

Comentarios críticos a las modificaciones propuestas sobre los regímenes de contrato de trabajo y de convenciones colectivas en el proyecto de reforma laboral enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en noviembre de 2017

por Héctor Omar García y José E. Tribuzio

Sumario: I. Los objetivos del proyecto de ley. II. Una reforma inconstitucional por “regresiva”. III. La nueva figura creada por el proyecto de ley: el “*trabajador profesional autónomo económicamente vinculado*”. IV. Modificaciones regresivas que afectan al contrato de trabajo, proyectadas sobre los arts. 12 y 66 de la LCT: 1. La reforma al artículo 12, LCT; 2. La reforma al art. 66, LCT. V. La modificación propuesta en materia de tercerización (art. 30, LCT). VI. La reforma propuesta sobre el art. 92 *ter* de la LCT (contrato a tiempo parcial). VII. La reforma al régimen de indemnización por despido: 1. La “exclusión” expresa de ciertos conceptos de la base de cálculo; 2. El cómputo de las comisiones en base al promedio anual; 3. La incorporación de la “doctrina Vizzoti”. VIII. La supresión de los agravamientos indemnizatorios que penalizan el empleo no registrado. IX. El “fondo de cese laboral sectorial”. X. Prohibición de acordar sumas no remunerativas en convenciones colectivas de trabajo. XI. El banco de horas. XII. Algunas graves omisiones del proyecto de reforma.

I. Los objetivos del proyecto de ley

En el año en que se conmemora en el mundo el centésimo aniversario de la introducción de los derechos de los trabajadores en la Constitución Política Mexicana (hito fundacional de la constitucionalización de los derechos sociales), en nuestro país se ha reanudado la discusión en torno a proyectos de reformas a la legislación laboral y previsional.

El relativo a la temática laboral, enviado por el Poder Ejecutivo al Senado de la Nación (en adelante, “el Proyecto”), recupera ecos de los años noventa del siglo XX, durante los cuales, en los ámbitos académico y de las relaciones laborales, sostuvimos una suerte de estado de deliberación permanente en torno a ideas y propuestas de reforma a las instituciones jurídicas del trabajo y de la seguridad social, con el telón de fondo de las políticas neoliberales, entonces impulsadas desde los organismos multilaterales de crédito¹, que llevaron al país al colapso económico-financiero y, a sus habitantes (principalmente a trabajadores, jubilados y desempleados), a padecer la crisis social más grave desde la depresión económica de 1929.

En términos del ideario que da soporte al nuevo proyecto legislativo, resulta más que elocuente que en los fundamentos del mismo se invoque el artículo 75,

¹ Véase GARCÍA, Héctor Omar, en VV.AA. (Antonio VÁZQUEZ VIALARD y Luisa MONTUSCHI, coordinadores), *La Flexibilidad en el Mercado de Trabajo ¿Un conflicto entre equidad y eficiencia? Vigencia de los actuales institutos en un modelo de relaciones laborales en el siglo XXI*, Academia Nacional de Ciencias Económicas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Sesión conjunta, La Ley, Buenos Aires 2006, pp. 37/43.

inciso 19, de la Constitución Nacional (que entre otros propósitos tiende a: *“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”*) y se soslaye nada menos que el artículo 14 bis, que constituye el catálogo constitucional de principios, derechos y garantías de los trabajadores, activos y pasivos, y de las organizaciones sindicales.

Los objetivos declamados y ostensibles de la iniciativa ingresada al Senado, en lo que respecta a las relaciones de trabajo y el empleo, son fundamentalmente seis:

- promover la regularización del empleo no registrado y combatir la evasión de la legislación laboral;
- crear empleo juvenil;
- transformar el marco institucional vigente, a partir de la ejecución del programa contenido en el art. 75, inciso 19, de la Constitución Nacional;
- modernizar las relaciones laborales;
- favorecer la competitividad empresarial a través de la capacitación continua; y
- reducir la litigiosidad laboral, a la que se califica erróneamente como causa —y no consecuencia— de desaliento a la inversión y a la formalidad registral del empleo.

Sin embargo, las herramientas normativas que esgrime el Proyecto inducen al pesimismo. Su lectura nos permite aventurar que ninguno de esos objetivos será alcanzado en caso de que la propuesta resulte sancionada por el Congreso, del mismo modo en que no se han alcanzado propósitos similares a través de la numerosa cantidad de reformas laborales que se han ensayado en el mundo a lo largo de más de tres décadas. Ninguna de ellas ha servido, particularmente, para crear empleo, menos aun empleo de calidad. Al contrario, las invariables consecuencias de tales cambios normativos verificadas en la práctica son:

- a)** la precarización de la relación de trabajo, que se manifiesta de diversas maneras, principalmente a través de la sustitución de trabajo estable por empleo transitorio²;
- b)** el crecimiento de la desocupación, especialmente entre los jóvenes;
- c)** la disminución creciente del salario, tanto en su valor nominal como de su poder adquisitivo;
- d)** la extensión de la jornada de trabajo sin retribución de horas extras;
- e)** un mayor sometimiento al poder empresarial discrecional;
- f)** un debilitamiento de las organizaciones sindicales; y

² Durante 2016, según datos de la Oficina Europea de Estadística “Eurostat”, el empleo temporal en España alcanzó 26,3%, superado por Eslovenia (71%) y Polonia (27,5%) y seguido de cerca por Croacia y Portugal (ambos en 22,3%) y Países Bajos (20,8%). Consúltese: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/es.

g) un aumento en la concentración del ingreso que obviamente acentúa la desigualdad.

Sin embargo, el discurso económico-ideológico dominante persiste en el argumento de la imprescindibilidad de las reformas laborales y la desregulación del mercado de trabajo como factor de crecimiento del PBI y de solución de las crisis económicas y los déficits cuantitativos y cualitativos de empleo.

Ello, a pesar de que no existe un solo estudio científico o técnico que demuestre que alguna de las innumerables reformas que podrían calificarse como de corte neoclásico (caracterizadas por la desregulación normativa y la desnutrición de la relación contractual de trabajo en cuanto a derechos y protecciones destinados a beneficiar al trabajador), aplicadas en diversos países en los cuales existía un cierto umbral de derechos laborales, haya arrojado resultados positivos en términos de creación de empleo de calidad ni de mejoras sustantivas en la competitividad transnacional, que se rige por la migración de la inversión de capitales y la radicación de establecimientos productivos en países que se ofrecen como “paraísos laborales”—utilizando terminología de Ermida Uriarte³—, en los cuales tanto la legislación protectora del trabajador como la presencia sindical es extremadamente débil sino inexistente^{4y5}.

