



Capítulo 2

NORMATIVA APLICABLE

Introducción

Fuentes del derecho laboral

Las fuentes son las formas de producción por medio de las cuales se crean las normas jurídicas. Se dividen en materiales y formales.

Se consideran fuentes materiales a aquellos factores o elementos que contribuyeron a fijar el contenido de la norma jurídica. Como ejemplos más notorios en nuestra materia tenemos la Revolución francesa, la Revolución industrial con el maquinismo, la Revolución mexicana –que va a dar lugar a la Constitución de México de 1917–, los pronunciamientos papales a través de las encíclicas, etcétera.

Las fuentes formales, en cambio, son aquellos canales normativos a través de los cuales se establecen las reglas destinadas a regular la convivencia social.

Dentro de ellas tenemos las siguientes, en un esquema piramidal (aunque en derecho del trabajo el esquema kelseniano puede ser alterado conforme a los principios del derecho del trabajo que se verán más adelante –en especial el protectorio, a través de la regla de la norma más favorable o de la condición más beneficiosa–):

- La Constitución Nacional
- Las constituciones provinciales

- Los tratados internacionales: en este sentido es importante señalar que luego de la reforma constitucional de 1994, y en virtud del primer párrafo del inc. 22 del art. 75, se señala que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Luego, se hace una enumeración de los que quedan incorporados en las condiciones de su vigencia y con jerarquía constitucional, por lo que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional. Posteriormente, dice la norma constitucional, esos tratados enumerados podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, pero con la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara, es decir que se requiere para su derogación interna (que es la consecuencia de la denuncia) una mayoría agravada.

En la segunda parte, el inc. 22 establece la tesis dualista, es decir, que se requiere la aprobación del Congreso para su incorporación al ordenamiento positivo vigente y, además, el voto de las dos terceras partes de la totalidad de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional. O sea que se presentan dos situaciones:

- Una vez aprobado por el Congreso, el tratado se transforma en ley y tendrá vigencia y aplicación directa en el derecho positivo, en todos aquellos aspectos que no sean programáticos o que requieran de normas internas para poder ser puestos en funcionamiento.
- Si su aprobación se logra, además, con el voto de las dos terceras partes de los miembros de la totalidad de cada cámara, adquiere jerarquía constitucional y, por ende, gozará de ese trato, lo que implica que solo podrá ser denunciado con la mayoría agravada reseñada supra.

A su vez, el inc. 24 habla de la aprobación de tratados de integración. Así, expresa:

Corresponde al Congreso (...) 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. (CN, art. 75, inc. 24)

En este caso se requiere, si el tratado ha sido celebrado con un Estado latinoamericano, la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. Si, en cambio, fueran tratados celebrados con otros Estados, se requerirá la mayoría absoluta de los miembros presentes para declarar la conveniencia de la aprobación del tratado, el que solo podrá ser aprobado con el voto afirmativo de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cuerpo (Senado y Cámara de Diputados), después de que hayan transcurrido ciento veinte días del acto declarativo.

Al igual que en los tratados que versen sobre derechos humanos, los tratados de integración también requieren, para su denuncia por parte del Poder Ejecutivo nacional, que previamente sea convalidado dicho acto por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.

- Leyes nacionales
- Leyes provinciales

- Decretos y resoluciones administrativas
- Los convenios colectivos de trabajo. Estos convenios constituyen una fuente propia del derecho del trabajo, con particularidades respecto a su alcance y vigencia (efecto erga omnes y carácter ultraactivo de la norma convencional).
- Laudos con fuerza de convenio colectivo de trabajo. Se refiere a situaciones de utilización de los mecanismos de solución pacífica de controversias, donde las partes han negociado y no han llegado a un acuerdo y, entonces, por vía voluntaria, dicta el laudo el árbitro designado, el que tiene fuerza de ley para las partes que integran la relación laboral y que están comprendidas en el ámbito de la actividad objeto de la sentencia arbitral.
- Reglamentos internos y acuerdos de empresa. Son de aplicación en todo aquello que no sea norma- do de manera contradictoria por la Ley General de Contrato de Trabajo, o bien que el reglamento contenga disposiciones más beneficiosas. Por la reforma de la Ley 25.877, los acuerdos de empresa (con fuerza de convenio colectivo de trabajo) para su validez formal no requieren la homologación de la autoridad de aplicación, es decir, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, ante donde deberán concurrir exclusivamente a los fines de su registro, publicación y depósito, aunque nada obste a que ambas partes, de común acuerdo, petitionen su homologación, pero ello no afecta su validez entre las partes (art. 11, Ley 25.877, sustituyendo el art. 4° de la Ley 14.250).
- Los usos y costumbres. Es lo que generalmente en materia laboral contempla el derecho adquirido de las partes. En ese sentido, se caracterizó como accidente de trabajo el ocurrido a un trabajador que falleció concurriendo a almorzar a su domicilio particular, cercano al establecimiento fabril que carecía de comedor en planta y que permitía (aunque sin autorización formal) el retiro para almuerzo. También las gratificaciones que otorgan de manera voluntaria las empresas o estableci- mientos –que, al prolongarse de manera habitual en el tiempo, pasan a ser considerados derechos adquiridos–, en caso de ser suprimidos intempestivamente, pueden ser reclamados judicialmente. El uso, como criterio de interpretación para que tenga fuerza de fuente de derechos y obligaciones para las partes contratantes, debe tener carácter general.
- La voluntad de las partes. También podemos considerar esta voluntad dentro de los usos y cos- tumbres. Por ejemplo, si el trabajador pacta con su empleador una remuneración superior a la con- vencional, ello ya se transforma en un derecho adquirido. Este acuerdo de voluntades debe estar debidamente documentado. En estos casos, no rige el principio procesal de la inversión de la carga de la prueba y el que debe probar esta mayor remuneración pactada es el trabajador.
- La jurisprudencia. Constituirá fuente de derecho en tanto y en cuanto se constituya en una inter- pretación continua y homogénea de la ley vigente. No debe confundirse jurisprudencia con fallos judiciales, que solamente expresan la opinión jurídica de un determinado tribunal, pero no confor- man el carácter de fuente formal.
- La doctrina. Es la opinión de los tratadistas reconocidos sobre las distintas normas que, en la medi- da que vayan conformando una opinión generalizada y uniforme, pasan a constituir fuente formal.

Autonomía

El derecho del trabajo posee leyes propias que van a regular las relaciones jurídicas entre trabajadores y empleadores, lo que implica que no depende de otro derecho para regular su funcionamiento. Ello es así más allá de que exista una gran cantidad de normas o materias que están interrelacionadas con el Derecho del Trabajo.

Relaciones interdisciplinarias con las otras ramas del derecho

La conexidad primera es con el derecho de la seguridad social, ya que, si bien se ha especificado la autonomía de ambas disciplinas, el art. 14 bis refiere a consecuencias emanadas de la relación laboral que expresamente son alcanzadas por la seguridad social, como son aquellas contingencias que determinan la suspensión de la relación laboral por causas médicas, con las prestaciones del seguro por desempleo, con las asignaciones familiares y con todas aquellas contempladas en los subsistemas de dicha disciplina.

- Con el derecho administrativo, por cuanto esta disciplina es la que regula lo referente al derecho del trabajo en el empleo público.
- Con el derecho internacional público, por lo que hemos referido de los convenios, resoluciones y tratados internacionales, lo que es reforzado más aún por la jerarquía constitucional que se les ha dado a los tratados internacionales.
- Con el derecho civil, ya que, antiguamente, las relaciones laborales –como contratos individuales entre dos personas con capacidad jurídica plena– se regían por el Código Civil, encuadradas como locación de servicios.
- Con el derecho comercial, porque lo referente a la jornada, jornales e indemnizaciones estaba contemplado en el Código de Comercio y porque, en la actualidad, existen muchas zonas grises vinculadas a relaciones con similitud entre ambos ordenamientos (el laboral o el comercial), como serían los casos de las vinculaciones derivadas de los contratos de fletes, franquicias, concesiones, viajantes y agentes de comercio, etcétera.
- Con el derecho procesal, porque, aun teniendo sus normas propias en materia procesal, guarda relación con los principios y caracteres generales de este derecho.

Fuentes del derecho de la seguridad social

No existe una enumeración de las fuentes que alimentan este derecho, en razón de que este se encuentra muy cuestionado, tanto en lo que hace a la autonomía como a la existencia misma del derecho como tal.

Entre las fuentes formales se pueden ubicar:

- La Constitución Nacional y las constituciones provinciales.
- Los convenios internacionales en materia de seguridad social, que establecen reciprocidad para afiliados de distintos países, contemplando los aportes realizados en los países suscriptores de dicho convenio.
En este sentido, es sumamente importante destacar el Convenio Multilateral de la Seguridad Social, sancionado en el ámbito del Mercosur, que fuera transformado en legislación positiva argentina mediante la Ley 25.655.
- Las leyes y decretos específicos de la seguridad social.
- Las resoluciones de los entes gestores.
- Los convenios provinciales de corresponsabilidad gremial.
- Los convenios colectivos de trabajo.
- La jurisprudencia (en tanto y en cuanto sea unificada y constante).
- La doctrina.

Constitución Nacional

Específicamente, donde se consagra este derecho es en el art. 14 bis, tercer párrafo, que dice:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. (CN, art. 14 bis)

Debe señalarse que se mencionan en un mismo nivel procedimientos (seguro social obligatorio) y prestaciones (jubilaciones, pensiones y compensaciones) con bienes protegibles (familia, programas específicos).

Referido a la positivización de tales principios constitucionales, fundamentalmente con relación al seguro social obligatorio, en la República Argentina existe una ley que estableció dicho seguro, que es la Ley 13.003 para los empleados estatales, y que fue complementada con el Decreto 1567/74 (seguro colectivo de vida obligatorio) que extendió tales beneficios a los trabajadores dependientes en la actividad privada, y también la Resolución 11.945/74 de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Respecto a jubilaciones y pensiones, la cuestión se encuentra normatizada a través de la Ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que contempla tanto a los trabajadores dependientes como al régimen de trabajadores autónomos y que actualmente se rige por el Sistema Integrado Pre-

visional Argentino (SIPA). Debe señalarse que, en relación con el tema de la movilidad que establece la Constitución Nacional, esta se considera resguardada, de acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la movilidad que se establece ahora con la variación trimestral dispuesta por la Ley 27.426 cuando, en su art. 1º, modificó el índice de movilidad jubilatoria.

Con respecto a la protección integral de la familia, normalmente se encuentra englobado en este concepto el sistema de asignaciones familiares. Hoy existen dos leyes que han remplazado a la 18.037: a) la Ley 24.714, que estableció el Régimen General de Asignaciones Familiares; y b) la Ley 24.716, que establece una licencia especial para madres que han tenido hijos que padecen síndrome de Down, todo lo cual será analizado al tratar específicamente estos temas.

En cuanto a la defensa del bien de familia, está regulada por la Ley Nacional 14.394; en la provincia, el art. 58 de la Constitución Provincial establece la inembargabilidad de la vivienda única, reglamentada a su vez por la Ley Provincial 8067, que tuvo diversos vaivenes en cuanto a su constitucionalidad, que fuera originariamente convalidada constitucionalmente por el Tribunal Superior de Justicia (por mayoría de cuatro a tres)¹⁸ y declarada inconstitucional por fallo de la Corte Suprema, en sentencia del 19 de marzo de 2002, con duras críticas hacia el máximo tribunal provincial.

Con respecto a la compensación económica familiar, es lo que antiguamente estaba establecido en la ley de asignaciones familiares bajo la denominación de “cargas de familia o familia numerosa” y que hoy ha dejado de estar contemplado en la Ley 24.714, con lo que ha vuelto a ser una norma programática y no operativa.

En relación al acceso a una vivienda digna, anteriormente existía el FONAVI (Fondo Nacional para la Vivienda), que se conformaba con una contribución del 5% de la masa salarial que hacían los empleadores, pero este fondo también ha quedado como norma programática y depende de las políticas generales en materia de construcción de viviendas que realice el Estado nacional, provincial o municipal.

Dentro de la seguridad social también se debe incluir la protección contra el desempleo o subsidio por desempleo, contemplado en la Ley 24.013 (Ley de Empleo), a partir del art. 111 en adelante, donde se aclara que el ámbito territorial es toda la nación; pero el ámbito personal está acotado, por el art. 112, básicamente a quienes estén comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo, ya que se excluye al trabajador agrario (que tiene su propio régimen establecido por la Ley 25.19130), al personal que preste tareas en casas particulares y a las personas que dejen de prestar servicios en la administración pública por acogerse al retiro voluntario, y se han agregado, por ley 25.371 (sancionada el 29 de noviembre de 2000 y que tiene vigencia desde el 10 de enero de 2001), las prestaciones por desempleo dentro del régimen de la industria de la construcción, sobre la base de prestaciones dinerarias, médico-asistenciales y asignaciones familiares.

SUSS (Sistema Único de Seguridad Social)

Este sistema fue creado con el Decreto 2284/91, que disolvió las cajas de subsidios familiares que existían en el país, y las integró al SUSS.

El organismo encargado de todas las normas en materia de aplicación, recaudación, fiscalización y distribución es la Administración Federal de Ingresos Públicos, continuadora de la Dirección General Impositiva, a la que se le había asignado tal carácter en virtud del Decreto 507/93, posteriormente ratificado por el art. 22 de la Ley 24.447.

CUSS (Contribución Unificada de la Seguridad Social)

Son los aportes y contribuciones que debe ingresar el empleador al organismo recaudador estatal, en un caso como contribución propia y en el otro como agente de retención. Está establecido en el art. 87 del Decreto 2284/91 (llamado “de desregulación económica”). Comprende los siguientes aportes y contribuciones: a) de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones; b) los aportes y contribuciones 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 de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores con destino a la Administración Nacional del Seguro de Salud; d) los aportes y contribuciones de los trabajadores y empleadores con destino al Fondo Nacional de Empleo. En la actualidad, únicamente contribuye el empleador y quien resulte responsable del pago de las prestaciones dinerarias derivadas de la Ley 24.557; e) los aportes y contribuciones del trabajador en relación de dependencia y del empleador con destino a las obras sociales; f) la contribución del empleador con destino a las Cajas de Asignaciones Familiares (actualmente ANSES); g) también se ha agregado posteriormente el monto que corresponda abonar en concepto de prima, conforme al contrato de afiliación, de acuerdo a la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557); h) contribución a cargo del empleador correspondiente al importe de la prima del Seguro de vida Obligatorio (SVO).

Sistema Nacional de Salud

Depende del Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud, y es administrado por la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSAL). Destaquemos únicamente que dicho sistema es regido por las Leyes 23.660 y 23.661, con lo que el ente prestatario está obligado a la cobertura de las prestaciones obligatorias establecidas por la Ley 24.455, reglamentada por el Decreto 580/95, conforme al Programa Médico Obligatorio (PMO) aprobado por la resolución general del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96. También está vigente en la actualidad la posibilidad de que el trabajador opte entre diversas obras sociales de extracción sindical. A su vez, debe tenerse presente que no resulta posible la opción cuando el trabajador está afiliado a las obras sociales estatales, que aún hoy tienen a sus trabajadores como personal cautivo, a pesar de la ineficiencia, muchas veces, del sistema.

ANSAL (Administración Nacional de Salud)

Es el organismo encargado de controlar todo lo que se vincula con la administración de las obras sociales. Remplazó al Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS).

Autonomía

La seguridad social es una disciplina autónoma desde el punto de vista:

- Científico
- Legislativo
- Jurisdiccional
En este sentido debe destacarse la Ley 23.473 de 1986, que creó la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, como organismo jurisdiccional específico para tramitar las causas en dicha materia.
- Doctrinario
- Jurisprudencial
- Docente

Distinción con derecho del trabajo

Figura 2.1 Distinción entre derecho de trabajo y de la seguridad social

	DERECHO DEL TRABAJO	DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Sujetos	Trabajador en relación de dependencia.	El hombre: trabajador dependiente, autónomo o desempleado.
Presupuesto sociológico	Trabajo en relación de dependencia	Contingencias sociales que pueden ocurrir a toda la población.
Finalidad	La protección del trabajador en relación de dependencia.	La seguridad bioeconomía de toda la población.

Fuente: Grisolia, J. A. (2009), Manual de Derecho Laboral.

Contingencias sociales. Clasificación

Cuando nos referimos a contingencias, hacemos referencia a circunstancias de la vida biológicas, patológicas y sociales que disminuyen de forma parcial o total el ingreso del hombre –no necesariamente trabajador en relación de dependencia–. Es decir, las contingencias que son alcanzadas por la seguridad social no son necesariamente sociales.

