, Martín Victor c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA s/ despido” SD del 10/02/2023, que “[t]oda vez que la computadora portátil sólo podía ser utilizada para los fines establecidos por la demandada y estrictamente profesionales, no pudiendo ser empleada para uso o beneficio personal o de terceros, su uso carecía totalmente de carácter remuneratorio”. En igual sentido Sala IV *in re* “Erizaga, Gustavo Norberto c/ Huawei Tech Investment CO LLD s/ despido”, SD 105.921 del 13/05/2019.

(36) CNAT, Sala V ha dicho que “este beneficio otorgado por la empleadora es apreciable en dinero en tanto evitó que la actora debiera afrontar con sus propios recursos el gasto que tal servicio le ocasionaba, adquiere naturaleza salarial a la luz de las previsiones de los arts. 103 y 105 LCT y de la doctrina de la CSJN sobre la materia...” (*in re* “Fernández Tolosa, Marcela Solange c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ despido”, del 02/03/2023). Por el contrario, la Sala I ha sostenido que “la cochera eventualmente utilizada por el demandante no era en un garaje particular, sino que

rativa ⁽³⁷⁾, uso y gastos del automóvil ⁽³⁸⁾, medicina prepaga ⁽³⁹⁾, gastos médicos, pasajes, “fallas de caja”, “stock options ⁽⁴⁰⁾”, gimnasio ⁽⁴¹⁾, cla-

hallaba albergue “en el predio de la compañía”, espacio de estacionamiento coparticipado también por el resto de los dependientes de YPF y sin que tal uso se proyectara a actividades extralaborales, con lo cual el actor no tenía ahorro alguno, con lo cual no tenía carácter remuneratorio (*in re* “Kind, Martín Victor c/ YPF SA s/ despido”, SD del 10/02/2023).

(37) CNAT, Sala VIII en autos “Trotz, Claudio Rubén c/ Tele Red Imagen SA s/ despido” del 05/09/2022, ha entendido que “el otorgamiento de... tarjetas de Cencosud/ Falabella revisten carácter remuneratorio y son consecuencia de la condición de trabajador, constituyendo una ventaja patrimonial concreta a favor de éste...”

(38) CNAT, Sala II ha dicho en autos “Fabisiak, Gilda Raquel c/ Rovafarm Argentina SA y otros s/ despido” del 14/12/2022, que “[l]a entrega del automotor y el pago de los gastos de su uso, origina una mejora de las prestaciones salariales; implica un beneficio patrimonial que, razonablemente, debe ser meritudo al tempo de su contratación y representa para el destinatario una mejora susceptible de apreciación pecuniaria que viene puede calificarse como ‘ventaja patrimonial’ obtenida como contraprestación de la fuerza de trabajo puesta a disposición...”. La Sala VIII *in re* “Raffinetti, Hugo c/ Unitec Bio SA y otros s/ despido” del 27/02/2023 ha expresado que “[d]ebe considerarse contraprestación salarial... el vehículo... suministrado por el empleador en el caso de un empleado de jerarquía, ya que dichos elementos se encuentran incorporados a su estilo de vida...”

(39) CNAT, Sala VI ha afirmado que “la medicina prepaga... (es) una prestación salarial en especie que el empleador otorgaba al trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y, por ello, representa una ventaja acordada en tal marco que tiene su causa fin en la prestación del trabajo...” (en autos “Varela Vargas, Marcelo Adrián c/ Frávega SA s/ despido”, del 28/05/2020). Por el contrario la Sala IV ha expresado que “[l]a cuota mensual para la cobertura de la medicina prepaga no tiene naturaleza remuneratoria pues se considera que constituye un beneficio social tendiente a mejorar la calidad de vida del trabajador y su familia; no es una contraprestación por el trabajo del dependiente, sino una protección adicional que asume el empleador y que, en tal caso, constituye la cobertura de una probable contingencia social...” (en autos “Miccilli, Julián María c/ CH Robinson, Worldwide Argentina SA s/ despido”, del 19/08/2020).

(40) CNAT, Sala IX ha dicho que “la participación del actor en el plan accionario que brinda la empleadora al trabajador, en la medida en que significa la posibilidad de obtener una ganancia financiera, se exhibe como una ventaja patrimonial que podría encuadrar en el amplio concepto del art. 113 LCT...” (“Dambrosio, Marcelo c/ Novartis Argentina SA s/ despido”, del 29/04/2021).

(41) CNAT, Sala X en autos “Llanos, Alejandro c/ Nación Servicios SA s/ despido”, del 04/10/2019 ha dicho que “[e]n el caso no se acompaña a la pretensión, ningún elemento de prueba del que se derive que efectivamente daba uso de las instalaciones en cuestión presupuesto indispensable para configurar la ventaja económica que se invoca ni tampoco se refuta que se trataba de un acuerdo celebrado por la empleadora con el gremio, es decir que abarcaba a un cupo de cuatrocientos empleados indeterminados, con el único objeto de poner a su alcance la posibilidad de mejorar su calidad de vida (art. 103 *bis* LCT)...”

ses de idiomas ⁽⁴²⁾, pago de maestrías o cursos de capacitación ⁽⁴³⁾, entre otros. Es abundante la jurisprudencia referida al alcance salarial o no de dichas prestaciones.

Como he sostenido en un trabajo anterior ⁽⁴⁴⁾, las pautas que se tomen para considerar cuándo las sumas que percibe el trabajador/a como consecuencia de su contrato de trabajo poseen carácter salarial, tienen una clara incidencia en otros aspectos del vínculo contractual tales como: fijar el monto que percibirá en concepto de “salario” por vacaciones; para determinar aquel que corresponda para el cálculo del ingreso base del dependiente ante una contingencia cubierta por la ley de riesgos del trabajo; al momento de establecer el *quantum* del sueldo anual complementario; la incidencia que ha de tener a los efectos de su futuro haber jubilatorio; al determinar los aportes y las contribuciones que han de ser relevantes al momento de su jubilación; a los efectos de determinar el monto que le corresponde percibir al dependiente en concepto de salario por enfermedad, art. 208 LCT y finalmente, de extinguirse el contrato de trabajo de modo que le corresponda al dependiente la indemnización del art. 245 LCT, para fijar la base salarial para el cálculo de dicho resarcimiento y de otros que puedan surgir del fin del vínculo.

Ahora bien, aunque los términos de nuestra Constitución, en materia salarial, resultan suficientes por sí mismos para proteger el salario y fundamentalmente determinar los alcances de su concepto, lo cierto es

(42) CNAT, Sala V in re “Fernández Tolosa, Marcela Solange c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ despido” del 02/03/2023, ha sostenido que “toda vez que las clases de inglés (dos semanales) eran brindadas por la empresa para que el personal pudiera comunicarse adecuadamente con los clientes internacionales, las mismas fueron parte de una capacitación y estaban íntimamente relacionadas a las tareas cumplidas por la actora. De allí que no pueda sostenerse su naturaleza salarial, ni por lo tanto incluirse en la base salarial a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones por despido...”

(43) CNAT, Sala VI en autos “Hatun, Andrés Osama c/ Asociación Civil de Estudios Superiores ACES s/ despido” del 24/08/2021 ha señalado que “el otorgamiento o pago de cursos o seminarios de capacitación o especialización es considerado beneficio social. Ello resulta concordante con las previsiones de la ley 24.576 que consagra, como un derecho fundamental de los trabajadores, la promoción profesional y la formación en el trabajo...”. Por su parte la Sala IX ha expresado que “reviste carácter de beneficio social el rubro ‘cursos’ ya que el art. 3° del decreto 137/97 y art. 103 *bis* inc. H) aluden al “otorgamiento o pago debidamente documentados de cursos o seminarios de capacitación o especialización” (en autos “De Lío, Guillermo Fernando c/ Merck SA s/ despido” del 25/09/2017).

(44) “El salario, la Constitución Nacional y los pronunciamientos del Alto Tribunal”, ya citado.

que las normas internacionales y los pronunciamientos de los órganos de control del cumplimiento de dichas disposiciones, ratifican y enriquecen nuestra normativa al respecto, tal como lo ha destacado la Corte Suprema en los últimos pronunciamientos dictados en esta materia en cuanto concluye que el concepto de salario no puede quedar supeditado a la voluntad ni del empleador ni del Estado sino que, a los fines de determinar si una suma percibida por el trabajador reviste o no naturaleza remuneratoria, cabe examinar los elementos que la componen “con independencia del nombre que se le atribuya”.

Como puede verse, resulta sin duda destacable la respuesta jurisdiccional dada por el Alto Tribunal en esta materia, en la que expresamente y a partir de “Pérez c/ Disco” le dio al “salario” el lugar indispensable que cumple en la vida del trabajador/a y familia; no solo en lo que hace a la satisfacción de sus necesidades vitales básicas sino también como el medio para lograr una vida digna en las personas que se “ganan la vida” honestamente, realizando sus tareas cada día de labor, silenciosamente, aportando —a la actividad económica necesaria para todo país— no solo su trabajo sino su tiempo y energía vital y, por ende, su persona.

VI. COLOFÓN

Hemos intentado dar un panorama general acerca de la normativa que se fue dictando en materia salarial desde los inicios de nuestra disciplina y la relevancia que se le ha dado a este instituto en la legislación vigente —fundamentalmente en la Ley de Contrato de Trabajo— y en la jurisprudencia pues, sin lugar a dudas, constituye la llave de acceso para que las personas trabajadoras puedan satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Son numerosos los aspectos vinculados a este instituto que no hemos tratado en este trabajo, tales como el análisis de cada una de las cláusulas de la Constitución Nacional en esta materia (que implicaría referirme al salario mínimo vital y móvil, a la igualdad salarial, a la cláusula escasamente aplicada en la práctica como es la participación en las ganancias de las empresas) o la relevancia de las negociaciones colectivas de los distintos gremios para intentar garantizar un salario que permita una vida digna y por ende que se acerque al inasible concepto de retribución justa. Ni que decir a las diversas teorías destinadas a intentar explicar el valor del salario, todas cuestiones muy relevantes vinculadas a este instituto pero que requerirían, cada una de ellas, un estudio profundizado.

Pero, a modo de conclusión, entendemos que las expresiones del Alto Tribunal en la causa “ATE c/ Ministerio” ⁽⁴⁵⁾ deben ser el faro, la guía para el dictado de cualquier disposición legal que regule el salario. En dicho precedente la Corte, luego de remitirse al caso “Pérez c/ Disco”, ha efectuado algunas consideraciones acerca de la naturaleza alimentaria de dichos créditos, la relevancia que ello tiene en vastos sectores de la población y que se origina en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes en desfavor del empleado; que el salario es el medio por el cual el trabajador se “gana la vida”. Hace hincapié en aquello que implica “ganarse la vida”: “obtener lo necesario para acceder a la salud, a la educación, a la cultura; a un nivel de vida adecuado... alimento adecuado, vivienda adecuada y vestido adecuado; al descanso, entre muchos otros bienes del terreno de los derechos humanos económicos, sociales y culturales...”. Por eso destaca que el trabajador tiene derecho a una “vida digna”, tal como lo establece el PIDESC, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Agrega que la proyección del salario es de alcances incluyo mayores, pues comprende el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos cuyo ejercicio es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sostiene que cuatro principios de jerarquía constitucional rigen el desenlace de la contienda:

- El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional y goza de la protección especial del Estado.

- Justicia social (cita “Madorrán”, el Preámbulo de la Constitución que habla de “bienestar general”; el art. 14 *bis* CN y arts. 75.19 que establece “desarrollo humano” y “progreso económico con justicia social”).

- Principio de progresividad.

- La realización del empleado del “derecho a perseguir su bienestar material” por intermedio del trabajo asalariado, rodeada, entre otras condiciones de “seguridad económica”.

A su vez señala que los principios mencionados se complementan con otros tres del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado:

- El deber de “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna” que exige la obligación gene-

(45) CSJN, 18 de junio de 2013, “Asociación de Trabajadores del Estados/ acción de inconstitucionalidad”.

ral de asegurar el derecho de las personas “a una mejora continua de las condiciones de existencia” (citan PIDESC, art. 11.1, “Milone”, “Aquino”, “Medina”).

- El compromiso (negativo) de “respetar” los mentados derechos, lo que requiere abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado.

- El deber de adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (principio *pro homine*) y obrar en forma restrictiva si lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías o la capacidad para imponerlas.

Esperemos que cualquier modificación futura no intente soslayar la intensa protección que tiene el salario en las normas aplicables en nuestro país.

LOS ESTATUTOS, LEYES ESPECIALES GENERALES DEL TRABAJO Y LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO A 50 AÑOS DE SU VIGENCIA ⁽¹⁾

POR JOSÉ MARÍA PODESTÁ

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los distintos tipos de contratos de trabajo y sus diversos regímenes jurídicos en principio podemos diferenciar dos grandes grupos: el empleo público y el empleo privado. Tanto en uno como en otro, pueden aplicarse el Anexo aprobado por ley 20.744 (de ahora en más LCT), aunque en el sector público con las limitaciones indicadas en la doctrina y aun así no es pacífica al respecto. En ambos, también los convenios de la OIT y tratados internacionales recogidos por la CN y el art. 14 *bis*, que en parte también se aplica a los trabajadores autónomos en tanto protege el trabajo en todas sus formas. En tanto la LCT por su gran campo de aplicación no puede prever todas las circunstancias y situaciones que se dan en los millones de contratos de trabajo que rige, son necesarias otras normas jurídicas que regulen aspectos generales o particulares que se aplican no a todos los contratos de trabajo sino a los que están comprendidos en determinados colectivos o clases laborales. Este nuevo grupo de normas particulares pueden ser divididas también en dos grupos: los

(1) Es sabido por todos que la ley 20.744 aprobó un régimen o reglamento del contrato y la relación de trabajo; que el decreto 390/76 en virtud de lo dispuesto en el art. 5°. De la ley 21.297 solo aprueba un texto ordenado del régimen o reglamento del contrato y la relación de trabajo; que dicho texto ha sufrido innumerables modificaciones por distintas leyes. Lo que nosotros conocemos hoy en día es un texto ordenado en la mayoría de los casos realizado por las editoriales de derecho o portales gubernamentales (Ver sobre el particular a Jorge Rodríguez Mancini en “Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada”, Edit. La Ley, Tomo I, Avellaneda 2007, págs. 14 a 16). Así, nosotros nos referiremos al art. 2° de la LCT, mencionando en lo posible sus fuentes jurídicas que lo modificaron.

estatutos profesionales y los convenios colectivos de trabajo. Además, existen otras leyes especiales generales ⁽²⁾ que se pueden o no aplicar a una relación de trabajo determinada.

Los denominados estatutos profesionales son también normas heterónomas, es decir, leyes especiales aplicables a un determinado grupo de trabajadores que por alguna razón concerniente al trabajo específico que realizan, el lugar de trabajo, la actividad económica o a la característica del empleador, regulan determinados aspectos del contrato de trabajo. Estas leyes especiales —en algunos casos— son preexistentes a la LCT y también al régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

En nuestro país fueron dictadas al inicio mismo de la legislación laboral para regular el trabajo desarrollado en el domicilio del trabajador ⁽³⁾; el prestado por los viajantes de comercio, industria y servicios ⁽⁴⁾; el trabajo de los “Conchabadores” ⁽⁵⁾ aplicables a lo que hoy denominaríamos trabajadores agrarios temporarios (“no permanente” en la antigua calificación); en 1944 se sancionó el “Estatuto del Peón de Campo” ⁽⁶⁾; en 1949 para los trabajadores de cosecha del ámbito rural ⁽⁷⁾; el aplicable al personal docente de los establecimientos de enseñanza privada ⁽⁸⁾; encargados de casa de renta y propiedad horizontal ⁽⁹⁾; para el sector de la construcción ⁽¹⁰⁾; continuando una serie de normas especiales a partir de la década de 1940 conocida como “explosión estatutaria” ⁽¹¹⁾.

(2) Llamamos leyes especiales generales a aquellas que regulan un tópico determinado que son aplicables en general a un grupo de trabajadores y que no dependen necesariamente de la aplicación de un estatuto particular.

(3) Nos referimos a la ley 10.505 de 1918 luego modificada por la ley 12.713.

(4) Ley 12.651 de 1940 luego modificada por la ley 14.546 de 1958.

(5) Ley 12.789.

(6) Decreto 28.169/44.

(7) Ley 13.020.

(8) Ley 13.047 de 1947.

(9) Ley 12.981 de 1947.

(10) Ley 17.258 y luego la 22.250. En este sector se pretendió regularlo a través de la negociación colectiva, pero en tanto que el contenido modificaba sustancialmente normas imperativas, el dictado de una ley especial fue el único medio posible para su regulación.

(11) Entre otros Antonio Vázquez Vialard en “Ley Laboral Común y Especial”, pág. 18, Revista Derecho Laboral 2003-1, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2003. Según indica Luis Ramírez Bosco: “En los repertorios legislativos más usuales se registran como tales, diecisiete anteriores a la ley 20.744 y diez a la ley de convenciones colectivas”, en “La concurrencia de la LCT con los Estatutos Profesionales”, nota 4 en pág. 32, Revista Derecho Laboral 2003-2, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2003.

Con el advenimiento y desarrollo de la negociación colectiva, los convenios colectivos comenzaron a plasmar las características de los distintos sectores del trabajo por lo que ya no se justificaba tanto el dictado de leyes especiales. Luego de algunas derogaciones de estas leyes impuestas por el neoliberalismo (estatuto para el personal bancario ⁽¹²⁾, entre muchos otros) se han dictado nuevas a partir del inicio del nuevo siglo (guardavidas ⁽¹³⁾, actores ⁽¹⁴⁾, peluqueros) ⁽¹⁵⁾ y modificado algunos ya existentes (personal de casas particulares ⁽¹⁶⁾ y rurales) ⁽¹⁷⁾.

Existe sin embargo un problema que remite a las fuentes del derecho del trabajo y es el de determinar, en qué forma, modo o extensión, es aplicable una u otra norma. Tanto si resulta o no aplicable, si se trata de cuestiones no previstas en una u otra norma, como cuando la situación está prevista en ambas normas y alguna de ellas las regula con peores condiciones para el trabajador. Es lo que se conoce como complementariadad, integración o articulación. En los hechos y en la mayoría de los casos, se debería resolver aplicando la norma más favorable al trabajador en cuanto sea compatible y posible.

La resolución de conflictos de normas en el derecho en general, no resulta aplicable fácilmente en el derecho individual del trabajo por tres cuestiones: primero la existencia de una fuente no contemplada en otras ramas del derecho como son los convenios y acuerdos colectivos de trabajo que, al amparo de los tratados incorporados con la reforma constitucional de 1994, le otorgan vía el convenio 87 de la OIT, una jerarquía suprallegal; la segunda es el principio protectorio, razón de ser de la disciplina, donde una de sus reglas es la norma más favorable y la condición más beneficiosa; y, la tercera, es el principio de progresividad que, discutido en doctrina, estaría incorporado en nuestro sistema jurídico ⁽¹⁸⁾ como consecuencia de la incorporación de tratados en la constitución nacional al que ya hicimos referencia.

(12) Sancionado en 1939 y derogado en 1981 por ley 22.425.

(13) Ley 27.155. Sancionada: junio 10 de 2015. Promulgada de Hecho: Julio 01 de 2015.

(14) Ley N.º 27.203. Sancionada: octubre 28 de 2015. Promulgada: noviembre 18 de 2015.

(15) Sancionado por ley 23.947.

(16) Ley 26.844. Sancionada: marzo 13 de 2013. Promulgada: abril 03 de 2013.

(17) Ley 26.727. Sancionada: diciembre 21 de 2011. Promulgada: diciembre 27 de 2011.

(18) Como mínimo para normas heterónomas.

No obstante, el tema de este trabajo nos lleva al análisis de las relaciones entre LCT, leyes especiales generales y estatutos a través de las distintas redacciones que ha tenido el artículo 2° en el transcurso de los 50 años desde su vigencia, como así también a las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia en tal período ⁽¹⁹⁾.

II. LA PRIMERA REDACCIÓN

En su primer texto la LCT establecía:

Ámbito de aplicación

Art. 2°.- En los casos de actividades regladas por estatutos o regímenes particulares, leyes generales y/o especiales, las disposiciones de esta ley serán aplicables cuando contemplen situaciones no previstas en aquéllos o consagren beneficios superiores a los establecidos por los mismos, considerándose en particular cada instituto del derecho del trabajo.

En ambas circunstancias 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.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

- a) A los dependientes de la Administración pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo;
- b) A los trabajadores del servicio doméstico ⁽²⁰⁾.

Con este texto, el primer párrafo vino a resolver sentencias y doctrina contradictoria en donde se discutía la colisión o vacío de normas. Mientras unas sostenían que las leyes generales posteriores a los estatutos no agregan derechos a estos colectivos, otras consideraban complementarias tales normas otorgándoles esos derechos omitidos ⁽²¹⁾. En este, como

(19) Si bien la problemática de las fuentes en el derecho del trabajo se dio originariamente con la ley 11.729 de 1934 u otras normas generales, el objeto de este trabajo se limita —por razones de extensión—, a la LCT.

(20) Texto según Boletín Oficial del 27-sep-1974, Número: 23003, pág. 2. Sancionada el 11 de septiembre de 1974. Promulgada el 20 de setiembre de 1974.

(21) Ley posterior deroga ley anterior salvo que se trate de ley especial y no resulte repugnante a la primera, ya que la no inclusión en la ley general implicaría la negativa expresa del legislador. La no existencia del primer párrafo, permitió la reso-

en todos los casos, la LCT y ante sentencias y doctrinas contradictorias, vino a establecer un criterio de preferencia a favor del trabajador.

Claro que debía considerarse en particular cada instituto del derecho del trabajo. No se trata entonces de comparar la totalidad de la norma ni cada uno de sus artículos sino todo el instituto contemplado en ambas normas, en caso de que así sucediera. Sistema que llamado “conglobamiento por instituciones” ya preveía el primer párrafo del art. 9° de la misma ley.

Con este primer párrafo ya no quedaban dudas de que las disposiciones de la LCT se aplicaban a los trabajadores y también las leyes especiales generales o particulares de trabajo y los estatutos o regímenes particulares. Las únicas condiciones eran de que se tratara de situaciones no previstas o que consagraren mejores beneficios para los trabajadores comparando institución por institución.

Como luego se verá, con la exclusión de este primer párrafo por la retrógrada norma del art. 2° de la LCT conforme al texto ordenado por el decreto 390/76, la jurisprudencia volvió a excluir a trabajadores de los beneficios de las normas especiales generales del derecho de trabajo.

Volviendo al texto originario, el segundo párrafo agregaba dos condiciones: a) que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con

lución de los plenarios de la CNATrab. N.º 19 “Gente de mar ‘PISANI’ c/. Cía. Argentina de Pesca”, del 06/11/1952 que excluyó a los trabajadores comprendidos en dicho régimen de las disposiciones del DL 33302/45 sobre despido y preaviso, con excepción del sueldo anual complementario; N.º 34 “García de Vila c/ Alegría y Cía. SRL”, del 24/07/1956 dijo que no era de aplicación la ley 11.729 al trabajo a domicilio, pero sí el DL 33.302/45 que consagró el aguinaldo, si se acreditaba la relación laboral entre las partes; N.º 97 en la causa “Peralta, Luis c/ Transradio Internacional Cía. Argentina de Telecomunicaciones S.A.” (del 15/03/1965), que no aplicó al personal regido por el estatuto de los radiotelegrafistas aumentos salariales que actualizaban los montos de la ley —general— 11.729; N.º 125 —“Ruíz, Silvio c/ Club Atlético Platense” (del 15/10/1969)— en el que se estableció que “[e]l jugador profesional de fútbol y la entidad que utiliza sus servicios, se encuentran vinculados por un contrato de trabajo”, abriendo la puerta a la sanción legislativa posterior del Estatuto del Futbolista Profesional. Citados por Luis Raffaghelli en “Ley de Contrato de Trabajo y Estatutos Especiales: volviendo sobre una relación litigiosa” <http://www.sajj.gov.ar/luis-raffaghelli-ley-contrato-trabajo-estatutos-especiales-volviendo-sobre-una-relacion-litigiosa-antiguos-temas-nuevas-regulaciones-jurisprudencia-dacfl30155/123456789-0abc-defg5510-31fcanirtcod?&o=10&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20laboral%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=863#>.

la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate; y b) que fuere compatible con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Aunque es posible que, en algunos casos, la sola existencia de un específico régimen jurídico determine la naturaleza y modalidad de esa actividad, por lo que la condición sería una sola en esos casos.

En el tercer párrafo establecía la inaplicabilidad a los trabajadores estatales —excepto que se los incluya en la ley o en el régimen de los convenios colectivos de trabajo— y a los trabajadores de casas particulares.

Por el objeto de este trabajo resulta necesario analizar la situación de los trabajadores estatales y el de los de casas particulares.

En cuanto a los primeros de la administración nacional, desde antigua data tienen su estatuto especial ⁽²²⁾. Su exclusión algunos sostienen que es razonable no solo porque el art. 14 *bis* de la CN les garantiza la estabilidad absoluta, sino porque se presupone que no deberían encontrarse sujetos a los avatares de la actividad privada (riesgo empresario) ni a los caprichos del empleador o del poder de turno ⁽²³⁾. Más allá de esta cuestión, tienen la protección del art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna que garantiza los derechos para el trabajo realizado en todas sus formas y de las normas internacionales a los que ya hicimos referencia.