La necesidad de reducir los niveles de protección jurídica laboral como mecanismo de aliento indirecto a la contratación de personal, es el argumento más frecuentemente esbozado en la discusión sobre las *políticas activas* de empleo. Sin embargo, los informes y diagnósticos socioeconómicos elaborados en todo el mundo no han confirmado esa hipótesis. Al contrario, los sucesivos estudios abocados a analizar la posible vinculación entre protección laboral y empleo no han podido establecer una relación de causalidad virtuosa entre desregulación o flexibilidad laboral y mejoras cuali-cuantitativas en el nivel de ocupación.

Estudios técnicos diversos, surgidos desde mediados de los años ochenta del siglo XX hasta la fecha, como v.gr. los elaborados para el Secretariado Técnico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1985

³ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, pp. 116/117.

⁴ En la descripción que formula Ulrich Beck, en su difundida obra, “causal o intencionadamente, los actores del mercado mundial producen una presión coordinada sobre todos los Estados miembros o dependientes de ellos para que neutralicen inmediatamente todo lo que pueda impedir, retrasar o limitar la libertad de movimiento del capital”. Vid. BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de B. Moreno y Ma R. Borrás, Paidós – Estado y sociedad, Barcelona, 1998, p. 138.

⁵ Según los sociólogos franceses Boltanski y Chiapello, el proceso de desindustrialización al que se asiste en el mundo desde hace más de veinte años, no es independiente de las modificaciones en los mecanismos de obtención de beneficios; “los desplazamientos del capitalismo han tenido como resultado un fuerte debilitamiento de los sindicatos, por una parte, de manera voluntaria y razonada, por otra, por una combinación de efectos perversos y de mala gestión sindical de las nuevas condiciones a las que había de enfrentarse. Así pues, el supuesto ascenso del individualismo y del ‘cada uno a lo suyo’, la crisis de confianza en la acción política o el miedo al desempleo, argumentos habituales para explicar, por ejemplo, la dificultad de construir una resistencia contra el aumento de la exclusión, no pueden desconectarse de la dinámica del capitalismo y de sus críticas”. Vid. BOLTANSKI, Luc y CHIAPELLO, Ève, *El nuevo espíritu del capitalismo*, colección *Cuestiones de antagonismo* n° 13, traducción de M. Pérez Colina, A. Riesco Sanz y R. Sánchez Cedillo, primera reimpresión, Akal, Madrid, 2010, p. 366.

y 1999, para la Comisión de Asuntos Sociales y de Empleo del Parlamento Europeo, constituida en 1986, y los que produce periódicamente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1995, dan cuenta de que “*la flexibilidad no condujo a nuevos empleos, sino a mayor precarización*”. Entre la copiosa cantidad de documentos acumulados, merecen destacarse, en honor a la brevedad, dos, que enuncian a continuación: a) el difundido informe para la Comisión Europea elaborado por un conjunto de expertos coordinado por el eminente jurista francés Alain Supiot —conocido como “Informe Supiot”—, que pone en cuestión el estereotipo tan reiterado acerca de la supuesta incompatibilidad entre medidas de protección social y creación de empleo⁶; y b) el más reciente de los que han cobrado notoriedad hasta el momento, elaborado por el “Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales de los Estados para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales” de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que trata sobre los “*Derechos laborales en el contexto de reformas económicas y políticas de austeridad*”, en el cual se efectúa un análisis pormenorizado de las reformas laborales y sus resultados, del que surge que:

“Las instituciones financieras internacionales han fomentado reformas de la legislación laboral en el marco de políticas de austeridad, en el supuesto de que ello impulsaría el crecimiento económico y prevendría las crisis de la deuda o contribuiría a superarlas. Dichas reformas han consistido, entre otras cosas, en la reducción de salarios, aumentos de la jornada laboral, imposición de contratos precarios, facilitación de despidos, etc. (disminuir tutelas laborales). Tales medidas han contribuido, en la mayoría de los casos, a aumentar la desigualdad y la precarización, así como la informalización del empleo. Han fomentado la discriminación en el mercado de trabajo contra los jóvenes y han ocasionado la reducción de la protección social de los trabajadores. Nada garantiza que al erosionar derechos laborales se generen para otros titulares de derechos, beneficios económicos y sociales que justifiquen ese menoscabo.” (Resaltado agregado.)⁷

Ejemplos concretos del fracaso de las políticas de flexibilización laboral y repotenciación del poder patronal encontramos en los sistemas español e italiano —especialmente en el primero⁸—, en los cuales las sucesivas reformas aplicadas entre 1984 y 2015, acompañadas de políticas de severo ajuste económico, no han derivado en aumentos en la tasa de ocupación sino han generado efectos

⁶ SUPPIOT, Alain (coordinador), *Trabajo y Empleo. Transformaciones en el mundo del trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 66.

⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 34º período de sesiones, 27 de febrero al 24 de marzo de 2017, Tema 3 de la agenda: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, “*Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*”, p. 22.

⁸ Véase PALOMEQUE, Manuel-Carlos, “Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular)”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, p. 45.

contrarios, especialmente en el sector juvenil de la población y en las zonas menos favorecidas, como por ejemplo el sur de Italia⁹.

Podemos tener presentes, asimismo, los ejemplos que nos provee nuestro país, en tanto que, luego de verificar los efectos devastadores de las políticas de flexibilización y desregulación aplicadas durante la década de auge del neoliberalismo sobre el mercado de trabajo y la estructura ocupacional, comenzó una tendencia creciente de recuperación del empleo a partir de agosto de 2002 — es decir, en plena contexto de crisis económica y social—, motorizada por la intervención activa del Estado pero en sentido opuesto, en tanto que suspendió los despidos sin causa y duplicó el volumen de las indemnizaciones por dicha especie de extinción contractual, a lo cual prosiguió con el impulso de “contrarreformas” laborales, es decir, de recuperación de derechos, como la adoptada en 2004, que demostraron no ser un obstáculo para que la Argentina experimentara un crecimiento de su PBI sin precedentes entre 2003 y 2011 (a un promedio del 8% anual, con excepción de 2009, año de la crisis financiera mundial), y entre 2003 y 2007 casi nueve millones de personas salieran de la pobreza, de las cuales cinco millones salieron de la indigencia¹⁰.