Las prestaciones otorgadas por la seguridad social para amparar cada una de las contingencias cubiertas serán abordadas en el capítulo 8. Sin perjuicio de ello, para ir teniéndolas presentes, podemos decir que son las siguientes:

Figura 2.2: contingencias sociales

CONTINGENCIAS BIOLÓGICAS	PRESTACIONES	NORMATIVA APLICABLE
Maternidad	Asistencia médica, internación para el alumbramiento y atención del recién nacido.	Licencia pre y posparto con carácter de Asignación Familiar.
Edad	Régimen jubilatorio, prestaciones y beneficios para el cuidado de la salud.	A través de la Jubilación Ordinaria y de la Jubilación por Edad Avanzada (Ley 24.241).
Muerte	Pensión y asistencia médica para los derechohabientes (herederos).	
CONTINGENCIAS PATOLÓGICAS	Prestaciones	Normativa aplicable
Enfermedades y accidentes inculpables	Salarios a cargo del empleador y obras sociales para la recuperación.	A través de las obras sociales y el Seguro Nacional de Salud (Ley 23.660 y 23.661).
Accidentes de trabajo y riesgos laborales	Cobertura completa, ingreso mensual asegurado y asistencia médica.	A través de las aseguradoras de riesgos del trabajo y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.
Invalidez	Jubilación por invalidez y asistencia médica.	Retiro por invalidez (Ley 24.241).
CONTINGENCIAS SOCIALES	Prestaciones	Normativa aplicable
Cargas de familia	Asignaciones familiares, asistencia médica mediante las obras sociales.	A través de la Ley de Asignaciones Familiares (Ley 24.716).
Desempleo	Salarios asegurados, asistencia médica y reconversión.	A través del subsidio por desempleo (arts. 112 a 124 de la Ley 24.013).

Fuente: Grisolia, J. A. (2009), Manual de Derecho Laboral.

Orden de aplicación

Orden jerárquico y de prelación

Para referirnos a este apartado, vamos a mencionar, en función de las fuentes del derecho explicadas en el apartado anterior, que, a la hora de aplicar las normas laborales, estas tienen un orden de importancia, lo que significa que las normas de rango inferior no pueden contradecir a las de rango superior (ver pirámide esquemática al final del siguiente párrafo).

Sobre la base de ese lineamiento, nos referimos al orden jerárquico de aquellas, el cual es enunciado en el art. 1° de la LCT y en el art 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Así, la jerarquía máxima la tiene la Constitución Nacional y los tratados internacionales relativos a los derechos humanos; en segundo lugar, se ubican los demás tratados internacionales; luego, las leyes y, finalmente, los convenios colectivos y laudos arbitrales con fuerza de convenios colectivos y los usos y costumbres.

A continuación, plasmamos un esquema resumido del orden jerárquico:

Figura 2.3 Jerarquía normativa

A su vez, dentro del mismo nivel de leyes, según este criterio, la norma que se publica primero en el Boletín Oficial es la de aplicación primera.

En el otro extremo tenemos el orden de prelación, que es un principio que altera el orden jerárquico de la norma, es decir, de acuerdo a esta regla se aplica la norma del tratado más favorable al trabajador. El orden de prelación refiere al orden de aplicación de las normas en función del mayor beneficio del trabajador. Por ejemplo, una indemnización de un contrato individual es mayor que lo que la ley decreta, por ende, el contrato desplaza a la norma de jerarquía superior.

Conflictos de aplicación

En derecho laboral, el orden jerárquico de las normas no coincide con el orden de prelación o de aplicación concreta de ellas a un caso determinado, porque rige el principio protectorio, materializado en las siguientes reglas básicas:

- *in dubio pro operario*,
- la regla de la norma más favorable,
- la regla de la condición más beneficiosa,
- la regla de la irrenunciabilidad de los derechos: los derechos de los trabajadores son irrenunciables mientras subsista la relación laboral.

Una norma de jerarquía inferior puede prevalecer sobre otra de jerarquía superior si resulta más favorable al trabajador. En caso de presentarse un conflicto en la aplicación de las distintas fuentes del derecho del trabajo (dejando de lado la CN y los tratados internacionales), se deben tener en cuenta

las siguientes pautas rectoras:

- La ley se impone (en principio) por sobre las demás fuentes, puesto que la ley tiene jerarquía superior al convenio colectivo, a la luz de lo dispuesto en el art. 7° de la Ley 14.250.
- Una ley posterior deroga a la anterior que ocupa el mismo espacio normativo; pero, en caso de que una ley general posterior complemente a una ley especial, si esta otorgase mejores derechos al trabajador, la sustituirá en forma parcial o totalmente.

Podemos plasmar algunos ejemplos de este orden de prelación:

Figura 2.4 Ejemplos de casos prácticos de principios de aplicación de normas laborales:

CASO	SOLUCIÓN
<p>1. Norma mínima</p> <p>Un convenio colectivo establece que los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación disfrutarán solo de 10 días de licencia por vacaciones al año sin importar la antigüedad. Señala si esto sería posible</p>	<p>No sería posible puesto que el principio de norma mínima establece que las normas de rango superiores establecen los mínimos inderogables para las normas de rango inferior. Tendrá derecho a disfrutar de los 14 días, 21, 28 o 35 días, según la antigüedad del trabajador, según establece la LCT.</p>
<p>2. Norma más favorable</p> <p>Un trabajador realiza la jornada de ocho horas diarias de acuerdo con lo establecido en su contrato. El convenio colectivo de aplicación en su sector fija una jornada de siete horas/día. Indica qué jornada tendría que realizar este trabajador.</p>	<p>Se aplicaría la jornada de 7 horas que establece el convenio colectivo al ser la más favorable para el trabajador.</p>
<p>3. Irrenunciabilidad de derechos</p> <p>Una empresa propone a un trabajador un aumento de sueldo a cambio de su renuncia al período vacacional que le corresponde. El trabajador accede. ¿Es correcta la actuación del trabajador?</p>	<p>No es correcta porque el principio de irrenunciabilidad de derechos señala que los trabajadores no pueden renunciar a derechos que tengan reconocidos en las normas legales y en los convenios colectivos.</p>
<p>4. Condición más beneficiosa</p> <p>Un trabajador firmó su contrato hace tres años, se estableció en éste que la empresa le pagaría un plus de transporte. Actualmente está negociando un nuevo convenio aplicable a su sector, y por las noticias que le han llegado a través del delegado de personal, se suprime el derecho a este plus. Señala si conservaría el derecho a percibir esta cantidad y qué principio debe aplicarse.</p>	<p>El trabajador continuaría percibiendo el plus de transporte. Se aplicaría el principio de condición más beneficiosa, que establece que si una norma laboral establece condiciones peores que las contenidas en los contratos prevalecerán las condiciones más beneficiosas que se fijaron anteriormente.</p>
<p>5. In dubio pro operario</p> <p>Una empleada con dos hijos nacidos en parto múltiple, solicitó a su empresa el disfrute de doble derecho de lactancia. La empresa se lo denegó. Recurrió la empleada al Juzgado. ¿Tiene derecho a una o dos horas de lactancia?</p>	<p>El tribunal dictó sentencia y estableció que el silencio de la ley debe interpretarse In dubio pro operario y lo procedente es atender a cada hijo una hora</p>

Ley de Contrato de Trabajo

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) es la norma de mayor relevancia en el derecho individual del trabajo. Regula las relaciones laborales entre los trabajadores privados que se encuentran bajo relación de dependencia y sus empleadores. Fue sancionada en el año 1974, después de haber sido ampliamente debatida tanto por las organizaciones sindicales como por el Congreso de la Nación. La legislación argentina, a pesar de la manda constitucional en ese sentido, carece de un Código General del Trabajo y, en ese sentido, dicho cuerpo normativo es considerado en los hechos por su integralidad y por las diversas materias e institutos que abarca, como si fuera el primer código laboral. Este aspecto aún en la actualidad parece no resuelto, dadas las numerosas referencias que tiene a leyes especiales. Así, es notoria la falta de articulación con el Derecho Colectivo, que, como vimos en el segundo capítulo, tiene sus propias normas ajenas a dicho ordenamiento, tales como la ley 23.551 de asociaciones sindicales, o la ley 14.786 de conciliación obligatoria.

El principal redactor de la ley fue el abogado Dr. Norberto Centeno, posteriormente secuestrado y asesinado por la dictadura militar el día 7 de julio de 1977, suceso conocido como “La Noche de las Corbatas” (por haber sido secuestrados y posteriormente asesinados cinco abogados laboristas), que motivó a que en la actualidad se conmemore dicho día como el Día del Abogado Laboralista.

Antecedentes

Con antelación a la sanción de la LCT, las relaciones laborales se regían por el Código Civil, fundamentalmente a través de la figura de la locación de servicios. También, como antecedente normativo debemos señalar que las primeras normas que establecieron algún tipo de sanción por la decisión empresarial de culminar el contrato de trabajo fueron las del Código de Comercio (Ley 11.729), cuando estipuló la indemnización por antigüedad para aquellos casos donde la decisión patronal aparecía como inmotivada o incausada.

A nivel constitucional, la Constitución de 1949, sancionada durante el gobierno del presidente Juan Domingo Perón, estableció gran parte de los derechos de los trabajadores, a través del art. 37 de dicha carta magna. Solamente la huelga no era considerada un derecho constitucional de los trabajadores. Producido el golpe militar en el año 1955, dicha constitución fue derogada y se llamó a una nueva convención constituyente, con un vicio de origen, cual fuera la proscripción del peronismo en dicha contienda electoral. Finalmente, la Asamblea General Constituyente surgida de dichos comicios sesionó solamente a los fines de sancionar el art. 14 bis de la CN de 1853 y luego se disolvió por falta de quórum para poder continuar sesionando. Como ya hemos señalado, a pesar de que el art. 67, inc. 11, de la CN originaria (hoy art. 75, inc. 12) disponía que el Congreso de la Nación debía dictar un Código General del Trabajo, dicho cuerpo normativo nunca logró tener sanción parlamentaria, a pesar de diversos intentos realizados en tal sentido. Por ello, en la reforma del año 1994, se estipuló que esa obligación del Congreso de la Nación debía ser cumplida a través de cuerpos unificados o separados, con lo que hoy, claramente, como ya hemos mencionado especialmente en el segundo capítulo, tenemos un compendio de legislación dispersa.

Fuentes del derecho del trabajo

El art. 1° de la LCT estipula que el contrato de trabajo (art. 21) y la relación de trabajo (art. 22) se rigen por las siguientes disposiciones normativas:

- La ley de contrato de trabajo
- Las leyes y estatutos profesionales
- Las convenciones colectivas de trabajo y los laudos con fuerza de tales
- La voluntad de las partes
- Los usos y costumbres

No se trata de una enumeración taxativa, sino meramente enunciativa, por lo cual no es excluyente de otras fuentes de regulación general, incluso teniendo presente que la jerarquía normativa de alguna de ellas (como sería, por ejemplo, la Constitución Nacional) y que en nuestra disciplina no tiene tanta fuerza aplicativa la pirámide kelseniana, en cuanto al orden de prelación de los distintos instrumentos posibles de ser utilizados. De todas maneras, cualquiera que sea la fuente normativa o formal aplicable al caso en análisis, debe respetarse el orden público laboral, cuyos mínimos inderogables no pueden ser vulnerados por fuente normativa alguna, como podría ser la voluntad de las partes contratantes. En esos casos, entra a tallar el principio de irrenunciabilidad, que abordaremos en mayor detalle posteriormente.

Ámbito de aplicación

La LCT se aplica a todas las relaciones individuales en la esfera de la contratación privada. En aquellos casos en que exista un estatuto especial que regula la actividad (hay numerosos, los más importantes son el de Viajante de Comercio, el de Periodistas Profesionales, el del Régimen de la Industria de la Construcción, el de Trabajadores de Casas de Rentas y Edificios de Propiedad Horizontal, etc.), para la aplicabilidad de la LCT se debe realizar lo que se denomina “juicio de compatibilidad”, es decir, comprobar si es compatible la disposición que se pretende aplicar de la LCT con lo dispuesto en el régimen general que se está analizando. Así, a modo de ejemplo de lo que estamos hablando, se debe señalar que en la industria de la construcción, por sus características y particularidades, no rige el trípode indemnizatorio (indemnización por antigüedad, omisión de preaviso e integración del mes de despido) que rige en las demás actividades alcanzadas por el régimen general de la LCT. En dicho estatuto especial, en reemplazo de esas indemnizaciones, existe el Fondo de Cese Laboral, que consiste en un porcentaje que deposita el empleador en una cuenta bancaria abierta a nombre del trabajador (del 12% del salario básico el primer año, y el 8% del salario básico a partir del primer mes del segundo año de relación laboral), que se debe poner a libre disponibilidad del trabajador de la industria de la construcción, al producirse la extinción del vínculo laboral por cualquier causa que fuera.

El art. 2° de la LCT establece que las disposiciones contenidas en su cuerpo normativo no se aplicarán:

- A los dependientes de la administración pública nacional, provincial o municipal, salvo que por acto expreso se incluya a dichos trabajadores en la LCT o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo (caso de los trabajadores bancarios públicos, ferroviarios, dependientes de Vialidad Nacional, etc.).

- Al personal de casas particulares regidos por la Ley 26.844, sin perjuicio de que sea aplicada en forma supletoria en todo aquello que así lo disponga la ley especial y en aquellas disposiciones que sean compatibles con el régimen general.
- Igual criterio y modo de aplicación acontece con los trabajadores agrarios regidos por la Ley 26.727.

En las actividades que tienen una regulación particular (estatuto especial o convenio colectivo), la LCT opera como norma supletoria.

El art. 3º, por su parte, dispone que la presente ley es de aplicación a los derechos y obligaciones de cualquier contrato de trabajo cuya ejecución tenga lugar en el territorio argentino.

Principios del derecho de trabajo

Concepto

Los principios son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica laboral, que extienden su eficacia no solo al momento de formación del régimen regulador de las relaciones laborales, sino también a la etapa de exigibilidad de los derechos. La mayoría de ellos está contemplada en la parte general de la Ley de Contrato de Trabajo y así van a ser analizados.

Enumeración y funciones

En cuanto a los principios contemplados en la Ley de Contrato de Trabajo, podemos encontrar los siguientes:

- Principio protectorio, del cual se consideran tres supuestos:
 - *In dubio pro operario*.
 - La regla de la aplicación de la norma más favorable.
 - A través del conglobamiento general.
 - A través de la acumulación.
 - A través del conglobamiento por institución
 - La regla de la condición más beneficiosa.
- Principio de irrenunciabilidad
- Principio de continuidad de la relación laboral
- Principio de primacía de la realidad
- Principio de la buena fe

- Principio de razonabilidad
- Principio de trato igualitario y no discriminatorio
- Principio de gratuidad

Estos principios regirán el nacimiento, la constitución y la extinción de la relación jurídica laboral.

En doctrina, básicamente, se enumeran ocho o nueve principios, pero nosotros los analizaremos conforme con la Ley de Contrato de Trabajo, mencionándolos y ubicándolos dentro de esta, conforme se señalará infra.

Principio protectorio

Es la base del derecho del trabajo; sin este principio, no se entendería la existencia de un derecho autónomo. Tiene como objetivo final el respeto a la dignidad humana, a través de un mecanismo técnico de evaluación de conductas en las relaciones interpersonales. Debe tenerse presente que el Derecho del Trabajo nace como una forma de paliar la desigualdad jurídica entre quien detenta el poder económico y aquel que solo tiene su fuerza de trabajo.

La Ley de Contrato de Trabajo lo contempla en tres artículos, teniendo presente que el principio protectorio comprende tres reglas básicas:

In dubio pro operario

Dicha regla está contemplada en el art. 9º, segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo, que tiene reminiscencias con el concepto penal de *in dubio pro reo*. En ambos casos, la ley sustantiva determina una manera de interpretación judicial en situaciones difusas, es decir, donde no exista certeza para la resolución administrativa o judicial de la cuestión debatida. Debe quedar perfectamente especificado que, si hay claridad respecto de cómo debe interpretarse la norma aplicable, no resulta posible aplicar esta regla, que requiere esencialmente la posibilidad de más de una lectura.

La norma positiva establece: “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

La reforma del año 2009, por Ley 26.428, vino también a restablecer lo que se denomina el *in dubio pro operario factis*, al disponer lo que ha sido remarcado en el texto legal.

La regla de la norma más favorable

Está contemplada en la primera parte del art. 9º de la Ley de Contrato de Trabajo. Allí se establece:

“En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del Derecho del Trabajo”.

También la Constitución Provincial, en el último párrafo del art. 23, dice: “En caso de duda sobre la aplicación de normas laborales, prevalece la más favorable al trabajador”.