Como indica Justo López ya estaban excluidos en el decreto ley 33.302/45 y una antigua jurisprudencia de la CSJN consideraba a la relación de empleo público regida por el derecho constitucional y el administrativo y no por el del trabajo ⁽²⁴⁾.

No obstante, podrían estar comprendidos en la LCT si “...por acto expreso se los incluya(e) en esta o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”. Y para el autor citado en la nota anterior, el acto expreso pueden ser la ley, el decreto o la disposición interna que incluye a trabajadores de empresas del estado; y en el régimen de las convenciones colectivas como ya estaban la DGI y los de la Dirección General de Vialidad ⁽²⁵⁾.

(22) Dec.-ley 6666/1957, posteriormente derogado y reemplazado por la ley 22.140.

(23) Hoy de dudosa justificación.

(24) “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ediciones Contabilidad Moderna, Bs. Ar. 1977, pág. 36.

(25) Nota anterior, pág. 37. Hoy en día y entre otros, habría que agregar a los trabajadores de la Superintendencia de Riesgos del trabajo en virtud de las disposiciones del art. 38 apartado 3 de la ley 24.557.

Es decir que la norma en este caso no ha hecho otra cosa que recoger la realidad existente al momento de su dictado.

En cuanto a los segundos, las características del empleador y la inexistencia de fines de lucro han permitido al legislador su relativa exclusión. También ya estaban excluidos en el dec.-ley 33.302/45. Aunque hoy por hoy no resulte razonable.

III. EL TEXTO SEGÚN EL DECRETO 390/76, LEY 21.297 ⁽²⁶⁾

La norma original fue modificada, como todas las otras, *in peius* del trabajador. Así el artículo bajo tratamiento quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 2°.- Ámbito de aplicación. 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.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

- a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo;
- b) A los trabajadores del servicio doméstico.

Pues bien, la primera novedad es la eliminación del primer párrafo y lógica consecuencia, la supresión de la expresión “en ambos casos” del ahora primer párrafo. Y con ello nuevamente la oportunidad para interpretar la eliminación de los derechos de los trabajadores que pudieren establecerse por otras leyes especiales generales del trabajo. Pero como

(26) La ley 21.297 intentó avanzar más de lo que en definitiva resultó el texto del decreto 390/76. En su artículo 7°. Dispuso que “El MINISTERIO DE TRABAJO procederá a integrar sendas comisiones con la participación de los MINISTERIOS DE ECONOMÍA y DE JUSTICIA para el estudio y elaboración de proyectos de ley relativos a: 1) Reglamentación del derecho de huelga. 2) Régimen de trabajo rural. 3) Regulación de los estatutos legales especiales de trabajo. 4) Código de trabajo”. Quien fuera el secretario general de la Federación Única de Viajantes de la Argentina en esos momentos, Manuel Diz Rey, me comentó que el Ministro de Trabajo lo llamó a su despacho y sin dejarlo sentarse, con un arma sobre el escritorio le informó que se derogaría la ley 14.546 (Estatuto del Viajante); y seis meses más tarde en la misma situación le informó que no se derogaría tal ley. Según su opinión fue influenciado primero por los operadores de las grandes empresas y luego por los de las empresas PyMES.

expresa Justo López, “...cabe concluir que no existe actualmente disposición legal expresa que dirima el conflicto de normas entre la LCT y las otras leyes generales. Hay en este punto una laguna normativa que debe ser remediada en base a los criterios suministrados por el art. 11 de la misma LCT” (27).

Consecuencia de esta eliminación son los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo N.º 313 (del 05/06/2007) in re “Casado Alfredo c/ Sistema Nacional de Medios Públicos S.E. s/ despido”, donde la CNAT concluyó que “[e]l recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b) y c), de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d) del mismo artículo [indemnización por despido y sustitutiva del preaviso]”; también en el N.º 320 (del 10/09/2008), en la causa “Iurleo, Diana c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1.195 s/ despido”, donde estableció la siguiente doctrina: “...El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el artículo 6º, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo (indemnización sustitutiva del preaviso y por antigüedad o despido)”; aunque es justo reconocer que en el plenario N.º 326 “Gauna, Edgardo D. C/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/ despido” (09/05/2011), la decisión resultó favorable a los trabajadores (28).

A partir de aquí, la aplicación de las leyes especiales generales y la LCT a los estatutos profesionales quedarán condicionadas a una doble condición: a) que sea “...compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate...”; y, b) que sea compatible “...con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta...”. También claro está que deja abierta la interpretación a los textos de las normas dictadas.

La situación de los trabajadores de la administración pública estatal y la del personal de casas particulares no varía, salvo en cuanto a la eliminación del primer párrafo.

La primera cuestión es en torno a la “incompatibilidad” de los distintos regímenes. No se trata de cualquier incompatibilidad ya que, si así lo fuera, la LCT debería haber dicho que directamente no se aplica a los estatutos especiales, cosa que no ha hecho. Así indica Justo López que

(27) Conf. Obra ya citada, pág. 31.

(28) Ver Raffaghelli, en trabajo ya citado.

“...el primer juicio de incompatibilidad debe ser también un juicio sobre la medida y sentido de la incompatibilidad...”, y luego que esa incompatibilidad “...no fuere relevante...”, y dicho juicio tiene prioridad, pero no excluye la ulterior aplicación del principio del régimen más favorable en la medida en que no haya incompatibilidad entre regímenes, mediante el método de conglobamiento por instituciones ⁽²⁹⁾.

Tratada ya la incompatibilidad con el específico régimen jurídico, corresponde analizar la incompatibilidad con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate.

No se trata aquí de una incompatibilidad entre normas jurídicas, sino entre la LCT y la naturaleza y modalidad de la actividad. En este caso, Justo López sostiene que debe de tratarse de una incompatibilidad por irrazonabilidad, es decir que la aplicación de la LCT fuere irrazonable de una manera indudablemente clara ⁽³⁰⁾. Por su parte, Vázquez Vialard como ejemplos de esta situación menciona la posibilidad del sistema de preaviso al personal embarcado de la actividad marítima y fluvial; y, la indemnización por despido al trabajador de la construcción. En el primer caso ya que al estar embarcado no podría tomarse las horas o jornadas para la búsqueda de un nuevo empleo y en el segundo, porque en la construcción la inestabilidad en el empleo es la regla y se sustituye con el sistema de desempleo ⁽³¹⁾.

IV. OTRAS MODIFICACIONES AL ART. 2º DE LA LCT

Otras modificaciones al art. 2º de la LCT fueron primero la incorporación como inciso c) a los trabajadores agrarios. Luego y con la sanción de las leyes 26.727 y 26.844, la inclusión que, tanto a los trabajadores agrarios como al personal de casas particulares, respectivamente, les resultaba de aplicación la ley general, condicionada a su compatibilidad con el régimen jurídico específico.

Efectivamente, el artículo 3º. De la ley 22.248 dispuso:

Sustitúyese el texto del artículo 2º del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por ley N.º 20.744 y modificado por ley N.º 21.297, por el siguiente:

(29) Ob citada pág. 35 y 36.

(30) Ob citada pág. 38.

(31) Conf. “Ley de contrato de trabajo. Comentada y concordada”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, abril de 2005, T. I, pág. 77 y 78.

Art. 2º.- 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.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

- a) A los dependientes de la Administración pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.
- b) A los trabajadores del servicio doméstico.
- c) A los trabajadores agrarios ⁽³²⁾.

Como era de esperar de un gobierno militar, la inclusión de los trabajadores agrarios entre los excluidos de la LCT fue para que resultara claro que, aunque este régimen fuere compatible y que también lo fuere con la naturaleza y modalidad de la actividad, los trabajadores agrarios también estaban excluidos de la LCT.

La ley 26.727 ⁽³³⁾ que estableció el nuevo régimen del trabajo agrario, en el inciso b) del artículo 2º que se refiere a las fuentes de regulación del trabajo agrario y la relación emergente de este como una de ellas indica: "Por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, la que será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la presente ley"; y en el artículo 100: "Ley de contrato de trabajo. Su aplicación. Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley, conforme lo establecido en el artículo 2º".

De tal manera desde entonces y aún luego de la ley 27.742 que sustituyó los art. 16 y 69 del régimen, el trabajo agrario se rige por su propia norma y la LCT solo en lo no contemplado y siempre que resulte compatible y no se oponga a su específico régimen ⁽³⁴⁾. Y también por el nuevo art. 92 *bis* de la LCT por la remisión expresa ahora incorporada.

(32) B.O. 18 de julio de 1980.

(33) B.O. 21 de diciembre de 2011.

(34) Es lo que Héctor Guisado considera estatuto "cerrado" Conf." Tratado de Derecho del Trabajo, Dirigido por Mario E. Ackerman y coordinado por Diego M. Tosca", Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2005, Tomo I, pág. 663.

Por su parte, la ley 26.844 ⁽³⁵⁾ en su artículo 72 sustituyó el texto del inciso b) del art. 2° de la LCT el que deja redactado de la siguiente forma: “b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente”.

En consecuencia y pese a que la ley 27.742 derogó el agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 50 del estatuto, la LCT se aplica al personal de casas particulares en tanto no resulte incompatible ni con el régimen ni con la naturaleza y modalidades propias. Más aún es aplicable cuando el estatuto lo indica expresamente, como es el caso de las modalidades de contratación (art. 1°); extinción del contrato por jubilación del trabajador/a (inc. d, art. 46); extinción por incapacidad permanente y definitiva (inc. j, art. 46); condiciones para la homologación de acuerdos conciliatorios (art. 53).

El decreto de necesidad y urgencia 70/2023 estableció, además de una nueva redacción para el art. 2° de la LCT, otras disposiciones que afectan a estatutos profesionales. Entre ellos mediante su art. 57 se deroga el art. 15 del estatuto de trabajo agrario; por el art. 50 se deroga el art. 50 de régimen del personal de casas particulares; sustituye el art. 69 de la ley 26.727 mediante el art. 89; dedica todo el Capítulo VI de los viajantes derogando en el art. 90 la ley 14.546 entre otras cosas; dedica todo el Capítulo VII al teletrabajo (ley 27.555) ⁽³⁶⁾, sustituyendo los art. 6°, 8°, 17 y 18. También una gran cantidad de modificaciones y derogaciones de normas que afectan a otros sectores ⁽³⁷⁾.

Dicho DNU ha recibido cuestionamientos judiciales de todo tipo y por distintos sectores afectados incluyendo la Provincia de La Rioja. En este caso nos avocaremos solo a los que inciden en nuestra materia. Este DNU no afecta solo el art. 2° de la LCT y los estatutos especiales, sino que deroga y modifica normas no solo de derecho individual, sino también de derecho colectivo y de la seguridad social. Por ello, distintas entidades representativas de los trabajadores presentaron y obtuvieron el amparo del Poder Judicial.

(35) B.O. 12 de abril de 2013.

(36) Estatutos B.O. 14 de agosto de 2020.

(37) Sobre la regresividad de la norma puede verse “La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023”, Dossier Nro 6, Cesar Arese (director), Héctor Guisado Coordinador, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, Libro Digital.

El primero fue el presentado por la Confederación General del Trabajo de la República Argentina (CGTRA-Causa 56862/2023). El juez de grado hizo lugar parcialmente a la medida cautelar y apelada por ambas partes, la Sala de FERIA por la mayoría integrada por Alejandro Sudera y Andrea García Vior ⁽³⁸⁾ resolvió suspender la aplicabilidad de todo el Título IV hasta tanto recaiga sentencia definitiva. Obviamente el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario el que fuera concedido con efecto devolutivo. El 30 de enero de 2025, la Sala de FERIA, pero ya integrada por los jueces Manuel Díaz Selva, Mario Fera y Héctor Guisado —por unanimidad—, dictó pronunciamiento sobre el fondo del asunto declarando la inconstitucionalidad del todo el Título IV del DNU con variados y sólidos argumentos, sentencia que fue apelada por el Estado Nacional y a la fecha de este escrito se encuentra en trámite.

El 4 de enero de 2025, la Sala de FERIA dictó una medida cautelar similar en la causa “Central de Trabajadores y Trabajadores de la Argentina CTA c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo s/ acción de amparo” (Causa 56687/2023). El proceso y resolución fue casi idéntico al indicado en la causa anterior y se encuentra en el mismo estado ⁽³⁹⁾.

Pero a los fines de esta obra, es necesario mencionar otra causa que es la iniciada por la “Federación Única de Viajantes de la Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional-PEN s/ acción de amparo” (Causa 11/2024) ⁽⁴⁰⁾. Cuando se analizó el tema del DNU en la CGTRA, todos los sindicatos pretendían judicializar la cuestión en virtud de su objeto principal que es la defensa de los intereses de los trabajadores representados. Más, considerándose que el aluvión de causas entorpecería la cuestión, se de-

(38) La disidencia de la jueza María Dora González sostenía remitir la causa a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo donde ya tramitaba un amparo colectivo contra todo el DNU.

(39) El tratamiento y argumentos dados puede verse en la causa mediante su consulta en la web de la CSJN y también en Héctor César Guisado “Modernización Laboral y Promoción del Empleo Registrado. Reforma Laboral. Ley Bases y su reglamentación”, Héctor César Guisado y Liliana Hebe Litterio (directores). Ed. La Ley Thomson Reuters, Avellaneda, 2024, págs. 6 a 9. Es interesante el análisis y la doctrina que menciona Guisado sobre el tratamiento de los DNU y la inconstitucionalidad de la ley 26.122 en cuanto exige el rechazo de ambas cámaras cuando una sola no puede dar formación a la ley (ver igual obra en págs. 2 a 6).

(40) En esta causa la Sala de FERIA con los votos de los jueces Manuel Diez Selva y Mario Fera, el 31 de enero de 2024 desestimaron el recurso de apelación presentado por el Estado Nacional contra la sentencia de Primera Instancia que hacía lugar a la medida cautelar. Aquí también se había resuelto la suspensión de la aplicabilidad de todo el Título IV y no solo del Capítulo VI y obviamente fue apelada por el Estado Nacional encontrándose en la CSJN a la espera de resolución.

ció que además de la propia CGTRA, solo justificaba que, por la derogación de su estatuto particular, solo los sindicatos representativos de los viajantes podrían iniciar su propia causa ya que podrían aportar argumentos particulares. Por su parte, estos y también con el objeto de evitar la iniciación de muchas causas, decidieron que solo lo iniciara la entidad de segundo grado.

A la ya mencionada intención de derogar el estatuto durante el proceso militar e indicada en la nota 26, también se intentó derogarlo con el gobierno neoliberal del presidente Carlos Menem. Efectivamente, por supuestos pedidos del Fondo Monetario Internacional ⁽⁴¹⁾, en esa década se derogaron varios Estatutos profesionales y lo mismo se pensó respecto del de viajantes. Sin embargo, el Ministro y Secretario de Trabajo de ese entonces ⁽⁴²⁾ y en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, envió al Congreso un proyecto de ley ⁽⁴³⁾ mediante el cual de establecía la disponibilidad colectiva, es decir, su posible modificación o adaptación mediante la negociación colectiva en concordancia con las disposiciones de los Convenios 87 y 98 de la OIT y las normas internas. Pero nunca la derogación. Tal proyecto perdió estado parlamentario pre-

(41) Por lo menos en esa época era difícil acceder a los acuerdos entre el FMI y el Poder Ejecutivo, y por otro lado mucho menos saber qué era lo que el FMI pedía y que era lo que el Ministerio de Economía pretendía incluir como una exigencia del organismo internacional.

(42) Nos referimos al Dr. José Alberto Andrés Uriburu, abogado, empresario y que tenía en empresas cuyo directorio integraba contratados a viajantes y una vasta experiencia en el área laboral. Conf. <https://www.lanacion.com.ar/politica/un-abogado-de-caracter-fuerte-nid139325/>

(43) Expediente Nro. 122/99, Mensaje 214/99 PEN cuyo texto establecía:

“Art. 1º.- Decláranse disponibles en el ámbito de la convención colectiva de trabajo, los institutos laborales contenidos en la ley N.º 14.546. Art. 2º.- Las negociaciones o acuerdos a que se refiere la presente ley, sea para trabajadores de industria, comercio o servicios, que intervengan por cuenta de empresas o establecimientos con o sin fines de lucro, cualquiera sea su denominación, deberá ser celebrado únicamente por intermedio de la asociación sindical de grado superior, con personería gremial que represente exclusivamente a la profesión de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 3º de la ley N.º 14.546. Art. 3º.- Las partes colectivas además podrían acordar las condiciones y requisitos para el ejercicio de la profesión de vendedor externo en todas sus formas y cualquiera fuere su denominación. Art. 4º.- Los derechos y obligaciones asumidos por las partes en los Convenio Colectivo de Trabajo Nros. 308/75, 295/97 y 22/98 oportunamente homologados por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, sólo podrán ser modificados, suprimidos o alterados por las partes contratantes o las que en el futuro las reemplacen o sucedan. Art. 5º.- Las cuestiones objeto de la presente, así como las que se deriven de aplicación, no podrán quedar sometidas a las disposiciones en materia de arbitraje obligatorio. Art. 6º.- Comuníquese al PODER EJECUTIVO NACIONAL.”

cisamente porque el Congreso Nacional no consideró de trascendencia ni siquiera la modificación de la ley 14.546.

A diferencia del DNU y el proyecto de la Ley Bases, que respecto del art. 2° de la LCT resulta igual, el tratamiento del estatuto del viajante fue distinto. Mientras que en el proyecto de ley se propiciaba la lisa y llana derogación, el DNU establece un capítulo entero (Capítulo VI), que además de derogar la ley en el art. 90, en el 91 indica que no afecta los derechos individuales que ya existen ⁽⁴⁴⁾ y que las nuevas contrataciones se regirán por "...(los) convenios colectivos que resulten aplicables...".

Pues bien, si entre los argumentos reiterados del poder ejecutivo está el de evitar la supuesta "industria del juicio" ⁽⁴⁵⁾, con esta norma solo los incentiva. El tema es que los convenios colectivos suscriptos por los gremios de viajantes y homologados desde antaño, establecen que "...[q]uedan comprendidos en el presente convenio y en las disposiciones de la ley N.º 14.546..." (art. 2° CCT 308/75, aplicable a viajantes de industria comercio y servicios ⁽⁴⁶⁾). Idéntica fórmula se repite en los art. 2° de los CCT 297/97 para vendedores externos de empresas de la industria del jabón y afines y CCT 22/98 de empresas Industrializadoras y/o Distribuidoras de Artículos de Perfumería, Jabones de Tocador y todos los productos que hacen a la higiene y belleza del hombre, la mujer y el niño ⁽⁴⁷⁾. Idéntica fórmula también se encuentra inserta en los convenios colectivos de empresa suscriptos por la Federación y su principal sindicato de primer grado adherido ⁽⁴⁸⁾.

(44) Lo que sucedería igual en virtud de los derechos adquiridos.

(45) Es curioso que lo de esta supuesta industria solo se utiliza para nuestro fuero. Cuando se impuso el corralito a principio de los 2000 y la gente no podía retirar sus dólares de los bancos a la catarata de amparos que se iniciaron también al principio se los trató de industria, pero al advertir que no eran pobres trabajadores los que reclamaban, rápidamente se le quitó ese mote. Si hubiera "industria del juicio" en el fuero laboral, los tribunales no podrían soportar la cantidad de juicios que debieran iniciar los millones de trabajadores que en el sector informal de la economía tienen derecho a reclamar.

(46) Aunque respecto de los que 'venden servicios' la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica, la tendencia apuntaría a su aplicabilidad. Nuestra postura a favor fue indicada ya en 1984. Ver "Los viajantes que 'venden' servicios", DT, Edit La Ley Tomo XLIV-B, págs. 1083 y sgtes. Y su inclusión en el CCT 308/75 debería abolir la divergencia por su incorporación vía la autonomía colectiva.

(47) El texto de estos convenios puede consultarse en: https://www.fuva.org.ar/marco_legal/index.html y también en los sitios oficiales.

(48) Nos referimos a la Asociación A.V.V.A. - Asociación Viajantes Vendedores de la Argentina de Industria, Comercio y Servicios entidad sindical de primer grado y personería gremial en todo el territorio nacional.

A nuestro entender, la ley seguiría vigente vía su incorporación en los convenios colectivos de trabajo al amparo de las disposiciones de la ley 14.250 y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional de trabajo, reiterando la jerarquía suprallegal del convenio 87 al que ya hicimos referencia. No se trata aquí de la referencia de una ley a otra ley sino de incorporación de una ley en una convención colectiva de trabajo.

V. EL PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 29 DE ABRIL DE 2024

En el proyecto de la llamada ley bases enviado por el Poder Ejecutivo ⁽⁴⁹⁾, ninguna modificación a la LCT ni a los estatutos especiales fue escrita. Esto resulta lógico ya que el art. 654 incluido en el Título X - Disposiciones finales establecía: "...Ratificase el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 70/23...". Sin embargo, incluía un Capítulo IV sobre Empleo público (Sección I) y sobre Negociaciones de la Administración Pública Nacional Sección II. En ambos casos *in peius* de los trabajadores y de sus organizaciones sindicales representativas.

En el proyecto aprobado en la Cámara de Diputados el 29 de abril 2024 ⁽⁵⁰⁾, luego de arduas negociaciones de todo tipo y eliminada la ratificación del DNU N.º 70/23 ⁽⁵¹⁾, quedó redactado en lo que aquí interesa, con varias modificaciones y eliminaciones.

Bajo el Título II de Reforma del Estado, el Capítulo IV se encarga del empleo público pretendiendo normas tanto del derecho individual como del derecho colectivo en cuanto pretende que las cláusulas de "solidaridad" ⁽⁵²⁾ solo obliguen a los afiliados y a los no afiliados, solo con su autorización expresa. El Título IV sobre la Promoción del empleo regis-

(49) <https://www.saij.gob.ar/proyecto-ley-bases-puntos-partida-para-libertad-argentinos-proyecto-ley-bases-puntos-partida-para-libertad-argentinos-nv40785-2023-12-27/123456789-0abc-587-04ti-lpsedaddevon>.

(50) 25-PE-2023 OD 7, que fuera recibido por El Senado la Nación el 2 de mayo de 2024 (Ex. CD N.º 1/24 a las 21 hs.) <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1.24/CD/PL>.

(51) Que ya a esta altura tenía tres causas en las que se declaraba su inconstitucionalidad a espera de resolución por la CSJN y había sido rechazado por la Cámara de Senadores el 14 de marzo de 2024 <https://www.senado.gob.ar/prensa/21509/noticias>.

(52) Ya hemos sostenido la frecuente confusión existente en doctrina y jurisprudencia entre las cláusulas de "solidaridad" y la de "fines específicos". Aunque no es el tema de este trabajo de todos modos es de indicar que lo que aquí se pretende consagrar es lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia internacional como los "free riders", es decir, los que se benefician de la acción del sindicato sin poner nada a cambio.

trado; y, el Título V titulado de Modernización laboral varios capítulos. El I sobre Modificaciones a la ley 24.013 y del Sistema Único de Registro; el II sobre Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo; el III sobre Fondo de cese; el IV De los trabajadores independientes con colaboradores; el V sobre Trabajo agrario; y, el VI sobre las Derogaciones normativas. También tiene el Título VIII dedicado al tema Previsional.

El análisis de esta norma la haremos someramente a continuación a efectos de señalar las diferencias fundamentales con el proyecto que se enviara al recinto de Senadores por las Comisiones de trabajo.

VI. EL PROYECTO APROBADO POR LAS COMISIONES DE LA CÁMARA DE SENADORES EL 29 DE MAYO DE 2024

Las comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores aconsejaron a dicha cámara la aprobación de un proyecto de ley que contiene diversas normas ⁽⁵³⁾, muchas de las cuales no venían en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, otras fueron suprimidas o modificadas.

En cuanto al empleo público se eliminó la sustitución del art. 13 de la ley 24.185 que establecía el art. 62 del proyecto aprobado por diputados ⁽⁵⁴⁾. La norma proyectada indicaba que las cláusulas de solidaridad solo fueran válidas para los trabajadores afiliados, cuestión ya comentada en la nota 52. Esta norma que se refiere a la negociación colectiva en el sector público se mantiene igual aún después de la sanción de la Ley Bases ⁽⁵⁵⁾. Se agrega un nuevo párrafo al artículo 12 del anexo de la ley 25.164 ⁽⁵⁶⁾.

(53) Ver: <https://www.senado.gob.ar/micrositios/nota/21724/noticias>.

(54) El proyecto aprobado por diputados y el elevado al Senado por las comisiones los artículos tienen igual o distintos números. Por ello hacemos en cada caso nos referimos al número inserto en cada proyecto.

(55) Art. 13.- Las cláusulas de los acuerdos por las que se establezcan cuotas de solidaridad a cargo de los empleados y a favor de las asociaciones de trabajadores participantes en la negociación, podrán tener validez tanto para los afiliados como para los no afiliados, según se haya pactado, debiendo cumplirse con lo establecido por el artículo 33 de la ley 23.551.

(56) Art. 53 del Proyecto de las Comisiones del Senado. Norma marco que regula el empleo público nacional. Dicho párrafo indicaba "Asimismo, aquellos agentes que se encuentren de licencia por enfermedad o accidente, por embarazo y por matrimonio, hasta vencido el período de su licencia no podrán ser puestos en situación de disponibilidad".

En relación a la Promoción del empleo registrado, el proyecto llegado al recinto de Senadores suprime el segundo párrafo del artículo 79 del aprobado por diputados ⁽⁵⁷⁾.