Desde otro lado, podríamos preguntarnos también por qué no se toma en cuenta un patente “contraejemplo”, como es el caso de Alemania, que sin haber adoptado reformas laborales regresivas en los últimos tres lustros (la más reciente ha sido de signo progresivo, como la imposición de un salario mínimo que rige desde enero de 2015 y del cual carecían los asalariados del sistema germano por fuera de la negociación colectiva) ocupa el lugar de tercera economía mundial y primera de Europa¹¹.

⁹ Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas italiano (ISTAT) difundidos en 2014 y presentados ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con posterioridad a las medidas adoptadas por el Gobierno en 2013, destinadas a combatir el empleo informal, facilitar la transición de la educación al mercado de trabajo y la creación de empleo a través de contratos a tiempo parcial, la tasa de desempleo en el país fue del 12,6%, a mayo de 2014, esto es 5,8 puntos porcentuales más que en 2008, 1,9 punto más que en 2012 y un 0,5% mayor que la registrada en el mismo período de 2013, siendo más grave la situación en la parte meridional del territorio, donde la desocupación alcanzó el 19%. Según informa la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el único tipo de empleo que se incrementó en relación con las cifras de 2008 fue el empleo a tiempo parcial. De acuerdo con la misma fuente, el desempleo entre los jóvenes de entre 15 a 24 años de edad alcanzó el 43% en mayo de 2014, lo que equivale a un aumento de 4,2 % en relación con el año precedente. Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1 A), Oficina Internacional del Trabajo, primera edición, Ginebra, 2015, p. 420.

¹⁰ SEL Consultores, *Newsletter sobre la situación laboral y social de la Argentina*, junio de 2008, p. 2. <http://www.selconsultores.com.ar/newsletter/junio-2008.pdf>.

¹¹ Las reformas precedentes a la arriba mencionada, impulsadas por el entonces canciller socialdemócrata, Gerhard Schröder, acompañadas de recortes al “estado de bienestar”, que constituyeron el eje del plan de políticas públicas denominado “Agenda 2010”, consistieron en: a) **Alivio fiscal a las empresas:** fue rebajada la alícuota del impuesto de sociedades del 25% al 19%; b) **Flexibilidad laboral:** se permitió a las empresas reducir las jornadas de trabajo para adaptarse a la disminución de la demanda sin provocar despidos; c) **Reducción de la burocracia:** se simplificaron los trámites administrativos para la creación de empresas y para ello fueron suprimidas 300 normas consideradas “superficiales”; d) **Créditos blandos:** un grupo de bancos públicos puso a disposición de las PyMEs un programa de préstamos en condiciones preferentes y tipos de interés bajos, en algunos casos dos puntos inferiores a los del mercado; e) **Formación:** la

Por otra parte, el solo enunciado de la “competitividad” en términos internacionales —como propone el sistema capitalista de la globalización— lleva implícita la pregunta acerca de cuánto más tendrían que retroceder los trabajadores, esto es, cuántos derechos —aun los más elementales— tendrían que perder, para igualar las condiciones atroces de “empleo no decente” que se verifican, por ejemplo, en Asia.

Está claro, entonces, a esta altura de los hechos y las circunstancias, que las reformas laborales constituyen una “reivindicación empresarial histórica”, que se hace explícita en la doble solicitud de reducción de costos laborales y gobernabilidad discrecional de la mano de obra¹².

II. Una reforma inconstitucional por “regresiva”

El proyecto de ley que se analiza, aunque se muestra como una reforma que viene a “modernizar” —lo que puede entenderse como “*aggiornar*” o adaptar— la legislación laboral y las relaciones de trabajo a tono con los desafíos que presentan las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación y a facilitar la organización flexible de la empresa a fin de hacerla más competitiva, lo cierto es que no avanza sobre ninguna de esas “necesidades”.

No se encuentran en él disposiciones que hagan frente a tales nuevas problemáticas que se vislumbran en el mundo del trabajo. No hay, por ejemplo, nada sobre regulación de la contratación de trabajadores a través de plataformas virtuales ni sobre el denominado “teletrabajo”, ni remedios o dispositivos regulatorios destinados a evitar la deslocalización productiva, ni que atiendan a los desafíos que presentan hoy las cadenas de producción transnacional que afectan la remuneración, la estabilidad y las condiciones de empleo de innumerables trabajadores hasta llegar a someterlos a la esclavitud y poner en serio peligro su vida —de lo cual constituye una cruda muestra el trágico derrumbe sucedido en 2013 en Dacca, la capital de Bangladesh, en el que perdieron la vida más de 1300 operarios.

Administración Schröder puso en marcha planes de formación, sobre todo en la antigua Alemania Oriental, donde la tasa de paro alcanzaba el doble de la del Oeste. Además se tomaron medidas para facilitar el ingreso de los jóvenes de menos de 25 años al mercado laboral y se reforzó el sistema de educación dual, que combina el aprendizaje teórico con las prácticas remuneradas en empresas; f) **Parados de larga duración**: el subsidio de desempleo fue reducido a un año de duración. A partir de ese período los desempleados pasaron a recibir solamente ayuda social denominada “Hartz IV”, lo que significó un drástico recorte, y están obligados a aceptar empleos en cualquier otro sector bajo riesgo de perder la ayuda; g) **Contratos temporales**: se estimuló la contratación laboral a plazo determinado, siempre y cuando no excediera de dos años. Se establecieron los denominados “miniempleos” (*minijobs*), en los que cotiza impuestos el empleador, pero no el empleado, y que no superan las 20 horas semanales ni los 400 euros de retribución, pero que son acumulables; h) **Inversión pública**: se inyectaron unos 2.000 millones de euros en cuatro años para el desarrollo de las infraestructuras, sobre todo del transporte; i) **Ayuda financiera**: se recortaron las ayudas a la compra de viviendas y parte de esos fondos ha sido destinado a la investigación y el desarrollo tecnológico. Véase diario *El Mundo*, Madrid, 8/09/2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/08/economia/1347086367.html>.