Dentro de esta regla existen tres supuestos:

- El conglobamiento general o de inescindibilidad, lo que indica la consideración global o integral de las instituciones normativas y excluye la posibilidad de extraer una disposición de una de ellas y otra de otro cuerpo diferente; lo que significa que se debe analizar el cuerpo normativo en su integralidad.
- La acumulación: a diferencia del supuesto anterior, en este caso se contempla dentro de cada cuerpo normativo cuál es la norma puntual que resulta más favorable al trabajador y será esta la que se aplicará, independientemente de si tal aplicación puede generar algún tipo de contradicción o si se produce una combinación incompatible de institutos. Así, por ejemplo, se podría utilizar la mayor cantidad de días de vacaciones del Convenio Colectivo de Trabajo, pero, luego, para determinar el valor día se recurriría a la Ley General de Contrato de Trabajo, dejando de lado la disposición puntual convencional. Esta posibilidad ha merecido críticas en tanto y en cuanto su aplicación indiscriminada corre el riesgo de distorsionar el instituto en cuestión y no toma en cuenta que, en materia de autonomía colectiva, no se pueden tomar aspectos aislados del convenio, ya que generalmente existe entre las partes el *do ut des*, que permite arribar a una adecuada conciliación de los intereses controvertidos.
- El conglobamiento por instituciones: se requiere un análisis específico del instituto en consideración; allí sí se determinará qué normativa corresponde que sea aplicada, en razón de que en su conjunto dicha institución resulta más favorable al trabajador, pero, a diferencia de la acumulación, se requiere su utilización íntegra y no parcializada. A título ilustrativo de esta regla, pueden analizarse los siguientes extractos jurisprudenciales:

En “Abbate, Carlos c/ Syncro Argentina SAQICIF – Despido” (Cám. Trab., Córdoba., Sala X, Sentencia del 28/04/1999, LL, Córdoba, año 17, nº 3, abril de 2000), se establece:

La aplicación de la norma peticionada (art. 14 de la ley 14.546) se realiza por encuadrar fácticamente la actividad del Agente de Propaganda Médica cuya actividad principal, en atención a la naturaleza remuneratoria de las comisiones obtenidas, en este caso concreto en análisis lo constituye la labor comercial de ventas y cobranzas, previstas en el art. 34 del C.C.T. 119/75. Siendo así y no teniendo dicha norma convencional regulada de manera alguna, una institución equivalente a la indemnización por clientela de la ley 14.546 y habiéndose acreditado que el Sr. Abbate cumplía su actividad comercial en una zona predeterminada por la empresa, que a más de visitar los negocios indicados por el laboratorio realizó nuevos clientes, que el precio de los productos lo determinaba el laboratorio, que también asumía el riesgo económico de la venta y la cobranza y que el actor cumplió su labor por espacio de casi diez años, que conforme relataran las farmacéuticas que declararon como testigos el Sr. Abbate era ‘la cara comercial vi-

sible de Syncro', todo ello me lleva a la convicción de la procedencia del reclamo del accionante conforme al art. 14 de la ley 14.546, ya que dicha indemnización tiene entre otros fundamentos el otorgarle al trabajador despedido un adicional suplementario por la cadena de comercialización que él estableció o mantuvo durante el período de tiempo establecido en la ley, es decir por el período mínimo de un año, aclarando que en el presente caso dicho período mínimo es superado extensamente y teniendo presente que dicha cadena o circuito de comercialización siguió siendo aprovechada por la empresa a través de los nuevos vendedores de los productos farmacéuticos que remplazaron al accionante. Como el instituto del despido no está regulado en el C.C.T. 119/75, para su liquidación ha de estarse al régimen de la ley 14.546, por la actividad cumplida por el accionante, que reitero más allá de la denominación que las partes le otorguen y por la 'primacía de la realidad', en el caso concreto del Sr. Abbate, encuadraba perfectamente en la conceptualización del art. 2° de la ley 14.546, que en muchos aspectos es perfectamente compatibilizada con el régimen convencional de los A.P.M. pero que en el instituto del despido, al no contemplar el adicional de la 'indemnización por clientela' debe ser mandado a abonar, conforme a las pautas establecidas en la fuente normativa jerárquicamente superior. ("Abbate, Carlos c/ Syncro Argentina SAQICIF – Despido" (Cám. Trab., Córdoba., Sala X, Sentencia del 28/04/1999, LL, Córdoba, año 17, n° 3, abril de 2000, pp. 434 y 435).

Por su parte, en "Álvarez, Carlos Alberto y otros c/ Compañía Colectiva Costera Criolla SA" (CNAT, Sala I, Sentencia del 17/03/1986, DT, 1986-B-1127) se establece: "Conforme a los principios protectorio, de la norma más favorable y de la jerarquía de las fuentes debe prevalecer una norma legal sobre la convencional, si aquella fuere más favorable al trabajador".

La regla de la condición más beneficiosa

Significa, en esencia, que los trabajadores no pueden pactar en sus contratos individuales condiciones menos favorables que las que rigen a la actividad en general y que, por el contrario, las modificaciones dispuestas a las normas convencionales por los representantes de la autonomía colectiva que establezcan mejores condiciones que las pactadas en el contrato de trabajo individual anterior a tal convención sí se aplican a todos los trabajadores comprendidos en su ámbito personal y geográfico, aunque ello implique un cambio en las condiciones laborales pactadas al celebrar el contrato individual.

Ello surge de la conjunción e interpretación armónica de los arts. 7° y 8° de la Ley de Contrato de Trabajo:

Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley (Ley de Contrato de Trabajo, art. 7°).

"Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación" (Ley de Contrato de Trabajo, art. 8°).

Principio de irrenunciabilidad

Surge del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando señala:

Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 12).

Se ha visto que, en materia civil, el principio de irrenunciabilidad no tiene virtualidad en tanto y en cuanto no afecte al orden público general, porque no está prohibido renunciar a derechos subjetivos. Pero, en materia laboral, la situación es diferente, ya que los derechos laborales no son disponibles por el trabajador. En ese sentido debe destacarse la existencia del orden público laboral, a través de lo que se denominan “los mínimos inderogables”. Así, por ejemplo, el trabajador no puede renunciar al salario mínimo que le fije el convenio colectivo de trabajo o la ley, si no hubiera convenio aplicable a su actividad. Por más que el trabajador lo hubiera aceptado al formalizar su contrato individual, en un litigio tal aceptación carecerá de valor y el juzgador deberá fallar a su favor, adecuando su pretensión a las pautas legales o convencionales de aplicación a su caso.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que este principio ha quedado ahora restringido por lo que se denomina el orden público económico (art. 3º, Ley 23.545), que modificó el sistema de negociación colectiva y que, de alguna manera, implica qué mejoras que sean pactadas a través de la autonomía colectiva pueden ser rechazadas por la autoridad de aplicación, ya que, para que un convenio colectivo de trabajo tenga vigencia, debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación y, por ese art. 3º, el Ministerio de Trabajo está facultado a no homologar cuando los aumentos salariales pueden incidir en el costo de los productos y afectar a los consumidores. En ese sentido, el orden público económico tiene como contenido no la protección de los derechos de los asalariados, sino los derechos de la sociedad toda.

Principio de continuidad de la relación laboral

El art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo establece: “En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato”.

La norma está dada en razón de que el contrato laboral se presume celebrado por tiempo indeterminado (regla general establecida en el art. 90 de la LCT). Esta presunción tiene vinculación con el hecho de que en las relaciones laborales es habitual que no exista un contrato escrito, ya que es esencialmente informal, de manera que la persona empieza a trabajar y a fin de mes percibe su sueldo. Se ha querido establecer, entonces, que si se quiere cuestionar este carácter permanente del contrato de trabajo debe instrumentarse en forma escrita la modalidad diferente.

Este principio, establecido en el art. 10 y ratificado por el art. 27 de la Ley de Empleo 24.013, ha sido posteriormente bastante relativizado, esencialmente por el art. 92 bis, que fue establecido por la Ley 24.465 llamada “de flexibilización laboral”. Esta ley estableció por primera vez en el régimen

general de la Ley de Contrato de Trabajo, el así llamado “período de prueba”, que en su momento especificaba: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado (...) se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses. Los convenios colectivos de trabajo pueden modificar dicho plazo hasta un período de seis meses”. Luego, por Ley 25.013, se modificó tal esquema, reduciendo el plazo del período de prueba a un mes, durante el cual este podía ser extinguido por cualquiera de las partes sin consecuencias indemnizatorias para ninguna de ellas y podía ser ampliado a seis meses, por convenio colectivo debidamente homologado (art. 3º, Ley 25.013). Esta ley fue, a su vez, modificada por la Ley 25.250, que incorporó nuevamente un plazo de tres meses como período de prueba, ampliable a seis meses por vía de la autonomía colectiva, y que, en el caso de que la empresa contratante fuera una Pyme, el contrato de trabajo se entendería celebrado con tal característica –es decir, a prueba– por un período de seis meses, con posibilidad de modificación convencional hasta doce meses cuando se trate de trabajadores calificados, según definición convencional (art. 1º, Ley 25.250). En una nueva vuelta legislativa, tal disposición ha sido modificada por la Ley 25.877, que estableció un plazo único de período de prueba de tres meses con la incorporación de la obligación de preavisar su extinción (arts. 2º y 3º, Ley 25.877), dirigido hacia ambos contratantes, pero con clara incidencia como obligación patronal.

Si bien la norma general sigue siendo la indeterminación del plazo, se admite un período de prueba, el cual, conforme la mayoría de los autores, no es tal, sino que significa, lisa y llanamente, una “flexibilización de salida” en la extinción del contrato de trabajo, al permitirle al empleador prescindir de empleados por la causa que fuera o, con más precisión, sin necesidad de expresar causa alguna, siempre que esté dentro del plazo legal.

Debe destacarse al respecto que el trabajador no tiene ningún mecanismo legal para que se analice la capacitación obtenida, es decir, que se le realice un examen para verificar si supera la “prueba”, por lo que su desvinculación pasa a ser una decisión absolutamente discrecional y arbitraria por parte del empleador.

Sobre este particular también merece señalarse que el período de prueba no es una modalidad contractual a plazo fijo, sino que dentro del contrato de trabajo por tiempo indeterminado existe un período en el cual el empleador puede decidir no continuar su vinculación laboral sin consecuencias indemnizatorias. La ley también habla de que el trabajador tiene idéntico derecho, pero, en la práctica, ello constituye una ficción jurídica en períodos de alta tasa de desempleo y cuando, en definitiva, la única consecuencia que tendría el trabajador de la interrupción intempestiva de su contrato de trabajo indeterminado sería la posibilidad patronal de reclamarle los daños y perjuicios tarifados del no otorgamiento del plazo de preaviso, lo que, en la realidad, rara vez ocurre.

También el principio de continuidad se encuentra afectado por diversas leyes que han ido incorporando contratos con plazos determinados, más allá de las modalidades diferentes que fijaba la Ley de Contrato de Trabajo, que eran tres:

- El contrato a plazo fijo (arts. 93 y 90, segundo párrafo)
- El contrato de temporada (art. 96)
- El contrato de trabajo eventual (art. 99)

El contrato de trabajo a plazo fijo

Exige que sea celebrado por escrito, con una duración determinada de antemano, la que no puede exceder de cinco años, y que explicita además los motivos que razonablemente justificarán tal forma de contratación. Así, por ejemplo, si se contrata a una persona para reemplazar a alguien que se fue a hacer un curso por un año al extranjero, se debe poner claramente cuál es la persona y también la tarea que va a desempeñar su reemplazante y el plazo de culminación de este reemplazo. Esta modalidad perdió mucho su razón de ser, justamente, con la utilización del período de prueba.

El contrato de trabajo de temporada

Si bien debemos señalar que esta modalidad se rige por las normas del contrato de trabajo de tiempo indeterminado con prestaciones cíclicas o estacionales, en definitiva, se refiere a ciclos anuales, en función de períodos estacionales, de acuerdo a la actividad de que se trate. Así, por ejemplo, es habitual que se celebren contratos de trabajo por temporada en los lugares turísticos (en los comercios de las sierras de Córdoba) o en actividades muy puntuales, como pueden ser las heladerías, que tienen un consumo muy diferenciado según se trate de época invernal o estival.

Tiene la particularidad de que debe repetirse todos los años y el trabajador obtiene el derecho a ser readmitido al comienzo de cada ciclo; en caso contrario, será indemnizado conforme a los arts. 97 y 98 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El contrato de trabajo eventual

Está determinado para la satisfacción de resultados concretos tenidos en mira por el empleador, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, siempre que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Igual modalidad contractual operará cuando el vínculo comience y culmine con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador. Así, por ejemplo, sería aplicable esta modalidad contractual para los administrativos o el personal de supervisión en una obra, por su tiempo de duración, que deberá surgir del plazo contractual o de la realidad temporal de ejecución de la obra.

El principio de continuidad fue seriamente afectado por la llamada Ley de Empleo (Ley 24.013), que había introducido diversas modalidades contractuales de tiempo determinado (contrato de trabajo por tiempo determinado como medida de fomento del empleo, por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral para jóvenes, de trabajo-formación), y también mediante la llamada Ley de Flexibilización Laboral, que agregó otras formas de contratación, también de duración determinada y sin derechos indemnizatorios a su culminación (modalidad especial de fomento de empleo: para determinados colectivos a los que se quiso privilegiar en su contratación y el contrato de aprendizaje –Ley 24.465, arts. 3° y 4°–), modalidades que popularmente fueron llamadas “contratos basura” y que, finalmente, fueron derogadas por la Ley 25.013 en su art. 21.

Principio de la primacía de la realidad

Este principio tiene su razón de ser en el hecho de que, en materia laboral, al igual que en materia penal, se orienta hacia la búsqueda de la verdad real como fórmula superadora de la verdad formal, y tiende a evitar el fraude a la ley.

Está contemplado en los arts. 14 y 23 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Así, el art. 14 LCT señala:

Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 14).

Este mecanismo de resolución es una peculiaridad del derecho del trabajo: el de la conversión de la figura fraudulenta a las disposiciones del contrato de trabajo. El fraude no acarrea la nulidad de todo el acto jurídico celebrado en violación a la ley, sino que sus consecuencias son regidas por el dispositivo que se quiso eludir.

Este principio aparece también plasmado cuando, en el art. 23 LCT se establece:

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 23).

Concretamente, ello significa que, si se hace firmar un contrato de locación de servicios y luego se prueba que este no era tal –por carecer de elementos esenciales a la libertad de contratación–, sino que había una relación laboral, automáticamente se opera una transformación de ese contrato de locación de servicios a uno de trabajo por tiempo indeterminado, cuyas consecuencias, tanto en su celebración, ejecución o extinción, van a ser regidas por la ley laboral.

Es decir que la norma fulmina de nulidad a ese accionar fraudulento y lo atrapa, convirtiéndolo en un contrato laboral abarcado por las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo. La misma resolución ocurrirá cuando se utilizare interpósita persona para simular la relación laboral (por ejemplo, si se pone como titular de la empresa a un insolvente, a fin de evitar los riesgos empresarios, pero quien en realidad ejerce el control y dirección empresarios es otra persona). En ese caso, se produce lo que se denomina como caída del “velo de la apariencia” (aunque esta figura se utilice más en materia societaria) y el verdadero empresario deberá responder por las consecuencias económicas de esta contratación realizada por un “testaferro”.

En materia procesal, el art. 33 de la Ley 7987 (Código Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba) establece que el Juzgado de Conciliación y Trabajo o la Cámara del Trabajo “para establecer la verdad real de los hechos controvertidos, deberá disponer las medidas pertinentes”. Es decir, lo que se busca

es la obtención de la verdad real, en contraposición con alguna otra rama del derecho que fundamenta sus normas en la verdad formal o judicial, aunque ello pudiera producir cierta afectación al debido proceso judicial, al actuar el tribunal laboral como director del proceso y encaminarlo hacia la obtención del conocimiento veraz de los hechos controvertidos.

En tal sentido se ha expresado la jurisprudencia:

La realidad de los hechos y la modalidad del desenvolvimiento de la relación habida entre las partes, son los que proporcionan los elementos que permitirán al Juzgador establecer con grado de certeza, la naturaleza real de la relación que los vinculara, más allá de las formas adoptadas contractualmente y que, generalmente, constituyen un barniz que oculta la materialidad de aquélla (...) estamos en presencia de una relación contractual entre la Cooperativa demandada y el actor Fernández, en la que aquélla, frente a las circunstancias que dan cuenta las actas citadas ejercitó, sin margen de dudas, su poder de dirección sobre el actor, nota tipificante y característica de la existencia de un contrato de trabajo en relación de dependencia. No otra cosa significa la determinación de horarios, días de atención y francos a gozar, por parte de la patronal y como lo revelan las actas en cuestión (...) Nada más contrario a la realidad que denotan las actas transcritas, a lo que se debe aditar que ante denuncias de los pobladores o usuarios, Fernández era llamado sistemáticamente a prestar 'su descargo' e incluso en una oportunidad hasta se decidió suspender el pago de la 'gratificación' a partir del 01/04/1993 (Acta N° 350 arriba transcrita), lo que no hace sino denotar el ejercicio acabado del poder disciplinario del patrón sobre el dependiente, nota, insisto, tipificante por excelencia del contrato de trabajo en relación de dependencia (...) Entonces, el loable objetivo que tenía el contrato inicial suscripto con el actor — lograr la radicación de un médico en la localidad— deviene como una pantalla para encubrir una verdadera relación laboral, conforme la anticipara supra a base de las pruebas analizadas en la causa. ("Fernández, Raúl Jorge c/ Coop. Manfredi Ltda. - Demanda" (Cám. Trab., Córdoba, Sala I, Sentencia n° 26 del 08/03/2000).

Principio de buena fe

Este principio está dado en el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo –que se refiere a la interpretación de las normas– y en el art. 63 –que se refiere a las normas de conducta que deben adoptar ambas partes contratantes, ya sea en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo–.

La primera de las normas establece:

Quando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 11).

Ello remite a la regla *ex aequo et bono*. Es un mandato que establece el legislador como modo de interpretación jurídica, de naturaleza subsidiaria, para la resolución de los casos judiciales traídos a decisión.

En cambio, el art. 63 refiere concretamente a normas de conducta que deben emplear las partes. Así,

se señala: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”. Hay un paralelismo con el concepto romano del “buen padre de familia” o con el comercial del “buen comerciante”, para exigirle a ambos co-contratantes una actuación leal y sin ardides, inclusive en la faz extintiva del vínculo o relación que se agota.