Es en el Título V sobre Modernización laboral donde se producen las mayores modificaciones ⁽⁵⁸⁾. No tanto en las modificaciones a los otros capítulos como el que se refiere a la Ley de Contrato de Trabajo, el que dejaremos para el final de este apartado. No tienen modificaciones la promoción del empleo registrado; el fondo de cese; el trabajo agrario; las derogaciones; y, el Título VIII Previsional.

Siguiendo el orden de las modificaciones, en cuanto a la ley de empleo se modifica cuarto párrafo eliminando que en las empresas de hasta doce trabajadores el sistema de registración y confección de los recibos de sueldo deberá contemplarse un importe único para todas las obligaciones emergentes de las relaciones laborales "...tanto legales como convencionales...", dejando solo las legales y de la seguridad social. Esto es razonable porque incluir las que resultan producto de normas autónomas provenientes de los convenios y acuerdos colectivos podrían resultar inconstitucionales por afectar entre otros, a los convenios 87 y 98 de la OIT. También se eliminó en el proyecto artículo 7° *quáter* de la ley 24.013 la expresión final de que "...se establecerá un sistema de intereses menos gravosos y facilidades de pago", lo que a todas luces ya resultaba un exceso más. Esto tiene relación con la facilidad de enmarcar erróneamente las relaciones laborales como contrato de obra o servicios, sobre lo que volveremos.

En cuanto al Capítulo IV De los trabajadores independientes con colaboradores por un lado se redujo de cinco (5) a tres (3) el número de

(57) Este párrafo disponía: "La reglamentación podrá disponer planes de regularización plurianuales, previendo un plazo máximo de cinco (5) años y una regulación anual mínima del veinte por ciento (20%) de las diferencias. El porcentaje deberá ser constante o decreciente a lo largo de todo el plan de regularización".

(58) Es extremadamente difícil saber —con sentido académico— las razones y el alcance de las negociaciones dadas en el trabajo de comisiones ya que muchas de ellas se han producido fuera de cualquier ámbito del Senado. Versiones periodísticas han dado cuenta de la intervención de ministros, secretarios de Estado, operadores de todo tipo que están fuera del alcance de cualquier investigación seria y entre ellos los supuestos canjes de votos a cambio de cargos en el exterior o en organismos bipartitos u otras cosas. Más aún, el senador cuyo voto fue clave para la aprobación de la ley bases al escribir estas líneas se encuentra preso en la República de Paraguay por intentar ingresar una suma importante de dólares americanos sin declarar. Solo puede sospecharse que razones de orden económico han llevado a que los senadores privilegieran a otros sectores que no son los trabajadores.

trabajadores de igual carácter que se puede contratar; y, por el otro, se agregó un párrafo final que más allá de la técnica jurídica utilizada pretende que no se cometan demasiados abusos ⁽⁵⁹⁾.

Ahora llegamos al Capítulo II sobre las Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo. En primer lugar, e inexplicablemente, incorpora modificaciones sustituyendo los artículos 2º, 23 y 242 que no estaban en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. Continúa con la sustitución del artículo 29, idéntico al aprobado por diputados al igual que los artículos 136, 177 y el 242 *bis*. Y en la sustitución del 92 *bis* agrega un párrafo luego del inciso b) ⁽⁶⁰⁾.

A fin de concentrarnos en el objeto de este trabajo solo indicaremos que el texto del art. 2º de la LCT propiciado por las comisiones del Senado, es idéntico al que en definitiva resulta aprobado como ley.

VII. EL PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE SENADORES EL 13 DE JUNIO DE 2024

En las sesiones del 12 y 13 de junio de 2024 el Senado aprobó el proyecto propiciado por mayoría con alguna supresión. Salvo la derogación de la ley 14.546, el texto es idéntico al propuesto por las Comisiones más allá del cambio de numeración de algunos artículos.

Es de hacer notar cómo fueron las votaciones en el recinto. Respecto del Título II, que incluye al Empleo público, resultó en un empate de 35 votos y aprobado por el desempate de la vicepresidente de la Nación. Lo mismo pasa con el Título IV sobre Promoción del empleo registrado, aunque luego de una nueva votación resulta aprobada por 37 votos contra 33 negativos ⁽⁶¹⁾. Cuando se pasa a votar el Título V sobre Modernización Laboral, se produce el pedido de dos senadores para que se excluya

(59) El párrafo agregado dice: “El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda”.

(60) El párrafo agregado indica: “Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción”, lo que parece innecesario salvo que se pretenda eximir a las partes del preaviso, lo que solo genera un inútil conflicto.

(61) La diferencia radica en que los senadores radicales Maximiliano Abad y Martín Lousteau ahora votaron por la afirmativa.

el artículo que derogaba el Estatuto del Viajante lo que en principio fue negado por el miembro informante, pero ante la insistencia de varios senadores se permitió hacer una excepción a votar todo el Título —como había sido acordado— y permitirlo con la excepción del artículo 96 que establecía “Derógase la ley 14.546”. El Título con la exclusión indicada resultó aprobado por 37 votos afirmativos y 33 negativos.

En torno al mentado artículo 96, la Senadora Edith Elizabeth Terenzi de Juntos por el Cambio Chubut indicó:

La verdad es que no comprendo cuál es el motivo de esta derogación. Se trata de un sector muy pequeño y que no afecta al sistema, pero sí están en juego más de 50.000 familias. Yo lo pregunté en los plenarios de comisiones dos veces, para ver si alguien del oficialismo nos podía dar alguna explicación de cuál era el motivo de derogar el estatuto del viajante. Nunca obtuve una respuesta. Incluso, el estatuto del viajante está judicializado...

Y el Senador Pablo Daniel Blanco, de Juntos por el Cambio Tierra Del Fuego la secundó diciendo:

[E]s para acompañar la moción de la senadora Terenzi, porque cuando consultamos en comisión los motivos por los cuales se derogaba el estatuto del viajante nadie supo explicar por qué, y creemos que es importante que continúe vigente...

Por su parte el Senador Mariano Recalde del Frente de Todos motionó acompañar a Terenzi y Blanco para que se pueda votar por artículos indicando que “...vamos a acompañar que se saque de las derogaciones el artículo que prevé la derogación del estatuto del viajante.” Luego de algunas discusiones se habilita a excluir de la votación la derogación de la ley 14.546, se aprueba el Título V como ya expresamos y se pasa a votar el art. 96 en forma separada.

Al tratarse este artículo y el sentido que tendría el voto, resulta que 18 senadores lo hacen para derogar el estatuto y 52 para que se mantenga. Esto implica que la derogación fue rechazada por dos tercios lo que, además, la Senadora Anabel Fernández Sagasti del Frente de Todos solicita “...Que conste que son dos tercios, por favor, en la versión taquigráfica” a lo que la presidente del Senado indica: “Bueno, resulta rechazado por dos tercios de la Cámara” ⁽⁶²⁾.

(62) Ver: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busquedaTac> Versión taquigráfica y Diario de Sesiones del 12 de junio de 2024.

Si nos hemos detenido en la forma en que se votaron los temas que hacen a nuestra materia, es solo para comentar que las facultades que le quedaban a la Cámara de Diputados eran diferentes según se trate de la derogación de la ley 14.546 y la de los otros temas. En el primer caso, conforme a la normativa interna del Congreso de la Nación, la Cámara de Diputados para insistir en su proyecto original debía conseguir los dos tercios para derogar el estatuto y simple mayoría para lo restante. Además, la derogación del Estatuto del Viajante no podría volver a tratarse en el Congreso durante el año 2024.

No es menor indicar que Terenzi y Blanco representan a provincias alejadas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas más pobladas. En el interior y para este tipo de provincias los viajantes históricamente han cumplido funciones que exceden a la intermediación entre la producción y el consumo. Desde llevar noticias, información general y por sobre todo el trato personal que en muchos casos llega a la amistad, no se reemplaza con medios informáticos ni telefónicos. Creer que la tecnología básica se traduce en la aplicación inmediata a la aplicada es un desconocimiento de la realidad, tal como nos ha enseñado Carlos Aldao Zapiola ⁽⁶³⁾, mucho menos cuando se traduce a las relaciones humanas.

VIII. EL PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 27 DE JUNIO 2024

En la Cámara de diputados se procedió a votar el dictamen de las comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Constitucionales por el que se aceptaron en su totalidad las modificaciones introducidas por el Honorable Senado al proyecto que le fuera enviado en revisión sobre Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Se registraron 147 votos afirmativos, 107 votos negativos y 2 abstenciones ⁽⁶⁴⁾, transformándose en ley.

IX. LA LEY N.º 27.742 ⁽⁶⁵⁾

La incorporación del art. 16 *bis* a la 24.185 (sobre convenios colectivos para trabajadores del estado), pertenece al derecho colectivo. Las

(63) Su exposición ante el Instituto Laboral de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires del día 8 de noviembre de 2016 “El cambio de las modalidades laborales y la nueva lógica del derecho del trabajo”.

(64) Conf. <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultado.html>.

(65) B.O. 8 de julio de 2024.

modificaciones al anexo aprobado por ley 25.164 (empleo público), su tratamiento excede el límite impuesto a esta obra, al igual que los otros temas de modificaciones a las normas laborales incluidos en la “Ley Bases”. Y la ley 14.546 no fue objeto de derogación en tanto no fue incluido en el proyecto de la Comisiones de Diputados ya que obviamente, no alcanzarían las dos terceras parte de los votos.

Analizaremos en consecuencia solo las modificaciones sobre los Estatutos de Trabajo Agrario, el del Personal de Casas Particulares y del artículo 2° de la LCT.

En cuanto al trabajo agrario, la ley bases deroga el art. 15 de la ley 26.727 ⁽⁶⁶⁾ y sustituye los arts. 16 y 69 ⁽⁶⁷⁾ del Estatuto particular.

El artículo derogado disponía:

Empresas de servicios para la provisión de trabajadores temporarios. Prohibición. Se prohíbe la actuación de empresas de servicios temporarios, agencias de colocación o cualquier otra empresa que provea trabajadores para la realización de las tareas y actividades incluidas en la presente ley y de aquellas que de cualquier otro modo brinden servicios propios de las agencias de colocación.

Esta prohibición fue consecuencia de la lucha constante contra el trabajo informal que llevó a cabo la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE). En determinado momento se estimaba que más de 1.200.000 trabajadores de cosecha eran contratados por falsas cooperativas de trabajo que al no tener registrados a los trabajadores que contrataban, los dejaban a merced de su suerte ya que, ni los encuadraban como trabajadores formales, ni les hacían los aportes como monotributistas. En definitiva, todo ese personal se encontraba excluido de toda protección de las normas laborales y de la seguridad social. Por esta razón la UATRE y su obra social OSPRERA hicieron una fuerte campaña conocida como “Campaña del Blanqueo”, con inspecciones, denuncias, publicidad, gestiones ante el Poder Ejecutivo y el Congreso y que terminó con la sanción de la ley 25.191 ⁽⁶⁸⁾; el artículo ahora derogado; y, los que si-

(66) Art. 99 de la ley 26.727. El artículo 15 no fue reglamentado en el anexo aprobado por decreto 301 de 2013 (B.O. 22/03/2013).

(67) Título III sobre Modalidades contractuales del trabajo agrario y Capítulo II del Título X “De las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales” de la ley 26.727.

(68) Entre muchos otros ver: <https://www.lanacion.com.ar/economia/habra-un-blanqueo-de-trabajadores-rurales-nid300361/>.

guen vigentes 12 (69), 13 (70) y 14 (71) de la ley 26.727. La derogación de este artículo deja a los trabajadores rurales a merced de las peripecias que ya padecen otros trabajadores comprendidos en la LCT. De todos modos, no creemos que será una práctica habitual este tipo de contrataciones dentro del sector con la vigencia de los arts. 12, 13 y 14 del Estatuto que continúan vigentes.

El artículo 16 disponía que el contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua no podrá ser celebrado a prueba por período alguno. El objeto de la sustitución fue al solo efecto de permitir el período de prueba en este tipo de contrato. Con anterioridad a la ley 26.727 existían solo dos categorías de trabajadores para este sector. La ley incluyó como nueva forma contractual al permanente discontinuo (72). Se trata del trabajador de temporada contemplado en la LCT, por lo que entendemos que, ante esta supresión, el período de prueba habrá de regirse por el art. 92 *bis* de la LCT ya que así se dispone expresamente (73).

La sustitución del art. 69 (74) del Estatuto particular sí importa una modificación sustancial en la forma de contratación del personal temporario previsto en el art. 17 de la ley particular, antes conocido como “no permanentes”. Se trata en definitiva de la obligatoriedad o no de la contratación a través de las Bolsas de Trabajo que administran los sindicatos agrarios con personería gremial, más precisamente la UATRE y otros gremios de menor ámbito de actuación, no comprendidos en él. Y esto afecta no solo a los trabajadores y empleadores sino también a las organizaciones sindicales con personería gremial.

Aún antes de la sanción de la ley 26.726 la contratación de los “no permanente” mediante la utilización de las bolsas de trabajo sindicales era obligatorio para varias provincias, en particular para las productoras de granos (75), en virtud de resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario y distintas normas provinciales. La nueva redacción pretende

(69) Sobre “Contratación, subcontratación y cesión. Solidaridad”.

(70) Sobre “Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad”.

(71) Sobre “Cooperativas de trabajo”.

(72) Ver nuestro trabajo en “Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para estudiantes de Ciencias Económicas” dirigido por Miguel Ángel Maza, 3ra. Edición, Edit. ERREIUS, Buenos Aires, 2017, pág. 91.

(73) El art. 16 del Estatuto se encuentra reglamentado por el anexo al decreto 301 del 2013 en su artículo 5°, pero en nada afecta a la supresión efectuada por la Ley Bases

(74) Norma no reglamentada por el anexo al decreto 301 de 2013.

(75) Nos referimos a las provincias de Córdoba, Santa Fe, Buenos Aires, etc.

quitarles la obligatoriedad a los empleadores a recurrir a ese mecanismo mencionando, que pueden contratar allí, pero no les es obligatorio. Más aún enfatiza en el último párrafo que “[q]ueda derogada toda norma que se oponga al presente artículo y/o a la libertad de contratación y elección del personal por parte del empleador”.

Deja la modificación algunos interrogantes sobre esta cuestión: la primera es si las normas ya dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario ⁽⁷⁶⁾ pierden su vigencia y deberían dictar nuevas para establecer la obligatoriedad, imaginando que pudiera hacerlo luego del último párrafo ya transcrito; la segunda es si una ley nacional tiene facultades para derogar normas dictadas por las provincias.

La segunda es aparentemente más fácil ya que conforme las facultades dadas al Congreso Nacional luego de la reforma constitucional del año 1994, que le cedió el dictado —entre otros—, del código de trabajo y de la seguridad social ⁽⁷⁷⁾, parecería que las normas provinciales que establecen la obligatoriedad de estas bolsas quedarían derogadas.

La primera, la derogación de normas dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario no lo es tanto. Dicha comisión es tripartita, integrada por el estado, los empleadores y los trabajadores representados por el sindicato con personería gremial. Aun cuando los representantes de los trabajadores resulten minoría, algunas de sus funciones son propias de las paritarias de los convenios colectivos de trabajo ⁽⁷⁸⁾. Tanto antes con la normativa del Anexo aprobado por ley N.º 22.248 como en la actual vigente, entre sus funciones figura la de establecer los salarios ⁽⁷⁹⁾; fijar las condiciones generales de las modalidades contractuales previstas en la ley, en los convenios colectivos de trabajo o en las resoluciones dictadas por aquella ⁽⁸⁰⁾; la remuneración mínima por rendimiento del trabajo ⁽⁸¹⁾; establecer excepciones al sistema de pago de haberes ⁽⁸²⁾; determinar la retribución de la bonificación especial cuando el trabajador acredite haber completado cursos de capacitación ⁽⁸³⁾; los límites a la

(76) Anteriormente su nombre era “Comisión Nacional de Trabajo Rural”, ver inciso d) art. 2º ley 26.727 sobre “Fuentes de regulación” y 6º, 8º, 14 y 108 de la misma norma.

(77) CN artículo 75 inc. 12.

(78) En el sector también existen algunos convenios colectivos homologados.

(79) Art. 32, ley 26.727. Las notas siguientes son artículos de la ley aquí indicada.

(80) Art. 23.

(81) Art. 24.

(82) Art. 36.

(83) Art. 38.

distribución de las horas de trabajo diarias y su diagramación ⁽⁸⁴⁾; condiciones máximas en materia de jornada laboral ⁽⁸⁵⁾; disponer sobre los elementos de seguridad en el trabajo que deben ser provistos por el empleador ⁽⁸⁶⁾; determinar sobre el tratamiento de residuos peligrosos ⁽⁸⁷⁾; establecer las condiciones de higiene y seguridad que deberán reunir los lugares de trabajo, las maquinarias, las herramientas y demás elementos de trabajo ⁽⁸⁸⁾; resolver sobre el funcionamiento de las bolsas de trabajo ⁽⁸⁹⁾; que las entidades que agrupan a empleadores del sector rural, con representación en la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), quedan facultadas a designar veedores ante las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial estableciendo la forma de designación y las funciones de los mencionados veedores ⁽⁹⁰⁾; todas las atribuciones y deberes que específicamente se le asigna en el art. 89, promover la aplicación de mecanismos de composición de conflictos colectivos ⁽⁹¹⁾; y, las atribuciones y facultades sobre las Comisiones Asesoras Regionales ⁽⁹²⁾.

Como se puede advertir de sus atribuciones y funciones, aunque la CNTA sea un órgano tripartito, funciona en su esencia como un convenio colectivo de trabajo en algunos aspectos y en otros, como una comisión paritaria permanente inserta en un convenio colectivo de trabajo. Si así lo fuera, la ley bases no podría válidamente modificar el art. 69 del Estatuto sin violar la Constitución Nacional, los convenios 87 y 98 de la OIT y restantes normas internas ⁽⁹³⁾.

(84) Art. 40.

(85) Art. 44.

(86) Art. 46.

(87) Art. 48.

(88) Art. 49.

(89) Art. 70.

(90) Art. 71.

(91) Art. 90.

(92) Arts. 92 a 98.

(93) La obligatoriedad de recurrir a las bolsas de trabajo no es asimilable al caso "Outon" resuelto por la CSJN. Deberíamos indicar que en todo caso sería aplicable el caso "Leguiza, Luis E. c. Poder Ejecutivo Nacional s/recurso de amparo" (sentencia del 11 de marzo de 1966, citado por el Procurador General en el Caso Outón), resuelto por una Corte Constitucional y no el posterior, sobre el mismo tema y en sentido contrario, dictado por una Corte con miembros designado por fuerzas armadas destituyentes. En Leguiza y Outón se trataba de una norma heterónoma. En este caso estamos en presencia de una norma producto de la autonomía colectiva.

Dijimos que esta norma afecta a la libertad sindical y en particular a los sindicatos con personería gremial que tienen bolsas de trabajo. Efectivamente, la “E” de UATRE significa que comprende tanto en sus estatutos como en su personería gremial a los “estibadores”. No se trata de los estibadores del puerto sino a los manipulan en el ámbito rural bolsas, granos y otros frutos del campo. Se trata de trabajadores temporarios, formales, cuya contratación es habitualmente diaria. Tienen salarios superiores al resto de los trabajadores rurales, pero también la seguridad de la no continuidad laboral. Desde antigua data los empleadores recogen en las bolsas de trabajo al personal que necesitan y los retornan al mismo lugar al finalizar la jornada. Ellos se ocupan no solo del pago del salario sino también de todas las formalidades tales como recibos, retenciones y contribuciones a los distintos organismos de la seguridad social. Las bolsas de trabajo tienen su propio reglamento y aseguran al empleador personal calificado y en condiciones adecuadas para las tareas requeridas. Incluso en los reglamentos figuran sanciones para los trabajadores cuando se detecta un comportamiento inadecuado y que afecta a los restantes miembros de la bolsa o a los empleadores. Por estas razones desde antaño, los empleadores han recurrido a bolsas para la contratación de este tipo de personal.

Por otro lado, este es el lugar donde mayor concentración de trabajadores rurales existe. Y como consecuencia de ello es también el lugar donde surgen la mayoría de los dirigentes gremiales que empiezan su carrera sindical por el voto directo y secreto de los trabajadores. En la historia del sindicato, incluso desde que era una federación, la mayoría de los secretarios generales y de los miembros del Consejo Directivo han surgido de las bolsas de trabajo. Así las cosas, pareciera que las normas que tienen a debilitar las bolsas de trabajo no es otra cosa que la intención del Gobierno de debilitar a las organizaciones sindicales de los trabajadores en una clara interferencia que podría constituir una práctica desleal tipificada en la ley 23.551. No es ocioso recordar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT tiene dicho: “que la intervención gubernamental en materias que, desde hace mucho tiempo, siempre han sido negociadas libremente por las partes, podría poner en entredicho el principio de la libre negociación colectiva reconocido en el artículo 4° del Convenio núm. 98”⁽⁹⁴⁾.

Estas y otras razones, nos indica que afectar las bolsas de trabajo en el ámbito rural es afectar no solo a la libertad sindical sino también a la democracia interna garantizados por nuestra Carta Magna.

(94) Conf. “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical” Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 1469.

La relación de la UATRE y las cuatro entidades representativas del sector agrario es cotidiana. No solo por la participación en La Comisión Nacional de Trabajo Agrario sino por compartir el directorio del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores creado por ley 25.191 y conforme a su art. 8°. La tradicional cordial relación de estas entidades hace pensar que, a la larga, la sustitución de este artículo no alterará sustancialmente la habitualidad en la contratación en las bolsas de trabajo ⁽⁹⁵⁾.

En cuanto al Estatuto del personal de Casas particulares, la ley bases deroga el art. 50 tal como fue sancionado en la ley 26.844. Inserto este artículo en el Título XI que trata sobre la Indemnización por antigüedad, el derogado disponía: "Agravamiento por ausencia y/o deficiencia en la registración. La indemnización prevista por el artículo 48 de esta ley, o las que en el futuro las reemplacen, se duplicará cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviera registrada o lo esté de modo deficiente". Derogada la ley 25.323 por el art. 100 de la ley 27.742, lo aquí dispuesto sobre el estatuto en cuestión no es más que una consecuencia lógica.

Llegamos así al artículo 2° que recordemos, con la sanción de las leyes 22.248, 26.727 y 26.844 su redacción era la siguiente:

Art. 2°.- Ámbito de aplicación.

La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la

(95) Más allá de la interna gremial y política que al escribir estas líneas se suceden en UATRE y OSPRERA, como también existió con el gobierno de 2011 (que sancionó la ley 26.727 en diciembre de 2011 cuyos artículos 106 y 107 transformaron el RENATRE en RENATEA y excluyeron al gremio y a las entidades representativas de los empleadores, normas donde la CSJN en la causa CSJ 906/2012 (48-R)/CS1 RECURSO DE HECHO Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores e/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción de amparo, descalificó por arbitraria el fallo de la Sala VII y que la ley de Presupuesto 27341 en su artículo 61 derogó los artículos 106 y 107 de la ley 26.727 y restableció la vigencia de la ley 25.191 en su redacción original junto con la normativa reglamentaria), el tiempo pondrá las cosas en su lugar y esperamos que vuelva la tradicional armonía. Pero también ya ha empezado a generar conflictos e inseguridad jurídica. En el ámbito de las cooperativas agrarias, donde se utilizaba también las bolsas de trabajo para la contratación de trabajadores permanentes discontinuos, se ha advertido prácticas de no utilizar las bolsas y contratar nuevos trabajadores con menores salarios, sin advertir que esta categoría de trabajadores son "permanente" y su no continuidad da lugar a las indemnizaciones como en el caso del trabajador de temporada de la LCT. Y que el pago de menores salarios inferiores a los dispuestos por la CNTA, entre otros, es sancionado por el art. 8° de la ley 26.727 cuyo texto no se ha modificado.

actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

- a) A los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial, o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo;
- b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente;
- c) A los trabajadores agrarios, sin perjuicio de las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario.

Y luego de la ley bases quedó sancionado de la siguiente forma ⁽⁹⁶⁾:

Art. 2°.- Ámbito de aplicación.

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. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

- a) A los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo;
- b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente;
- c) A los trabajadores agrarios, sin perjuicio de las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario;
- d) A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Idéntico texto figura en el art. 65 del DNU 70/2023. Y salvo la incorporación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el inciso a), nin-

(96) Art. 88, ley 27.742.

guna modificación sustancial trae salvo la incorporación del inciso d). Se podría agregar que al igual que en el de casas particulares, a los trabajadores agrarios también se aplica la LCT cuando el estatuto lo dispone expresamente como ahora lo indica con la remisión al preaviso del art. 92 *bis* la sustitución del art. 16 del Estatuto conforme al art. 98 de la ley 27.742.

Como dijimos, este artículo no estaba en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2024. Como tampoco otros que se analizaran en esta obra colectiva. No es difícil imaginar que los senadores a cambio de otras modificaciones sobre sectores económicos, o cuestiones personales, hayan entregado ⁽⁹⁷⁾ los derechos de los trabajadores y han generado mayor confusión más que aportar claridad.

Salvo el nuevo inciso, ya nos hemos ocupado en el transcurso de este trabajo sobre los restantes temas. Resta entonces considerar la exclusión de la legislación laboral a las contrataciones reguladas en el Cód. Civ. y Com.

Este inciso pretende, al igual que la modificación del art. 23, y la nueva figura del trabajador independiente con colaboradores independientes —entre otras modificaciones—, la exclusión de los trabajadores formales propiciando la aplicación de figuras no laborales.