¹² GARCÍA, H. O., op. cit., p. 43, con cita de OZAKI, Muneto en OZAKI, M. (director), *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del Estado*, OIT, Ginebra, 2000, p. 5.

Lo que sí se reconoce nítidamente en el proyecto de ley son rasgos que identifican el acostumbrado compendio neoliberal destinado a debilitar las protecciones típicas del Derecho del Trabajo, que puede sintetizarse en el desmantelamiento o la supresión de derechos y garantías laborales en el solo provecho de la rentabilidad empresarial, vehiculizada principalmente a través de la transferencia del poder desde la ley y el convenio colectivo de trabajo a la voluntad unilateral del empleador.

En relación con lo precedente, podemos decir que esa tendencia a dar marcha atrás en materia de derechos, ostensible en el texto del Proyecto, es violatoria del mandato de progresividad —comúnmente denominado “*principio de progresividad*” o “*de no regresividad*”— en el goce efectivo de los derechos sociales, plasmado en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ambos con jerarquía constitucional en nuestro país desde la enmienda de 1994.

Este mandato dirigido a los poderes del Estado protege al trabajador frente a políticas públicas o cambios en la legislación que tiendan a empeorar su situación social en relación con el *statu quo* precedente. Al encontrarse plasmada en tratados internacionales de jerarquía constitucional, la regla de progresividad o no regresividad es un límite que la Constitución le impone claramente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que por tanto, no pueden reducir el bagaje de derechos sociales del que gozan los trabajadores y la ciudadanía en general.

En esa línea de razonamiento, la reforma proyectada, en la medida de que viola principios arquitectónicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —haciendo propios los términos utilizados por la Corte Suprema de Justicia en el paradigmático fallo “*Aquino*”, de septiembre de 2004— es inválida por contrariar preceptos del más alto nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), a los fines de desempeñar la función de supervisión del mencionado pacto internacional (PIDESC), exige al Estado el cumplimiento de cuatro (4) condiciones:

- 1ª. Justificar la legitimidad de la medida demostrando su proporcionalidad;
- 2ª. Acreditar que efectuó una cuidadosa evaluación de alternativas;
- 3ª. Demostrar que el objetivo perseguido por la norma es proteger la totalidad de los derechos sociales; y
- 4ª. Probar que la adopción de la medida tuvo en consideración el máximo de los recursos disponibles.

Debe, además, demostrar que se trata de medidas temporales, no discriminatorias, necesarias y que se encuentran justificadas y son las menos perjudiciales para la sociedad.

Y en caso de duda, ha de estarse en contra de la validez de la norma regresiva.

III. La nueva figura creada por el proyecto de ley: el “trabajador profesional autónomo económicamente vinculado”

En el primer borrador del entonces anteproyecto de ley se hablaba del “trabajador autónomo económicamente dependiente”. El reemplazo de esta última palabra por el término “vinculado” más la incorporación de otro adjetivo (“profesional”) en el art. 28 del Proyecto, que plantea agregar un inciso “d)” al art. 2° de la Ley de Contrato de Trabajo, parecen tener dos motivaciones: una, la de evitar el oxímoron que se genera entre los calificativos “autónomo” y “dependiente”, característico, por otra parte, de la figura del “trabajador autónomo económicamente dependiente” (el bien conocido “TRADE”) creada por el ordenamiento jurídico español en 2007; y la segunda motivación, parece estar en la de acotar la aplicación de esta nueva calificación a quienes corresponda el calificativo de “profesional”, esto es, quienes se encuentren en condiciones de emitir facturas por sus servicios aunque se desempeñen en situación de dependencia material de un tercero que dirige su prestación y se beneficia económicamente con ella.

Por otro lado, cuando el inciso que se pretende agregar al art. 2° de la LCT detalla las condiciones que permitirían caracterizar la nueva figura, enuncia: a) que de la prestación (el texto dice “actividad”, término que consideramos más correctamente aplicable a la empresa) realizada a título oneroso, de manera habitual, personal y directa para la persona física o jurídica que la contrata, resulte hasta el 80% de los ingresos anuales del trabajador; “y/o” b) que no se superen las “22 horas semanales de dedicación”.

La utilización de las dos conjunciones “y/o” conduce a una colisión entre ambas. Si se utilizara solo la conjunción “y”, estaría clara la necesidad de reunir ambas condiciones para la contratación de un profesional en el marco de la nueva figura, sin perjuicio de lo que estableciera el régimen estatutario especial a dictarse ulteriormente. Pero al incluirse la disyunción a través de la “o”, parecería que bastaría el cumplimiento de uno solo de los requisitos —es decir, que los ingresos anuales del trabajador obtenidos del mismo empleador no superen el 80% de los ingresos del primero, o que la ocupación (“dedicación”) al servicio de este, no exceda las 22 horas semanales.

Cabría decir que esta innovación no es compatible con el “*principio de primacía de la realidad*”, base fundamental del Derecho del Trabajo, orientado al cumplimiento del mandato constitucional de proteger al trabajador plasmado en el artículo 14 bis de la Constitución, mediante la garantía de nulidad de toda forma de contratación o utilización de trabajadores dependientes a través de figuras no laborales. Ello además colisiona frontalmente con el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) —no afectado por el proyecto de reforma—, que dispone claramente:

“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, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.’

La vocación del Derecho del Trabajo es expansiva, es decir, que incluye en su regulación a aquellas personas humanas o físicas que realicen una labor personal en beneficio de un tercero, que la dirige y se beneficia con ella, a cambio de una contraprestación económica. La doctrina jurídica ha precisado que el instituto de la dependencia o subordinación laboral es la “llave maestra” que habilita la aplicación efectiva del Derecho del Trabajo a las relaciones concretas que lo contienen, por lo que su evolución requiere el más cuidadoso seguimiento. Es decir —como expresa Goldin—, que se trata de observar qué correspondencia guarda dicho instituto clave con los modos dominantes en los que hoy y en el futuro cercano se contrata y se habrá de contratar el trabajo humano; si tales modos tienen cabida en el molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo. Con otras palabras, si, en todo caso, la categorización universalizadora del concepto tradicional de la dependencia deja espacio suficiente para “la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva”¹³. No parece que la “diversificación regulatoria” que se pretende para la figura del *trabajador profesional autónomo económicamente vinculado*, responda a una “heterogeneidad productiva” ni a ninguna de las condiciones materiales relevadas por la doctrina, sino al puro interés de generar mera forma de contratación precaria en aras de la reducción de costos a través de la elusión de las normas de orden público laboral general que vendría a ser, así, legitimada por la ley.