Así lo estimó la Sala VI de la Cámara del Trabajo de Córdoba en dos oportunidades:

Estimo que en el caso concreto el actor ha logrado demostrar que ingresó a trabajar a la demandada con anterioridad al cinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, que es la fecha de inicio de la relación consignada en el referido contrato con período de prueba, lo que hace caer la eficacia de la totalidad del contrato referido, que —en definitiva— termina configurando un caso típico de fraude laboral con evidente violación al deber de buena fe por parte del empleador. (“Riveros Giordano, Mariela c/ Aliandro, Nicolás y otros - Demanda” (Cám. Trab. Córdoba, Sala VI, Sentencia del 13/12/1999, Semanario Jurídico n° 1281).

Principio de razonabilidad

Se encuentra consagrado en los arts. 65, 66, 67 y 70 de la Ley de Contrato de Trabajo y tiende a evitar el abuso del derecho. Concretamente, son las facultades disciplinarias del empleador, el poder de dirección que posee, y el hecho de que las medidas organizativas y disciplinarias que se adopten no deben ser arbitrarias.

Aquí resulta importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 67, donde el trabajador dispone del plazo de treinta días corridos para cuestionar la medida disciplinaria, bajo apercibimiento de preclusión de tal posibilidad impugnativa, en el caso del art. 66 no hay un plazo específico para que opere el decaimiento del derecho cuando se ha producido una modificación del contrato de trabajo. Por eso, para algunos autores, en dicho supuesto entraría a jugar la teoría de los actos propios, que dice que nadie puede intentar asumir válidamente en juicio una conducta jurídicamente contradictoria con otra anterior que había generado derechos y obligaciones. Es decir que, si el trabajador aceptó por varios meses esa situación, con la teoría de los actos propios no tendría derecho a reclamar después de pasado un tiempo prudencial. Sin embargo, esta posición de convalidación ha sido claramente controvertida por el Dr. Horacio de la Fuente, vocal de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuando expresara que el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo resulta ser una norma imperativa al poner los límites del *ius variandi*, y si esta modificación afecta la esencia del contrato, resulta nula, inconfirmable e irrenunciable. En otras palabras, si la decisión unilateral empresarial afecta al núcleo del contrato, tal modificación nunca podría constituirse en un ejercicio válido de la facultad empresarial de organización de la empresa y, en tal sentido, podría ser controvertida por el trabajador. Ello es así, por un lado, porque afectaría al principio de irrenunciabilidad y, por otra parte, porque la reforma operada al art. 66 permite al trabajador cuestionar judicialmente tal actitud empresarial sin que se pueda llevar a cabo la medida impugnada hasta tanto recaiga sentencia definitiva sobre el particular (texto conforme Ley 26.088).

Principio de trato igualitario y de no discriminación

Este principio surge de los arts. 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo. El primero de ellos establece: “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”.

A su vez, el art. 81 determina:

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustenten la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 81).

Siguiendo dentro del esquema normativo positivo individual argentino, teníamos que la Ley 25.013, en su art. 11, había incorporado como conducta punitiva empleadora el despido discriminatorio por causas de sexo, raza o religión, Poder Ejecutivo observaba que la posibilidad de que tal conducta discriminatoria obedeciera a la nacionalidad, a la orientación sexual, ideología y opinión política o gremial del empleado despedido, quizás entendiendo que tal situación estaba expresamente contemplada en la llamada “Ley De la Rúa”. De todos modos, la mayoría de los autores consultados sostenían que, en ese caso, la tarifa discriminatoria era sumamente exigua y la carga de la prueba a cargo del trabajador “discriminado” se tornaba prácticamente imposible de obtener, salvo casos de grosera actuación o desconocimiento jurídico del patrón o de sus asesores. Ello fue contemplado y dejado sin efecto en la última reforma laboral por el art. 41 de la Ley 25.877, que derogara expresamente tal dispositivo, por lo que se entiende que cuando exista un acto discriminatorio el trabajador afectado deberá recurrir a la ley civil, y quedará como interrogante planteado si ello debería ser ejercido por ante el juez con competencia en lo laboral o bien si podría ser interpuesta tal acción en sede civil. En principio, debería sostenerse que ambas hipótesis procesales serían viables.

Por su parte, el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso de la Nación:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen 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. (CN, art. 75, inc. 23).

En Córdoba, a su vez, los incs. 1° y 4° del art. 23 de la Constitución Provincial garantizan a los trabajadores en el territorio de la provincia de Córdoba “condiciones laborales equitativas” e “igual remuneración por igual tarea”; y el art. 24 de la carta magna provincial garantiza la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, acorde a sus respectivas características socio-biológicas.

En igual sentido se ha expresado la jurisprudencia:

En autos se configura la situación de desigualdad de trato prevista en el art. 81 de la L.C.T., tal cual lo ha señalado con precisión la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: 'Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A.' (C.S., agosto 23 de 1988, D.T., 1989-A-580) donde nuestro máximo Tribunal expresara: 'La inexistencia de un nivel base para efectuar comparaciones de remuneraciones por tratarse de personal fuera de convenio, no justifica la asignación a un jefe de salarios inferiores de los del personal a su cargo, aunque se haya invocado el uso fluido de la facultad que el art. 81 de la L.C.T. otorga al empleador, para otorgar un tratamiento diferenciado en función del principio del bien común, si resulta de las constancias de la causa que el desempeño del Jefe era satisfactorio'. Señalo que en autos se dan la totalidad de los elementos que ha referido la Corte Suprema de Justicia para considerar que existió trato discriminatorio por desigualdad remuneratoria: a) personal extra convencional, jerárquico; b) inexistencia de nivel salarial base para efectuar la comparación; c) existencia de personal de inferior jerarquía con superior remuneración (Graña Moreira) al jefe, y d) cumplimiento satisfactorio de sus tareas (hasta el momento del distracto) a juicio de la patronal, ya que conforme el legajo incorporado del actor no existe sanción alguna o llamado de atención, reitero previo al distracto, en su desempeño en el cargo gerencial. Desde ya señalo que no resulta posible sostener que su desempeño no era satisfactorio por la gravedad de las irregularidades detectadas al momento del distracto y que sirven de base al mismo, por cuanto la demandada al establecer la diferente escala salarial no tuvo en cuenta tal posibilidad. ("Pascolo, Pablo c/ Banco Mayo Coop. Ltda. - Demanda", Cám. Trab., Córdoba, Sala X, Sentencia del 29/08/1997, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba).

Principio de gratuidad

La vigencia de este principio surge del art. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo, que establece: "El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo". Esto quiere decir que el trabajador, para iniciar un reclamo administrativo o judicial, no tiene que pagar previamente ningún arancel o contribución, o sea, no existe ningún impedimento de acceso a la jurisdicción debido a la necesidad de pagar aranceles en concepto de tasa de justicia o aporte colegial o previsional.

Pero el principio de gratuidad no lo libera de la posibilidad de que sea condenado en costas si pierde el litigio iniciado y deba soportar las consecuencias con su patrimonio. La única limitación a tal posibilidad está establecida en el segundo párrafo del artículo analizado, que dice que "su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno".

Ese principio está contemplado en la Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba (Ley 7987), en el art. 29, que se denomina "Anticipo de gastos" y que tiene muy poca aplicación por la situación de emergencia continua del Estado provincial, que debe aportar las sumas correspondientes para este fondo específico. De hecho, si se aplicara conforme al espíritu de la ley, implicaría que, por ejemplo, si el trabajador no tiene dinero para el traslado de sus testigos que viven en otra localidad, el Estado debería proveerle los medios.

Principios generales

Como hemos analizado respecto al contenido de los arts. 7° a 20 de la LCT, al tratar de aquellos principios que regulan la vinculación laboral, es menester destacar que, desde el año 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a aplicar además otros principios al derecho del trabajo, que tienen que ver con el avance decidido del Derecho Universal de los Derechos Humanos (ius cogens), con especial referencia al principio pro homine, colocando al hombre como centro de la discusión jurídica; al principio de progresividad, en cuanto busca mejorar las condiciones de vida del sujeto trabajador; y al principio de justicia social, haciendo referencia a la disposición del art. 11 de la LCT, cuando esta norma dispone:

Quando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo, o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la Justicia Social, a los generales del derecho del trabajo, a la equidad y a la buena fe. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 11).

Por ello, en general, se entiende que la justicia social representa una tendencia doctrinaria y práctica que busca la protección de las personas económicamente débiles, elevando su nivel de vida y tratando de proscribir las desigualdades sociales. Esta normativa tiene su basamento, además, en el texto de la LCT ya señalado en la reforma operada a nuestra carta magna por el art. 75, inc. 22, que incorporara el Bloque de Constitucionalidad Federal, a través de las declaraciones y tratados allí contemplados, con rango de normas constitucionales.

Figura 2.5 Principios del derecho del trabajo

PRINCIPIO	NORMA - DESCRIPCIÓN
I. Principio protectorio	<ul style="list-style-type: none"> • In dubio pro-operario: art. 9°, segundo párrafo, LCT. • La regla de la norma más favorable: art. 9°, LCT; art. 23, último párrafo, Constitución Provincial. • La regla de la condición más beneficiosa: arts. 7° y 8°, LCT.
II. Principio de irrenunciabilidad	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 12, LCT. • Restricción del principio por lo que se denomina el orden público económico: art. 3°, Ley 23.545.
III. Principio de continuidad de la relación laboral	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 10, LCT. • Regla general establecida en el art. 90, LCT. • Art. 27, Ley 24.013. • Periodo de prueba: art. 3°, Ley 25.013, modificado por el art. 1°, Ley 25.250. • Modificaciones del principio a través de contratos de plazo determinado: <ul style="list-style-type: none"> · Contrato a plazo fijo (arts. 90, 2° párrafo, y 93). · Contrato de temporada (art. 96). · Contrato de trabajo eventual (art. 99).

IV.	Principio de primacía de la realidad	<ul style="list-style-type: none"> • Arts. 14 y 23, LCT. • Art. 33, Ley 7987.
V.	Principio de la buena fe	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 11 LCT. • Normas de conducta que deben adoptar las partes contratantes: art. 63, LCT.
VI.	Principio de razonabilidad	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 66 (uso abusivo del ius variandi); arts. 1071 y 1198, CC. • Arts. 65, 67 y 70, LCT.
VII.	Principio de trato igualitario y no discriminatorio	<ul style="list-style-type: none"> • Arts. 17 y 81, LCT. • Art. 11, Ley 25.013. • Art. 75, inc. 23, Constitución Nacional. • Art. 23, incs. 1 y 4, Constitución Provincial.
VIII.	Principio de gratuidad	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 20, LCT. • Art. 29, Ley 7987.

Contrato de trabajo

Concepto

La definición legal respecto de lo que debe entenderse por contrato de trabajo se encuentra en el art. 21 de la LCT, cuando señala:

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 21).

Siguiendo las palabras de Fernández Madrid, podemos decir que:

es el contrato por el cual una persona física (trabajador) compromete su trabajo personal a favor de otra –física o jurídica– (empleador) por cuenta y riesgo de este último que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios mediante el pago de una remuneración.

A partir de este concepto surgen todas las características esenciales del contrato de trabajo, que se detallan a continuación, para cuyo análisis y mejor interpretación se pueden agrupar en caracteres y notas tipificantes, haciendo la aclaración de que los caracteres no son exclusivos del contrato de trabajo, sino que son comunes a otros tipos de contratos de naturaleza civil o comercial, mientras que las notas tipificantes son propias del contrato de trabajo.

Notas tipificantes del contrato de trabajo

Entre ellas, se pueden mencionar la subordinación, ajenidad de riesgos, exclusividad, profesionalidad y periodicidad.

Subordinación

En general, la subordinación hace referencia a la sujeción a órdenes, instrucciones y directivas que posee el empleador en uso de sus poderes jerárquicos.

Hay una relación de dependencia cuando existe subordinación del trabajador hacia el empleador, que se va a manifestar en los aspectos jurídico, económico y técnico.

La subordinación económica está vinculada al carácter oneroso de la prestación, es decir, a la necesidad de retribución económica de la labor cumplida por el trabajador, teniendo presente que, salvo excepciones, esa retribución va a constituir el sustento diario del dependiente. No se refiere a la cuantía de las prestaciones ni tampoco a la situación patrimonial personal del trabajador o del empleador. Este tipo de subordinación nunca puede faltar, ya que, si el trabajador no depende económicamente del empleador, no hay relación de dependencia; puede haber sociedad o algún otro tipo de vinculación, pero no contrato de trabajo. Por un lado, implica que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador a cambio de una remuneración; por otro lado, que no comparte el riesgo de la empresa, por lo que no se beneficia ni perjudica por las mayores ganancias o pérdidas derivadas de la explotación.

La subordinación jurídica es la principal característica para configurar la dependencia y consiste en la posibilidad que otorga la ley al empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador, quien tiene facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario. Si bien siempre debe estar presente, en muchos casos aquella aparece como relativizada. Este sería el caso de personas que tienen disponibilidades de horario: por ejemplo, el caso del viajante de comercio, donde es el propio trabajador el que determina su propio esquema de horario, las zonas que va a visitar y las frecuencias de las visitas. Sin embargo, aun con estas libertades, producto de la modalidad de pago de su remuneración (constituida fundamentalmente por comisiones sobre ventas y, eventualmente, cobranzas), si su débito laboral tiene falencias, siempre el empresario puede obligarlo a modificar ese esquema para adecuarse a necesidades de la producción (por ejemplo, obligándolo a visitar a ciertos clientes con determinada frecuencia).

La subordinación técnica se refiere a que el empleado somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador; resulta más amplia respecto de los trabajadores con menor calificación y más tenue en relación a los más capacitados profesionalmente. Puede estar ausente sin que ello determine la inexistencia del contrato laboral, porque, en ese sentido, sería absurdo que el empleador (empresario) le dijera a su abogado dependiente cómo debe encarar el escrito para la mejor protección de sus intereses o que el dueño de la clínica le señalara al médico cómo realizar una intervención quirúrgica. Sí, en cambio, el empleador le puede ordenar al profesional (si es empleado dependiente) que apele una resolución o no concilie un diferendo.

Ajenidad

La ajenidad en los riesgos significa que el trabajador es ajeno al resultado de la gestión económica de la empresa, lo que implica que el dependiente va a percibir su remuneración aunque ese mes la empresa o el comercio no haya vendido nada o no haya tenido producción. El trabajador no tiene una obligación de resultado; simplemente pone su fuerza de trabajo a disposición del patrón, lo que genera el derecho a percibir remuneración independientemente de los resultados que se obtengan del trabajo.

Exclusividad

Consiste en la obligación del trabajador de prestar tareas para un único empleador, dentro del horario prefijado y con la salvedad de que, ni aun con habilitación de pluriempleo, puede realizar tareas que impliquen competencia o concurrencia desleal. Si bien, actualmente, dicha característica no es tan determinante, ya que es normal y perfectamente razonable que una persona tenga un empleo de tiempo completo y otro de jornada reducida, siempre se debe respetar la exclusividad de los tiempos de trabajo dedicados a esa relación laboral (en el horario que tiene asignado para trabajar con su patrón, no puede trabajar para otro empleador), salvo ciertos casos puntuales que tienen un régimen especial, en los que está permitido el trabajo no exclusivo (como el viajante de comercio no exclusivo que tiene la posibilidad de vender para distintos patrones en su mismo horario y en su misma zona de trabajo, en la medida en que no venda los mismos tipos de productos).

Profesionalidad

Implica que el trabajador hace que su relación laboral sea su medio de vida y ello tampoco tiene que ver necesariamente con que la retribución por tal tarea sea su único medio de subsistencia. Su trabajo es su medio de vida habitual, más allá de la cuantía remuneratoria que perciba.

Periodicidad

La periodicidad está dada en función de la modalidad de la labor cumplida y de las particulares características de la actividad de que se trata. Por ejemplo, los médicos de guardia de terapia intensiva – que generalmente trabajan una sola vez a la semana –, los controladores de espectáculos públicos, los futbolistas profesionales –que, conforme su estatuto profesional son considerados trabajadores dependientes, por más que trabajen únicamente los días de partido y cuando estén citados para entrenamiento–. En tal caso, lo que sí se requiere es que todas las veces que el trabajador tenga que cumplir, cumpla, y que esta prestación sea infungible, es decir, que sea el trabajador contratado el que realice su prestación; eso determina que no puede ser reemplazado por otro (salvo algún caso excepcional).