La primera observación es que este inciso es sobreabundante. Si resultaren aplicables las normas del Cód. Civ. y Com es obvio que se trataría de una relación no laboral y, por lo tanto, no se aplicarían las normas de la LCT. Más aun, están precisamente reguladas en el Cód. Civ. y Com y por lo tanto excluidas de la esfera laboral. Pero para ser tal, deben tratarse de verdaderas contrataciones de dicho ámbito ya que es sabido que las formas contractuales no son las que deciden la verdadera naturaleza de la relación y esconden un fraude a la ley, es decir, que prevalece el principio de la realidad. Y esto es tan viejo como el famoso caso del “alquiler del sillón del peluquero” que pretendía esconder una relación de trabajo ⁽⁹⁸⁾.

Como indica Liliana Hebe Litterio, a pesar de la cantidad de cambios inadecuados sufridos por el art. 2° de la LCT “...no advertimos que en momento alguno se haya pretendido introducir un supuesto que facilite la simulación laboral. Ahora sí se ha hecho” ⁽⁹⁹⁾.

(97) Salvo el Estatuto del viajante.

(98) Mayor información sobre el “sillón del peluquero” puede leerse a Liliana Hebe Litterio en ob. citada en nota 39, pags. 97 y 98.

(99) Obra citada en nota 39 pág. 81.

La remisión genérica a todas las contrataciones reguladas en el Cód. Civ. y Com abre un panorama de incertidumbre sobre a cuáles se considerarían posibles. Recordemos que el Cód. Civ. y Com, en el Libro Tercero, luego de tratar los contratos en general (Título II), se avoca a considerar los contratos y relaciones de consumo (Título III) y luego los contratos en particular (Título IV). Es difícil imaginar que se refiera a los de consumo, y dentro de los contratos en particular a los de compraventa, permuta, suministro ⁽¹⁰⁰⁾, locación, leasing, consignación, corretaje ⁽¹⁰¹⁾, depósito, bancarios, factoraje, en bolsa o mercado de comercio, cuenta corriente, asociativos, concesión ⁽¹⁰²⁾, franquicia, mutuo, comodato, donación, fianza, renta vitalicia, de juego y de apuesta, de cesión de derechos, cesión de deudas, cesión de la posición contractual, sobre transacción, arbitraje, fideicomiso, o de dominio fiduciario.

De esta manera quedaría reducido a los contratos de obra y servicios (Capítulo 6), transporte (Capítulo 7), mandato (Capítulo 8), y agencia (Capítulo 17). Es decir que, a nuestro entender, "...todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación..." a que se refiere la norma, quedaría reducido al de transporte y al de mandato, ya que no se han modificado las definiciones de suministro y corretaje en el Cód. Civ. y Com y los otros son incompatibles con relaciones interpersonales que permitieran la posibilidad de duda sobre la existencia o no de una relación de dependencia ⁽¹⁰³⁾.

Ya hemos escrito sobre la agencia al tratar "[l]a Agencia Comercial, los viajantes de comercio y la relación de dependencia" concluyendo que más allá de las disposiciones jurídicas dependerá de si se trata o no de una organización empresarial y también —en caso de fueros especializados— en donde se inicie la acción y quién es el juez que deba resolver el caso ⁽¹⁰⁴⁾. Y lo mismo habrá de suceder en los otros casos ya que, más allá

(100) Capítulo 3 en cuya definición se aclara "...incluso servicios sin relación de dependencia..."

(101) Capítulo 10, aquí también se aclara en la definición "...sin tener relación de dependencia..."

(102) Capítulo 18. En la definición se obliga a "...disponer de su organización empresarial..."

(103) No es ocioso recordar que, con la unificación de los códigos civiles y comerciales, el Cód. Civ. y Com regula las relaciones entre comerciantes en los contratos antes previsto en su código específico.

(104) Conf. "Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director: Daniel Funes de Rioja, Edit. La Ley, noviembre de 2016, págs. 169 a 185.

de la ley bases, no se han modificado —entre otras—, las disposiciones de los arts. 7°, 9°, 12, 13 y 14 de la LCT.

También Liliana Hebe Litterio se ha expedido con meridiana claridad sobre el contrato de agencia ⁽¹⁰⁵⁾ indicando las dificultades interpretativas que el nuevo inciso genera, a lo que sumamos la modificación del art. 23 de la LCT, posibilitando la configuración de conductas evasivas a la norma general laboral y a la ley 14.546.

Como ya expresamos en los contratos en particular el Capítulo 6 del TÍTULO IV trata sobre Obra y servicios y en la Sección 1ra las disposiciones comunes a ambos contratos. Así, el art. 1251 nos da la definición y existen estos contratos cuando “...una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando *independientemente*, se obliga...” (el destacado nos pertenece). Y el 2° párrafo del art. 1252 expresa: “Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”. María Victoria Pereira comentando este artículo indica que “[e]l obrar independiente del contratista o prestador de servicios constituye un elemento distintivo fundamental que permite la división entre el servicio autónomo y el dependiente. De este último supuesto y de la regulación específica de esa materia, se hace mención en el art. 1252 CCyC, párr. 2...” ⁽¹⁰⁶⁾. Y al comentar este segundo párrafo expresa: “...Finalmente, en el segundo párrafo se refiere específicamente a los servicios prestados en relación de dependencia y a la normativa aplicable, que no es la propia de este ámbito privado, sino del derecho laboral (art. 23 LCT)...” ⁽¹⁰⁷⁾, dedicando un punto entero a afirmar el extremo de la relación de dependencia laboral ⁽¹⁰⁸⁾. Ricardo Luis Lorenzetti comentando estas normas y en la introducción ya indica que “[l]a primera distinción es determinar si se trata de un vínculo autónomo o dependiente, para lo cual se aplican los criterios de la ley laboral (art. 1252)” ⁽¹⁰⁹⁾, e insiste en que “[l]os servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral” ⁽¹¹⁰⁾.

(105) Ob. Citada en nota 39, págs. 81 a 86.

(106) Conf. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Herrera-Caramello-Picasso directores, Edit. Infojus, Tomo IV, pág. 3. <https://www.saij.gov.ar/busca-dor/doctrina-derecho-civil>.

(107) Ob citada en nota anterior, pág. 4.

(108) Ob. Citada en nota anterior “2.4. Servicio en relación de dependencia”, pág. 5.

(109) Conf. “Código Civil y Comercial comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti (director), Rubinzal-Culzoni, 1ra ed. 2015, Tomo VI, pág. 765.

(110) Ob. Citada en nota anterior pág. 770.

En cuanto al contrato de transporte, ni en las normas jurídicas ni en los tratados consultados surge referencia alguna a las normas laborales. Sin embargo, es del caso mencionar que este contrato figuraba en el código de comercio ahora unificado. Es decir, que se presupone que una de las partes (el proveedor del transporte) es un comerciante y por lo tanto excluido de la aplicación de la LCT. Más allá de esta cuestión, en nuestro fuero existe una profusa jurisprudencia sobre lo que han sido “los fleteros” y los “remiseros” en menor medida. En todos los casos habrá de depender de la situación particular de cada caso como hasta ahora lo ha hecho la jurisprudencia.

En cuanto al contrato de mandato, se encuentra regulado en el Capítulo 8 del Título IV en los arts. 1319 a 1334 del Cód. Civ. y Com. Como en el caso anterior, no existen referencias a las normas laborales. No obstante, Enrique Carlos Müller al comentar estas normas indica como concordancias el concepto de obras y servicios, lo que presupone —como su inserción en el Cód. Civ. y Com— que se trata de autónomos ⁽¹¹¹⁾ sin relación laboral. Claro que existen los profesionales y abogados en relación de dependencia y de ello da cuenta la ley 27.423 ⁽¹¹²⁾, pero lo que el Cód. Civ. y Com regula es precisamente a los trabajadores autónomos.

Aunque la modificación del art. 23 de la LCT será tratada en otra parte de esta obra, el segundo párrafo se refiere nuevamente a las “contrataciones de obras y de servicios profesionales o de oficios...”. Esta redacción resulta una limitación y una ampliación de las exclusiones del inciso d) del art. 2°. Por un lado, pareciera limitarse la no presunción al contrato de servicios a los “profesionales” pero se agrega el servicio de los “oficios”. Es decir, que estarían excluidos de la LCT “...las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación...” pero de la presunción solo “...las contrataciones de obras y de servicios profesionales o de oficios”. Y en cuanto a los oficios ⁽¹¹³⁾, los que no se sabe cuáles son, aunque pudiese suponerse a quienes se pretende excluir, es atinado advertir que la propia LCT men-

(111) Ob. Citada en nota 103, pág. 78.

(112) Esta ley establece el sistema de regulación de honorarios de abogados, procuradores y auxiliares de la justicia nacional y federal. Su artículo 2° dispone que los profesionales que actúen en calidad de abogados para su cliente y hayan sido contratados en relación de dependencia, no podrán invocar esta ley con algunas excepciones.

(113) El Diccionario de la Real Academia Española en su primera acepción indica que oficio significa “Ocupación habitual”, la tercera “Profesión de algún arte mecánica” y la cuarta “Habilidad y destreza lograda por la práctica de alguna actividad o profesión”. Pintores, electricistas, gasistas matriculados, albañiles, etc. Así las cosas, la mayoría de los seres humanos tenemos un “oficio”.

ciona la profesionalidad del trabajador en su artículo 16 ⁽¹¹⁴⁾. Así las cosas y conforme a lo indicado en el Diccionario de la Real Academia Española, todo trabajo es un oficio.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las modificaciones a los artículos 2º y 23 fueron el producto de negociaciones poco claras dadas en la Cámara de Senadores, más en sus pasillos que en el recinto, y con operadores del Poder Ejecutivo. No lo pidió el Poder Ejecutivo en su proyecto y tampoco la Cámara de Diputados en su primera sanción.

El art. 1º del Cód. Civ. y Com en cuanto a las fuentes y su aplicación —en lo que aquí interesa— dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”. Por su parte su art. 963 sobre disposiciones generales de los Contratos en general indica que la prelación normativa: “...Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código...”.

La LCT es una ley especial indisponible conforme a su artículo 21, distinto al Cód. Civ. y Com donde la regla es la disponibilidad de sus normas.

Hoy en día el trabajo informal es nuestro país llega al 46,5% de los trabajadores ⁽¹¹⁵⁾. No es posible el trabajo informal si su empleador no obtiene ingresos también informales para el pago de su salario. La Ley Bases y el Poder Ejecutivo no solo alientan la informalidad en la economía, sino que, además, elimina sanciones de todo tipo para quienes obtienen ganancias gracias a la informalidad. Nada tiene de beneficio para aquellos que han cumplido con las normas laborales.

(114) En el diccionario indicado en la nota anterior, profesionalidad es en su primera acepción la “Cualidad de la persona u organismo que ejerce su actividad con capacidad y aplicación relevantes” y en la segunda “Actividad que se ejerce como una profesión”.

(115) <https://chequeado.com/el-explicador/dos-de-cada-tres-trabajadores-informales-son-pobres-y-1-cada-4-se-encuentra-en-la-indigencia/>.

El trabajo informal se da en un 90% en las pequeñas y medianas empresas. Las modificaciones al art. 2º y al 23 no afectará mayormente su situación. Probar la existencia de un trabajo informal es tan sencillo que no hace falta una presunción, aunque es lamentable que no exista. Distinta es la situación de las grandes empresas. Esta ley, está pensada para satisfacer los intereses de los grandes y fuertes, descuidando a los más débiles. Se extinguen las acciones penales y de todo otro tipo de sanciones. Los sacan del registro de incumplidores y hasta se condonan las deudas.

Como indica Miguel Ángel Maza: “...La conclusión parece ser que las modificaciones que la ley 27.742 ha impuesto a los arts. 2º, 23 y 242 de la Ley de Contrato de Trabajo y la creación por parte del art. 97 de la Ley de Bases son más una apariencia de dureza que una reforma relevante e intensa” ⁽¹¹⁶⁾.

Estas modificaciones a la LCT, como todas las normas de la llamada “Ley Bases” han sido propuestas y destinadas a las grandes empresas. Y solo logran en el ámbito laboral mayor oscuridad, generan mayor inseguridad jurídica y más conflictividad.

Pero los arts. 9º, 11, 12, 13 y 14 de la LCT siguen vigentes y serán fuente suficiente para que los jueces laborales determinen lo que es justo. Y cuanto antes lo hagan mayor certeza dará a quienes deben operar sobre las normas jurídicas: empleadores, trabajadores, contadores, abogados.

(116) En “Primeros análisis de las reformas introducidas en la Ley de Contrato de Trabajo por la ley 27.742” RCD D 492/2024.

LA PROTECCIÓN DEL SALARIO DEL TRABAJADOR FRENTE AL FENÓMENO DE LA DESVALORIZACIÓN MONETARIA

POR CARLOS POSE

I. EL SALARIO

En nuestro ordenamiento jurídico el salario es, según voluntad legislativa, la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo (art. 103 LCT) siguiendo una concepción institucional que busca destacar el carácter sinalagmático y oneroso del negocio jurídico laboral pero bajo un esquema protectorio pues, seguidamente, se enfatiza que el empleador debe la remuneración al trabajador aunque este no preste servicios por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquel.

En verdad, tres deberes básicos asume, en nuestro sistema jurídico, todo empleador, esto es el de retribuir pecuniariamente la prestación del subordinado, el otorgarle ocupación y el de protegerlo de todo daño, pero solo el primero de los deberes tiene contenido netamente patrimonial y obliga al dador de empleo el satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos por la legislación laboral en la medida que la capacidad de trabajo haya sido puesta a su disposición y aunque no exista un aprovechamiento efectivo de ella (arts. 74 y 103, LCT).

Para explicar esta directiva, que tiene un fuerte cuño ideológico, Deveali ⁽¹⁾ nos recuerda que el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático, pero este carácter no debe entenderse en el sentido que tiene en cuanto al contrato de suministro de energía eléctrica, en el cual el precio debido está proporcionada exactamente a las cantidades indicadas en el

(1) Deveali, Mario, "Lineamientos del Derecho del Trabajo", p. 287/9, ed. Tipográfica Editora Argentina.

medidor, ya que el Tratado de Versalles (1919) proclamó solemnemente que el trabajo no podía ser considerado una mercancía no solo con un fin ético sino, también, para aventar toda idea mercantilista de considerar al salario como el mero precio del trabajo prestado.

La Organización Internacional del Trabajo es la entidad especializada a nivel internacional, creada como fruto del referido Tratado, cuyo objetivo institucional es lograr la expansión global de los derechos de los trabajadores y atenuar las causas de las revoluciones obreras que habían agitado el ámbito interno de muchos de los países involucrados en lo que luego sería conocida como la Primera Guerra Mundial y, algunas de sus primeras preocupaciones primordiales, fueron el lograr la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación dentro de un mundo industrializado y donde los poderes patronales conllevaban el dominio pleno del mercado de trabajo, pudiendo pagarse salarios exigüos por la prestación de servicios personales en razón de la existencia de un ejército de desocupados necesitados de obtener un rédito de contenido alimentario para subsistir.

Desde ese momento hasta el presente, la meta principal de la OIT, como organismo internacional tripartito que agrupa a representantes del Estado, de los trabajadores y de los empleadores, es promover la obtención de trabajos decentes y productivos en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, lo que impone el pago de un salario digno que cubra necesidades básicas.

Las normas laborales traducen, por regla, una significación auténtica de la naturaleza y condición humana de todo orden productivo; se descarta, por regla, la abstracción del denominado *homo economicus* —es decir del individuo racional, egoísta y carente de empatía que solo se interesa por su progreso personal y es indiferente a los fines sociales— y se defiende, por el contrario, la primacía de lo humano sobre lo mecánico y la primacía de lo social sobre lo humano bajo la idea de que existe una fraternidad consustancial entre las personas que debe permitir un mayor desarrollo institucional, social y económico: nos encontramos ante una noción de antigua raigambre en la cultura occidental, la condición social del primate humano que debe insertarse útilmente en una comunidad política para lograr el bien común.

Es bajo este nuevo esquema de pensamiento que se entiende que la prestación de servicios, como enfatiza el venezolano Caldera ⁽²⁾, debe ser

(2) Caldera, Rafael, "Derecho del Trabajo", p. 270, ed. El Ateneo, Bs. Aires, 1981

remunerada pues esta es una obligación ineludible lo que explica que el salario se considere una característica esencial de toda relación de trabajo.

El trabajo, como han señalado escuelas de pensamiento de diversos orígenes y como, reiteramos, en su momento, recogió la OIT no es mercancía, ya que más allá del recurso se encuentra la persona humana ⁽³⁾. Por otra parte, según señala Krotoschin ⁽⁴⁾, a medida que el contrato de trabajo adquiere carácter participacionista, la remuneración no es solo la contraprestación por el trabajo prestado o la disposición a prestarlo, sino que se convierte en un elemento de participación en el ingreso social, lo que incide en el mundo económico.

En realidad, el salario es una institución que tiene un valor holístico que se encuentra dado por la importancia que asume dicha figura en el campo político, institucional, económico y social.

Cabe señalar que trabajadores ha habido en todos los tiempos pero no asalariados, en el concepto actual: el sistema capitalista de producción ha creado un tipo de trabajador distinto al considerado como estable durante siglos: la intervención del capitalista, del mercader de los productos de la industria, provocó la supresión del pequeño industrial de oficio, sustituido por la industria de taller o a domicilio, los artesanos que trabajaban por su cuenta y percibían sus ingresos de la clientela se transformaron en obreros asalariados, ocupados en las fábricas o en sus propios domicilios, pero dependientes de un patrono, que le fija por lo general su retribución que no es otra que el salario ⁽⁵⁾.

El trabajador, señala Dobb ⁽⁶⁾, a causa de su menor libertad económica depende del capitalista en un grado mayor y en un sentido más importante del que el capitalista depende de él, aunque necesita su colaboración para desarrollar su actividad y este hecho tendrá influencia fundamental en el contrato de trabajo que ente ambos celebren signado por la dependencia económica.

(3) Guerra, Pablo, "Sociología del Trabajo", p. 12, ed. Kolping, Uruguay; Podetti, Humberto, "Política Social", p. 146, ed. Astrea.

(4) Krotoschin, Ernesto, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", t. I, p. 245, ed. Depalma, 1977.

(5) Cabanellas de Torres, Guillermo y Alcalá Zamora y Castillo, Luis, "Tratado de Política Laboral y Social", t. I, p. 284, ed. Heliasta.

(6) Dobb, Maurice, "Salarios", p. 18, ed. Fondo de Cultura Económica.

II. LA IMPORTANCIA INSTITUCIONAL DEL SALARIO

Desde el punto de estrictamente económico, el salario es la compensación patrimonial que percibe el trabajador por haber prestado servicios en beneficio de otro sujeto que abona el rédito pactado pero, desde el punto de vista institucional, no puede ignorarse que parte de la humanidad depende de la obtención del salario para poder subsistir y esto es lo que dota de importancia trascendental a la figura.

La OIT ⁽⁷⁾ nos recuerda que los salarios son uno de los factores de mayor importancia en la vida económica y social de toda comunidad. En muchos países adelantados, los salarios de los trabajadores manuales asciendan al 40% o más del total del ingreso nacional del país correspondiente, junto con los sueldos pagados a los empleados de oficina y a otros trabajadores no manuales que gozan de un nivel de vida más alto absorben aproximadamente el 60 por ciento del ingreso. En estos países, los trabajadores asalariados constituyen una elevada proporción de la fuerza de trabajo... Los trabajadores y sus familias dependen casi enteramente del salario para comer, vestir, pagar el alquiler de la casa en que viven y subvenir a todas sus demás necesidades. En la industria, los salarios constituyen una parte importante de los costos de producción de los empleadores. A los gobiernos les interesan fundamentalmente las tasas de salarios de base, que repercuten en el ambiente social del país y en aspectos tan importantes de la economía como el empleo, los precios y la inflación, la productividad nacional y la posibilidad de exportar bienes en cantidad suficiente para pagar las importaciones y así mantener el equilibrio de la balanza de pagos. Los gobiernos también emplean directamente a un elevado número de trabajadores y tienen, por consiguiente, un interés directo en el nivel de los salarios. En muchos países en vías de desarrollo, el gobierno es de hecho el principal empleador”.

Los asalariados señala, concordantemente, la doctrina ⁽⁸⁾, son la mayor parte de la humanidad ya que son muy pocos los sujetos que pueden vivir sin someterse a una situación de subordinación jurídica, tanto en los países capitalistas como en los socialistas, en los de economía liberal y en los economía dirigida y, cabe recordar, en tal sentido, que los socialistas acuñaron el término proletario con un fin ideológico para cuestionar la validez del sistema capitalista de producción identificando

(7) “Los Salarios. Manual de Educación Obrera”, p. 1, ed. OIT.

(8) Cabanellas de Torres, Guillermo y Alcalá - Zamora y Castillo, Luis, “Tratado...”, t. III, p. 95, ed. Heliasta: Vázquez Vialard, Antonio (dir.), “Tratado de Derecho del Trabajo”, t. IV, p. 453, ed. Astrea.

a un grupo social cuyos intereses entienden opuestos a los de la clase burguesa o propietaria, pero inspirándose en el derecho romano pues el vocablo servía para individualizar a una clase social que no tenía obligación de pagar tributos pues su única riqueza estaba representada por la prole que había engendrado.

El problema salarial preocupa al jurista que lo enfoca desde el punto de vista estrictamente normativo; al economista que lo contempla como uno de los costos de la producción; al sociólogo que entiende que debe asegurarse a todo sujeto el acceso a una retribución que le permita vivir dignamente y al político que debe velar por salvaguardar la paz social e incrementar el bienestar general de la comunidad que pretende dirigir o de hecho dirige.

Se ha señalado, en tal sentido, que:

[L]os sirvientes, trabajadores y operarios de diverso tipo constituyen la parte más abundante de cualquier sociedad política y lo que mejore la condición de la mayor parte nunca puede ser considerado un inconveniente para el conjunto: ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros es pobre y miserable, además es justo que aquellos que proporcionan alimento, vestida y alojamiento para todo el cuerpo social reciban una cuota del producto de su propio trabajo suficiente para estar ellos mismos adecuadamente alimentados, vestidos y alojados.

Las apreciaciones transcritas las hizo un economista liberal, Adam Smith, en su obra clásica ⁽⁹⁾, para enfatizar la necesidad de que los trabajadores perciban un salario digno en el marco de una economía sana y progresista.

En el campo de la doctrina cristiana ⁽¹⁰⁾ que tanta importancia ha tenido en el pensamiento de muchos juslaboralistas se entiende, por regla, que el salario constituye una parte proporcional de la renta nacional a la cual el obrero contribuye con su producción por lo que, en consecuencia, se debe asegurar al sector asalariado una participación efectiva en la distribución de la renta nacional que le permita vivir con dignidad debiendo determinarse un salario justo tomando como referencia la situación del trabajador, la situación de la empresa y las exigencias del bien común, tanto en el orden nacional como internacional: la retribución del trabajo ha de ser tal que permita al hombre y a su familia una vida digna en el plano material, social, cultural y espiritual, teniendo presente el

(9) Smith, Adam, "La riqueza de las naciones", p. 126, ed. Alianza Editorial, Madrid.

(10) Sacheri, Carlos A., "El orden natural", p. 81, ed. Eudeba.

puesto de trabajo y la productividad de cada uno, así como las condiciones de la empresa y el bien común ⁽¹¹⁾.

En el campo político, la utilización eficiente de los recursos humanos constituye una de las grandes preocupaciones de los estadistas a fin de poder consagrar una sociedad estable impidiendo que los conflictos de intereses la atomicen y/o destruyan y, por regla, el derecho uno de los medios institucionales para hacerlo y, en verdad, el derecho del trabajo nació como una disciplina destinada a evitar conflictos entre las naciones del mundo tras una guerra que las había desgarrado: esta es la idea madre que inspiró el nacimiento de la OIT.

Por ello, se entiende que el Estado debe intervenir activamente en las relaciones laborales desarrollando, incluso, políticas de producción y empleo que pueden, o no, ser efectivas generando, en ocasiones, efectos no queridos o no suficientemente deseados ⁽¹²⁾.

Se ha señalado ⁽¹³⁾, que, si bien pueden rescatarse iniciativas públicas que dieron buenos frutos, en conjunto el Estado fracasó en sus responsabilidades básicas de asegurar los equilibrios macroeconómicos de base, la estabilidad de precios y relaciones sociales razonablemente armoniosas puesto que el sistema de seguridad social y las normas laborales no lograron sustentarse sobre una economía de alto crecimiento y, por otra parte, las tentativas de mejorar la distribución del ingreso culminaron en el agravamiento de las tensiones inflacionarias.

Lo reseñado explica las características que la doctrina ⁽¹⁴⁾ adjudica al salario como beneficio retributivo, a saber:

a) Respeto al principio de igualdad invocado por la Constitución Nacional bajo la base del precepto de igual retribución por igual tarea sin que puedan existir diferencias arbitrarias basadas en el sexo, la raza, la nacionalidad o la religión (arts. 14 *bis* y 16, CN).

b) Suficiencia del rédito salarial para solventar las necesidades primordiales del trabajador y de su familia, permitiéndole vivir con decoro.

c) Defensa de la inmutabilidad del salario real frente a fenómenos que afecten su poder adquisitivo.

(11) Encíclica "Gaudium et spes".

(12) Podetti, Humberto A., "Política Social" p. 167, ed. Astrea.