Esta nueva criatura jurídica concebida por el Poder Ejecutivo contraviene además el principio lógico de “no contradicción”, según el cual una cosa no puede ser al mismo tiempo sí misma y su contraria, pero lo más grave es que violaría otro principio elemental del Derecho del Trabajo: el denominado “principio protectorio”, que se orienta al cumplimiento del mandato constitucional de proteger al trabajador, plasmado en el art. 14 bis de la Constitución, mediante la garantía de nulidad de toda forma de contratación o utilización de trabajadores dependientes a través de figuras no laborales.

De manera evidente, a través de la figura del *trabajador profesional autónomo económicamente vinculado* lo que se pretende es reducir el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, despojando a la dependencia de su función identificadora del contrato de trabajo. Quienes resultarían más perjudicados son aquellos trabajadores y trabajadoras que, habiendo obtenido un título profesional, se encontraran sometidos a una relación de empleo pero, al mismo tiempo, obligados por el empresario que los contrata a emitir factura o recibo de honorarios contra el pago de su remuneración. No pocos colectivos laborales padecen esta situación de injusticia social, en la que, por deficiencias en el mercado —cuya “mano invisible” no todo lo soluciona— y abuso de algunos empresarios, se ven sometidos a jornadas extenuantes, privación de los beneficios derivados de los convenios colectivos de trabajo y las prestaciones de obra social, entre otros derechos.

Por más que posea un título terciario o universitario, si se trata de una persona física que presta servicios a título oneroso, de manera habitual, personal y directa

¹³ Véase, por todos, GOLDIN, Adrián, “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, en revista *Relaciones Laborales*, Madrid, Año 12, N° 3, pp. 36/37, y en GOLDIN, Adrián, *El Derecho del Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 2014, pp. 113/114.

para una empresa de la que depende económicamente hasta el 80% de sus ingresos anuales, es manifiesto que se trata de una relación de trabajo subordinado, no “autónomo”. Asimismo, la duración de la jornada de trabajo que incluye el art. 28 del Proyecto (hasta 22 horas semanales), constituye un dato que no resulta idóneo ni suficiente para determinar la laboralidad del vínculo.

En tren de comparar esta novel figura —como ya se adelantó—, con la regulada por la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo español (LETA), sancionado el 11 de julio de 2007 como Ley n° 20/2007, de la cual aquélla recibe notoria influencia¹⁴, hay que advertir que, en España, la figura del TRADE surge como una respuesta frente a casos de trabajadoras y trabajadores independientes que, ejerciendo su actividad predominantemente a favor de una empresa, no tenían ninguna protección jurídica. Es decir, que se legisla “para incluir” a un colectivo precarizado, que carecía de todo tipo de derechos laborales, en un ámbito de tutela especial que les garantizaría al menos determinados derechos, tales como: vacaciones y licencias por maternidad, indemnización por extinción de la relación sin causa, acceso a la jurisdicción en lo social, sindicalización, negociación colectiva y beneficios de la seguridad social¹⁵.

Tan evidente es dicho carácter inclusivo en un ámbito de tutela, que la regulación legal del TRADE —como ya se indicó— se encuentra en la Ley del Estatuto de Trabajo Autónomo, no en el Estatuto de los Trabajadores, que viene a ser el cuerpo legal equivalente a nuestra Ley de Contrato de Trabajo. En cambio, la figura autóctona del “trabajador profesional autónomo económicamente vinculado” —denominación extensa que, a la usanza del antecedente ibérico, podríamos reemplazar por una sigla, como por ejemplo “TRAPROVE”— se proyecta para ser insertada en el art. 2° de la LCT con la finalidad de excluirla, o expulsarla, del régimen laboral general en el que encuentra protección homogénea actualmente. Una nueva variante de “huida del Derecho del Trabajo”¹⁶, en este caso promovida por la propia ley laboral.

¹⁴ El art. 11.1, LETA, considera TRADE a las personas que “realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.” Sobre el tema, véase LEDESMA ITURBIDE, Diego, “Las relaciones laborales encubiertas, híbridas y dudosas”, en GARCÍA, Héctor O. (director) y VIRGILI, Claudio (coordinador), *Relación de Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 2013, Tomo I – *Estructura y marco institucional*, pp. 265/269.

¹⁵ LEDESMA ITURBIDE, op. cit., pp. 266/267.

¹⁶ Terminología utilizada en lengua castellana por Miguel Rodríguez Piñero en su célebre artículo titulado “La huida del derecho del Trabajo”, publicado en la revista *Relaciones Laborales* (Madrid), 1992, p. 85. Otros autores han utilizado conceptos semejantes para describir este modo de elusión del sometimiento a la legislación protectora del trabajador. En Italia, Pietro Ichino introdujo en el lenguaje jurídico la noción similar de “fuga del Derecho del Trabajo” (“La fuga dal diritto del lavoro”, en *Democrazia e diritto*, 1990, p. 69), también utilizada por Francesco Liso, en “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Industria e sindacato*, 1992, N° 28, pp. 1 y ss.. En la bibliografía anglosajona, Mark Freedland y Nicola Kountouris han descrito el fenómeno —quizás inspirándose en el movimiento de los capitales financieros— como “flight from labour law” (“vuelo” desde el Derecho del Trabajo), en *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011. Véase GOLDIN, Adrián, “Aventuras y desventuras del trabajo humano en los tiempos que corren y en los que están por venir”, portal de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <http://aadtyss.org.ar/index.php/jurisprudencia/editorial/actuales>.

De no ser así, no tendría razón que el Proyecto se ocupara de remarcar que al Trabajador profesional autónomo económicamente vinculado no se le aplica la Ley de Contrato de Trabajo. Si el trabajador autónomo dependiente es realmente “autónomo”, carece de sentido que la ley diga que no se le aplicara la LCT. Esto no demuestra otra cosa que la intención del Proyecto de expulsar a cierto conjunto de trabajadores del ámbito de protección de la legislación laboral.