Caracteres del contrato de trabajo

El contrato de trabajo posee las siguientes características:

- a. Es personal, porque cuando el empleador contrata a un trabajador lo hace de conformidad con sus características intuitu personae. Revela el carácter infungible de la prestación, que se basa en condiciones personales del contratado (por ejemplo, determinado conocimiento o título).
- b. Es un contrato de cambio con intereses contrapuestos, ya que los contratantes tienen expectativas diferentes; el empleador tiene por objetivo aprovechar la prestación de servicio del trabajador y este, en cambio, recibir una remuneración que va a ser su contraprestación en ese intercambio dual.
- c. Es consensual, porque requiere el consentimiento libre y no viciado en la celebración del contrato. El art. 45 de la LCT solo requiere que haya propuestas efectuadas por una de las partes y aceptadas por la otra, incluso sin exigir la presencia física de ambas partes para celebrar el contrato, el que puede ser realizado vía telefónica, postal, correo electrónico, etc. Adviértase que el art. 46 de la LCT solo exige, a los fines del perfeccionamiento del consentimiento, el enunciado de lo esencial de la contratación, con lo que los restantes aspectos del contrato quedan regidos por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o los convenios colectivos de trabajo.
- d. Es bilateral, en cuanto genera obligaciones recíprocas. En el caso del trabajador, realizar el trabajo, la obra o servicio; en el caso del patrón, pagar la remuneración.
- e. Es oneroso, porque tiene contenido patrimonial y no se presume gratuito (LCT, art. 115). Si el contrato de trabajo no genera la obligación patronal de abonar la contraprestación, que es el salario del trabajo, no nos encontramos con un contrato de trabajo regido por la Ley de Contrato de Trabajo, que de esta manera excluye al trabajo gratuito y al trabajo benévolo.
- f. Es conmutativo, ya que cada parte al contratar aprecia las ventajas y prestaciones que va a recibir. Se encuentra limitado por el principio protectorio y los mínimos inderogables y es el Estado quien va a estar equilibrando determinadas situaciones. Ya no hay libre juego de la autonomía de la voluntad en cuanto a condiciones salariales, si estas se pretenden pactar por debajo de los mínimos legales o convencionales.
- g. Es de ejecución continuada o de tracto sucesivo, porque se renueva periódicamente, se extiende en el tiempo a través de prestaciones repetidas; no es necesario que todos los meses se formalice el nuevo contrato. Estamos hablando del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que es el que se dice que tiene vocación de permanencia porque la persona está trabajando y, en principio, hasta que haya alguna decisión de las partes, el contrato automáticamente se irá renovando o bien se extinguirá si el trabajador se encuentra en condiciones de tener algún beneficio previsional.
- h. Es autónomo, en cuanto tiene sus propias normas de regulación.
- i. Es nominado, debido a que está regulado por las leyes que fijan sus características.
- j. Es no formal, porque basta la prestación de tareas para presumir su existencia y no requiere de formas sacramentales para su celebración. La formalidad puede exigirse cuando el contrato pierde su característica de tiempo indeterminado. Es el caso de ciertas modalidades contractuales (por ejemplo, contrato a plazo fijo).

El contrato de trabajo y la relación de trabajo

El art. 21 de la LCT define el contrato de trabajo y el art. 22 del mismo texto legal hace lo pertinente respecto de la relación de trabajo. Este dispone:

Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 21).

Atento a lo expresado, se puede decir que el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades, hace al negocio jurídico y a su instrumentación, o sea, es el acto jurídico propiamente dicho (la situación de derecho). En cambio, la relación de trabajo es la situación fáctica emergente de aquel, en la que se hace efectiva la prestación de tareas. Sería el conjunto de derechos y obligaciones que emanan de ese contrato de trabajo y está referida a la situación de hecho que se origina entre las partes.

La ley considera que quien trabaja en relación de dependencia celebró con anterioridad, por lo menos, un acuerdo tácito que resulta válido ya que el contrato de trabajo es, por esencia, informal. En consecuencia, el hecho de efectivizarse la puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del trabajador a favor del empleador, a cambio del pago de la remuneración, configura la situación contemplada en el art. 22 de la LCT.

A fin de evitar que el empleador utilice los servicios del trabajador y posteriormente desconozca el vínculo, fundándose en la inexistencia de contrato, se impone que los efectos de la relación sean similares a los del contrato de trabajo.

Presunción de la existencia de contrato de trabajo

El art. 23 de la LCT dice: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”.

El mencionado artículo es muy importante porque determina lo que es la presunción de la existencia del contrato de trabajo, dentro de lo que se conoce como método o modo de interpretación jurídica, que resulta ser una de las formas que tienen los jueces para resolver las cuestiones oscuras de la ley, al poder recurrir a este mecanismo de las presunciones.

El hecho de la prestación de tareas hace presumir –salvo prueba en contrario– la existencia del contrato de trabajo. Por lo tanto, se configura una presunción legal de la existencia de contrato de trabajo cuando se acredita la prestación de servicios para otro. Esto produce como consecuencia la inversión de la carga probatoria y recae sobre el empleador la carga de probar que esos servicios personales no tienen como causa un contrato de trabajo. Si, por ejemplo, una persona trabaja en un taller, propiedad de otra, y esta sostiene que la primera no es su empleada, el dueño del taller, como propietario de los medios instrumentales con los cuales la otra persona presta sus labores, debe demostrar que esa persona está ahí con algún otro tipo de vinculación jurídica que no sea laboral. Si el propietario no

puede demostrarlo, el juez, dirimiendo el conflicto, debe decidirse favor de la existencia del contrato de trabajo regido por el ordenamiento laboral. Ese es el sentido de la presunción; es *iuris tantum*, por lo que admite la posibilidad de probanza en contrario.

En cambio, no es aplicable la presunción si quien está prestando el servicio es a la vez un empresario (art. 23, segunda parte), pero sí operará “aun cuando se utilicen figuras no laborales” para caracterizar al contrato existente.

Contrato sin relación de trabajo

Los efectos del contrato sin relación de trabajo están regulados en el art. 24 de la Ley de Contrato de Trabajo; el supuesto constituye una excepción a la prestación de tareas y tiene acotados efectos jurídicos. Señala dicho artículo:

Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiese convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 24).

Dicha norma prevé la posibilidad de que el afectado pueda recurrir al Código Civil para justificar daños mayores a los presumidos por la ley. Por supuesto que, en tal hipótesis, será el trabajador quien, de conformidad a las reglas de las cargas probatorias de los procesos legales, deberá demostrar ese mayor daño sufrido.

Un ejemplo de ello sería cuando la contratación implica el traslado a otra ciudad, con la necesidad para el trabajador contratado de alquilar vivienda, cambiar de colegio a sus hijos, etc., todo lo cual será cuantificado por el juzgador, con previa demostración efectiva por parte del reclamante, en una acción de daños y perjuicios de naturaleza civil.

Por lo tanto, puede existir contrato de trabajo sin relación de trabajo, circunstancia que sucede cuando las partes celebran un acuerdo en virtud del cual se establecen obligaciones, pero se estipula que la efectiva prestación de tareas de parte del trabajador comenzará en fecha futura. Se trata de un acuerdo para trabajar que aún no llegó a ejecutarse.

En cuanto a los efectos del incumplimiento del contrato, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, el art. 24 de la LCT remite a la acción de daños y perjuicio del derecho civil; como mínimo, se debe pagar al trabajador una indemnización que no puede ser menor a un mes de la remuneración convenida y –si no hubo sueldo convenido– el sueldo que rige a esa categoría conforme al convenio colectivo de trabajo o bien conforme las escalas legales.

Partes del contrato de trabajo

Dentro del contrato de trabajo pueden distinguirse los siguientes sujetos:

- El trabajador, que, conforme el art. 25 de la LCT, es la persona física que se obliga a prestar servicio en las condiciones previstas en los arts. 21 y 22 de dicha ley, cualesquiera sean las modalidades de la prestación. Se trata de una persona humana con capacidad jurídica, que se obliga a prestar servicios en relación de dependencia y en forma personal a cambio del pago de una retribución. Por lo tanto, el derecho del trabajo no considera trabajador a los incapaces, a los autónomos ni a las entidades colectivas. El carácter de la prestación es personal, por lo cual no se puede delegar el cumplimiento de la actividad. El trabajador amparado por la LCT se caracteriza por vincularse con su empleador a través de una relación de tipo subordinada (que abarca los aspectos: económico, técnico y jurídico, aunque con sus diferentes matices), lo que lo distingue del trabajador autónomo y, además, se inserta en una organización ajena y percibe por sus labores una remuneración cuyo monto se encuentra determinado por la normativa que resulte aplicable (LCT, Convenio Colectivo de Trabajo, estatuto, etc.) sin asumir riesgos.
- El socio empleado, previsto en el artículo 27 de la LCT, es aquella persona que reviste el carácter de socio, pero a su vez también trabaja como empleado y recibe órdenes y directivas que implican que se encuentra en situación de subordinación técnica, económica y jurídica, con relación a quienes detentan la mayoría accionaria o la mayor porción del capital. Esta misma situación se da en las sociedades cooperativas, excepto cuando es una cooperativa de trabajo, porque esta presupone que la prestación del socio cooperativo es su trabajo; en ese caso, no hay relación laboral dependiente, no es socio empleado; así lo estableció la jurisprudencia, como único supuesto por la esencia de tales cooperativas. Por lo tanto, de hallarse cumplimentadas las condiciones establecidas, la LCT considera al socio empleado como trabajador dependiente, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos emergentes de su calidad de socio. Dicho artículo apunta a prevenir el fraude que se produce cuando, mediante la adopción de una figura contractual no laboral (la sociedad), y utilizando una simulación ilícita, se intenta evadir la aplicación de las normas laborales haciendo aparecer al empleado como integrante de la sociedad. Además, admite la acumulación de la calidad de socio y de trabajador en el caso de que concurran las notas tipificantes de la relación de dependencia.
- Los auxiliares del trabajador están previstos en el art. 28 de la LCT. Este dispone que “si el trabajador estuviese autorizado a servirse de auxiliares, éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquel, salvo excepción expresa prevista por esta ley o los regímenes legales o convencionales aplicables”. Se trata de un caso de intermediación del trabajador. La norma establece que los auxiliares son aquellas personas que ayudan al dependiente en la realización de sus tareas, al disponer que, si estuviese expresamente autorizado por el empleador a servirse de ellos, estos serán considerados dependientes del empleador. Un trabajador no puede ser empleador de otro, porque no es un empresario, no organiza la empresa ni tiene a su cargo un establecimiento. El responsable del cumplimiento de todos los deberes respecto del auxiliar es el empleador principal, por lo que debe excluirse la responsabilidad del trabajador que tiene ayudantes. Es para prevenir el fraude por interposición de personas, lo cual se verifica cuando se utiliza a un trabajador como empleador aparente. Un supuesto puede darse si un contador es enviado a realizar una auditoría,

encomendado por la empresa donde trabaja; los empleados que tenga que contratar para que lo ayuden son empleados de la empresa principal y no del profesional que los contrató. Naturalmente, debe estar autorizado para ello.

- El empleador, considerado por el art. 26 de la LCT como la persona física o el conjunto de ellas (sociedad de hecho o irregular) o a la persona jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador. Se trata de una persona humana o jurídica que organiza y dirige el trabajo prestado por el trabajador dependiente, contando, además, con facultades disciplinarias y de control. El alcance del concepto es amplio: puede ser empleador tanto una persona humana como una persona jurídica; también pueden serlo las entidades sin fines de lucro, por ejemplo, organizaciones culturales, una asociación irregular en formación, una sociedad de hecho o un conjunto de personas humanas. Pueden ser empleadoras las personas humanas, con excepción de los incapaces de hecho y de derecho. El artículo 5° de la LCT define la empresa como la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. Los medios materiales son los instrumentos de producción y los inmateriales, los conocimientos y la tecnología en general. Si bien es un instrumento para satisfacer necesidades humanas, en realidad no es un ente jurídico ni un sujeto de la relación laboral, ya que esta se establece entre personas físicas o jurídicas. El empresario es quien dirige la empresa por sí o por medio de otras personas y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a estos en la gestión y dirección de la empresa. Por su parte, el artículo 6° de la LCT 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”. El lugar donde se produce es una parte de la empresa que depende de ella.

Requisitos

El perfeccionamiento del contrato de trabajo está precedido por la búsqueda del trabajador. Generalmente es el empleador quien la inicia por medios masivos de comunicación (web, diarios, etc.), ofreciendo empleo y especificando los requerimientos pretendidos para cubrir sus necesidades. Luego, se inicia un proceso de selección entre los postulantes, que implica el análisis de los antecedentes del aspirante y la realización de exámenes físicos, psíquicos y técnicos, denominados estudios preocupacionales. Una vez finalizados estos trámites, el empleador tiene la potestad de elegir a la persona que quiere contratar (libertad contractual), salvo que exista discriminación.

Lo que debe remarcarse es que, al iniciarse el vínculo laboral, la voluntad de las partes queda restringida por los principios de “irrenunciabilidad” y “orden público laboral” abordados anteriormente.

Requisitos esenciales del contrato de trabajo

Los elementos esenciales sin los cuales no se configura un contrato de trabajo pueden sintetizarse en: consentimiento, objeto, capacidad y forma.

Consentimiento

El consentimiento consiste en la exteriorización de la voluntad de las partes de realizar un contrato con determinado objeto. Puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, y tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo (ver arts. 262 y 263, CCC).

En el contrato de trabajo el consentimiento generalmente se presta en forma verbal en relación a las condiciones laborales, es decir, respecto de las tareas, horario, duración de la jornada y remuneración. Las partes pueden pactar además diversas condiciones en la medida que no conculquen el orden público laboral (arts. 7° y 12, LCT) –o sea, siempre que estén por encima del piso mínimo indisponible por las partes– y remitirse, respecto del restante contenido, a lo fijado expresamente en las demás fuentes del contrato de trabajo (Constitución Nacional, Ley de Contrato de Trabajo, Convenios Colectivos de Trabajo, usos y costumbres, etc.).

El art. 45 LCT establece que el consentimiento “debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes”, con lo que basta con que se enuncie lo esencial del objeto de la contratación, es decir, de las obligaciones principales que asumen las partes (art. 46, LCT).

En la práctica, en contadas ocasiones se utiliza la forma escrita y el consentimiento se da con la realización de la prestación laboral concreta, es decir, con la ejecución del servicio o actividad laboral para la que se contrató al trabajador (relacionar con arts. 21, 22, 23, y 24, LCT).

Objeto

El objeto del contrato de trabajo está constituido por la prestación de una actividad personal e infungible –“un quehacer humano insustituible” dicen los/las autores/as–, que deberá ser posible, determinado (determinable), lícito y no prohibido.

Consiste en realizar actos, ejecutar obras y prestar servicios (de acuerdo con el art. 21, LCT) en una “obligación de hacer”, para la que el art. 38 LCT establece que “no podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos”.

La posibilidad está referida a que la actividad o prestación a la que se obliga el trabajador sea posible en sí misma, aunque no sea posible para esa persona, por lo cual la falta de aptitud o habilitación del trabajador contratado para la tarea no invalida el contrato por imposibilidad del objeto. Un ejemplo burdo referido a la imposibilidad del objeto sería que se celebre un contrato de trabajo para que alguien atienda una agencia de seguros en la luna (por lo menos todavía).

En lo que hace a la determinación del objeto –y sin perjuicio de que es admisible en el contrato de trabajo algún grado de indeterminación–, como regla general, no puede ser absolutamente indeterminada, porque en ese supuesto se considera nula. Si bien el art. 37 LCT dispone que la actividad personal e infungible que constituye el objeto del contrato de trabajo puede ser “indeterminada o

determinada”, debe existir una mínima determinación, ya que de lo contrario el trabajador contratado podría ser asignado a cualquier tipo de tareas (relacionar con *ius variandi*). Por lo general las partes, al celebrar el contrato, se ponen de acuerdo solo en los aspectos principales de la relación laboral y todo lo restante queda sujeto a la legislación aplicable y a los convenios colectivos (ver art. 46, LCT).

La determinación del objeto se refiere a lo acordado en el contrato; por ejemplo, si se contrató a alguien para “hacer trámites administrativos”, esa es la prestación a la que está obligado el trabajador, y la debe realizar aunque ostente la calidad de licenciado en administración de empresas o de contador público. La especialidad o los títulos formales de una persona no son los elementos que determinen el objeto del contrato. El objeto del contrato se pacta, y por eso posible que encontremos un abogado, médico o contador, manejando un taxi o remís como empleado.

La licitud está referida a la exigencia de que el objeto del contrato (la prestación) no contraríe ninguna prohibición legal, pero tampoco a la moral y las buenas costumbres.

La licitud, en sentido amplio, se refiere a dos cosas:

Contratos de objeto ilícito

Según el ordenamiento laboral, el objeto ilícito es aquel contrario a la moral y las buenas costumbres (art. 39, LCT), es decir, aquel reprochable desde el punto de vista ético, pero, lógicamente, también desde el punto de vista de una disposición legal. Por ejemplo, prestar servicios para una banda que se dedica al juego clandestino o a asesinar a seres humanos a cambio de dinero es ilícito porque viola la ley penal. Sin embargo, aun siendo contrario a la moral y a las buenas costumbres, no será considerado ilícito si las leyes, ordenanzas municipales o los reglamentos de policía lo consintiera, tolerara o regulara (art. 39 *in fine*); este es el caso, por ejemplo, de las casas de masajes, que si bien son contrarias a la moral y buenas costumbres (por lo menos en la cultura occidental), están toleradas públicamente por vía del cobro de tributos.

Las consecuencias de este tipo de contratos están estipuladas en el art. 41 LCT, en donde se establece que: a) son nulos de nulidad absoluta y, por ende, no son susceptibles de confirmación por hallarse afectado el orden público general; y b) no generan efecto alguno entre las partes y, en consecuencia, ni el trabajador ni el empleador pueden efectuarse reclamo alguno entre sí con fundamento en la Ley de Contrato de Trabajo. Para la ley laboral, tal contrato de trabajo es inexistente y no genera ningún tipo de responsabilidad entre las partes intervinientes en él, más allá de las responsabilidades civiles o penales que pudieran tener entre sí los contratantes o con relación a terceros.