(13) Ferrer, Aldo, "El capitalismo argentino", p. 75, ed. Fondo de Cultura Económica.

(14) Rodríguez Mancini, Jorge (dir.), "Derecho del Trabajo", t. I, p. 495, ed. Astrea.

d) Justicia del rédito económico.

e) Continuidad del beneficio pactado bajo un esquema en que se preservan las relaciones de trabajo con vocación de permanencia y se compensa la pérdida del empleo con indemnizaciones tarifadas presumiéndose la existencia de un daño cierto.

e) Carácter alimentario del rédito retributivo.

En sus aspectos prácticos, el salario cumple una función alimentaria pero, en un economía de cuño productivo, al constituirse en fuente regular de ingresos para gran parte de la comunidad, es el pago de la citada compensación económica la que permite crear una economía de consumo que favorece la subsistencia del sistema capitalista: en la economía moderna el trabajador es considerado un consumidor que mantiene la balanza de la producción y la subsistencia de un mercado de consumo y, a su vez, el dinero es un bien de consumo que debe circular para que la economía mantenga su dinamismo específico y no entre en ciclos regresivos.

Se ha puntualizado ⁽¹⁵⁾, bajo un esquema ideológico que puede o no compartirse que, en el mundo moderno, es el consumidor el que decide, al pagar los precios de las mercancías elaboradas, indirectamente, el valor del salario que el capitalista ha de pagar a sus subordinados pues este los abona en función de la productividad de sus dependientes; en palabras de los economistas ⁽¹⁶⁾ el flujo monetario es la savia del sistema de producción pues constituye el patrón que sirve para medir el valor económico de las cosas y para financiar el comercio.

III. LA PROTECCIÓN DEL RÉDITO RETRIBUTIVO

Lo expuesto explica que el legislador laboral, con el objeto asegurar que el trabajador perciba un rédito regular de su trabajo, ha elaborado una amplia panoplia de medidas protectorias que se han acuñado bajo la figura del denominado principio de intangibilidad salarial.

Ello pues que el salario debe expresarse y pagarse, sustancialmente, en dinero (arts. 105, 107 y 124, LCT), en forma regular y habitual (arts. 126, 128 y 129 LCT), respetándose los mínimos legales y convencionales, limi-

(15) Messner, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", p. 1198, ed. Rialp.

(16) Samuelson, Paúl, Nordhaus, William y Pérez Enri, Daniel, "Economía", p. 35, ed. Mc Graw Hill.

tándose la posibilidad de afectación tanto por parte del empleador como de terceros ajenos a la relación de trabajo siendo, a su vez, una condición estructural de toda relación de trabajo.

A su vez, desde el punto de vista pretoriano, el Superior Tribunal de la Nación se ha preocupado por avalar la referida protección normativa al señalar que el salario es una institución que debe ser definida por sus elementos constitutivos con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan, y considerándose o que cualquier limitación que pretendiese ignorar tal circunstancia devendría en violatoria del orden constitucional (CSJN, 1/9/99, "Pérez c/ Disco SA", Fallos 332:2043) lo que llevó a que se descalificase la tipificación como no remunerativa de aumentos salariales impuestos por el Poder Ejecutivo (CSJN, 19/5/10, "González c/ Polimat SA", Fallos 333:699) careciendo, a su vez, de validez las normas convencionales que atribuyen naturaleza no remunerativa a aumentos retributivos impuestos por tales acuerdos (CSJN, 4/6/13, "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes", Fallos 336:593).

En síntesis, la normativa vigente en nuestro país, respondiendo al principio de referencia, trata de conseguir los siguientes objetivos trascendentales: a) proteger el salario del trabajador frente a la posibilidad de todo abuso empresario; b) proteger el citado rédito retributivo contra los acreedores del trabajador; c) proteger el salario contra eventuales acreedores del empleador y c) protección institucional para asegurar la integridad del rédito retributivo.

Lo expuesto no impide que el salario como rédito económico pueda ser afectado por el poder tributario del Estado constituyendo este uno de los temas más candentes del ordenamiento jurídico, especialmente cuando el salario, como rédito económico del trabajador, es afectado por impuestos directos, como lo es el impuesto a las ganancias o renta de las personas derivadas, por lo general, del trabajo o del esfuerzo personal y que, en nuestro ordenamiento jurídico, afecta tanto a los trabajadores privados, como a los autónomos y agentes estatales.

Existe, en la materia, lo que algunos autores ⁽¹⁷⁾ califican como voracidad fiscal que apenas si se detiene ante el salario mínimo o importes algo ampliados por cargas familiares y otros estrictos conceptos. Por otra parte, en épocas de inflación, los trabajadores, sea cual sea su retribución, resultan alcanzados por dicho impuesto salvo que se modifique su magnitud teniendo en cuenta dicho fenómeno.

(17) Cabanellas Guillermo, "Tratado de Derecho Laboral", t. II, vol. 2, p. 346, ed. Heliasta.

IV. PROTECCIÓN DEL RÉDITO RETRIBUTIVO FRENTE A LA INFLACIÓN

Pero similar problemática ha surgido frente a la necesidad y conveniencia de proteger el crédito laboral ante un fenómeno económico y complejo cual es la inflación o desvalorización de la moneda lo que nos obliga a formular ciertas precisiones, a saber:

El salario debe pagarse en dinero, o sea en moneda de curso legal aceptada en el país en que se desarrolla la relación de trabajo ⁽¹⁸⁾, que, por lo común, no es otra que la emitida por el Estado sin perjuicio de que algunas naciones hayan acudido a un sistema de moneda común —por ejemplo, el euro— y otras hayan aceptado un bimetalismo económico mediante una canasta de monedas y/o la adopción del dólar como moneda de curso legal ⁽¹⁹⁾.

Bajo este esquema fáctico, no puede discutirse que el salario constituye, en su esencia, una deuda dineraria ⁽²⁰⁾ que debe abonarse en moneda de curso legal, es decir el papel moneda o moneda fiduciaria ⁽²¹⁾ emitida en el país en que tiene lugar la relación de trabajo, siendo excepcional la situación de los trabajadores que tienen derecho a percibir divisas ⁽²²⁾ como sucede con ciertos profesionales del fútbol y algunos trabajadores marítimos y/o aeronáuticos que pueden, incluso, percibir ciertos adicionales en dólares por las características especiales de su actividad.

La historia del dinero es una de las más fascinantes de la economía política: las primeras monedas se acuñaron en Lidia —actual Turquía—

(18) Principio de territorialidad de la relación de trabajo (art. 3º, LCT).

(19) Lo hicieron Ecuador y Zimbabwe, lo que no ha impedido que sigan siendo naciones subdesarrolladas (ver Guillemí, Rubén, “Zimbabwe. La joya de África que no pudo salvarse pese a la dolarización”, *La Nación*, 17/8/24).

(20) La conclusión contraria, es decir considerar el salario como una deuda de valor, se apoya en la idea que el salario entraña siempre una exigencia de valor mínimo por lo que se lo debe considerar una deuda de valor más que una deuda de dinero (Centeno, Norberto, “El salario deuda de valor”, *LT XX*, 598; Formaro, Juan J., “Créditos laborales. Actualización e intereses”, p. 29, ed. Hammurabi).

(21) Debe distinguirse entre moneda de papel lo que supone que la emitida es convertible en oro y el papel moneda que no es convertible y que es impuesta como moneda de cambio por el Estado.

(22) La denominación de divisas está reservada, en nuestro sistema económico, a ciertas monedas que valen en todo el mundo y sirven, por ende, para las transacciones internacionales tales como el dólar estadounidense, el yen japonés, la libra esterlina, el franco suizo o la corona sueca.

en el siglo VII antes de Cristo en metales preciosos —el oro o la plata— y, durante varios siglos, fueron los soberanos los que acuñaron sus propias moneda que eran aceptadas, en mayor o menor medida, en los mercados de todos las naciones según su peso y pureza.

El emperador mongol Kublai Khan (1215-1294), merece ser recordado en la historia por haber sido el primero en utilizar el dinero de papel para las transacciones comerciales aceptando que, ante su presentación, se pagaría el equivalente en monedas de oro.

Pero, al margen de la emisión por parte del Estado fueron los bancos particulares los que, también, acuñaron su propia moneda hasta que, desde el punto de vista institucional, fueron los Bancos Nacionales de cada Estado lo que monopolizaron tal tarea siendo que, en el año 1694, el Banco De Inglaterra emitió el primer dinero fiduciario que tenía un valor representativo sin respaldo en metal noble.

Al presente, el dinero, emitido en papel moneda, es un instrumento cultural que cumple, en lo sustancial, distintas funciones económicas, a saber:

a) Es un instrumento de cambio porque sirve para que las personas adquieran bienes y servicios, es la transferencia de dinero entre comprador y vendedor lo que permite que se desarrollen las operaciones comerciales tanto a nivel nacional como a nivel internacional, aunque sean diferentes los signos monetarios utilizados ya que, en el mercado internacional, solo se utilizan las once moneda divisa convertibles aceptadas para el comercio internacional siendo las más importante el dólar americano, el euro y el yen japonés.

b) Es un patrón de valores porque sirve para designar el valor de todo artículo o mercadería dentro del mercado de consumo, es el valor económico que los hombres atribuyen a los bienes que se intercambian es lo que hace posible el comercio entre las naciones como fuente común de riqueza.

Pero este valor económico, como nos advierte la doctrina ⁽²³⁾, es el resultado de una compleja apreciación subjetiva y puede variar de uno a otro individuo dentro de la misma civilización y en mucho mayor grado de una civilización a otra, pues bienes a los que en un momento determinado de la historia se les ha reconocido gran valor, en otros épocas son desdeñados como inútiles y, a la inversa, cosas a las que no se les

(23) Moissert de Espanes, Luis, Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., "Inflación y actualización monetaria", p. 5, ed. Universidad, 1981.

prestaba ninguna atención, con el cambio de necesidad que es producto de la evolución técnica de una civilización, adquieren valores elevados.

Al presente se esboza no solo como posible sino como altamente probable la creación de un sistema monetario apoyado en la existencia de monedas virtuales o criptomonedas que, en principio, es decir monedas digitales creadas bajo técnicas de cifrado que permiten reglamentar la generación de unidades de moneda y verificar la transferencia de fondos en forma independiente de todo banco central y cuyo valor depende de la oferta y la demanda en el mercado internacional en forma independiente de todo poder estatal, lo que revela la complejidad del mundo económico actual.

Pese a ello, algunos países ya han instrumentado su propia moneda digital como lo ha hecho China al crear del denominado yuan digital ⁽²⁴⁾ con la peculiaridad de que la citada moneda fiduciaria se presume respaldada por el Estado Chino, lo que no sucede con otras criptomonedas.

c) Es un instrumento de capitalización porque, al presente, se acepta que el dinero tiene un fruto que es el interés redituable por su uso y no por su consumo: el patrimonio del común de las personas puede, al menos en teoría, incrementarse mediante su préstamo y el cobro de un interés razonable, pues, en mayor o menor medida, todas las legislaciones prohíben o combaten la usura, en especial lo ha hecho la doctrina cristiana durante el medioevo con un resultado negativo: la Iglesia Católica prohibió, en el Concilio de Nicea (año 315), el cobro de intereses al clero, regla que se extendió al estado laico en el siglo V.

El referido concepto se apoya en la premisa de que existe un precio justo de todo préstamo dinerario con independencia de la oferta y de la demanda del mercado, lo que hace que, superada cierta magnitud, se tipifique como delictiva la conducta del acreedor que lo cobra: sin ley penal que proteja contra la usura el capitalista puede convertirse en un verdugo del necesitado.

El signo monetario, advierte Aristóteles ⁽²⁵⁾, ha sido inventado para facilitar los cambios y la usura lo hace productivo por sí mismo y, con razón, se considera a dicha especulación la más artificial y odiosa.

(24) ¿Por qué el yuan digital puede ser una amenaza para el dólar y las criptomonedas?" La Nación, 29/4/21

(25) Aristóteles, "La Política", Libro Primero, Capítulo III, ed. Centro Editor de Cultura.

Es por ello que la usura es perseguida como conducta delictiva en el mundo occidental (ver art. 175 *bis* del Cód. Penal) y ello explica que el art. 770 del Cód. Civ. y Com., que consagra la posibilidad de anatocismo —es decir la capitalización de intereses—, haya sido interpretado como de aplicación e interpretación estricta. Siempre se ha considerado la posibilidad de anatocismo como un peligro social y, en el antiguo derecho romano, se permitía solo sobre los intereses vencidos y no a vencer, hasta que Justiniano prohibió expresamente esta última posibilidad ⁽²⁶⁾.

d) Es un medio de liberación de deudas porque las personas pueden utilizarlo para cancelar las contraídas con sus acreedores: el derecho de las personas a eximirse de sus obligaciones dinerarias abonando en moneda de curso legal es un principio defendido por el art. 765 del Cód. Civ. y Com. en su texto primitivo siendo esta norma una de las que se pretende modificar con la sanción del controvertido decreto de necesidad y urgencia N.º 70/2023.

El dinero, en síntesis, es un bien cuyo único fin es ser enajenado ⁽²⁷⁾ pero esta enajenación es considerada como un pacto oneroso admitido por la sociedad para facilitar el comercio nacional e internacional estimándose que, sin su utilización, no puede funcionar el mundo moderno: los factores productivos, enfatiza la doctrina ⁽²⁸⁾, se adquieren en su valor en dinero y se recuperen en base del valor dinero de las mercancías vendidas, la moderna economía social es una economía donde impera el cálculo monetario y el dinero sería un lubricante ⁽²⁹⁾ que facilita los intercambios de bienes y servicios entre las personas.

Pero, en el mundo moderno, el papel moneda no tiene un valor por sí mismo ya que está destinado a representar la riqueza de la Nación, es decir representa la totalidad de los bienes y servicios producidos dentro del ámbito territorial estatal por lo, por regla, debe existir cierta equivalencia entre el papel moneda que circula y la cantidad de bienes producidos y, cuando no existe tal equivalencia, el dinero pierde su poder adquisitivo e incumple sus funciones institucionales de servir como instrumento de cambio y común denominador de valores lo que se traduce en una vieja ley económica: el dinero malo desplaza al bueno del mercado de con-

(26) Cermosini, Fernando, “La usura”, 109, ed. Infojus.

(27) Kant, Emanuel, “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho”, p. 107, ed. Universidad Nacional Autónoma de México.

(28) Messner, Johannes, “Ética social, política y económica a la luz del derecho natural”, p.1158, ed. Rialp.

(29) Samuelson, Paul, Nordhaus, William D y Pérez Enri, Daniel, “Economía”, p. 36, ed. Mac Graw Hill.

sumo, es decir la moneda de inferior calidad desplaza de la circulación a la moneda buena pues los que la poseen prefieren atesorarla u ocultarla.

En el mundo antiguo y medieval —nos ilustra un economista ⁽³⁰⁾— las monedas de diferentes jurisdicciones convergían en las ciudades comerciales más importantes, si existía la predisposición a aceptar moneda bajo palabra, se pagaba indefectiblemente con dinero malo y se retenía el bueno. Esta circunstancia dio origen, en 1558, a la máxima de Sir Thomas Gresham, según la cual la moneda mala expulsa siempre a la buena.

En principio, la inflación puede definirse como el aumento generalizado y sostenido del nivel de precios en un sistema económico ⁽³¹⁾ y se trata de un fenómeno complejo que se encuentra matizado por distintos grados de intensidad.

Lo contrario de la inflación es la deflación ⁽³²⁾ que se produce cuando desciende el nivel general de precios y cuyo efecto negativo es una depresión económica importante con quiebras empresarias y pérdida de las fuentes de trabajo como ocurrió en la década del treinta tras la caída de la bolsa de Nueva York que fue reconocida como la mayor catástrofe económica del mundo capitalista ⁽³³⁾.

En efecto, si ocurre una deflación se imponen al deudor cargas gravísimas que, por regla, requieren la adopción de medidas jurídicas atenuantes como ser las moratorias, la revisión de los contratos o, en su caso, la aplicación de la teoría de la imprevisión; mientras que si ocurre una inflación el acreedor nunca estará seguro de si la suma que se le ha de entregar compensara los sacrificios económicos que ha efectuado, pues puede ser insuficiente para adquirir aquellos bienes o servicios que podía comprar al momento de nacer el crédito.

(30) Galbraith, John K., "El dinero", p. 20, ed. Hyspamérica, 1983.

(31) Laprovitta, Ataliva G., "Economía política: Principios y fundamentos", p. 241, p. Eudene; De Santis, Gerardo, "Introducción a la Economía Argentina", p. 232, ed. Universidad de La Plata.

(32) Suele definirse a la inflación como una crisis de sobreproducción mientras que la deflación sería una crisis de subconsumo (Olivella, Martí, "El poder del dinero", p. 12 ed. Biblioteca digital Taumapilas).

(33) El crack del octubre de 1.929 se produjo después de un largo período de euforia bursátil, pilló por sorpresa a la mayoría de los agentes económicos y ni las autoridades, ni los banqueros, ni los expertos en finanzas superior cómo reaccionar (Martín Aceña, Pablo, "Pasado y Presente. De la gran depresión del siglo XX a la gran recesión del siglo XXI, p. 16, ed. BBVA).

Pero, en la economía actual el fenómeno más común es la inflación y, en tal sentido, puede hablarse de una inflación gradual o constante que se caracteriza por un lento, pero persistente, incremento del nivel de precios de los productos, lo que incita a los particulares a asumir ciertas conductas de protección que inciden sobre la economía: anticipar la compra de productos o acumular “stocks” de mercadería para venderla, en un futuro, a un mejor precio y de una inflación intermitente en la que coexisten períodos inflacionarios con tiempos de estabilidad económica, lo que suele producir incertidumbre de los particulares y es un campo fértil para la especulación financiera.

Puede, por último, hablarse de hiperinflación lo que se traduce en una marcada aceleración del nivel general de precios adunada por una altísima velocidad de circulación del dinero, lo que se conlleva un envilecimiento notorio de la moneda y la fuga de divisas es decir de activos valuados en moneda extranjera.

Por otra parte, desde el punto de vista práctico, puede también hacerse referencia a una inflación baja que se caracteriza por una suba lenta y predecible del nivel de precios y, en el cual, las personas confían en la economía de su país sin que existan distorsiones que amenacen la estabilidad del mercado de consumo; de una inflación galopante que produce ciertas distorsiones económicas y que afecta negativamente a la sociedad pues la gente pierde confianza en su moneda y, por último, de la hiperinflación propiamente dicha en cuyo proceso la economía es destrozada, el dinero pierde todo poder adquisitivo y se intenta, infructuosamente, una vuelta al trueque, la forma más primitiva de intercambio económico de bienes y que no puede funcionar en el mundo moderno, sin perjuicio de que subsista bajo la figura del contrato de permuta.

Desde luego, los propios economistas discuten sobre las causas de la inflación: para algunos se trata de un fenómeno estructural generado por tensiones dentro del mercado de producción en razón de la existencia de estructuras monopólicas⁽³⁴⁾ u oligopólicas en los que un grupo dominante impone los precios del mercado, o por los déficits comerciales en la balanza de pagos cuando las importaciones resultan superiores a las exportaciones de los particulares lo que produce cierres de las empresas nacionales.

Por el contrario, para otra corriente de pensamiento, la inflación se produce por la emisión descontrolada de moneda ya que, cuando el

(34) El precio del monopolio enfatiza Adam Smith, es siempre el más alto posible (“La riqueza de las Naciones”, p. 105).

Estado imprime dinero sin moderación, el nivel de precios aumenta y el dinero que percibe cada individuo pierde su poder adquisitivo: permanece inalterable el valor nominal de la moneda —es decir el que se encuentra impreso en el cuerpo de papel del instrumento— pero declina su poder adquisitivo y tal fenómeno se proyecta en la economía para incidir sobre el mundo jurídico en lo que hace a la responsabilidad que recae sobre las personas para cumplir con sus obligaciones monetarias y responder de las deudas con su patrimonio.

El tema no solo es complejo, sino que tiene tintes ideológicos pues, para cierta corriente de pensamiento, una pequeña inflación es beneficiosa para la economía porque redistribuiría recursos hacia los empresarios que estos emplearían útilmente en su actividad productiva —compra de maquinarias— lo que incrementa la cantidad de mercancías y permite elevar el nivel de vida de los consumidores.

Frente a esta postura optimista se yergue la figura del empresario avaro siguiendo el arquetipo literario de Ebenezer Scrooge ⁽³⁵⁾ que, persigue una ganancia inmediata y rápida, sin preocuparse por sus efectos sobre el mercado, lo que suele suceder en los países en que el capitalismo financiero impera sobre el capitalismo productivo: de hecho la especulación financiera ha motivado crisis cíclicas en los mercados mundiales que se han traducido, por regla, en el incremento de los índices de pobreza.

Para otro campo de pensadores, por el contrario, la inflación siempre traduce un fenómeno negativo para la economía pues afecta a los sectores de más bajos ingresos que pierden poder de compra sufriendo lo que se califica como impuesto inflacionario: el Estado, afirman los doctrinarios ⁽³⁶⁾, encuentra en la emisión de billetes el medio más cómodo para reemplazar los impuestos tradicionales y obtener fondos para sus gastos sin que los ciudadanos adviertan claramente que están contribuyendo pesadamente a esos gastos, no despoja a sus súbditos de los billetes que poseen sino que, por el contrario, los coloca una mayor cantidad en la billetera, para satisfacción de los incautos que inocentemente se creen beneficiados por el aumento nominal de sus ingresos o capital, aunque en realidad ese montón de billetes de elevada numeración representa un valor muy inferior al que antes poseían; es una de las formas más sutiles de despojo.

(35) Ver Dickens, Charles, "Cuentos de Navidad".

(36) Moisset de Espanes, Luis, Pizarro Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. "Inflación y actualización monetaria" p. 33, ed. Universidad. 1981.

En el campo derecho continental se aplicó, a fin de resolver las controversias patrimoniales entre los particulares, el denominado principio nominalista por cuanto, según el art. 1895 del Código de Napoleón, la cifra numeral inscrita en el billete de papel constituye el valor del dinero cualquiera sea su poder de compra o valor de cambio y, por ende, cuando un deudor incurre en mora y no abona, en tiempo y forma, el monto prometido debe dicho capital con más sus intereses que pueden ser compensatorios, moratorios o, incluso, punitivos (arts. 767, 768 y 796, Cód. Civ. y Com.) admitiéndose su capitalización bajo ciertas condiciones (arts. 770, Cód. Civ. y Com.): en el nominalismo la unidad monetaria es siempre igual a sí mismo y el dinero emitido por el Estado con curso forzoso y poder cancelatorio tiene el valor que se le fija, con prescindencia de su aptitud adquisitiva.

El nominalismo como doctrina económica goza, por regla, de gran aceptación en los países del *common law* y en Estados Unidos donde está profundamente arraigado en la conciencia del público.

Pero, tras la Primera Guerra Mundial, las naciones del mundo se enfrentaron a un fenómeno singular generado por el nacimiento de una acelerada inflación y una caída catastrófica del valor de algunos signos monetarios, lo que movió a los juristas a defender una teoría valorista del dinero que obligaría al deudor moroso a pagar a su acreedor una suma de dinero equivalente al poder de compra del capital adeudado con más una suma en concepto de intereses que, lógicamente, tiene que ser menor a la que surgiría de la aplicación de los principios nominalistas: en el campo del valorismo se debe un "quid" y no un "quantum" y tal conclusión se apoya de una noción de equidad y/o equivalencia de las prestaciones monetarias: la doctrina del valor de cambio armoniza mejor con la voluntad de las partes al tiempo de contratar que no pretenden cobrar una suma nominal sino adquirir un valor que represente cierto poder adquisitivo.

La deuda de valor debe permitir al acreedor la adquisición de ciertos bienes que guardarían equivalencia con aquellos que podría haber adquirido al momento de nacer su crédito y, si bien la deuda debe pagarse y, de hecho, se paga en dinero, la deuda no sería en dinero nominal sino el equivalente a un valor determinable que debe fijarse acudiendo a las denominadas cláusulas de estabilidad que miden la depreciación sufrida por la moneda dentro de determinado campo productivo, lo que se traduce en índices como el de precios al consumidor, el de precios mayoristas, el índice de crecimiento del salario del peón industrial, etc.

En nuestro país, el principio nominalista se aplicó rigurosamente hasta postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y fue defendido ideo-

lógicamente por la Corte Suprema en un caso de expropiación (CSJN, 20/8/47, "Gobierno Nacional c/ Dumas", LL 47-866) para luego, veinte años después, ser dejado sin efecto por un nuevo pronunciamiento más compatible con la manda del art. 17 de nuestra Carta Magna (CSJN, 26/6/67, "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi", Fallos 268:112) pero ello respondiendo a una nueva realidad económica que había llevado al envilecimiento notorio de la unidad monetaria de curso legal y forzoso.

En el marco del derecho privado, se produjo un fenómeno similar aceptándose el ajuste de alquileres (CSJN, 23/9/76, "Fernández c/ Provincia de Buenos Aires", JA 1976-IV-367) y el incremento por depreciación monetaria de las indemnizaciones por daños y perjuicios (CSJN, 12/10/76, "Fata c/ Provincia de Buenos Aires", LL 1976-D-466).

El fenómeno tiene su explicación específica pues la inflación⁽³⁷⁾ fue una constante en nuestro país a partir de la cuarta década del siglo XX como fenómeno de naturaleza estructural ya que, en el curso de cuarenta años —de 1900 a 1939— el costo de vida se incrementó en un 18,1% pero, en solo cinco años —de 1940 a 1945—, lo hizo en el 137,2%, es decir, de una inflación baja compatible con cierto crecimiento económico, se pasó a altos índices de inflación en que las personas comenzaron a desconfiar de la vitalidad del signo monetario.