Más aun, y volviendo al derecho comparado, el TRADE del ordenamiento español debe reunir otros requisitos para ser considerado tal —y por ende, no alcanzado por la ley laboral—. Expresamente dice el artículo 11.2 del Estatuto de Trabajo Autónomo, que el TRADE: “*No puede llevar a cabo tareas que desempeñen trabajadores contratados bajo cualquier modalidad laboral.*” Además, la ley española prevé que dichos trabajadores: “*Deben disponer de infraestructura material y productiva propia*” y deben “*desarrollar sus tareas de acuerdo a sus propios criterios organizativos.*” Es decir, que para que le corresponda la calificación legal de TRADE, el trabajador debe ser “realmente autónomo”, aunque dependa económicamente de la empresa que lo ha contratado.

Por su parte, el TRAPROVE no cuenta con ninguna previsión semejante consignada en el proyecto de ley que analizamos, lo cual es un dato inquietante y de trascendencia. Habrá que aguardar a la sanción del anunciado régimen especial. Mientras ello no ocurra y aunque el Proyecto resulte aprobado por el Congreso, entendemos que continuarán siéndole aplicables a estos trabajadores los artículos 7°, 13, 14, 21, 22, 13 y 25, entre otras normas de la LCT, en tanto que, por más que posea un título terciario o universitario, si se trata de una persona física que presta servicios a título oneroso, de manera habitual, personal y directa para un tercero que se beneficia con tal prestación y de quien depende económicamente hasta el 80% de sus ingresos anuales, es manifiesto para la normativa de orden público laboral que se trata de una relación de trabajo subordinado, no “autónomo”.

Para concluir con respecto a estos trabajadores que se pretende excluir de la regulación laboral general, debe señalarse que esta innovación que trae el Proyecto se relaciona con otra figura controversial, que surge del art. 53 del mismo, que prevé la elaboración de un régimen especial para trabajadores independientes que cuentan con la “colaboración” de trabajadores que a su vez son considerados también independientes.

Esta idea de un micro-empendedor que necesite contratar empleados se encontraba incluida en el art. 38 del primer borrador del entonces “anteproyecto” de reforma, como un inciso e) a ser agregado al art. 2°, LCT. Luego del diálogo llevado a cabo entre el Ministerio de Trabajo y la CGT, quedó plasmado en el art. 126, inciso b), del Proyecto como otro encargo del legislador al Ministerio de Trabajo para que, en el plazo de 90 días contados desde la entrada en vigencia de la futura ley proyectada, confeccione “*un régimen especial para trabajadores independientes que cuentan con la colaboración de trabajadores independientes*”.

De sancionarse legislativamente este aspecto de la iniciativa en trámite parlamentario, los empleados al servicio de un microempendedor quedarían fuera del alcance de toda protección del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no obstante encontrarse en manifiesta situación de subordinación y dependencia. Es notorio que los “colaboradores” del empleador en las tareas del establecimiento

o explotación que este organiza y dirige son empleados y por tanto, sometidos al régimen laboral general o eventualmente a algún estatuto especial, según cual fuere la actividad desarrollada por el empleador en tanto empresario.

Si la intención del legislador es la de atender la particular situación de las microempresas, resulta preferible la elaboración seria de un régimen laboral diferenciado para esas unidades que desarrollan su actividad con escasa dotación y bajo nivel de facturación, como existe en varios países de Europa (por ejemplo, la legislación italiana traza una diferencia a partir de los 15 empleados), en lugar de generar iniciativas que en definitiva consisten en cohonestar la evasión de la legislación laboral y social y desarticulan el contenido esencial de nuestra disciplina jurídica.

IV. Modificaciones regresivas que afectan al contrato de trabajo, proyectadas sobre los arts. 12 y 66 de la LCT

Ambas reformas apuntan a reforzar el poder unilateral del empresario en la ejecución del contrato de trabajo.

1. La reforma al artículo 12, LCT

Comenzamos por la modificación proyectada sobre el artículo 29 del Proyecto, que afecta la regla de irrenunciabilidad contemplada en el art. 12 de la LCT. En este caso estamos frente a una modificación regresiva del sistema normativo, donde lo que se pretende es hacer primar la voluntad del empleador para disminuir o eliminar derechos reconocidos en el contrato de trabajo celebrado con sus dependientes. Tal modificación tiende a borrar la incorporación expresa del contrato de trabajo entre las fuentes generadoras de derechos irrenunciables por el trabajador, efectuada por la ley 26.574, sancionada en diciembre de 2009. Esto es, que este aspecto de la reforma parecería estar imbuido de una suerte de revanchismo empresarial.

Pero como aquella incorporación expresa de la fuente contractual al contenido del art. 12, LCT, decidida por el legislador de 2009, no hizo más que recoger opiniones construidas por la doctrina y la jurisprudencia durante muchos años, a partir del dictado de la sentencia de la Sala VI de la CNAT en autos “*Barian, Narciso c. Mercedes Benz*”, en mayo de 1985, las cuales —como explica Maza— han consolidado una línea interpretativa mayoritaria en torno a la falta de valor del silencio del trabajador para la admisibilidad de renunciaciones a derechos nacidas de decisiones unilaterales del empleador¹⁷. Es previsible, entonces, que la aprobación de la iniciativa enviada al Senado, no genere sino un reverdecimiento de la litigiosidad en busca de despejar la incertidumbre jurídica que dicha nueva reforma vendría a generar. Si esto ocurre, el efecto práctico de la futura ley sería contrario a su objetivo declamado de reducir la litigiosidad.

Cabría agregar que la exigencia de que el acuerdo que modifique elementos esenciales del contrato de trabajo deba ser “homologado por la autoridad de

¹⁷ MAZA, Miguel Ángel, *La irrenunciabilidad de los créditos laborales. Alcances e interpretaciones del artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 230 y, asimismo, el completo desarrollo de esta evolución teórica y jurisprudencial en pp. 61/231.

aplicación” no altera en nada el escenario desfavorable para el trabajador. Si éste está dispuesto a aceptar una disminución de derechos para conservar su empleo, también aceptará que dicho acuerdo sea homologado.