Contrato de objeto prohibido

Por su parte, el objeto prohibido es el contrario a la ley o normas reglamentarias. Sin embargo, conviene precisar el concepto deteniéndonos en el art. 40 de la LCT, pues se considera prohibido el objeto del contrato cuando las normas legales y reglamentarias “hubieran vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones”.

Aquí la doctrina distingue cuatro supuestos de prohibición:

- En función del empleo de determinadas personas: sería el caso del menor que aún no ha cumplido la edad legal (salvo el caso de una empresa familiar).
- En función de determinadas tareas: sería el caso de la mujer contratada para trabajar en tareas declaradas insalubres (art. 176, LCT).
- En función de las épocas: sería el caso de la contratación de mujeres durante el período de “licencia por maternidad” (ver art. 177, LCT).
- En función de determinadas condiciones: sería el caso de la contratación de menores para que trabajen después de las 20 hs.

En cuanto a sus efectos, si bien produce la nulidad del contrato o de los aspectos que se contraponen a las normas o reglamentaciones legales, la prohibición está siempre dirigida al empleador (art. 42, LCT); por ello, el contrato de objeto prohibido es inoponible al trabajador y no afecta los derechos adquiridos por este durante la relación. Es decir, el trabajador sí puede reclamar –eventualmente– el cobro de las remuneraciones debidas y, en caso de despido injustificado, también podrá exigir las indemnizaciones legales pertinentes.

Por ejemplo, si un menor estuvo trabajando desde los diez años y esto es detectado por la autoridad de aplicación recién cuando el niño cumplió los trece años, como en ese momento cesa su actividad (no puede seguir trabajando), tiene derecho a los salarios y demás rubros devengados en el lapso trabajado.

Sin embargo, cabe aclarar que el art. 43 LCT prevé el supuesto de la prohibición parcial del objeto del contrato, en virtud de la cual este puede ser reconducido (evitándose así la nulidad), como sería el caso de un menor contratado para trabajar hasta las 24 hs., con el que luego se acuerda que trabaje hasta las 20 hs. (siempre que las tareas y/o actividad lo permita y sea posible).

La declaración de nulidad, tanto en los contratos de objeto prohibido como en los de objeto ilícito, debe ser efectuada de “oficio” por los jueces, es decir, aun sin mediar petición de parte. Ello es así por cuanto está en juego el orden público general y también el orden público laboral.

Quien controla es la autoridad administrativa (ver art. 44, LCT) a través del poder de policía (conforme Ley Provincial 8015). Debe tenerse en cuenta lo siguiente: en el supuesto de objeto ilícito, lo que está en juego es el interés general o social; en cambio, en el supuesto de objeto prohibido, más allá de labrar el acta de infracción y de imponer la sanción correspondiente, la administración tiende a la protección de la persona afectada, desde que la prohibición tiene un fundamento tuitivo diferente en cada caso.

De todos modos, en uno u otro caso, el contrato de trabajo en infracción deberá cesar definitivamente si es ilícito o bien reconducido si es prohibido y ello es factible.

Un ejemplo: el caso de los extranjeros

La Ley 25.871 dispone que los extranjeros solo pueden desarrollar tareas –sea en relación de dependencia o en forma autónoma– si han sido autorizados para ello. La admisión del ingreso y estadía puede ser permanente, temporaria, transitoria o precaria (aquellos que gestionan la regularización de su permanencia).

Solo los permanentes están habilitados para ejercer industria lícita y desempeñar una tarea en relación de dependencia en igualdad de derechos que los argentinos.

Los que tienen residencia temporaria pueden ser empleados durante el lapso de vigencia de la autorización (otorgada por la autoridad migratoria, dependiente del Ministerio del Interior). En cambio, los transitorios no pueden trabajar, salvo que estén expresamente autorizados. Los que tienen residencia precaria, excepcionalmente, pueden ser autorizados a realizar tareas en el plazo, lugares y con las modalidades que determine la autoridad migratoria.

La ley en cuestión prohíbe a los inmigrantes ilegales “trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia” (art. 53, Ley 25.871), y establece que ninguna persona podrá emplearlos con esos propósitos, por lo que resultan –en caso de violación a la prohibición– aplicables las disposiciones del art. 42 LCT.

La ley, además, prohíbe expresamente “proporcionar trabajo u ocupación remunerada” y vivienda a los extranjeros que residan ilegalmente en el país, bajo pena de multa. Dispone que la posibilidad de obtener un empleo en la Argentina, en cualquier actividad, está reservada a la “mano de obra nacional”, conformada por los ciudadanos argentinos nativos o nacionalizados y a los extranjeros habilitados por la ley general de migraciones para desempeñar tareas remuneradas.

El no cumplimiento de esta norma convierte al negocio en “prohibido”: la prohibición está dirigida al empleador y, por ende, este debe abonar las remuneraciones del tiempo en que se prestaron tareas. Se trata de un ilícito que viola medidas de policía migratoria y es pasible de una multa (art. 59 de la Ley 25.871).

Jurisprudencialmente, nuestro Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en “Gutiérrez Herrera Próspero Yone c/ Chen Yong Zhi”, S. 153, 2014) resolvió con mucha claridad que la infracción a la Ley 25.871 por parte del actor no excluye su derecho al cobro de las indemnizaciones pertinentes, por aplicación directa y operativa del principio de igualdad y no discriminación (arts. 16 y 20, CN). La ley migratoria resguarda los derechos adquiridos por el dependiente extranjero en infracción (arts. 16 y 56 íb.). En casos como el presente, el empleador no queda exento de la responsabilidad resarcitoria porque el demandante se encontrará en situación de ilegalidad. No deben cercenarse los derechos de los trabajadores en esa condición, aunque no estén autorizados a ejecutar tareas remuneradas (art. 53 íb.). La prohibición de su contratación está dirigida a los empleadores (arts. 16 y 55, segundo párrafo, íb.). Las directivas de la ley de que se trata guardan absoluta concordancia con los arts. 40 y 42 de la LCT.

Capacidades de las partes

Dentro del término “capacidad” podemos distinguir los conceptos de capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. La capacidad de derecho es la aptitud de la persona para adquirir y ejercer los derechos y contraer obligaciones (art. 22, CCC); es decir, la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas; en cambio, la de ejercicio es la capacidad para actuar (art. 23, CCC) –que en derecho laboral, se refiere a la capacidad para ser contratado como trabajador– y se adquiere en forma plena a los 18 años de edad (art. 32, LCT, texto según Ley 26.390).

La capacidad de derecho no puede faltar en forma total en una persona, mientras que la de hecho se refiere concretamente al ejercicio de esos derechos y puede no darse en determinadas personas o en determinadas situaciones o momentos de la vida.

Capacidad del empleador

Como adelantamos, no existen normas específicas en materia laboral respecto de la capacidad requerida para contratar trabajadores en relación de dependencia, por lo cual rigen los principios generales que contiene la ley civil.

A los fines didácticos podemos mencionar que, si el empleador es una persona física, tiene plena capacidad de ejercicio cuando:

- Es mayor de edad: la capacidad plena se adquiere a los 18 años.
- Es menor de edad, pero está emancipado.

Al contrario, no tienen capacidad para ejercer el comercio y, obviamente, no pueden ser empleadores: los incapaces, que incluye a los menores no emancipados; los interdictos; los dementes declarados en juicio; los inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes; los fallidos.

La incapacidad del fallido para ser empleador sobreviene una vez acontecido el desapoderamiento de sus bienes, luego de la declaración de quiebra y respecto únicamente de la administración y disposición de ellos.

Asimismo, la declaración de quiebra lo inhabilita para ejercer actos de comercio por sí o por interpósita persona, para ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones mutuales y fundaciones mientras dure la inhabilitación (LCQ).

En estos casos, la doctrina entiende que el contrato de trabajo es nulo e inoponible a la masa de acreedores.

En cambio, el concursado preventivamente no tiene problemas en realizar contrataciones en la medida en que conserva la libre administración de sus bienes (más allá de la supervisión genérica del síndico designado en el proceso concursal).

Capacidad del trabajador

La capacidad para celebrar un contrato de trabajo en calidad de empleado parte del reconocimiento de tal facultad a partir de una edad determinada por motivos de política de empleo y de resguardo de valores propios de la persona del trabajador (física y psíquica).

Sobre este punto, la LCT establecía en su texto original como edad mínima los catorce (14) años de edad para celebrar contrato de trabajo por parte del trabajador, lo cual iba a contrapelo de los convenios internacionales en la materia, como por ejemplo el Convenio n° 138 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por la Ley 24.650) que hablaba de quince (15) años como edad mínima.

Con la reforma introducida por la Ley 26.390, el nuevo art. 32 de la LCT establece que las personas pueden celebrar contratos de trabajos desde los dieciocho (18) años y que los menores tienen capacidad para celebrar contrato de trabajo desde los dieciséis (16) años, siempre que cuenten con autorización de sus padres, responsables o tutores; de esta manera, se eleva la edad mínima de los catorce (14) años –que preveía el texto original de la Ley 20.744– a los dieciséis (16) años.

A su vez, el nuevo texto de la norma “presume” que la vida independiente de los menores (mayores de 16 años) implica “consentimiento” de los padres para que laboren procurando su sustento y, por el contrario, los menores que dependan de sus padres adquieren capacidad a partir de los dieciocho (18) años y, si quieren celebrar contrato de trabajo antes de esa edad, deberán contar con la autorización expresa de aquellos.

Debe aclararse que la Ley 26.390 establece una prohibición del trabajo de menores “en todas sus formas”; es decir, con la reforma se protegen todas las relaciones de empleo, sean o no jurídicas dependientes, en que estén vinculados menores (por ejemplo, los menores socios de cooperativas de trabajo). Concretamente, la reforma trasciende la Ley de Contrato de Trabajo y los convenios colectivos de trabajo, al proteger y evitar el trabajo de los menores de dieciséis (16) años, respecto del personal comprendido en los estatutos de casas particulares y agrarios.

Por ello es conveniente que, con respecto al sujeto trabajador, realicemos una división entre aquellos que tienen capacidad plena, que son los mayores de dieciocho (18) años, y los que son absolutamente incapaces, franja en la que se encuentran los menores de dieciséis (16) años, con la sola salvedad de las empresas de familia, reguladas por el art. 189 bis, como se verá infra. Así entonces, puede afirmarse que la capacidad plena laboral se adquiere a los 18 años, edad que, luego de la reforma del Código Civil, coincide con la plena capacidad civil. Esta plena capacidad de los mayores de 18 años significa que tienen la libre administración y disposición de los bienes adquiridos con el fruto de su trabajo.

Actualmente no se da el absurdo que señalara el Dr. Altamira Gigena, en el sentido de que un menor mayor de 18 años y menor de 21 podía disponer a título gratuito u oneroso de los bienes obtenidos con su esfuerzo (por ejemplo, otorgar escritura traslativa de dominio de un inmueble adquirido con el fruto de su trabajo), pero no podía hacer nada de esto respecto a los bienes obtenidos de otra manera (por ejemplo, donación, herencia), ya que en relación a esos bienes continuaba bajo la patria potestad de sus padres hasta cumplir los veintiún (21) años.

En el otro extremo, a los empleadores les está absolutamente prohibido tomar trabajadores menores de 16 años. Estos menores, si bien tienen capacidad de derecho o jurídica, carecen por completo de capacidad para obrar. No obstante lo expuesto, la prohibición del art. 189 LCT tiene una sola excepción, obrante en el art. 189 bis LCT (empresa familiar), que consiste en permitir el trabajo de los menores entre 14 y 16 años de edad,

en las empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con asistencia escolar. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 189 bis).

Se aclara que la empresa de la familia que pretenda acogerse a esta excepción “deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción”. Es decir, se mantiene la excepción del “trabajo familiar”, pero se limita legalmente la jornada (3 horas diarias y 15 semanales) y, además, se requiere autorización administrativa para hacerla operativa.

El último párrafo del citado art. 189 bis establece otra clara limitación. Para el supuesto de que la empresa familiar, por medio de toda forma de descentralización productiva o a través de cualquier acto o vínculo, fuese subordinada económicamente o contratista o proveedora de otra empresa, no podrá otorgarse la autorización administrativa para que el niño cuya edad va desde los 14 a los 16 años se desempeñe en el emprendimiento familiar. En este aspecto, la nueva ley sale al cruce de la posibilidad de que, a través de formas de interposición fraudulenta o de la tercerización de actividades, se contrate a niños cuya edad sea inferior a los 16 años.

La LCT dedica varios artículos al trabajo de menores (arts. 187 a 195, reformados también por la Ley 26.390), que prohíben el trabajo nocturno, el trabajo a domicilio, las tareas penosas, peligrosas o insalubres, y limitan la jornada a 6 horas diarias y 36 semanales. La excepción es la jornada de los menores de más de 16 años que, con autorización administrativa, puede extenderse a 8 horas diarias y 48 semanales.

Sobre este tema, uno de los aspectos más destacables de la nueva normativa radica en la sustitución del art. 195 de la LCT (art. 13 de la Ley 26.390). Concretamente, se deja de lado el considerar culposa la conducta del empleador cuando cualquiera de las personas trabajadoras comprendidas en el Título VIII de la LCT sufra un accidente o una enfermedad vinculados con el desempeño laboral y su causa sea alguna de las tareas prohibidas respecto del niño, o las labores se hayan desenvuelto en condiciones que configuren infracción a sus requisitos. En esos casos, la conducta del empleador se considerará “dolosa” y, por ende, su proceder adquirirá la condición de delito en los términos del art. 1072 del Código Civil. La posibilidad de generar prueba en contrario se limita al supuesto de que el accidente o enfermedad deriven de hallarse el niño trabajador afectado en un sitio en el cual fuese prohibida o ilícita su presencia y la permanencia en ese sitio no fuese conocida por el empleador.

En cuanto a su capacidad procesal, los menores están facultados para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato de trabajo y para hacerse representar por mandatarios con la intervención promiscua del Ministerio Público a partir de los dieciséis (16) años (nuevo art. 33, LCT). Sin embargo, debe aclararse que ahora, luego de la reforma, la representación promiscua del Ministerio Público no es obligatoria, lo que no quita que cada juez –por razones de orden público– decida darle interven-

ción. La capacidad procesal es la relativa al ejercicio de derechos provenientes del contrato de trabajo celebrado por el menor y no está referida a cuando el menor es titular de un crédito laboral que surge de la muerte de algún causahabiente (art. 248, LCT); en este caso, debe ser representado por el progenitor supérstite o por un tutor.

Por último, el nuevo art. 33 LCT establece que, en los procedimientos donde intervengan menores, se deberán respetar las garantías del art. 27 de la Ley 26.061, el cual prevé lo siguiente:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño, o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 33).

Son incapaces los dementes declarados judicialmente, los inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual, uso de estupefacientes, disminución mental o prodigalidad, aunque los inhabilitados –en principio– pueden celebrar contrato de trabajo porque pueden otorgar actos de administración sin conformidad del curador. Si bien el fallido (como queda dicho supra) en principio no puede contratar como empleador, sí puede ser trabajador, porque la quiebra le impide administrar su patrimonio comprendido en la masa, pero no el ejercicio de los derechos inherentes a su persona.

Los contratos de trabajo pueden ser celebrados por argentinos o extranjeros sin limitación. Los extranjeros ilegales y los residentes temporarios que no estén habilitados por la autoridad migratoria para desarrollar actividades remuneradas encuadran en el concepto de contrato de trabajo de objeto prohibido (como vimos), lo cual significa que es nulo, pero dicha nulidad es inoponible al trabajador, que conserva sus derechos (art. 40, LCT).

Forma

Para la celebración del contrato de trabajo rige el principio de libertad de las formas. Esto significa que no se requiere una forma determinada como requisito de validez del contrato de trabajo, como sucede en el caso de los contratos formales. El art. 48 LCT dispone que “las partes podrán escoger libremente sobre las formas a observar (...) salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares”. De esta manera, puede afirmarse que el contrato de trabajo tiene carácter no formal, salvo para aquellos supuestos que salen del marco del régimen general de contrato permanente, como los contratos a plazo. En esos casos, la inobservancia de las formas predeterminadas exigidas acarrea como sanción su transformación en un contrato por tiempo indeterminado.

El primer párrafo de art. 90 LCT habla del contrato por tiempo indeterminado y establece: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que (...) se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración”. Es decir, no hay forma de probar un contrato de trabajo por tiempo determinado que no sea con el contrato escrito. En este supuesto no se puede invocar o acreditar la determinación del plazo a través de otro tipo de prueba (testigos, indicios) que no sea el taxativamente prescrito por ley. Sin embargo, en esos casos –como dijimos– la carencia del requisito formal no acarrea la nulidad del contrato sino su conversión o transformación en uno por tiempo indeterminado.

El art. 49 LCT trae esta solución cuando estipula:

Los actos del empleador para cuya validez esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo exigieran una forma instrumental determinada se tendrán por no sucedidos cuando esa forma no se observare. No obstante, el vicio de forma, el acto no es oponible al trabajador. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 49).