Pese a ello, una expansión exponencial del costo de vida se produjo recién en la década del setenta: 1971, 39,12%; 1972, 64,14%, 1973, 43,76%, 1974, al 40,04%, 1975 al 335,10% y en 1976 al 347,54%, lo que motivó la sanción de diversas leyes tendientes a imponer soluciones valoristas en el campo de las obligaciones patrimoniales.

V. SANCIÓN DE LAS LEYES 20.695 Y 20.744

Ahora bien, partiendo del carácter alimentario de los créditos laborales el legislador creyó prudente emitir normas tutelares que aplicasen las reglas valoristas en beneficio del trabajador sancionándose, en paralelo, dos normas específicas en la materia.

La primera fue la ley 20.695 (B.O. 13/8/74) que estipulaba que los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, demandados judicialmente, serán actualizados teniendo en cuenta la depreciación monetaria que se operará desde que cada suma es debida hasta

(37) Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., "Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales", p. 274, ed. Abeledo-Perrot.

el momento del efectivo pago. A tal fin los jueces, de oficio o a petición de parte, aplicarán los índices oficiales de incremento del costo de vida (art. 1º).

Se dispuso, asimismo, que la ley sería aplicable a los juicios en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentren (art. 2º) siguiendo la directiva impuesta por el art. 3º del Código Civil de Vélez Sarsfield, esto es que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, manda que reproduce el actual art. 7º del Cód. Civ. y Com.

La segunda fue la propia Ley de Contrato de Trabajo N.º 20744 (B.O. 25/9/74) cuyo artículo 301 establecía que los créditos de las relaciones de trabajo individuales de trabajo, demandados judicialmente, será actualizados teniendo en cuenta la depreciación monetaria que se operara desde que cada suma es debida hasta el momento del efectivo pago. A tal fin, los jueces, de oficio o a petición de parte, aplicarán los índices oficiales de incremento del costo de vida.

VI. MODIFICACIÓN IMPUESTA POR LA SANCIÓN DE LA LEY 21.297

Las directivas que nos ocupan que, para la mayoría de los juristas, eran consideradas normas complementarias fueron dejadas sin efecto con la sanción de la ley 21.297 (B.O. 29/4/76) que mantuvo un criterio valorista disponiendo en su art. 276 que los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, demandados judicialmente, serán actualizados, cuando sean afectados por la depreciación monetaria teniendo en cuenta la variación que resulte del índice salarial oficial del peón industrial de la Capital Federal desde la fecha de promoción de la demanda hasta el momento del efectivo pago. Dicho índice será aplicado por los jueces de oficio o a petición de parte.

Pero la nueva directiva planteaba una involución en la materia por cuanto: a) utilizaba uno de los índices menos importantes, a pesar de que el salario tienen carácter alimentario y, en su sustancia, es utilizado para la compra de bienes de consumo es decir alimentos y ropa y b) solo permitía la actualización del crédito a partir de la fecha de iniciarse demanda judicial sin autorizar su potenciación durante el período previo, es decir desde el nacimiento de la obligación de pago hasta la fecha de presentación de la demanda judicial.

Por lo expuesto no es extraño que mediasen múltiples reproches doctrinarios y pretorianos contra la reforma impuesta y, sin perjuicio

de controversias respecto a la operatividad de directivas divergentes, la Cámara Laboral de la Capital Federal emitió dos acuerdos plenarios tendiente a lograr soluciones unívocas

Por el primero, se estableció que la reforma introducida por la ley 21.297 en el art. 301 de la LCT es aplicable a los juicios iniciados antes de su vigencia, cualquiera sea el estado procesal en que se encuentren y aunque medie sentencia firme, pero solo hacía del futuro, los créditos no cancelados deben actualizarse desde su exigibilidad hasta mayo de 1976 según las pautas anteriormente vigentes y desde ese momento, el monto así obtenido se reajustará de acuerdo con los índices de salarios del peón industrial de la capital (CNTr. acuerdo plenario N.º 209, 27/2/76, "Tedesco c/ Cía Ítalo Argentina de Electricidad SA", DT 1976-671) mientras que, por el segundo, se estipuló que no corresponde que se actualicen las indemnizaciones de la ley 9688 —régimen de accidentes de trabajo— pagadas en sede administrativa sin previa demanda ante la Justicia Nacional del Trabajo, durante la vigencia de la ley 20.695 y del art. 301 de la LCT" (CNTr. acuerdo plenario N.º 211, 9/3/78, "Sandoval c/ Surrey SACIFI").

Pero fue la Corte Suprema de Justicia la que, en el caso, "Váldez c/ Cintioni" (sent. del 3/5/79) declaró la inconstitucionalidad del art. 276 LCT según la reforma impuesta por ley 21.297 considerando, en tal sentido, que afectaba derechos consagrados por los arts. 14, 14 *bis* y 17 de la Ley Fundamental por dejar sin actualización el período anterior a la demanda y fijar como baremo de actualización un índice que no reflejaba razonablemente el hecho notorio de la emergencia inflacionaria durante el período estudiado en el expediente.

VII. SANCIÓN DE LA LEY 23.616

En virtud de ello, la modificación impuesta por la ley 21.297 no perduró por cuanto, el 28 de septiembre de 1988, se sancionó la ley 23.616 con el único objetivo de sustituir el art. 276 de la ley 20.744 por un nuevo texto estableciendo que:

[L]os créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso de deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.

La doctrina valorista gozó de aval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en lo sustancial, invocó el principio preambular de afianzar la justicia para convalidar la actualización de los créditos laborales afirmando que “el reajuste no hace más onerosa la deuda que lo que era en su origen, manteniendo sólo el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento por lo cual el reajuste que debe hacerse no reviste entidad que configure lesión al derecho de propiedad” (CSJN, 3/5/79, “Váldez c/ Cintioni”, Fallos 301:319; 26/7/83, “Saavedra c/ Eleprint SA”, Fallos 305:945; 7/8/84, “Jáuregui c/ Unión Empleados y Obrero del Plástico”) y, por cierto, estos pronunciamientos tuvieron sólido apoyo doctrinario de constitucionalistas de cuño como Bidart Campos⁽³⁸⁾ y Sagües⁽³⁹⁾ afirmando que, por regla, la indexación de los créditos tiene base constitucional al margen de lo decidido por el legislador civil.

Sin perjuicio de ello, en “Russo c/ J. Vázquez Iglesias” (2/11/76, Fallos 296:294), el tribunal de justicia avaló la aplicación de una tasa de interés del 15% anual muy superior a la admitida para otros créditos patrimoniales donde se fijaban tasas del 6 u 8 y, para comprender la complejidad del fenómeno, hay que entender el peso moneda nacional que rigió en el país hasta diciembre de 1969 había sufrido un cambio de nominación acompañado de la quita de ceros: dos ceros al transformarse en pesos ley; cuatro ceros al denominarse pesos argentinos, tres ceros con la conversión en australes y cuatro ceros finalmente por imperio de la Ley de Convertibilidad del Austral N.º 23.928 que estableció que una cotización de un dólar en 10.000 australes.

El austral —moneda de curso legal creado en el año 1985— fue reemplazado por el denominado peso convertible en razón de un peso un dólar en el año 1.991

VIII. LA SANCIÓN DE LA LEY 23.928 EN EL ÚLTIMO DECENIO DEL SIGLO XX

En efecto, en la década del noventa, art. 7º de la 23.928 (B.O. 28/3/91) estipuló que el deudor de una obligación de una suma determinada en australes cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada ya que, en ningún caso, se admitirá la

(38) Bidart Campos, Germán J, “La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional”, ED 72-697.

(39) Sagües, Pedro N., “Discusión constitucional sobre la prohibición legal de indexar” LL 1992-B-1174.

actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 de abril de 1991.

La norma legal sancionada era fruto de una nueva política estatal de cuño liberal y privatista que implicaba la adopción de una solución nominalista tendiente a estabilizar la economía derogando, entre otras directivas, el art. 276 de la LCT y logrando frenar una crisis hiperinflacionaria, pero sin obtener, a largo plazo, los efectos beneficiosos que se esperaban para un crecimiento productivo de la Nación Argentina.

Se instrumentó, en tal sentido, una política activa de privatización de las empresas públicas y de reforma del aparato estatal acompañado por acciones punitivas tendientes a atacar la economía informal ⁽⁴⁰⁾ pero sin lograr un éxito perdurable. Según los especialistas ⁽⁴¹⁾ tres graves errores de política económica se cometieron en el decenio de los noventa, a saber: a) establecer un tipo de cambio fijado por ley donde un peso valía un dólar cuando, en realidad, la paridad histórica de equilibrio era de más de dos pesos por dólar, b) permitir un enorme déficit fiscal financiado con deuda externa y c) permitir los depósitos bancarios en dólares cuando el Banco Central no puede emitir dólares y actuar como banco de bancos.

En efecto, tan solo una década después, tras un quiebre institucional que motivó la renuncia del presidente De la Rúa y durante la breve presidencia de Eduardo Duhalde, por imperio de la ley 25.561 (B. O. 6/1/02), se derogó el régimen de convertibilidad ⁽⁴²⁾, se incumplió la promesa de entregar dólares al que había depositado dólares, se pesificaron los créditos, las deudas y los depósitos bancarios (decreto 214/2002) pero ello sin abandonar una visión nominalista de la economía.

El referido fenómeno tiene su explicación política e institucional.

IX LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Al margen de su función económica, la moneda es uno de los elementos constitutivos del Estado Moderno y un símbolo de su soberanía

(40) Sanción de la ley 24.013 (B.O. 2/1/92)

(41) Conesa, Eduardo R. y Rey, Luis A., "Economía política Argentina", p. 628, ed. Prosa.

(42) Se ha señalado, en tal sentido, que la convertibilidad podía ser buena pero no podía ser eterna (ver García Belsunce, Horacio, "En defensa de las instituciones", p. 148, ed. Lexis Nexis, 2007).

y, mediante la reforma constitucional de 1994, se encomendó al Congreso de la Nación defender el valor de la moneda (ver art. 75, inc. 19, de nuestra Carta Magna).

La citada directiva, incluida entre lo que popularmente fueron conocidas como cláusulas de desarrollo de la Constitución Reformada, buscaba que el Congreso Nacional desarrollase una política activa en el que el valor de la moneda nacional fuera defendido frente a las distorsiones impuestas por el mercado y la globalización económica: se ha argumentado, en tal sentido, que la reforma constitucional del año 1994 ⁽⁴³⁾ conlleva una condena al emisionismo y a las políticas inflacionarias y prohibiría la emisión sin respaldo ⁽⁴⁴⁾, aunque no impediría los ajustes razonables del signo monetario argentino, ni tampoco la emisión de moneda bajo un respaldo adecuado, es decir impondría una aplicación inteligente de la manda constitucional que los políticos no han respetado.

En verdad y según argumenta Badeni ⁽⁴⁵⁾, el Poder Ejecutivo mediante decretos y el propio Banco Central, a través de simples circulares, modificaron periódicamente el valor de la moneda nacional con su secuela de inseguridad, atrofiando el hábito del ahorro.

Es por ello que, en su momento, la Corte Suprema desestimó la posibilidad de actualizar los créditos laborales defendiendo la tesis nominalista y la validez de la prohibición impuesta por ley 23.928 por entender: a) que la declaración de inconstitucionalidad de una ley configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, al que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparada por la Constitución Nacional; b) que el mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad, pues la conveniencia del criterio o método elegido por el legislador no puede estar sujeto a revisión judicial y el Congreso Nacional no ha hecho otra cosa que ejercer las funciones que le confiere nuestra Carta Magna, es decir “hacer sellar la moneda, fija su valor y el de las extranjeras” y c) que aceptar una solución de cuño valorista podría alimentar una patología económica como lo es la inflación, llevar a la afectación del derecho de propiedad e implicaría desconocer el objetivo antinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales emitidas en ejercicio de la soberanía monetaria (CSJN, 20/12/11, “Belatti c/ FA”; 8/11/16, “Puente Olivera c/ Ti-

(43) Sagües, Pedro N., “Elementos de Derecho Constitucional”, t. II, p. 205, ed. Astrea

(44) Gelli, María A., “Constitución de la Nación Argentina”, t. II, p. 200, ed. La Ley.

(45) Badeni, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”, t. II, p. 1122, ed. La Ley,

zado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL”, Fallos 339:1583; 5/11/19, “Álvarez c/ Estado Nacional”, Fallos 342:1850) teoría que, al presente, pierde encaje axiológico porque, si bien la Argentina no pasó por un nuevo proceso hiperinflacionario, si se vio afectada por fenómenos institucionales que dañaron seriamente su economía e hicieron que la moneda emitida por el Estado perdiese su idoneidad como instrumento de cambio y común denominador de valores dentro de un proceso lento y paulatino pero constante de degradación institucional y social, potenciada por una pandemia que afectó la actividad económica y la torpeza e ineficiencia de quienes gobernaron la nación sin favorecer al desarrollo productivo del país.

X. EL PAULATINO DECLIVE DEL RÉGIMEN NOMINALISTA

En el interín, es decir en el lapso que corre entre la sanción de la ley 23.928 y la época actual, el legislador matizó, en algunas ocasiones, el principio nominalista mediante soluciones valoristas ya que, por ejemplo, el art. 11 de la ley 27.348 (B.O. 24/2/17), modificatorio del art. 12 de la LRT, estipuló que, a los efectos de fijar el valor del ingreso base que sirve para la determinación de las indemnizaciones por accidentes de trabajo debían actualizarse los salarios devengados durante el año anterior a la primera manifestación invalidante mediante la variación del índice Ripte esto es las remuneraciones imponibles promedio de los trabajadores estables.

La modificación impuesta demuestra que, en principio, la validez y operatividad del principio nominalista se encuentra supeditado a la estabilidad económica y que, en tiempos de crisis de inflación, la realidad económica puede forjar su desplazamiento y así lo advertían los civilistas ⁽⁴⁶⁾ tras la sanción de la ley 23.928.

Lo expuesto explica la sanción de normas jurídicas de distinto rango y diversa suerte, algunas de las cuales es dable rescatar, a saber:

a) El decreto de necesidad y urgencia N.º 669/19:

El decreto de necesidad y urgencia N.º 669/19, modificó el art. 12 de la LRT estableciendo que el ingreso base fuese actualizado desde la fecha de la primera manifestación invalidante hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral mediante índice Ripte pero, curiosamente califica el citado reajuste como interés previendo el abono del citado adicional —tasa activa cartera nominal vencida a treinta días del Banco de la Na-

(46) Alterini, Atilio, “Desindexación. El retorno a nominalismo”, p. 145, ed. Abeledo-Perrot.

ción Argentina— solo para el supuesto de que la aseguradora no cumpla con su pago dentro del plazo debido y autorizando su capitalización semestral de conformidad con el art. 770 del Cód. Civ. y Com.

Sin perjuicio de que, particularmente, consideramos al citado decreto de necesidad y urgencia como nulo e insanable por violentar el art. 99, inc. 3° de nuestra Carta Magna, lo cierto es que la voluntad del reajustar el crédito pero desconocer todo derecho al trabajador por intereses compensatorios o moratorios, salvo los generados por la manda administrativa o judicial de pago, constituye una distorsión de diferentes remedios jurídicos y un ataque a nuestra tradición doctrinaria que diferencia la actualización de los créditos del pago de intereses moratorios y/o compensatorios por el no pago del capital nominal debido.

b) El decreto de necesidad y urgencia 70/23:

El decreto de necesidad y urgencia N.º 70/23 también intenta innovar en la materia pero con directivas más sabias y prudentes que la norma citada previamente ya que el art. 276 de la LCT sería reemplazado por un nuevo texto que estipularía que los créditos provenientes de las relaciones de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses aclarando que la suma resultante en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el índice de precios al consumidor con más una tasa de interés pura del 3% anual.

El citado decreto fue suspendido por una manda pretoriana y rechazado por el Senado de la Nación de acorde a las directivas del art. 24. de la ley 26.122, lo que torna su cierta incierta y le resta engarce jurídico, aunque goza del mérito de distinguir entre los distintos remedios económicos destinados a preservar el valor cancelatorio del pago en moneda de curso legal, esto es: a) la actualización del crédito, es decir aplicación de algún índice de reajuste que preserve su valor económico; b) la repotenciación del crédito, lo que implica fijar el valor de una prestación patrimonial con referencia a otro bien del mercado lo que suele ser utilizado en los contratos de locación de inmuebles (ej.: el valor de alquiler mensual de una panadería se establece como equivalente a 1.000 kilos de pan, el de una cafetería como el valor equivalente a 1.500 pocillos de café) y c) el pago de intereses que, en su esencia, es un fruto civil, y puede ser definido como la renta o ganancia del capital ⁽⁴⁷⁾ o el costo de obtener dinero en préstamo ⁽⁴⁸⁾.

(47) Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. III p. 58, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(48) Samuelson, Paul, Nordhaus, William D y Pérez Enri, Daniel “Economía”, p. 449, ed. Mc Graw Hill; Alterini, Ameal y López Cabana, “Derecho de las Obligaciones”, p. 457.

Por otra parte, intenta llegar a un “quietus” en una materia que se ha desmadrado.

c) Las actas 2783/24 y 2784/24:

La Cámara del Trabajo de la Capital Federal, a la luz del criterio nominalista impuesto por la Corte Suprema, había aplicado intereses moratorios como único accesorio de los créditos laborales pero, el 7° de septiembre de 2022, sus integrantes se reunieron en acuerdo, para debatir si se mantendrían las tasas de interés impuestas por actas previas y la mayoría se inclinó por una respuesta afirmativa con las siguientes características: se aplicaría a los créditos laborales la capitalización regulada por el art. 770, inc. b) del Cód. Civ. y Com. con una periodicidad anual a partir de la fecha de notificación de la demanda a las causas sin sentencia firme sobre el punto.

La citada manda pretoriana fue desautorizada por el Superior por estimarse, en lo esencial, que el art. 770 Cód. Civ. y Com. no permitía una capitalización anual de intereses en los procesos judiciales (CSJN, 29/2/24, “Oliva c/ Coma SA”, Fallos 347:100). Se señaló específicamente, interpretando una norma civil, que la capitalización periódica y sucesiva durante la tramitación del juicio no se corresponde con la regla establecida por el art. 770 del Cód. Civ. y Com. establece una regla clara por la cual no se deben intereses sobre los intereses y las excepciones que el mismo artículo contempla son taxativas y de interpretación restrictiva, argumentando, asimismo, que la aplicación de tal técnica llevaba a un resulta manifiestamente desproporcionado que prescinde de la realidad económica vigente al momento del pronunciamiento.

La decisión de la Corte llevó a la Cámara a reunirse en nuevo acuerdo adoptando una solución valorista mediante actas N.º 2783/24 y 2784 —que recomienda que los créditos laborales sean ajustados de conformidad al coeficiente de estabilización de referencia —CER— reglamentado por el Banco Central de la República Argentina con más una tasa pura del 6% anual con una sola capitalización de acuerdo al art. 770, inc. b, del Cód. Civ. y Com.

Cabe aclarar que el denominado coeficiente CER fue introducido mediante decreto 214/02 y dispuso la indexación de las deudas en dólares que habían sido pesificadas por imperio de la ley 25.561 es publicado por el Banco Central de la República Argentina siguiendo el denominado índice de precios al consumidor por lo que responde a las premisas de un sistema valorista, análogo al impuesto por el art. 276 de la LCT.

Pese a ello, la norma que nos ocupa pierde sustento jurídico al autorizarse su capitalización de conformidad con el art. 770, inc. b, porque el

anatocismo es tan solo autorizado para los intereses y no puede, prima facie, proyectarse sobre créditos reajustados por algún índice y contradice abiertamente los términos del propio decreto que circunscribía su operatividad a las deudas del sistema bancario.

La Corte impuso su mortaja al referido criterio al descalificarla como arbitrario por importar la aplicación de un coeficiente para la actualización del capital y no una tasa de interés fijada según las reglamentaciones del Banco Central (CSJN, 13/8/24, “Lacuadra, Jonatan D. c/ DIRECTV Argentina SA”, Fallos 347:947) arrojando resultados igualmente irrazonables.

Al margen de lo decidido por la Corte Suprema, lo cierto es que resulta discutible que las pequeñas y medianas empresas, deudoras de créditos laborales, puedan enfrentar las deudas pendientes teniendo presente que la economía no ha evolucionado —es decir no se ha incrementado la producción de bienes y servicios— y la sociedad argentina es, en su conjunto, más pobre y económicamente dependiente.

Lo expuesto sin perjuicio de que grandes corporaciones hayan obtenido importantes ganancias patrimoniales especulando en el sistema financiero.

En verdad, la corriente ideológica actual hace plausible concluir que ciertas pautas valoristas volverán a instrumentarse en el orden normativo, favoreciendo la tutela de los créditos laborales.

De hecho, al momento en que escribo estas líneas, las Salas que integran la Cámara Nacional del Trabajo se han inclinado por adoptar un sesgo valorista frente a los reclamos efectuados por los trabajadores que oscilan entre la aplicación IPC con más intereses efectivos del 3 o 6% anual (CNTr. Sala I, 28/8/24 expte 23.203/20, “Villanueva c/ Food Arts S.A.”; Sala II, 26/8/24, expte. 17.755/21, “Villarroel c/ Sygenta Agro S.A.”; Sala VII, expte 32.902/20, 3/10/24, “Baigorria c/ Swiss Medical ART S.A. Sala IX, expte 32540/2, Carabajal c/ Terminal 4 S.A.”) hasta la aplicación del Ripte con una tasa de interés anual sin capitalizar (CNTr. Sala III, 14/8/24, expte. 2807/20, “Toledo c/ Peugeot Citroën Argentina”) y/o, eventualmente, el denominado índice “Cer” sin intereses (CNTr. Sala VIII, 15/8/24, expte 65.930/13, “Villanueva c/ Provincia ART S.A.”) lo que motivará planteos impugnatorios en la etapa ejecutiva invocándose las previsiones del art. 771 del Cód. Civ. y Com. ya que, según mandato legislativo, “los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses exceda sin justificación y desproporcionalmente, el costo del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación”.

En este punto es esclarecedor el pensamiento de Bidart Campos ⁽⁴⁹⁾ en cuanto sostiene que el nominalismo impuesto legalmente no es inconstitucional pero, si la depreciación monetaria altera el valor real de la moneda, puede ser inconstitucional la solución —aun judicialmente adoptada— que niegue reajustar el valor nominal.

Se ha aseverado (50), en tal sentido, que el hombre desde las épocas más remotas ha buscado que, en sus transacciones, reine la seguridad pero siempre como un medio o camino para obtener justicia: el nominalismo es una expresión de seguridad en cuanto prefija la cantidad de monedas que deben entregarse que permanece invariable y, en consecuencia, se consigue la justicia, pero cuando se emite moneda en forma incontrolada se provoca la inflación y se priva al dinero de su función de medida de valores, por lo cual mantener el nominalismo en tales circunstancias conduce a vulnerar nuestra idea clásica de justicia en el campo de las transacciones económicas y de los negocios jurídicos humanos.

XI. CONCLUSIÓN

En rigor de verdad, el nominalismo es un principio aceptable mientras la capacidad adquisitiva de la moneda se mantiene estable pero, cuando la inflación comienza a deteriorar la capacidad adquisitiva, el sistema se torna injusto y afecta el derecho de los acreedores puesto que el interés que pueden percibir como fruto del capital debido se reduce exponencialmente por efectos de esa misma inflación, lo que explica que en países pobres, la operatividad del sistema haya sido desplazado por soluciones valoristas.

Pero lo que resulta inexplicable ⁽⁵¹⁾ es que, en un país potencialmente rico como la Argentina, la moneda no tenga el valor institucional que economías desarrolladas asignan a su propio signo monetario: el constituyente de 1994 siguió el buen camino en un idealismo que podría calificarse de absurdo frente a la realidad económica, pero es positivo que

(49) Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. II-b, p. 56, ed. Ediar.

(50) Moisset de Espanés, Luis, Pizarro, Ramón D., y Vallespinos, Carlos G., "Inflación y actualización monetaria", p. 36, ed. Universidad.

(51) Es conocido el comentario del premio nobel de Economía Paul Samuelson quien dividió el mundo en cuatro grupos de países: a) los desarrollados; b) los subdesarrollados; c) Japón, por tener uno de los niveles de vida más altos del planeta sin ayuda de recursos naturales y d) la Argentina porque, a pesar de tener todos los recursos naturales y humanos para ser un país desarrollado, se ha transformado en uno subdesarrollado.

se entienda que los poderes del Estado tienen el deber ético de defender el valor de la moneda.

La realidad económica, social e institucional demuestra que no lo han hecho y que, al contrario, han desarrollado políticas que solo han generado la destrucción de la economía, transformando un país rico en recursos en un país pobre donde la mayoría de las personas padece necesidades existenciales que la hacen solicitar beneficios asistenciales que funcionan como placebo o paliativo de situaciones de indigencia generalizada: los trabajadores han resultado seriamente afectados en sus derechos patrimoniales frente a la involución de la economía y el desguace del aparato productivo motivado por la falta de inversión, el desempleo y el cierre de empresas.