Agrega más cuestionamiento a la reforma, el hecho de que el trabajador se presente en el referido trámite de homologación administrativa, asistido legalmente por “la asociación sindical”. La representación que ejerce la entidad en relación con el trabajador, alcanza Al interés colectivo, lo que comprende a los derechos e intereses económicos y sociales de los trabajadores en el plano colectivo que se manifiesta en el campo de la acción colectiva (negociación y conflicto de tal carácter). Pero tal representación no comprende a los derechos e intereses individuales del trabajador —salvo consentimiento expresamente formulado por escrito, conforme art. 22 del decreto 467/88—, ni puede desplazar al imprescindible patrocinio de un profesional letrado en un ámbito técnico jurídico que, como tal, requiere especial versación en Derecho, máxime en el marco del art. 15, LCT —al cual remite el mismo artículo del Proyecto en un segundo párrafo que agregaría al art. 12, LCT—, que requiere la verificación de una “*justa composición de derechos e intereses*”.

2. La reforma al art. 66, LCT

El art. 31 del Proyecto plantea modificar el texto del art. 66 de la LCT, que regula el ejercicio del denominado “*ius variandi*”, entendido como la facultad del empleador de alterar la forma y modalidades de cumplimiento de la prestación de trabajo, siempre que los cambios introducidos no importen un ejercicio irrazonable de dicha facultad ni alteren modalidades esenciales del contrato ni causen perjuicio moral ni material al dependiente.

De aprobarse la reforma, traería aparejada una disminución de la tutela del trabajador en la medida de que se suprimiría la *acción sumarísima de restablecimiento de las condiciones alteradas*, que fuera prevista en el texto original de la ley 20.744, luego suprimida por la reforma legal de la dictadura en 1976 y posteriormente re-establecida en el art. 66 de dicho régimen por la ley 26.088, de abril de 2006.

En el mecanismo que prevé el Proyecto en crítica, el trabajador puede reclamar el restablecimiento de las condiciones ilícitamente alteradas, tanto en sede judicial como en el marco del convenio colectivo, si fuera el caso. La eliminación del carácter sumarísimo de la acción judicial induce a la vía del juicio ordinario, cuya duración hace totalmente inverosímil la aplicación práctica de esta solución prevista en la reforma, por cuanto la sola promoción de la acción contra su patrono hace presumir el despido inmediato del trabajador.

V. La modificación propuesta en materia de tercerización (art. 30, LCT)

El art. 30 del Proyecto propone modificar el texto del art. 30, LCT, que regula la cesión y subcontratación.

De acuerdo con el nuevo texto, la empresa principal se eximiría de responder solidariamente por los incumplimientos laborales de sus contratistas y subcontratistas, con solo exigir a estos la documentación relativa al registro de sus

trabajadores. De este modo, pretende transformar una obligación que la jurisprudencia calificó como “de resultado”, es decir, que si a pesar del control del principal, se produce un incumplimiento de la contratista, aquella debe responder solidariamente con ésta ante el trabajador.

La reforma parece tender a convertir la obligación de la empresa principal de exigir y controlar el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social en un mero y superficial contralor formal de la documentación que debe remitir la contratista o subcontratista, pudiendo solo con ello desligarse de toda responsabilidad. Esto es lo que surge del cuarto párrafo del texto proyectado para el art. 30, LCT: “*Los cedentes, contratistas y subcontratistas que acrediten el cumplimiento de las obligaciones de control ante las autoridades administrativas y/o judiciales competentes, quedarán eximidos de la responsabilidad solidaria.*”

Si bien el Proyecto se refiere solo a la responsabilidad solidaria, su redacción parece eximir a la empresa principal de “toda” responsabilidad, a diferencia de otros regímenes, como por ejemplo, el chileno y el uruguayo que, en caso de que el empresario principal haya “controlado” a sus contratistas, si estos no responden ante el trabajador —por insolvencia, concurso, etc.—, el principal, no obstante haber ejercido el referido control, mantiene una responsabilidad “subsidiaria”. Es decir, que el cumplimiento del principal de la obligación de control que le imponen sendos regímenes opera como una especie de beneficio de excusión, no de completa exoneración, sobre todo si se tienen en cuenta que el encadenamiento de cesionarios y contratistas aleja al trabajador de estos no solo del empresario principal sino de la solvencia económica de éste, que es el principal factor de aseguramiento de la percepción de sus créditos.

Además, aparecen con la reforma a este artículo algunos aspectos conflictivos que merecen ponerse en relieve.

En el segundo párrafo del art. 30, se introduce una nueva obligación para la empresa principal, que va más allá de la formalidad documental. Al enumerar los instrumentos que el cedente o contratante debe exigir a las cesionarias y subcontratistas, repite la “constancia de pago de las remuneraciones” pero agrega que las mismas “*deberán respetar la convención colectiva de trabajo aplicable*”.

Con este agregado entendemos que la empresa principal debe controlar que las remuneraciones correspondan al convenio colectivo correspondiente, que no es necesariamente el aplicado por la cesionaria o contratista. ¿Quién determina cuál es el convenio colectivo aplicable? ¿Puede haber una controversia al respecto entre el trabajador y su empleador, en la cual el empleado reclame, entre otros conceptos, un defecto en el encuadramiento convencional?

Desde nuestro punto de vista, la respuesta es afirmativa. Y en el caso de que una sentencia determine que la convención colectiva “aplicable” es otra distinta de aquella en la cual el empleador había encuadrado el contrato de trabajo de su dependiente, el empresario principal no podrá exonerarse de responder solidariamente. Este aspecto hace que la obligación de exigencia y control de la empresa principal hacia las empresas subordinadas siga siendo “de resultado” y no consista en la mera recepción de constancias documentales.

Como lo hemos hecho en otro lugar, sostenemos que la obligación que el art. 30, LCT, hace recaer sobre el contratante principal es “de resultados” ya que la actividad contratada es onerosa, no hay participación del acreedor (trabajador) en el desarrollo de la obligación (control), ni la actividad comprometida es aleatoria. Buena parte de la doctrina civilista argentina sostiene que, en materia contractual, la regla sería la existencia de una obligación de resultados, y la excepción, la de una “de medios”, de donde se sigue que la única posibilidad de liberación del deudor exige de éste la prueba de la ruptura de la relación causal por acontecimiento de caso fortuito y ausencia de culpa del deudor¹⁸.