Es decir, si bien algunas veces la legislación laboral requiere determinadas formas para determinados actos que, de no ser observadas, se consideran inexistentes (“se tendrán por no sucedidos”), el trabajador puede invocar su existencia si lo beneficia (cosa que no puede hacer el empleador). Se entiende que el empleador no puede alegar como defensa su propia torpeza. Recordemos que para proteger los derechos del trabajador la LCT impone al empleador determinadas obligaciones formales (como la de llevar la documentación laboral donde se registra al dependiente). Lo expresado en el artículo quiere decir que, por más que el empleador haya pactado con el trabajador una duración limitada de su relación de trabajo, si lo dicho no ha sido instrumentado por escrito como la ley lo dispone, la consecuencia jurídica es que tal limitación de la durabilidad contractual no existe en el campo jurídico; y, si el empleador pretendiese el cese del contrato de trabajo por expiración del plazo pactado, deberá abonar las indemnizaciones correspondientes a un cese incausado. Lo mismo ocurre con la renuncia al empleo si no se ha instrumentado conforme lo establecido por el art. 240 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por otra parte, el carácter informal del contrato no obsta a que la LCT exija una forma determinada para ciertos “actos” y, en esos casos, sí la forma constituye requisito para su validez, o sea, para que cumplan el efecto previsto. A modo de ejemplo, algunos actos que para perfeccionarse requieren la forma escrita son: notificación del matrimonio (art. 181); comunicación de la excedencia (art. 186); comunicación de la fecha de vacaciones (art. 184); notificación de las suspensiones (art. 218); notificación del preaviso (art. 235); renuncia (art. 240); extinción por mutuo acuerdo (art. 241); comunicación de la justa causa del despido (art. 243); intimación para que el trabajador se jubile (art. 252); la conciliación y la transacción (art. 15 LCT); la intimación para registrar debidamente la relación laboral (art. 11, Ley 24.013, texto Ley 25345), entre otros.

Prueba del contrato de trabajo

El art. 50 LCT establece que “el contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art. 23 de esta ley”. Cuando habla de los “modos autorizados por leyes procesales”, en el caso de la provincia de Córdoba, y conforme el art. 39 de la Ley de Procedimiento Ju-

dicial Laboral (Ley 7987), establece el principio de la inversión de la carga probatoria en los supuestos allí establecidos. Ello significa que, si bien la regla en el proceso judicial es que quien alega o afirma un hecho debe probarlo y, por lo tanto, si un trabajador invoca la existencia de un contrato de trabajo y la empresa lo niega, corresponde al trabajador demostrar sus afirmaciones; si –a su vez– el empleador debía llevar libros y no los lleva, la ley presume la veracidad de los dichos del trabajador que el empleador deberá revertir (con prueba en ese sentido).

Los medios de prueba previstos en la ley de procedimiento judicial local son: a) documental o instrumental; b) pericial (principalmente la pericial contable, que se desarrollará en el capítulo respectivo; c) informativa; d) testimonial; e) confesional; f) inspección ocular; y g) las presunciones judiciales.

Respecto a la presunción del art. 23 LCT, este dispositivo legal complementa lo dicho más arriba, porque en el derecho laboral “la prestación de servicios hace presumir el contrato de trabajo”, lo que trae aparejado, en definitiva, un caso de inversión de la carga de la prueba; en esos casos, probada por el trabajador la prestación de servicios, el empleador deberá demostrar que esta no constituye o no presupone un contrato de trabajo. Concretamente, probada por el trabajador la prestación de servicios en el establecimiento del demandado (empleador), será este quien deba acreditar que la causa de su presencia no era un contrato de trabajo, sino que se debía a otro motivo (por ejemplo, sociedad, locación de obra o de servicio, amistad). Por supuesto que esta presunción no tiene lugar si el trabajador invoca la existencia de un contrato por tiempo indeterminado y el empleador lo niega aduciendo que entre ellos medió, por ejemplo, un contrato de plazo fijo. En este caso, conforme lo expuesto, corresponde al empleador probar tal afirmación, llevando el contrato escrito firmado por el trabajador (art. 90, LCT).

Las presunciones en juicio

Registros laborales

Vale mencionar que el art. 52 LCT constituye una norma muy invocada en todos los procesos judiciales por las consecuencias que se derivan de la no exhibición del libro allí prescripto, libro donde se tienen que anotar todos los datos personales y laborales del trabajador (ver art. 52, LCT).

Recordemos que el libro defectuoso no implica necesariamente el pleno juego de la presunción favorable al trabajador, sino que ello será evaluado por el juez, quien, no obstante las deficiencias que pudieren existir, puede otorgarles validez total o parcial a los registros allí anotados (ver art. 53, LCT).

Intimaciones

A su vez, la norma del art. 57 LCT exige una respuesta temporal del empleador a la intimación que le realice un trabajador respecto de cualquier aspecto vinculado con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Por tal motivo, la falta de respuesta del empleador constituye una presunción a favor del trabajador,

siempre y cuando dicho silencio subsista durante un plazo razonable, que la ley especifica mínimamente en dos días hábiles desde la recepción de la intimación.

Presunciones en contra del trabajador

A contrario de lo que sucede con el empleador, cuyo silencio, omisión de llevar libros, de exhibirlos, etc., como vimos, le generan consecuencias probatorias adversas en un proceso judicial, la ley expresamente ha determinado que ello no es aplicable en contra del trabajador (art. 58, LCT).

Es decir, para el empleador el silencio es una presunción en su contra; en cambio, para el trabajador, no hay presunciones que conduzcan a sostener la renuncia al trabajo o a cualquier derecho que emane de la ley o de preceptos constitucionales.

Aquí está bien claro el juego del principio protectorio.

Jurisprudencia

Supuestos en que no se configura relación laboral

“Los bomberos voluntarios no son trabajadores. No hay empresa en los términos del art. 5 LCT. Se paga según la existencia de fondos disponibles. Su objeto no tiene fin de lucro” (TSJ – S. 186, 2014, “Di Pietro, Liliana Soledad c/ Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Villa Carlos Paz”).

“En consecuencia, Di Pietro llevaba a cabo una labor según los objetivos de la entidad civil (atender el teléfono, manejar la radio y accionar la sirena). No existe vínculo de cambio (tarea-remuneración), sino un voluntariado con una asignación con carácter de estímulo, situación ajena al ámbito del derecho del trabajo. En realidad, la causa que generó la unión habida entre las partes no era laboral, la modalidad se caracteriza por brindarse a una institución con la finalidad de cooperación con el bien común. En definitiva, la sección operativa (cuerpo activo, auxiliar y aspirante) despliega una labor gratuita y quienes lo hacen tienen el carácter de servidores públicos” (ver arts. 1º, Ley 8.058, y 1º, Decreto n° 957/04).

“No existe relación laboral entre un motociclista que prestaba servicios de mensajería a requerimiento de la empresa demandada y esta última, toda vez que el actor se desempeñaba con otros motociclistas, operando por tanto dicha empresa y sus componentes como proveedores de servicios empresarios” (Sala 1ª, 02/09/2003, “Sánchez, Juan P. v. Saporitti S.A y otro”, DT 2004-A-35).

“El hecho de que el actor debiera concurrir a los entrenamientos, acatar algunas órdenes de su entrenador, y vestir la ropa que le brindaba la demandada, no resulta suficiente para concluir que existió entre las partes una relación de naturaleza laboral, pues estas circunstancias fueron tenidas en consideración cuando se le otorgó la beca solicitada, a fin de afrontar los gastos que le ocasionaba la práctica de voleibol en el club demandado” (Sala 2ª, 28/04/2003, “Turzi, Gerardo D. v. Club de Amigos Asociación Civil”).

“No hay contrato de trabajo entre quien se desempeñó como disk jockey con sus propios equipos de sonido e iluminación y quien explota el local. El contrato de trabajo presupone como trabajador a una persona física y excluye a quienes se desempeñan como empresarios en cuanto titulares de bienes materiales cuyo aporte es tan esencial como la realización de las prestaciones personales. Si el actor poseía los instrumentos como para contar con una organización empresarial propia, no se da el requisito de dependencia económica exigido por la LCT” (Sala 1ª, 08/06/2000, “D’Elía, Vicente R. v. Iglesias, Florencio A.”).

CASOS DUDOSOS DE RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Trabajador autónomo. Profesiones libres

“La inscripción previsional como trabajador autónomo, si bien en principio no es por sí misma excluyente de una relación de dependencia, adquiere otra significación atendiendo a las características de la tarea desarrollada como administrador del establecimiento propiedad de la demandada. Dicha circunstancia debe ser apreciada en conjunto con otros elementos de juicio que, en el contexto de la relación existente entre las partes, adquieren especial relevancia para la correcta solución del caso (Fallos 312:1831), tales como la escasa frecuencia con que la actora concurría a efectuar sus tareas -una vez por semana- y el hecho de que no prestara servicios en forma exclusiva para la demandada, siendo que también había adoptado con otros clientes idéntica modalidad remuneratoria (del voto de la mayoría)” (Corte Sup., 30/06/1999, “Alonso, Jorge v. Rumdi SA”).

“Cuando, por las características de algunas actividades, es posible que las mismas prestaciones profesionales puedan ser contratadas indiferentemente tanto dentro del régimen de trabajo subordinado como de trabajo autónomo, el modelo normativo que sirve de referencia para distinguir entre unos y otros se presenta inadecuado, por lo que carece de practicidad acudir al concepto jurídico de relación de dependencia. Constituye una presunción en contra de la relación laboral, y coloca el caso en el ámbito del trabajo autónomo, la circunstancia de que durante un prolongado lapso (40 años) el médico accionante no se consideró dependiente del hospital, no exigió recibos de sueldo, vacaciones o aguinaldo, ni efectuó reclamos al respecto” (Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Lab., 29/05/2001, “Sala, Miguel A. v. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano s/ Recurso de casación” - TySS 2001-551)

Taxistas

“Un contrato de ‘locación del automotor’ mediante el pago de una tarifa que se debía abonar por adelantado, obteniendo como ganancia la totalidad de la recaudación, no obsta a que se aplique al caso la presunción del art. 23, LCT, que opera aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien prestó el servicio” (Sala 3ª, 31/10/2001, “Carrillo Gajardo, Carlos v. Coira, Alberto O. y otro”; Sala 3ª, 28/02/2000, “Albornoz, Rodolfo A. v. Leguizamón, Miguel A.”).

Otros

“Si el accionante concurría habitualmente al establecimiento de la empleadora y según las necesidades de ésta podía trabajar o no en la recolección de residuos, cobrando según los días trabajados y regresando a su casa cuando no había trabajo, la naturaleza del vínculo era fugaz y no podía generar una vocación de permanencia en el desarrollo del contrato” (Sala 8ª, 28/12/2000, “Rodríguez, Omar A. v. Transportes Olivos S.A y otro”).

“La contratación en contadas ocasiones, para la realización de tareas específicas abonadas en cada oportunidad, excluye la posibilidad de considerar la existencia de un contrato de trabajo permanente, y por ende no le otorga la estabilidad que pretende el recurrente, ya que constituye un servicio no habitual” (Sala 3ª, 20/07/2001, “Palavecino, Celindo L. v. Jelen, Rogelio I.”).

“Aun cuando en la mayoría de los casos las relaciones de carácter eventual se dan para satisfacer exigencias extraordinarias del empleador, los servicios transitorios pueden tener lugar para atender a necesidades permanentes de este último, tal el caso de cualquier changarín que es contratado en un mercado cualquiera, por un día o a veces por unas horas para realizar tareas -v.gr., descarga de mercadería- que hacen a necesidades que en modo alguno pueden considerarse transitorias. Pero si ha quedado probado que respecto de la demandada el vínculo se prolongó durante un tiempo más que prudencial -dos décadas- es dable acoger las expectativas del trabajador y considerar que esa relación tenía vocación de permanencia aun cuando las prestaciones fueran discontinuas” (Sala 4ª, 30/09/1997, “Llivara, Miguel v. Ferraro, María” (JA 2001- III, síntesis).

“El tarjetero es una figura fundamental en la cadena de servicios de un local nocturno en cuanto de él depende, en gran medida, el acceso de personas razonables y el acercamiento de muchachas jóvenes. De ahí que la función de la persona que reparte tarjetas de invitación al local, en la calle, integre el ritmo empresario y debe ser calificado como trabajador subordinado. Salvo que el empresario demuestre que tal actividad fue realizada sobre la base de otra causa jurídica” (Sala 6ª, 08/04/1998, “Mele, Alejandro v. Chacón, Fernando”).

Presunción del art. 23, LCT

“En general, esta sala ha sostenido que la presunción del art. 23 LCT, no es aplicable cuando quien pretende obtener el reconocimiento de un status laboral -generalmente luego de agotada la relación y con vistas a obtener las prestaciones que derivan de su extinción- es un profesional universitario. Se trata de una regla flexible, que cede cuando los servicios propios de las incumbencias del prestador, son de la misma naturaleza de los que la empresa en cuestión ofrece en el mercado- aquí la situación se acerca a la aprehendida por el art. 23 cuyo modelo son las relaciones laborales en la industria o el comercio-. También cuando, aunque se haya celebrado un contrato no laboral (ej. locación de servicios, locación de obra, mandato), las partes se comportaron, en su ejecución, como lo harían típicamente un trabajador y su empleador” (Sala 8ª, 21/05/2004, “Panozzo Zenere, S. v. Silver Cross América Inc. SA”).

“Como la generalidad de las presunciones, la del art. 23 LCT parte de la observación de comportamientos sociales típicos a los que atribuye el significado jurídico que regularmente le asignan los operadores, proporcionando al intérprete un “atajo” que le permite simplificar el proceso en análisis” (Sala 8ª, 12/03/2003, “Farini Duggan, Héctor J. v. Swiss Medical Group. SA”).

“La presunción del art. 23 LCT, en cuanto a la existencia de la relación laboral invocada por un profesional de la salud -a los fines de la procedencia de las indemnizaciones por despido-, no queda desvirtuada por el hecho de que éste extendiera a la demandada facturas tipo ‘C’ en concepto de honorarios profesionales” (Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Lab., 21/08/2002, “Bruera, Esteban O. v. Family Emergencias SRL” - DT 2003-A-83).

“Establecido entonces que el accionante prestó servicios para los accionados en el periodo ya referido, considero que se configura la relación laboral de dependencia prevista en la normativa ya mencionada, ley 22.250 y decreto reglamentario, y además en función del art. 35 de la ley 22.250, a mi criterio se da la situación prevista en el art. 23 de la LCT, no acreditando la parte accionada que esa relación haya tenido una causa distinta a la relación laboral de dependencia, o que pueda considerarse al actor como un empresario” (“Biciuffa, Florencio c/ Celso E. Danielli y/u otro – Demanda”, Cám. Trab. Córdoba, Sala X [Unipersonal], Sentencia del 21/06/2000).

La estabilidad: concepto y clasificación

Concepto

Según la concepción tradicional, estabilidad “es la permanencia jurídicamente garantizada”, lo que quiere decir que es el derecho del trabajador de permanecer en su puesto de trabajo mientras dure su buena actuación administrativa y no hubiera causa de cesantía. En tal conceptualización solamente los empleados públicos, tanto nacionales como provinciales, tendrían derecho a permanecer en sus cargos mientras no sean separados de estos, vía un sumario previo que les garantice el ejercicio del derecho de defensa, ya que, conforme vamos a desarrollar inmediatamente, solamente el empleado privado tiene un régimen de protección contra el despido arbitrario, protección que en ningún caso (ni aun en los agravados) lleva al reintegro, con la sola posibilidad del dirigente gremial que pueda ejercer su acción de reinstalación y cuyo incumplimiento patronal a la obligación de hacer, de reincorporarlo al trabajo, generará la imposición de astreintes, es decir, lo convierte en una cuestión patrimonial.

Enseña Ackerman (2017) que resulta importante distinguir entre permanencia y estabilidad, ya que, desde el punto de vista jurídico, se entiende que la permanencia alude a una situación de hecho –expectativa o posibilidad de conservar el puesto–, mientras que la estabilidad es el derecho que garantiza la permanencia (p. 191).

La norma protectora de la estabilidad tiene su basamento constitucional, como ya hemos visto en la parte segunda de este capítulo, en el art. 14 bis, cuando la señala como derecho de los trabajadores, que debe ser asegurado por las leyes que se dicten en su consecuencia, la “estabilidad del empleado público”.

Clasificación

La doctrina tradicional divide la estabilidad en dos concepciones:

- la estabilidad relativa o impropia.
- la estabilidad propia o absoluta.

Estabilidad relativa o impropia

Nuestra Ley de Contrato de Trabajo recepta la teoría de la estabilidad impropia, es decir, aquella estabilidad que puede ser extinguida por decisión unilateral de las partes cuando se den algunas de las causales de extinción, y que generará o no derecho indemnizatorio según se configuren las causales del art. 242 de la ley. Incluso, esa estabilidad impropia se va a dar en aquellas situaciones en que la ley pone énfasis en proteger concretamente las situaciones de los despidos vinculados a dirigentes gremiales, a la mujer embarazada, a la protección en caso de matrimonio y aun luego de la Ley 25.561 y su ratificación por Ley 25.972, en el período de emergencia social y de prohibición de despedir.