Según doctrina ⁽⁵²⁾, a los tres elementos tradicionales del Estado —población, territorio y poder— habría que agregar la moneda por cuanto, un Estado que no tiene moneda como valor permanente, no es un Estado, o por lo menos es un Estado incompleto o frágil, que puede sucumbir ante cualquier crisis financiera y puede, incluso, verse obligado a reemplazar su moneda por una moneda extranjera.

La reseña histórica que hemos efectuado no solo conlleva un análisis de las medidas legislativas adoptadas para proteger los créditos laborales sino también un periplo del fracaso del Estado argentino para incrementar el bienestar general de sus habitantes, en especial de sus trabajadores a lo que líricamente se califica como sujetos de preferente tutela constitucional pero cuyas apetencias y expectativas no son satisfechas.

En verdad, en los Estados ricos y fuertes imperan las doctrinas nominalistas mientras que los Estados pobres y deficitarios se inclinan por posturas valoristas para salvaguardar la justicia de las operaciones patrimoniales de intercambio y lograr que la economía siga funcionando, aunque sea deficientemente.

La creación de riqueza y el incremento del nivel de bienestar de los habitantes no puede apoyarse en la adopción de una y otra postura: diseñar prosperidad en el mundo moderno debe ser la preocupación primordial de la clase política.

El Estado tiene, tanto en el mundo moderno como en el mundo antiguo, la función de obrar como ordenador de los grupos sociales conduciéndolos hacia un mayor estado de bienestar —este el sentido institu-

(52) Vanossi, Jorge R., "Estudios de teoría constitucional", p. 72, ed. Universidad Autónoma de México.

cional del fenómeno político— para ello se necesita que sus dirigentes obren con sabiduría y eficacia, es decir que actúen como reyes filósofos en el sentido platónico del término.

La economía del siglo XXI será la economía del mundo digital, de la informática y de la inteligencia artificial y planteará nuevos desafíos en materia de creación y distribución de riqueza y será, precisamente, tarea de la clase política velar por forjar, ejerciendo el poderío estatal, situaciones de progreso material y moral que beneficien a todos los grupos sociales en forma equitativa y racional.

FAMILIA Y MATRIMONIO

REFLEXIONES EN TORNO A LA L.C.T. Y SU 50° ANIVERSARIO

POR DIEGO J. TULA

I. PRINCIPIOS Y PAUTAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES QUE DEFINEN Y GOBIERNAN LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3° y 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2° y 23.1), entre otros, reconocen y definen el derecho de las personas a formar una familia.

En efecto, la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, además de declarar el derecho a la igualdad de las personas, determina que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconoce que, como tal, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reitera que la familia es el elemento natural y fundamental de las sociedades y señala que debe brindársele la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución, mientras sea responsable del cuidado y de la educación de los hijos a su cargo.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* dispone en sentido amplio que los Estados parte deben tomar medidas para asegurar la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio.

La *Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño* reconoce que tanto la madre como el padre tienen obligaciones comunes respecto

de la crianza y el desarrollo de los hijos, además de reconocer que incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

La *Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* dispone que los Estados parte reconocen que, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional de ambos en la sociedad y en la familia.

Tales documentos internacionales revisten en nuestro Derecho jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN.

En la labor desplegada por la O.I.T. se puede advertir una clara evolución de los criterios reinantes en materia de protección.

En una primera etapa la protección de la familia se canalizó a través del dictado de normas tutelares de la mujer, del embarazo y lactancia (Convenios N.º 3 y 4, OIT); en una segunda etapa (posterior a los años cincuenta), la actividad normativa de la OIT se centró en la promoción del empleo de las mujeres y el fomento de la igualdad de estas con relación a los hombres a partir del principio de no discriminación (Convenio O.I.T. N.º 111 y la Recomendación N.º 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación del año 1958, aprobado por medio de la ley 17.677 y ratificado por la Argentina, obliga a todo miembro para el cual se halle en vigor a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto).

Finalmente, con posterioridad a que Naciones Unidas adoptara la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la O.I.T. se ocupó de avanzar en la remoción de los obstáculos que impiden una efectiva igualdad de derechos.

Se advirtió entonces que también los hombres debían ser protegidos en relación a la realización de tareas penosas, riesgosas e insalubres; que los hombres no estaban al margen de la vida familiar y que muchas de las normas tendientes a proteger a la mujer en su función procreadora, implicaron una restricción a sus oportunidades de empleo.

El *Convenio O.I.T. N.º 123* se refería a las mujeres con responsabilidades familiares. Los términos en que se formuló llevaron a que prontamente se revisara su contenido a efectos de dejar en claro que no era función exclusiva de las mujeres asumir el cuidado del hogar y de los hijos.

El Convenio O.I.T. N.º 156 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares, 1981, y la Recomendación O.I.T. N.º 165 sobre Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras, prevén mandatos específicos en orden al equilibrio entre las responsabilidades laborales y familiares.

El citado Convenio fue aprobado por nuestro país mediante ley 23.451 y posteriormente ratificado por el Poder Ejecutivo.

Las citadas disposiciones contienen garantías específicas en materia de igualdad de trabajo entre las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, es decir, con responsabilidades hacia los hijos a su cargo (u otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesitan su cuidado o sostén), cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1º).

Litterio sostiene que el Convenio excede tal propósito, obligando a los Estados que lo ratifican a incluir entre los objetivos de su política nacional que las personas con responsabilidades familiares puedan ejercer su derecho a trabajar sin discriminación y, en lo posible, sin conflictos entre sus responsabilidades familiares y profesionales ⁽¹⁾.

Para la citada autora, esas posibles medidas se describen con más detalle en la Recomendación O.I.T. N.º 165. Algunas de ellas son de carácter negativo; es decir, buscan evitar que el estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares sean causa de denegación de un empleo o de despido, dado el frecuente rechazo a emplear, promocionar o mantener empleadas a personas con responsabilidades familiares, que muchas organizaciones productivas consideran trabas para el cumplimiento de las obligaciones laborales. Otras, en cambio, son de carácter positivo porque tienden a facilitar esa conciliación eliminando obstáculos resultantes de la incompatibilidad entre el trabajo y las ocupaciones de atención a la familia. Como se ve, estas medidas atienden la adaptabilidad de las obligaciones laborales a las responsabilidades familiares en orden a la distribución o reducción del tiempo de trabajo, licencias, permisos, etc.

En el orden interno, el art. 14 *bis* de la Carta Magna establece en su apartado tercero: “El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integrar e irrenunciable”.

(1) LITTERIO, Liliana Hebe: “*El Trabajo de las Mujeres*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 128.

Se trata de la obligación del Estado de legislar sobre la seguridad social, que no comprende solamente el sistema jubilatorio, sino que debe ser considerada en forma integral, ya que protege la vida, la salud, la formación cultural, el desempleo y el *bienestar familiar* (2).

La citada cláusula, al establecer la protección integral de la familia, no discrimina sobre su forma de constitución, por lo tanto, resguarda a la familia de origen matrimonial y extramatrimonial, así como las familias ensambladas, monoparentales, comaternales, copaternales, etc.; es decir, a la familia en el sentido amplio que ha adquirido en la realidad (3).

II. NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES. REINTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE MATRIMONIO

Con el devenir de los tiempos el modelo tradicional de familia ha ido cambiando y la estructura familiar se ha diversificado.

En el derecho de familia es donde el Código Civil y Comercial de la Nación introduce las innovaciones más profundas. Cabe mencionar, en este sentido, las leyes relativas al reconocimiento de la constitución del matrimonio entre personal de igual sexo (ley 26.618), la identidad de género (ley 26.743) y la reproducción médicamente asistida (ley 26.862).

Las circunstancias actuales son las que motivaron el reconocimiento normativo de nuevas relaciones de familia y procreación (familias comaternales y coparentales), a las que se agregan las uniones convivenciales que el ordenamiento introduce de modo expreso como una nueva forma familiar (sin limitaciones de sexo ni género), además de dar entrada a las familias ensambladas (con la incorporación de la figura del progenitor afín al cónyuge conviviente), reconocer a las familias monoparentales (a través de alguna normas puntuales), facilitar la adopción, flexibilizar el divorcio vincular y promover la interacción entre padres e hijos (4).

Estos núcleos familiares son una realidad social en constante aumento. Precisamente por ello, la ampliación del concepto tradicional de

(2) LITTERIO, Liliana, ob. cit., p. 122.

(3) ETALA, Carlos Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, 2002, p. 43/4.

(4) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, Cap. XIV, La Familia, Liliana H. Litterio, La Ley, Buenos Aires, 2016.

familia conlleva también a reinterpretar la significación de la institución “matrimonio”, entendida ya no como la unión entre el hombre y la mujer sino como la unión entre dos personas, sentada sobre el principio de igualdad.

El art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nación, ubicado dentro del libro dedicado a las relaciones de familia (más concretamente en el título destinado a matrimonio) renueva el principio de igualdad de los derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y de los efectos que ambos matrimonios producen. Señala el citado dispositivo legal: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Destaca Litterio que, en el marco de igualdad y pluralidad apuntado, encuentra cabida la ley de identidad de género, donde también ha sido enfático el legislador de la ley 26.743 a la hora de consagrar el deber de respetar el derecho a esa identidad, disponiendo en el art. 13:

Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo ⁽⁵⁾.

Se ha producido un cambio radical, y sabido es que en materia de interpretación normativa:

[H]a de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resultan compatibles con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial, en tanto la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general en que son llamadas a aplicarse y los fines que las informan, y a ese objeto debe dirigirse la labor del intérprete, quien debe ajustarse a un examen que consulte la racionalidad del precepto en la aplicación del caso concreto ⁽⁶⁾.

Ello comprende no solo la armonización de la ley con la realidad, sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

(5) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, ob. cit. p. 762.

(6) CSJN, Fallos 308:639.

III. DEBERES Y OBLIGACIONES EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR. DECONSTRUCCIÓN DE LOS PARADIGMAS SOCIALES TRADICIONALES

Como hemos visto, tanto el varón como la mujer adquieren en la actualidad roles igualitarios dentro del matrimonio y la familia.

Ahora bien, en la medida en que esa unión de personas se vea ampliada con la llegada de un hijo o una hija, nacen —por igual— las consiguientes responsabilidades parentales de cuidado, atención, educación y asistencia.

Dado tal escenario, se impone el siguiente interrogante ¿operan de manera similar los roles de la mujer y el varón recién mencionados?

De un tiempo a esta parte, con la participación de la mujer en el mundo laboral, el varón fue asumiendo cada vez más responsabilidades parentales, rompiendo el tradicional concepto de *breadwinner*, que lo encasillaba en lo que podría denominarse sujeto-varón-proveedor. Hoy en día ambos integrantes del matrimonio (en cualquiera de sus expresiones y/o alcances) pueden ser aportantes de ingresos o, inclusive, el varón quedar a cargo de las tareas de cuidado de los hijos y del hogar.

Llegados a este punto, me permito compartir las reflexiones que realiza Coppoletta en orden a los alcances —desde el punto de vista del sujeto tutelado— del principio protectorio. Para el citado autor, la Ley de Contrato de Trabajo —en rigor de verdad— consagra, aún hoy en día, como modelo de persona que trabaja al dependiente varón proveedor del sustento material del núcleo familiar ⁽⁷⁾.

Para así decirlo, parte no solamente del género utilizado en la redacción de la Ley de Contrato de Trabajo (masculino, conf. art. 25), sino que dicho cuerpo normativo contiene un título especial dedicado al trabajo de *mujeres* para regular ciertas vicisitudes especiales que hacen al trabajo de las personas que se identifican con ese género, pero que no encuentra correlato en una disposición similar respecto del género masculino, pues no hay una sección para el trabajo de hombres, en tanto la regulación normativa —en general— es destinada al trabajo masculino.

A partir de tal premisa, el citado autor indica que ese trabajador bien puede tener familia. Sin embargo, en el orden social paradigmático pen-

(7) COPPOLETTA, Sebastián, “¿A quién protege el principio protectorio? Deconstrucción del paradigma patriarcal del sujeto protegido”, inédito.

sado para el varón que trabaja, la incidencia de la familia es distinta a la mujer, por ello el texto del régimen especial le reserva la protección contra el despido por causa de matrimonio a la mujer (luego veremos la interpretación jurisprudencial que ha merecido ello).

Otro ejemplo citado por Coppoletta refiere a la licencia por nacimiento de hijo/a que regulan los arts. 168 inc. a) y 160 de la Ley de Contrato de Trabajo, por los cuales se conceden dos días corridos, de los cuales uno debe ser día hábil. Ello debido a que la participación que ese paradigma tradicional reserva al trabajador en la circunstancia de nacimiento de su hijo/a es ir a realizar los trámites administrativos correspondientes (obra social, registro civil, etc.), y luego, su deber como *breadwinner* lo coloca —ahora más que antes— en la necesidad imperiosa de volver a su hogar de trabajo para obtener el salario que sustente a su familia, ahora ampliada. No es que ese trabajador no se comprometa con la situación familiar, sino que, por el contrario, en este especial paradigma social, su compromiso está en ganar dinero para su familia ⁽⁸⁾.

Precisamente por ello el jurista evidencia el desafío de desarmar el modelo tradicional. La erradicación del paradigma patriarcal implica no solo un nuevo rol de la mujer, sino también del hombre. Si bien el mayor trabajo y el acento debe colocarse en la equiparación de los derechos usualmente conferidos (o negados) en razón del género, igualando a la mujer en el goce de derechos, el cambio de paradigma también afecta a las personas que se expresan en el género masculino, y ello tiene sus implicancias en el derecho del trabajo.

Consagrando un reconocimiento material (y no solamente formal), el Tribunal que integra otorgó protección a un trabajador, aplicando el Convenio OIT N.º 156 (trabajadores con responsabilidades familiares), en razón del estado de vulnerabilidad en que se encontraba como consecuencia de la enfermedad de su hijo menor de edad ⁽⁹⁾.

La sentencia, como indica el autor, destaca los nuevos roles de las personas que se expresan en el género masculino, los cuales no estaban comprendidos en el paradigma del derecho del trabajo, en tanto que se supone que el varón proveedor si se casa o tiene un hijo con problemas de salud, el orden social patriarcal hace que esas contingencias no afecten su capacidad de trabajo, pero no sucede eso cuando, rompiendo el molde clásico, el padre necesita atender las circunstancias de salud en

(8) COPPOLETTA, Sebastián, ob. cit.

(9) Cam. Lab. Sala II, Santa Fe, “Bergamasco, Francisco c. Haidar y Cia. SRL”, sent. 15.12.2020, RC J 8474/20.

su hijo y, entonces, se encuentra en una situación de vulnerabilidad en su relación laboral.

Me permito transcribir algunos párrafos del citado pronunciamiento, dada la claridad conceptual que expresa.

En este caso, el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales por el actor se han visto dificultadas por su responsabilidad parental en la atención de la salud de su hijo. En este sentido, en un determinado tiempo y lugar el actor debía optar entre cumplir con el débito laboral comprometido o cumplir su responsabilidad como padre en la atención de la salud de su hijo. Ambas son obligaciones cuyo incumplimiento le podían ocasionar sanciones jurídicas (más allá de lo moral). Por lo tanto, el actor se encontraba en una situación en que debía optar por incumplir alguna de esas obligaciones para poder cumplir con la restante. Esta vulnerabilidad surge, entonces, de esa especial situación del actor en la cual su posibilidad de cumplir regularmente su obligación de poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo se ve imposibilitada por otra obligación que nace de su relación parental. Y esa vulnerabilidad es un estado que existe y se mantiene aun cuando el empleador haya contratado al actor conociendo esta situación y aun cuando en el desarrollo de la relación el empleador se haya comportado en forma favorable a solucionar esta controversia de intereses otorgando días especiales de licencia sin descuento de sueldo.

Hay situaciones de especial atención dadas por estados de vulnerabilidad de la persona que reclaman una protección especial. Cuando la persona que trabaja se encuentra comprendida en tal estado, la protección contra la conducta oportunista del sujeto empleador se intensifica. La Corte Constitucional de la República de Colombia se refiere a estas situaciones de vulnerabilidad como amparadas por una tutela de estabilidad laboral reforzada... Llega firme a esta instancia la situación de enfermedad del hijo del actor, y las dificultades que a consecuencia de ello afrontaba el actor para cumplir normalmente su débito laboral. En este sentido, entonces, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación parental colocaban al actor en una situación de vulnerabilidad pues, en una situación de conflicto entre su relación laboral y otras relaciones de la empresa, es especialmente esperado un comportamiento oportunista del empleador en contra del normal desarrollo de la relación de trabajo de este especial sujeto; ello en tanto, si de todos los intereses afectables en la organización empresaria, el empleador escoge afectar los intereses laborales (reducción de personal, por ej.), del universo de sujetos laborales afectables el actor está en una situación de especial vulnerabilidad en la selección, pues respecto de otros/as trabajadores/as su contrato de trabajo resulta más oneroso desde el momento que, por ejemplo, a igualdad de sueldos, el empleador recibe menos cantidad de trabajo por parte del actor como consecuencia de las licencias especiales por atención de la salud de su hijo. En defini-

tiva, como consecuencia de sus obligaciones parentales que implican mayores costos a la empresa, el actor es susceptible de ser —con su despido— la solución apropiada de otros intereses empresarios. Y de esta manera, mientras se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad porque la atención de la salud de su hijo también implica mantener la obra social y el devengamiento del salario, a su vez el trabajador es el candidato ideal para el despido arbitrario pues permite un ahorro especial de costos a la empresa.

Si para la empresa el despido de una persona es la solución al problema que afronta (conducta oportunista), entonces el/la trabajador/a con responsabilidades parentales es el despido más eficiente pues en igualdad indemnizatoria con otros/as, permite mayores ahorro de costos. Ese estado especial de vulnerabilidad del actor es amparado por el Convenio OIT 156 —Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares—, ratificado por la República Argentina por ley 23.451, a lo que debo agregar la Recomendación OIT 165 —Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares—. Y en este sentido, el art. 8° del Convenio 156 expresa que “[l]a responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”. Por lo tanto, esta es la situación que debe juzgarse en esta litis (art. 9° Conv. OIT 156); es decir, si la responsabilidad familiar del actor respecto a la salud de su hijo ha sido la causa del despido directo comunicado en fecha 30/03/15 invocando “motivos de reestructuración”. Si así fuera, esa conducta, conforme el art. 3° del Convenio 156, sería una conducta discriminatoria en los términos del Convenio OIT... De tal forma, la litis pasa por ponderar el conflicto entre la potestad de organización y dirección de la empresa (arts. 14 y 17 CN y arts. 64 y 65 LCT) y la protección de la persona que trabaja que a su vez tiene responsabilidades parentales, en este caso, relacionadas con la atención de la salud de su hijo (Convenio OIT 156, art. 10 PIDESC). La especial condición de vulnerabilidad del actor coloca el despido directo en una situación sospechosa de discriminación respecto al motivo de la 7 decisión empresaria. Por ello, conforme lo expresé, la empresa tenía en esta litis la carga de alegar y explicar cuál era la “reestructuración” de su organización que sirvió de escenario para decidir el despido del acto, extremo que no quedó acreditado.

Otro pronunciamiento judicial —en sentido similar— que merece destacarse ha sido el fallo dictado por el Dr. Raúl Ojeda (Juez en la Justicia Nacional del Trabajo) en el precedente “Mumbach” ⁽¹⁰⁾. Allí el magistrado tuvo por acreditado que el actor se desempeñó en favor y bajo la dependencia de los accionados, al margen de toda registración laboral, y que los empleadores le comunicaron que debía desalojar el lugar donde residía (propiedad de aquellos), cortándole el suministro de todos

(10) JNT N.º 54, “Mumbach, José Daniel c. SAIF S.A. y otros”, sent. año 2020.

los servicios. Para entonces, la esposa del accionante se encontraba embarazada y ambos carecían de obra social, producto de la ausencia de registración. El vínculo quedó extinguido en forma indirecta y el trabajador reclamó, además de los rubros indemnizatorios, un agravamiento indemnizatorio como consecuencia de la situación de vulnerabilidad en que se encontraba en oportunidad de la ruptura contractual, a pocos meses de ser padre, con fundamento en el art. 178 de la L.C.T.

En el fallo, se precisa lo siguiente:

En lo que hace a la indemnización reclamada en función de haberse operado el distracto por causa imputable a la empleadora dentro del período de sospecha previsto en el art. 178 de la L.C.T. (despido por maternidad), debe decirse que pese a la ubicación y redacción de la norma y su expresa alusión a la “mujer trabajadora”, los cambios operados a nivel social y normativo en las últimas décadas y lo expresamente dispuesto por normas de orden superior (de jerarquía constitucional y supralegal) imponen dar a la previsión legal un alcance más amplio del que emerge de su análisis terminológico, en tanto ya no puede justificarse ni social ni jurídicamente que el reconocimiento de derechos que se sostenga en la atribución de roles y deberes preconcebidos en función del sexo o de las personas o su eventual capacidad reproductiva... Tanto es así que se previó un Título especial (Título VII) para el trabajo de las mujeres (no lo hay para el de los hombres) y allí se ubicaron las previsiones vinculadas al matrimonio (otrora concebido como base única de la familia y de la familia “legítima” y heteronormada), a la maternidad (como si la maternidad biológica fuere la única, sin reconocer la mater-paternidad por voluntad procreacional, las comaternidades ni mucho menos a las paternidades y copaternidades) y a la lactancia y el cuidado de la niñez (llamadas salas “maternales” o “guarderías” y no centros para la primera infancia o salas de cuidado para niños y niñas), todas instituciones vinculadas a la familia y a las necesidades de cuidado.

La situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentran las personas cuando están esperando un hijo —o cuando su incorporación a la familia fue reciente— no requiere de prueba y, ni tal situación, ni los deberes de cuidado que de ella se derivan, resultan una cuestión exclusivamente femenina o de las identidades feminizadas. Aquí cobra particular relevancia el concepto de cuidados y el de la organización social de los cuidados, para poder poner en relieve que no se trata de una cuestión exclusivamente privada y que pueda afectar o influir sólo en las relaciones interpersonales o laborales de las mujeres. El equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) señala que a nivel de los documentos internacionales (ONU, OIT, OCDE) se entiende por organización social del cuidado a “la forma en que interrelacionadamente las familias, el estado, el mercado y las organizaciones comunitarias producen y distribuyen el cuidado.

Sobre tal plataforma normativa estimo adecuado recurrir al concepto de “estereotipo de género” y al mandato efectuado por las autoridades de los Estados respecto a la obligación de “juzgar con perspectiva de género” que emanan de lo dispuesto por la C.I.D.H... Entendida la previsión en cuestión como vinculada a la sospecha de discriminación por razones de familia, al no poder considerarse ya a la familia y a los deberes de cuidado y asistencia que ésta conlleva como una cuestión exclusivamente femenina, corresponder asumir los principios de protección integral de la familia y los del superior interés del niño y admitir el reclamo en el caso impetrado con sustento en la interpretación propiciada con base a la normativa de jerarquía superior antes referenciada. Para así resolver tengo en consideración que el actor ha probado que notificó a los demandados el embarazo de su pareja y su fecha probable de parto...la atención prenatal recibida en un hospital público... por lo que se encuentran reunidos todos los recaudos formales a los que la ley sujeta la procedencia de la indemnización agravada peticionada.

Los reseñados fallos ponen de manifiesto la necesidad de repensar nuestro sistema normativo actual vinculado a los escenarios descriptos. En tal sentido Ackerman señala que el tratamiento diferenciado en beneficio de la mujer en nuestra legislación nacional no es frecuente en las legislaciones laborales más modernas ni en las normas internacionales, representando un anacronismo, tras la sanción de la ley 26.618 y frente al art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nación ⁽¹¹⁾.

Me permito destacar, en orden a ello, que en los últimos años se han presentado proyectos de modificación del art. 178 de la L.C.T. a fin de adecuar la legislación interna a las normas de jerarquía constitucional y supralegal antes mencionadas.

Así, por ejemplo, en el Expte. N.º 4950-D-2015- 10/09/2015, presentado por el partido Frente para la Victoria, se proponía la siguiente modificación:

...que quedará redactado de la siguiente manera:

Título VII - Trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

Art. 2º.- Sustitúyase el art. 181 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 181.- Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa

(11) ACKERMAN, Mario, “*El despido*”, Rubinzal Culzoni, Edit., p. 427.

y sin distinción de sexo por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjera dentro de los seis (6) meses anteriores o doce (12) meses posteriores al matrimonio o unión convivencial y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados.

Art. 3°.- Sustitúyase el art. 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 182.- Indemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el art. 245. Esta indemnización es procedente sin distinción de sexo.

Art. 4°.- Comuníquese, publíquese, dese vista a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

IV. DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO POR CAUSA DE MATRIMONIO EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

En nuestro país la protección contra el despido por causa de matrimonio nació y se desarrolló en defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de que eran víctimas fundamentalmente las trabajadoras, quienes resultaban despedidas por la sola circunstancia de contraer matrimonio. De esa manera, apunta Livellara, la patronal buscaba evitar repercusiones negativas que el nuevo estado civil de su dependiente le depararía a su empresa (principalmente, por tener que otorgarle diversas licencias) ⁽¹²⁾.

En efecto, de los fundamentos expuestos en la Exposición de Motivos de la ley 20.744 de marzo de 1974 no quedan dudas de que su sanción se impuso concretamente para proteger a la mujer trabajadora. El proyecto de la Ley de Contrato de Trabajo presentado al Congreso situó este beneficio en el capítulo de mujeres y en el art. 196, de manera expresa, se hacía mención al “personal de mujeres”. Como apunta Pasten de Ishiara, la idea de extender esta protección al hombre era excepcional y resultaba de la aplicación del art. 299.