En todos esos casos, lo único que hace la ley es agravar o patrimonializar una mayor indemnización, pero siempre la estabilidad sigue siendo impropia, salvo en el supuesto ya señalado, es decir, en la hipótesis de la acción de reinstalación del dirigente sindical (con los particularismos referidos). En los demás supuestos, la ley recepta solamente el concepto de la estabilidad impropia, incluso en aquellos institutos vinculados con la protección de la mujer embarazada durante el período de gestación (no así como dispone la legislación brasileña, que establece la nulidad del despido de la mujer embarazada y su reintegro al puesto de trabajo). En nuestro país solamente se le abonará, a más de las indemnizaciones por despido incausado, como sanción pecuniaria gravosa, un año de remuneraciones por no haber respetado su derecho a la permanencia como empleada, que consagra el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Estabilidad absoluta

Únicamente está receptada la estabilidad absoluta en nuestro país en la Ley 25.164 (que derogara la Ley 22.140), en el régimen jurídico de la función pública. La estabilidad solamente la tiene aquel empleado administrativo público que ha sido designado como empleado permanente y luego de un año de cumplir sus funciones (en el orden nacional, en el art. 17 de la Ley 25.164; en Córdoba hay una norma similar en el Estatuto del Empleado Público –Ley 7233).

Tampoco tienen estabilidad los funcionarios políticos de los distintos gobiernos que por vía democrática son reemplazados en su función de gobierno. La razón de ser de la estabilidad del empleado público está justificada por la necesidad de la perduración de los actos de gobierno, por la seguridad jurídica que debe tener el administrado de que –independientemente de cuál sea el gobierno de turno que esté ejerciendo el poder– sus peticiones administrativas tendrán el mismo valor; por otro lado, para el empleado, su estabilidad está dada en función de que la tarea cumplida deje de ser un botín político para los vencedores de contiendas electorales y se tienda a garantizar la norma constitucional que señala que para desempeñarse en los empleos públicos el único requisito es la idoneidad. Naturalmente, esta norma tiene su cuestionamiento en lo que hace a la metodología de nombramiento del personal, que generalmente no es por concurso público de antecedentes ni examen de idoneidad, sino por influencias o vinculaciones políticas con quien tiene a su cargo proveer a su designación. De todas maneras, el art. 17 ya citado de la ley marco de regulación del empleo público nacional tiende a mejorar la situación existente, al disponer que la adquisición de la estabilidad en el empleo se producirá cuando se cumplimenten las siguientes condiciones:

La acreditación de condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño y capacitación y del cumplimiento de las metas y objetivos establecidos para la gestión durante el transcurso de un período de prueba de doce (12) meses de prestación de servicios efectivos, así como de la aprobación de las actividades de formación profesional que se establezcan.

La obtención del certificado definitivo de aptitud psicofísica para el cargo.

La ratificación de la designación mediante acto expreso emanado de la autoridad competente con facultades para efectuar designaciones, al vencimiento del plazo establecido en el inc. a12.

La estabilidad de los empleados públicos

Ya se ha señalado, al comenzar con el desarrollo en el punto anterior, que la estabilidad del empleo público no es para todos los supuestos sino únicamente para el empleado público que acredite un año de antigüedad en el empleo y que haya sido designado como personal permanente, porque la forma en que las administraciones públicas, a través de los gobiernos nacionales, provinciales o municipales, han tendido a eludir la norma de la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público ha sido la vía de la no designación por acto administrativo. Por ello, se han creado los contratos temporarios y también alguna otra figura que no genera estabilidad. En la práctica, nuestro país tiene en casi todos los estamentos el sistema de estabilidad impropia, porque la estabilidad absoluta ha quedado únicamente como definición o concepto, salvo el supuesto ya comentado del art. 16 de la Ley 25.164.

Dicha norma ha sido reglamentada a través del Decreto 1421/2002, de fecha 8 de agosto de 2002, que, en la parte pertinente a este artículo, dispone lo siguiente:

El derecho a la estabilidad comprende la conservación del empleo, la situación escalafonaria alcanzada en la progresión vertical y horizontal de la carrera administrativa y la retribución asignada a la misma, mientras no se configuren las causales de cese previstas en el Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente.

En el supuesto de promoción vertical del agente, la estabilidad en el grado o carrera horizontal se regirá por las disposiciones de los respectivos regímenes de carrera debiendo respetarse la remuneración alcanzada por el agente en concepto de nivel y grado hasta dicha promoción. En caso de corresponder, deberá aplicarse un suplemento por cambio de situación escalafonaria, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto n° 5592 del 9 de septiembre de 1968. Dicho suplemento será absorbido hasta su extinción por los aumentos posteriores que correspondan a la remuneración del agente.

Se considera cumplido el plazo del período de prueba, generándose el derecho a la estabilidad por parte del agente, al vencimiento de los DOCE (12) meses de prestación de servicios efectivos y con la acreditación, dentro de dicho término, de los requisitos exigidos por los incisos "a" y "b" del artículo 17 del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente, si no se hubiera dispuesto la cancelación de la designación con anterioridad.

Para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso “a” del artículo 17 del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente, previo a la finalización del período de prueba aludido, el titular de la unidad organizativa de primera apertura de la que dependa el agente realizará un informe de evaluación sobre la acreditación de la idoneidad requerida y su pertinencia con el perfil del cargo y, en su caso, del cumplimiento de metas y objetivos de desempeño preestablecidos, así como de la aprobación de las exigencias de capacitación que se hubieren dispuesto, en los plazos y según el procedimiento que dicte la autoridad de aplicación.

El acto de cancelación de servicios será dispuesto por la autoridad superior con jerarquía no inferior a secretario de Estado o por el titular del organismo descentralizado, del que dependa el agente. La falta de acreditación de los requisitos exigidos en los incisos “a” y “b” del artículo que se reglamenta por el presente dentro de dicho plazo produce la cancelación automática de la designación, debiendo dictarse el acto pertinente.

La cancelación de la designación no generará derecho a indemnización alguna. Se entiende por mes de servicio efectivo el período en el cual el agente hubiera cumplido estrictamente con las jornadas de labor que le corresponda, conforme con la naturaleza de su prestación, incorporándose al mismo exclusivamente el término de licencia anual ordinaria usufructuada. Los agentes que cambien su situación de revista presupuestaria dentro del ámbito del presente régimen sin haber mediado interrupción de la relación de empleo público no deberán acreditar nuevamente los requisitos de ingreso ni la formalización de la renuncia, siendo el acto formal de la efectiva designación suficiente elemento de juicio para la actualización de los registros correspondientes. (Decreto 1421/2002)

La conceptualización de la estabilidad absoluta es aquella que dispone que, si un empleado público ha sido cesanteado sin causa o por una causa que luego no se acreditaba y dicho trabajador inicia un juicio contencioso administrativo y la resolución le es favorable, el ente municipal o el Estado provincial o nacional tienen que proceder a reincorporarlo y abonarle todos los salarios caídos durante la tramitación del juicio. Se ha entendido y aceptado que el empleado público es aquel que detenta un cargo inferior al rango de director en la esfera escalafonaria pública, por lo que, por consiguiente, este cargo (el de director), como puesto político, es un puesto sin estabilidad y, por ende, sujeto a remoción o renuncia a la culminación del mandato de quien lo designó o cuando el funcionario superior decida apartar al funcionario de rango inferior, dentro del libre juego del manejo de las fuerzas políticas. En este sentido se ha expedido la jurisprudencia:

La relación de empleo público cuando hay estabilidad, ésta puede ser propia o impropia, siendo propia la absoluta, por la cual no cabe la indemnización como sustitución por el cargo mientras que la estabilidad relativa, es decir la segunda, es aquella donde procede la indemnización sustitutiva (...) los agentes públicos gozan de estabilidad, pero existen excepciones, entre las que se cuentan el personal transitorio u contratado, por la misma modalidad de prestación del servicio. A esta altura cabe consignar que la Constitución de la Provincia de Córdoba, en el segundo capítulo de la sección de los derechos, referidos a los ‘Derechos sociales’, fundamentalmente en el art. 23 que regula los del trabajador, prescribe en el inc. 13 que todas las personas en la Provincia tienen derecho: ‘a la estabilidad en los empleos públicos de carrera, no pudiendo ser separados del cargo sin sumario previo que se funde en causa legal y sin garantizarse el derecho de defensa. Toda cesantía que contravenga lo antes expresado, será nula, con la reparación pertinente al escalafón en

la carrera administrativa'. El derecho al que la Constitución se refiere, significa permanencia para el personal de carrera, pero en modo alguno para el personal contratado o transitorio en donde la designación del empleado ha sido hecha para que se desempeñe en un cargo por un tiempo fijo, habida cuenta las necesidades emergentes del servicio, que la administración municipal, en este caso debió atender. ("Guevara, José A. c/ Municipalidad de Hernando" (Cám. Civ. Com. Fam. y Trab., Río Tercero, Sentencia del 12/09/1997, L.L. Córdoba, 1997-1012).

La Corte Nacional, en las causas "Madorrán c/ Aduana" y "Ruiz c/ AFIP", ha estipulado que, cuando se han producido cesantías injustificadas de empleados públicos debidamente designados, la única solución constitucionalmente válida es la reincorporación de estos, más allá de que en el régimen particular propio de determinada actividad estatal, regida por CCT, existiera la posibilidad de pago de algún tipo de indemnización sustitutiva.

La estabilidad en los estatutos particulares

Si bien nuestra norma constitucional únicamente consagra la estabilidad absoluta con el carácter de norma operativa para el agente público, hubo estatutos especiales y convenios colectivos que también la establecieron.

En este sentido, el estatuto de los bancarios, cuando se regía por las Leyes 12.637, 12.988, así como sus modificatorias y decretos reglamentarios y los convenios colectivos de trabajo de aplicación para los empleados de entidades deportivas y civiles (UTEDyC), de los empleados de la industria cementera y también los de la industria cervecera y maltera, etc., así lo dispusieron.

En tales dispositivos legales o convencionales se decía que si la cesantía era incausada (sin causa o con causa no acreditada) el trabajador comprendido en el despido injustificado tenía derecho a que se le abonaran los salarios desde la época del cese de su vinculación laboral hasta la época de la jubilación, en razón, en primer lugar, de que el acto del distracto era un acto nulo y los salarios caídos se abonaban en una especie de subsunción de daños y perjuicios reparatorios por el obrar ilegítimo de la entidad que había dispuesto la cesantía, contraviniendo las normas legales o convencionales.

Este dispositivo funcionó así hasta 1969, año en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del estatuto bancario en este aspecto, a través del fallo en los autos "De Luca c/ Banco Francés", que revocó el decisorio del tribunal bancario. La Corte se basó en tres fundamentos:

- Que dicha norma era violatoria del derecho de propiedad, ya que imponía una sanción gravosa para el empleador, contraria al art. 17 de la Constitución Nacional.
- Que era repugnante a la Constitución el hecho de que al trabajador se le abonaran los salarios sin la consiguiente contraprestación.
- Que, de esa manera, se cercenaba el derecho empresario en cuanto a la organización de su empresa, al impedirle cualquier posibilidad de reestructuración y, por ende, de modificación de su plantel de empleados.

Al respecto deben mencionarse los casos de: “Alzaga Evergisto Heriberto c/ Cervecería Córdoba SA-CIF y sus acumulados s/ Reincorporación”; “Nazar Luis Marcelo c/ Atilra” (Asociación de los Trabajadores de la Industria Lechera, cuyos empleados administrativos se rigen por el convenio de UTEDyC), y, en el caso de la industria cementera, en el precedente: “Figueroa Oscar F. y otro c/ Loma Negra CIASA”, que sostienen básicamente los fundamentos del caso “De Luca”, más allá de que en tales casos los salarios le correspondían al trabajador (a diferencia del estatuto de los bancarios) hasta que el empleador lo reincorporara o se negara a hacerlo.

En efecto, nuestro máximo tribunal sostuvo:

1. Que contra la Sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan que confirmó lo resuelto en la instancia anterior en cuanto había ordenado a la demandada a reincorporar a los actores y abonarles los salarios caídos desde el despido hasta la reincorporación o su negativa, y para este último caso, la modificó estableciendo que el pago de tales salarios lo sería mientras continuara vigente la relación laboral...
2. Que el recurrente entiende que es arbitraria la inteligencia asignada por el A quo al art. 56 del C.C.T. 40/75 de la industria del cemento, en cuanto la conclusión a que arribó –de una manera extensiva e insostenible– consagra un derecho a la estabilidad absoluta reñido con las garantías de los arts. 14, 17 y 18 de la C.N.
3. Que la interpretación asignada a la norma convencional con base en la cual se sustenta la condena, resulta irrazonable, en tanto suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la garantía del art. 14 de la Constitución que consagra la libertad de comercio e industria (Fallos, t. 303, pp. 319 y 1486 y t. 304, p. 335).
4. Que, asimismo, es lesiva de la garantía de propiedad la obligación de pagar remuneraciones que no responden a contraprestación de trabajo alguno, ni pueden considerarse indemnizatorias de daños por falta de trabajo, pues lo común es que las personas capaces logren emplear su tiempo en otra labor retributiva (Fallos, t. 273, p. 87, t. 303, p. 266);
5. Que, por último cabe señalar que la disposición del convenio colectivo no prevé sanción para el supuesto de no ser observada la estabilidad que consagra, por ello el Tribunal considera que una vez rota la relación laboral, a raíz de un despido injusto debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido, pero no puede admitirse como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones, habiendo cesado la relación laboral por voluntad inequívoca del empleador de prescindir los servicios del dependiente. (TSJ, “Figueroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra, S. A. s/ Cobro de pesos”).

Idéntico criterio de descalificación ocurrió respecto del convenio de empresa en la causa “Pelaia” y del derecho de preferencia al reingreso de los trabajadores bancarios dispuesto por la Ley 23.523. A partir de estos fallos, nunca más quedó consagrada la estabilidad absoluta en los estatutos particulares o en los convenios colectivos, más allá de que, por vía de la ultraactividad convencional y su falta de dero-

gación expresa, sigan existiendo los textos legales que consagran esta estabilidad sin modificaciones, pero estos son supuestos de abrogación legal.

Prohibición de despidos a raíz de la pandemia mundial

A través de la Ley 27.541, se declaró la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social”. Dicha crisis económica en que se encontraba el país se vio agravada por el brote del nuevo Coronavirus, que dio lugar a la declaración de pandemia por COVID -19, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

En dicho contexto, se dictó el Decreto 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada ley, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población.

Asimismo, con el objeto de “atemperar el efecto devastador de dicha pandemia observado a nivel mundial y con el objeto de salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física” (Decreto 329/2020), se dictó el Decreto 297/20, por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” de la población, que fue prolongándose a través de sucesivos decretos, hasta la actualidad (agosto de 2021).

A raíz de ello, con fecha 31/03/20, se dictó el DNU 329/20, en el cual se prohíben los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de publicación del decreto en el Boletín Oficial, el cual se encuentra aún vigente, luego de sucesivos decretos que prorrogaron su vigencia. Esta norma, entonces, establece la estabilidad de los trabajadores, por el tiempo que dure la pandemia o hasta que finalice su vigencia.

En el caso “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)” del año 1990 se expuso que según el Preámbulo de la Constitución Nacional se debe tender “a constituir la unión nacional”, propósito que permanece vigente en todos los tiempos. También se expresó un concepto de emergencia, diciendo que:

abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. (“Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional”, Ministerio de Economía - Banco Central)

Es ella “una situación de crisis o de necesidad pública” que “exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, situaciones de gravedad, perturbación social y económica, desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”.

Adicionalmente, establece la prohibición de las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta (60) días.

Expresamente se exceptúan de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

En aquellos casos en que se incumplan las prohibiciones, los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° del presente decreto, no producirán efecto alguno, serán nulos, con lo que se mantendrán vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Este decreto establece que no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, aquellas contrataciones efectuadas con posterioridad al día 29/07/2020.

Los fundamentos se encuentran en los considerandos del DNU: refiere que es menester tutelar en forma directa a los trabajadores, como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en este contexto de emergencia. A su vez, dentro de las obligaciones internacionales asumidas por Argentina en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar “medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias”. Menciona al artículo 14 bis de la CN que impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y que, en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo.

Nos explica Seco que la colisión entre el derecho del trabajador al trabajo y el del empresario a contratar y descontratar fue resuelta por la CSJN en “Álvarez c/ Cencosud” (07/12/2010) a favor del trabajador. Allí expresó:

El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador (...) toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del artículo 14 de la ley fundamental (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia ‘West Coast Hotel Co. v. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América’). Y ello también condujo, en ‘Roldán c/ Borrás’, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de este, destacando el Tribunal que ‘el fundamento valorativo de la solución’ reposaba ‘en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico sociales de la colectividad a la que se aplica’ (Fallos: 250:46, 48/50). (CSJN, “Álvarez c/ Cencosud”, 07/12/2010).

El DNU 886/2021, de fecha 24/12/2021, comenzó a tener vigencia el 1° de enero de 2022. Entre sus principales efectos encontramos:

- El esquema conocido como “doble indemnización” es reducido parcialmente según el siguiente esquema:
 - En el caso de despidos sin causa durante 1° de enero y 28 de febrero de 2022, el incremento de la indemnización será del 75%.
 - En el caso de despidos sin causa entre el 1° de marzo y 30 de abril de 2022, el incremento de la indemnización será del 50%.
 - En el caso de despidos sin causa entre 1° de mayo y 30 de junio de 2022, el porcentaje adicional será del 25%.
- A partir de julio de 2022 no se aplicará recargo alguno.
- La prohibición de producir despidos sin expresión de causa o por causales económicas o tecnológicas deja de regir desde el 1° de enero de 2022. Hasta el 31 de diciembre de 2021 está vigente la prohibición.