Sin embargo, en la Comisión del Senado, se expresó la necesidad de suprimir la expresión “de mujeres” por entender que el despido por ma-

(12) LIVELLARA, Carlos Alberto, “Para la Corte las normas sobre despido por causa de matrimonio rigen por igual para trabajadoras y trabajadores”, AR/DOC/3364/2020.

trimonio podía comprender tanto a mujeres como a varones; en virtud de ello, reformó el texto inicial del citado art. 196 al suprimir la expresión “de mujeres” a continuación de la palabra personal ⁽¹³⁾.

Así fue aprobado, pese a lo cual los hombres solo podrían ampararse en el beneficio de conformidad con lo dispuesto por el art. 299, “excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias del caso, apreciado con carácter restrictivo”; posteriormente la ley 21.297 suprimió el art. 299, pero mantuvo el texto original en el capítulo de mujeres.

De esta manera, quedó determinado el cuadro normativo actual, que se compone del Título VII, que está referido al régimen especial del trabajo de mujeres, y se estructura con el Capítulo I: “Disposiciones generales” (arts. 172 a 176), Capítulo II: “De la protección de la maternidad” (arts. 177 a 179), Capítulo III: “De la prohibición del despido por causa de matrimonio (arts. 180 a 182) y Capítulo IV: “Del estado de excedencia” (arts. 183 a 186).

El art. 180 de la L.C.T. establece la nulidad de los actos o contratos que se celebren entre las partes o reglamentaciones internas que se dicten y que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio. No prevé la nulidad del despido por esta causa sino que se limita a agravar la sanción debido a la medida rescisoria sin causa, aunque nada impide reclamos con fundamentos en las leyes 23.592 (Penalización de actos discriminatorios) y 26.485 (Protección Integral de las Mujeres) ⁽¹⁴⁾.

Luego el art. 181 de la L.C.T. ⁽¹⁵⁾ presume “iuris tantum” que el despido obedece al matrimonio, si se dispone sin invocación de causa o sin probar la que se invocara y se produce dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio, mediando su notificación fehaciente al empleador, y en estos casos procede la misma indemnización especial que se aplica en el supuesto de despido por maternidad (art. 182 L.C.T.).

(13) PASTEN DE ISHIARIA, Gloria, La Protección de los Derechos de la Mujer en el Ámbito Laboral, Editora Platense, Buenos Aires, 2018.

(14) Art. 180.- Nulidad. Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio.

(15) Art. 181.- Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados.

Al ser una presunción relativa, se posibilita al empleador probar, a su vez, que el despido obedeció a una causa distinta del matrimonio.

La presunción y la indemnización son las mismas en el supuesto de despido por maternidad y por matrimonio y ambas se encuentran agrupadas dentro del título destinado al trabajo femenino.

En orden a esta presunción y de la indemnización especial en favor del trabajador, se han desarrollado dos posturas ⁽¹⁶⁾:

a) La postura restrictiva seguida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante Acuerdo Plenario N.º 272 “Drewes, Luis Alberto c. Coselec SSCC”, del 23/3/1990, que estableció como doctrina plenaria: “En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 LCT”. A partir de la doctrina fijada por este plenario, se ha sostenido que la presunción prevista por el art. 181 de la L.C.T. no es aplicable al trabajador varón, pues se concluyó que, aun cuando el despido de este hubiera sido dispuesto sin invocación de causa, correspondía a dicho trabajador invocar y acreditar que se debía a su matrimonio para resultar acreedor de la indemnización prevista en el art. 182 de la L.C.T.

Esta postura considera que el legislador, al suprimir el art. 299, ha tenido la intención de adecuar el régimen a una realidad sociocultural que entiende que la mujer, al contraer matrimonio, incorpora nuevas responsabilidades y con ello se presupone que aquella hará uso de licencias con motivo de esas obligaciones familiares, resintiéndose así la prestación laboral.

Además, desde esta posición se considera que en tanto los arts. 180 a 182 de la L.C.T. se encuentran ubicados dentro de su Título VII dedicado al “Trabajo de Mujeres” parecería que el amparo que brindan dichas normas alcanza solamente a la mujer.

En definitiva, esta tesis entiende que el legislador ha tenido la intención de reforzar los mecanismos de protección hacia la trabajadora, pues en dicho escenario, y aunque ya en crisis el modelo familiar de “jefe proveedor”, existe una fuerte asociación entre mujer-matrimonio-maternidad y trabajo, es decir, que se coloca una carga muy grande sobre los hombros femeninos, por cuanto el contraer matrimonio y la posible llegada de los hijos son tomados como un punto de inflexión en el itinerario socio-ocupacional de la mujer.

(16) LIVELLARA, Carlos, ob. cit., p. 1.

b) En cambio, por la postura amplia se han pronunciado diversos tribunales provinciales que sostienen que la presunción prevista para las trabajadoras mujeres también debe aplicarse cuando se trata de un varón, sin que exista la posibilidad de efectuar una discriminación sobre la base del sexo que limite su aplicación en toda su amplitud, reconociendo que también en este caso corresponde el pago de la indemnización especial del art. 182 de la L.C.T. y colocando en cabeza del empleador la prueba de la justificación del despido para poder liberarse de su pago.

Indican, entre otros argumentos, que la genérica previsión del art. 180 cuando alude a “personal” sin distinguir entre mujeres y varones, habilita la interpretación amplia y coherente con la manda constitucional y la restante legislación vigente, nacional e internacional ⁽¹⁷⁾.

Cierta parte de la doctrina que se alinea en esta segunda posición, funda su interpretación en que el art. 172 del Código de Vélez Sarsfield, con las modificaciones introducidas por la ley 26.618 disponía, en el segundo párrafo, que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y, por otro lado, en las prescripciones del art. 42 de la citada ley modificatoria, conocida como ley de matrimonio igualitario, cuyo texto reza:

Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por dos (2) personas de distinto sexo... Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distintos sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones... Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir y suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo.

Puede advertirse entonces que la jurisprudencia, hasta aquí, se inclinaba por considerar que la indemnización especial del art. 182 de la L.C.T. es extensiva al trabajador varón, pero no había coincidencia con relación a si se aplicaba la presunción de que obedece a causa de matrimonio el despido producido dentro de los términos legales o si, por el

(17) MARTINEZ VIVOT, Julio, “Destinatario de la protección legal en los casos de despido por causa de matrimonio,” TySS 1987, p. 598.

contrario, es el trabajador varón despedido el que debía probar que su despido obedeció a su matrimonio.

Y ello así pues el debate se limitó a la cuestión primigenia sometida a consideración de los jueces (esto es, si resultaba de aplicación al trabajador varón la indemnización agravada del art. 182 de la L.C.T.) sin ingresar en el análisis de la presunción del art. 181 del citado cuerpo normativo.

Esto quedó evidenciado en el dictamen del Procurador General del Trabajo, al puntualizar que:

...la pregunta ha quedado propuesta... para establecer si procede la indemnización establecida por el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, con lo que de alguna manera queda fuera de debate un tópico tan interesante y decisivo como el concerniente a la vigencia en el supuesto de ruptura del vínculo laboral de la presunción contenida en el art. 181 del citado cuerpo legal, aspecto sobre el que se ha insinuado también discrepancias entre los jueces integrantes de esta Cámara... sería frustratorio que se arribara a una doctrina legal incompleta que pudiera dar lugar a una nueva convocatoria para integrar la que aquí se alcanzare con enorme esfuerzo y tiempo como el que insume este procedimiento de unificación de jurisprudencia, por lo que si la respuesta mayoritaria fuera afirmativa, cabría de alguna forma que se emitiera opinión acerca de la proyección integral al trabajador masculino de todo el Capítulo III del Título VII del régimen de contrato de trabajo, remarcando lo que atañe al art. 180 de dicho cuerpo legal, para disipar cualquier duda acerca de su aplicación al dependiente varón.

V. RECONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO ESENCIAL DEL TRABAJADOR VARÓN

Al amparo de la doctrina del citado Plenario “Drewes”, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se pronunció en la causa “Puig, Fernando Rodolfo c. Minería Santa Cruz S.A. s. Despido”, desestimando la pretensión del actor.

En el mencionado precedente, el actor comunicó a su empleadora —Minería Santa Cruz S.A.— que contraería matrimonio. Tiempo después la empresa dispuso la desvinculación del trabajador sin expresión de causa. Frente a ello, el dependiente accionó contra dicha sociedad y alegró que el despido obedecía a la celebración de las nupcias, por lo que solicitó la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En primera instancia se rechazó la acción por cuanto se consideró que, aunque surgía acreditado que la empleadora había tomado conocimiento del matrimonio oportunamente celebrado, el trabajador no había logrado acreditar que el distracto se hubiera producido por dicha causa. Mismo resultado arribó en la instancia superior. Para el cimero Tribunal, la ausencia de indicios serios e idóneos que permitan presumir, “prima facie” la existencia de un acto discriminatorio con causa en el matrimonio impide el reconocimiento a la indemnización agravada en el art. 182 de la L.C.T., situándose en la posición denominada “restrictiva” en orden a la interpretación de la presunción del art. 181 de la L.C.T.

En efecto, en el pronunciamiento declarativo de derecho se aclaró que, si bien es cierto que la doctrina plenaria citada extiende la protección al dependiente varón frente al despido por causa de matrimonio, no es menos verdad que, en estos casos, es necesario que se acredite que tal circunstancia fue la que causó el despido. Ello es así ya que —a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora mujer— no opera la presunción “iuris tantum” que establece el art. 181 de la L.C.T.

El Tribunal ponderó especialmente que en el caso no existía una distinción arbitraria por “razón del sexo” y que es un dato innegable de estos tiempos que muchas veces la trabajadora mujer —a diferencia de lo que ocurre con el trabajador varón— es segregada de ciertos ámbitos laborales por razón del género, lo que justifica el diferente alcance que corresponde darle a la presunción del citado artículo. Subrayó, además, que tal solución no resultaba contraria a los derechos constitucionales invocados, sino que estaba respaldada por las disposiciones de la Carta Magna y los tratados internacionales que consagran una protección especial de la mujer y, por ende, no había una distinción arbitraria por razón del sexo.

Además de no aplicar la presunción del art. 181 de la L.C.T., tampoco consideró que resultaba de operatividad la doctrina “Pellicori”, ya que la parte actora no habría aportado indicios suficientes. Para así decidirlo, indicó que no surgía de las declaraciones testimoniales que la empresa llevase adelante “una práctica discriminatoria respecto de aquellos empleados o empleadas que contraen matrimonio”, en base al art. 1° de la ley 23.592 ⁽¹⁸⁾.

(18) En todo proceso contencioso la carga de la prueba representa un desafío. No tanto para las partes que deberán aportarla, sino para el juez que, en caso de ausencia o insuficiencia de prueba, deberá determinar a quién atribuir las consecuencias negativas de tal circunstancia. Tiene establecido la Corte Suprema de la Nación que las reglas atinentes a la carga de la prueba están dirigidas al juez, quien deberá tenerlas en

cuenta al sentenciar en los supuestos de insuficiencia o dificultad probatoria, y a los litigantes, que deben conocer su distribución antes de que se haya constituido el proceso y en función de la índole del asunto a someter a la decisión del órgano jurisdiccional. Precisamente por ello se ha dicho que recurrir al *onus probandi* en el proceso judicial debería ser de carácter residual, pues el juez llega a él únicamente cuando las probanzas rendidas, apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica o mediante el sistema de libre convicción, no son lo suficientemente certeras para fallar en uno u otro sentido. Si existen en el expediente elementos probatorios idóneos para tener por acreditados los hechos controvertidos, el juez deberá resolver la cuestión con abstracción de cuál era la parte a quien incumbía su acreditación; por el contrario, ante la imposibilidad o dificultad de tener por probados los hechos controvertidos, deberá determinarse quién tenía la carga de probarlos. Los diversos ordenamientos procesales de nuestro país distribuyen la carga de la prueba bajo la premisa: "quien afirme la existencia de un hecho controvertido, deberá probarlo". Esta regla adjetiva general evidencia una carga *estática o rígida* de la prueba (cada una de las partes debe acreditar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción), en contraposición a la *dinámica* que implica que la actividad probatoria no esté atada a cánones rigurosos o inflexibles sino que, en ciertos casos, resulta menester adaptar esas reglas a la concreta contienda y, de ese modo, producir un desplazamiento de la carga hacia una u otra parte, con la finalidad de arribar a una solución justa del litigio. Las consideraciones expuestas vinculadas al aligeramiento probatorio cobran especial relevancia cuando se trata de acreditar un acto discriminatorio, toda vez que la carga probatoria puede suponer, dado el caso particular, un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo. A partir de su derogación por la ley 25.877 y, por consiguiente, frente a la ausencia de una norma que establezca el *onus probandi*, la extinción del contrato de trabajo por la causal apuntada se insertó en un debate de la moderna doctrina procesal que advirtió que las bases tradicionales de las reglas de las cargas probatorias resultaban insuficientes y hasta inflexibles para arribar, en ciertos casos, al resultado deseado. La doctrina y la jurisprudencia pusieron de manifiesto las distintas posturas vinculadas a dicha problemática. Para quienes consideran que en materia de discriminación debería flexibilizarse el principio general del orden probatorio que imponen las legislaciones procesales locales, el *onus probandi* se articularía de la siguiente manera: (i) el trabajador tiene la carga de aportar un *indicio razonable* de que el acto patronal afecta un derecho esencial; (ii) tal obligación no se cumple solamente con la invocación de que esa lesión existe, sino que debe probarse la existencia de algún elemento que, sin llegar a formar plena convicción del magistrado acerca de actos u omisiones que lesionen el derecho fundamental, le permitan inducir o inferir una creencia racional y objetiva sobre su posibilidad; (iii) para lograr formar en el juzgador dicho grado de *verosimilitud* o fuerte probabilidad, será necesario que el dependiente acompañe en el proceso pruebas que generen un umbral mínimo de indicios. Este principio de prueba o prueba verosímil estará dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse; (iv) a tal fin, serán admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba. Incluso podrán aportarse datos que, si bien no revelarían una sospecha patente y directa de vulneración del derecho fundamental, pueden inducir al juzgador a presumir la alegada violación; (v) una vez configurado el cuadro indiciario, se producirá el desplazamiento del *onus probandi*. En efecto, sólo una vez cumplido este inexcusable deber, recaerá

sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales, extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Es decir, será el empleador quien deberá revertir el escenario procesal, acreditando la inexistencia de los hechos alegados o, en todo caso, las causas que expliquen objetiva y razonablemente su decisión. Al decir de Álvarez, “alguna circunstancia periférica persuasiva de su inocencia”. Por el contrario, otros exigen la presencia asertiva de elementos precisos de cabal fuerza de convicción para desactivar el acto discriminatorio lo que, a las claras, implica descartar la posibilidad de una distribución dinámica de la carga probatoria en estos supuestos. Por nuestra parte creemos que, aun cuando no se admita la simple y llana inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación (desplazamiento total del *onus probandi* hacia el empleador) y, desde ya, sin afirmar que al trabajador solo le bastaría la mera invocación del acto tachado de discriminatorio para lograr el efecto deseado en materia de carga de la prueba, a los jueces le corresponde atemperar el rigorismo probatorio a fin de no disipar intereses legítimos, debiendo acudir a criterios de normalidad para liberar de arduas demostraciones al litigante que hubo de producir prueba *atenuada* —indiciaria— del acto discriminatorio. En tal sentido, el trabajador deberá aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, sin que baste para ello la mera alegación del hecho. De esta manera, quien invoque haber sido víctima de un acto de discriminación (en cualquiera de sus formas o facetas), no debe acreditar solamente posibles arbitrariedades empresariales en el ejercicio del poder directivo o, dicho de otro modo, no podrá fundar su posición en alegaciones meramente retóricas o dogmáticas o faltando la acreditación de elementos cardinales para lograr la inferencia de la conducta reprochada. Por el contrario, deberá dirigir su derrotero probatorio hacia la demostración del *corpus*, es decir, la materialidad del acto o los comportamientos o hechos que integraron el proceso de discriminación y que dan lugar a la pretensión. Logrado ello (en forma directa o a través de un cuadro indiciario serio), el empleador asumirá la carga de probar la existencia de causas reales, serias y objetivas para calificar de razonable su decisión y, así, destruir la sospecha de lesión constitucional generada. En el precedente “Pellicori” la C.S.J.N ha establecido que “[r]esultará 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, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica... La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado”. De igual modo, en “Sisnero” sostuvo: “Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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 (Considerando 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, co-

Contra dicho pronunciamiento, el trabajador dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja que, posteriormente, mereció el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentando las bases del ya conocido caso “Puig”⁽¹⁹⁾.

a) *Admisibilidad formal.*

El fallo comienza asumiendo la instancia en tanto que, si bien refiere a la interpretación de una norma de derecho común —materia ajena a las previsiones del art. 14 de la ley 48— correspondía hacer excepción a esa regla, en la medida en que la Cámara otorgó al art. 181 de la L.C.T. un alcance irrazonable que colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en materia de no discriminación y protección integral de la familia que hemos reseñado en el primer acápite del presente trabajo.

b) *Cuestionamiento a la contextualización normativa en la L.C.T.*

La Corte analiza la ubicación de la norma dentro de La Ley de Contrato de Trabajo y observa que las normas prescriptas (arts. 181, 182 y 183) integran el Título “Derecho de la Mujeres”.

La primera mención que hace es que esta manera de denominar el Título VII de la ley es inadecuada, sin perjuicio de lo cual, subsumiéndose a la lectura dogmática de la letra de las normas, en ninguno de los tres artículos citados se refiere expresamente a la “mujer trabajadora” como exclusiva destinataria de la protección especial que consagran. Destaca que ello sí sucede en los capítulos en los que están adunados esos derechos.

De esta manera, la Corte hecha por tierra el argumento del contexto normativo utilizado por la posición restrictiva para justificar su postura, propiciando recurrir a la literalidad de la norma como primera pauta de interpretación legal. Esto es, a la manera en que fue redactada por el legislador, acudiendo a reglas del lenguaje, gramaticales y semánticas, para encontrar el sentido a lo que se dispone: analizar sencillamente las expresiones utilizadas.

Concluye esta contextualización normativa efectuando una interpretación sistémica, al destacar que el régimen de contrato de trabajo

responderá al demandado la prueba de su inexistencia. Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “Mc Donnell Douglas Corp. Vs. Green” (fallo del año 1973).”

(19) CSJN, sent. 24.09.2020.

prohíbe cualquier tipo de discriminación o trato desigual por motivo de sexo (arts. 17 y 81).

c) *Contexto histórico-cronológico y sociocultural. Interpretación normativa.*

Recaba en los antecedentes de la sanción de las normas examinadas, comenzando con la ley 12.383, continuando con la ley 20.744 y las modificaciones introducidas por la ley 21.297, con sus respectivas exposiciones de motivos y debates parlamentarios.

Destaca que, en su redacción original, la L.C.T. sancionada en el año 1974 reglaba la tutela especial por matrimonio en términos prácticamente iguales a como lo hace el texto vigente. Solo una disposición complementaria, el art. 299, determinaba que ese régimen podría extenderse excepcionalmente al caso del trabajador varón, como ya hemos mencionado en el punto anterior.

En lo que resulta destacable, el Máximo Tribunal considera que el fallo apelado se revela como producto de una desinteligencia regresiva que contrasta con la orientación postulada en sus precedentes al señalar que "...las normas no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción".

d) *Principios y directivas constitucionales e internacionales.*

La Corte recurre a principios y directivas constitucionales e internacionales que privilegian la protección del matrimonio y la vida familiar. Entre ellos, el ya citado Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 14 *bis* de la CN y el art. 16.

e) *Familia ampliada. Nuevos roles.*

En este andarivel, introduce la perspectiva de género como un soporte diferenciado en el andamiaje jurídico de la decisión, examinando la significación de las normas a la luz del nuevo paradigma familiar en el cual ambos cónyuges asumen responsabilidades familiares y domésticas.

Resalta que los compromisos internacionales asumidos imponen a los Estados parte la obligación de adoptar medidas que permitan erradi-

car el perimido patrón sociocultural que pone exclusivamente en cabeza de las mujeres las tareas de cuidado del hogar.

En dicha inteligencia, la corte añadió que:

No puede perderse de vista que el régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivadas de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos que se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos. Los arts. 180 a 182 de la L.C.T. conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar este tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

Si en el nuevo paradigma sociocultural los cónyuges ya asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades familiares, no puede interpretarse que los estímulos del empleador para despedir a quienes contraen matrimonio se suscitan solamente en el caso de las mujeres trabajadoras, y que solamente ellas deben estar íntegramente abarcadas por el sistema protector especial de los arts. 180, 181 y 182 de la L.C.T.

El fallo de la instancia ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural se encuentra en pleno proceso de cambio. En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años, orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.

Especial atención merecen las palabras vertidas por el Ministro Rosatti según el cual, a la luz de la evolución y el desarrollo progresivo y dinámico de los conceptos, principios y pautas constitucionales que definen y gobiernan la garantía de protección integral de la familia, limitar a la trabajadora mujer la presunción de despido por causa de matrimonio supondría desconocer la igualdad de condiciones de los integrantes del núcleo familiar en el ejercicio de las responsabilidades y deberes que se derivan de ese especial vínculo social en sus aspectos filiales, domésticos, económicos e interfamiliares y que, por ende, la decisión de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no en-

cuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de estereotipos vigentes en otros tiempos, enmarcados en un contexto sociocultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional.

Adujo, en cambio, que una visión actual conlleva a afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos.

En síntesis, el Máximo Tribunal concluyó que, a la luz de los principios plasmados en la normativa nacional e internacional ya citadas, como así también las realidades socioculturales que rigen en el nuevo paradigma familiar, la única inteligencia posible que cabe asignar la presunción del art. 181 de la L.C.T. es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio.

Y es que, como precisa Lobato —citando a Clérico y Aldao—, la igualdad implica siempre una comparación entre personas o grupos de personas, que se puede expresar de dos formas: (i) Una persona que es tratada en forma diferente a otra, quiere ser tratada igual; (ii) Una persona que es tratada igual a otra, quiere ser tratada de forma diferente. El caso “Puig” se desarrolla en el primer sentido. Para construir el sistema tuitivo del matrimonio (y también la maternidad), la L.C.T. construye un trípode: (i) la presunción del carácter discriminatorio del acto; (ii) la distribución dinámica de las cargas de prueba; (iii) el establecimiento de una indemnización agravada. De tal modo, la ausencia de alguno de estos vectores hace que el dispositivo protectorio pierda eficacia, debido a las especificidades propias de las causas que versan sobre actos discriminatorios. Es que una prohibición de discriminación sin presunción pierde virtualidad porque, precisamente, el *quid* de la cuestión en los casos de discriminación es la dificultad probatoria ⁽²⁰⁾.

VI. CONCLUSIÓN

El principio de igualdad formal contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional se satisface cuando proporcionamos un trato igualitario

(20) LOBATO, Julieta, “Despido. Discriminación basada en el género. CSJN, “Puig, Fernando Rodolfo c. Minería Santa Cruz S.A. s. Despido”, 24 de septiembre de 2020”.

a todas las personas que se encuentran en iguales condiciones; es decir, dentro de una categoría previamente determinada por ley.

Cuando se cuestiona la legitimidad de esas categorías, o la inclusión de ellas en determinados grupos sociales, surge el concepto jurídico material de la igualdad como prohibición de discriminar, postulando la igualdad de trato a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias relevantes, e imponiendo un trato desigual para compensar esas diferentes circunstancias.

En el ámbito del derecho del trabajo, este se asienta en el desequilibrio de las partes de la relación, en tanto en los diversos cuerpos normativos que lo nutren se trata de compensar esta disparidad con leyes protectorias de uno de los términos de esta ecuación. A este desbalance natural de todo vínculo laboral se suman algunos otros factores que desnivelan aún más las posiciones. Uno de ellos, el que resulta puesto en evidencia en el tema que analizamos, es el que resulta del género. Esto es, de las dificultades y diferencias relativas a las oportunidades de desarrollo laboral que enfrentan los trabajadores por pertenecer a uno y otro grupo ⁽²¹⁾.

Este ideal de simetría entre trabajadores hombres y mujeres resulta superado por dinámicas sociales derivadas de patrones culturales arraigados profundamente. Resulta por ello necesario desarrollar acciones positivas para revertir las consecuencias de estos comportamientos. Se trata, en fin, de otorgar amparo a la familia como núcleo que goza de protección integral en la normativa nacional y supranacional, abriéndose paso una importante herramienta a la hora de analizar los hechos y el derecho llevados a los estrados judiciales, cual es la perspectiva de género.

En ese sentido se inscribe la doctrina sentada por la Corte Federal en el caso “Puig”, la cual, siguiendo a Masa, viene a sumarse a la saga de decisiones que el Máximo Tribunal del país ha dictado en materia de comportamientos discriminatorios en el empleo, redondeando una visión amplia, dinámica y moderna que perfecciona los primeros y tempranos pasos que las leyes laborales ya habían dado en esta materia, en la que el Derecho del Trabajo ha sido un precoz factor de lucha contra la discriminación en el empleo ⁽²²⁾.

(21) BARBATI DECHIARA, Silvina G., “La presunción en el despido por causa de matrimonio”, *Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, marzo 2021.

(22) MAZA, Miguel Ángel, “Despido del trabajador de género masculino por causa de matrimonio”, RC D 3148/2020.