Luego, la reforma mantiene todos los demás requisitos formales que ya menciona el art. 30, LCT, esto es, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, cobertura contra riesgos del trabajo, etc. Pero, el Proyecto agrega también una cláusula final al mismo segundo párrafo del art. 30, LCT, que subraya que: “*Los cedentes, contratistas o subcontratistas*” deberán informar a las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores que actúen en sus respectivos ámbitos, incluido el de la empresa principal, sobre cada contratación de personal bajo este régimen de cesión o subcontratación, “*con las modalidades y alcances que fije la autoridad de aplicación*”. No está claro el interés del que está imbuido este proyectado deber de informar a las asociaciones sindicales representantes del personal de la principal y las cesionarias y subcontratistas. Con todo, comporta otra obligación que deben cumplir las empresas vinculadas, cuyo incumplimiento daría lugar a la solidaridad pasiva de las mismas.

Finalmente, con respecto a este segmento de la reforma, debemos detenernos en el segundo párrafo del proyectado art. 30, LCT —intercalado por el proyecto de ley—, que contempla que la contratación de empresas que desarrollen algunas actividades, enumeradas “*ex lege*”, no da lugar a responsabilidad solidaria de la empresa principal. Se trata de empresas proveedoras de servicios de vigilancia, limpieza, mantenimiento general de inmuebles y muebles registrables, servicios médicos y de higiene y seguridad en el trabajo, gastronomía e informática que se presten en el establecimiento o la explotación del empresario principal y el transporte de personas desde y hacia el establecimiento de éste.

De aprobarse tal aspecto de la reforma —que tiene un remoto antecedente en la ley brasileña n° 7.102, de principios de los años ’70 del siglo pasado, según la cual los servicios de vigilancia en el sector bancario, aun prestados de manera permanente, no constituyen un vínculo de empleo con la empresa usuaria—, condenaría a la precariedad total a los trabajadores de los sectores de actividad enumerados de manera taxativa.

La exclusión de la responsabilidad solidaria que prescribiría el art. 30 reformado, en relación con los colectivos mencionados, no tiene explicación jurídica, ni siquiera económica, más allá de liberar de cargas obligacionales a las empresas principales por los incumplimientos legales de las contratadas por ellas.

¹⁸ TRIBUZIO, José E., “Interposición de terceros y sucesión subjetiva en la relación de trabajo”, en GARCÍA, Héctor O. (director) y VIRGILI, Claudio (coordinador), *Relación de Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 2013, Tomo III – *La dinámica de la relación de trabajo*, p. 203, con cita de ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, 4ta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, T. II, p. 163.

Sin justificación, de modo absolutamente irrazonable, la norma condenaría al trabajador, por la sola causa de la subcontratación de que sería objeto la tarea por él desempeñada, a resignar la *garantía material* de su crédito laboral. La modificación promovida por la iniciativa en cuestión, estaría consumando entonces una discriminación sobre aquellos grupos de trabajadores, quienes —a diferencia del resto— estarían impedidos de accionar judicialmente contra quien recibe el producto final de su trabajo y, al mismo tiempo, es el que posee verdadera solvencia para responder legal y patrimonialmente a los reclamos fundados en incumplimientos a las normas laborales y sociales.

Cabe recordar —conforme se ha señalado más arriba en el presente documento— que uno de los condicionantes que debe observar el Estado, si pretende la aprobación de una norma regresiva es, precisamente, que no se trate de una medida discriminatoria.

VI. La reforma propuesta sobre el art. 92 *ter*, LCT (contrato a tiempo parcial)

El art. 33 del Proyecto aspira a modificar el texto del art. 92 *ter* de la LCT, que regula el “contrato de trabajo a tiempo parcial”, figura contractual introducida en el articulado de la LCT por la ley 24.645 —sancionada en mayo de 1996— y más tarde modificada por la ley 26.474, de diciembre de 2008, que aporta a la norma la redacción que se encuentra vigente actualmente.

Según dicho texto actual del art. 92 *ter*, el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad, debiendo percibir, por tal prestación, una remuneración que no puede ser inferior a la parte proporcional de la que le corresponda a un trabajador, de la misma categoría o puesto de trabajo, por desempeñarse a tiempo completo conforme a lo que establezca la ley o el convenio colectivo.

El cambio que pretende introducir el proyecto de reforma consiste en sustituir la referencia a “*la jornada habitual de la actividad*” por “el horario semanal de labor fijado en la convención colectiva aplicable”.

De este modo, el Proyecto se propone abrir espacio a la disponibilidad colectiva —que había sido prácticamente erradicada por la ley 25.877, de 2004—, al remitir al límite “semanal” de la jornada, a ser establecido mediante convenio colectivo de trabajo. Es decir, que el cómputo de horas necesario para determinar que la ocupación del trabajador no exceda de los dos tercios del tiempo de trabajo reglamentario, surgirá del promedio hebdomadario de la jornada que fije la respectiva convención colectiva.

Las normas dispositivas, como esta cuya instauración se postula, fueron denominadas por Kahn Freund como “*half mandatory*”, por cuanto su imperatividad se desdobra, manteniéndose solo para el contrato individual pero no para el convenio colectivo¹⁹, al que autoriza a modificar su contenido aun en

¹⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Albacete, N° 4,

detrimento de los derechos del trabajador. Las palabras de Kahn Freund, vertidas en otra de sus obras —la más difundida y reconocida—, relevan de mayores comentarios por nuestra parte, en cuanto, al analizar las funciones “contractual” y “normativa” de los convenios colectivos de trabajo, el jurista germano afirmó que la “función normativa” de las convenciones colectivas se ordena hacia “la defensa de los trabajadores” en tanto que sus reglas se orientan a proteger las expectativas de preservación del nivel de vida de éstos, mientras que la “función contractual” —más bien ligada a las normas legales que acabamos de referir como “dispositivas”— se dirige “fundamentalmente la defensa de los empresarios”²⁰.

VII. La reforma al régimen de indemnización por despido

El art. 36 del Proyecto se propone modificar el contenido del art. 245 de la LCT —cuya actual redacción ha surgido de la reforma introducida por la ley 25.877—, norma que configura el eje del sistema de protección legal contra el despido arbitrario en el sector privado.

La modificación se instrumenta en el agregado de tres (3) párrafos que impactan en la base de cálculo de la indemnización establecida por el referido artículo de la LCT.

1. La “exclusión” expresa de ciertos conceptos de la base de cálculo

En primer lugar, la reforma postula la inserción de un párrafo a continuación del primero de la actual redacción, tendiente a excluir algunos rubros de la base salarial que el propio artículo toma en cuenta para el cálculo del monto reparatorio del distracto. El Proyecto enumera, en forma taxativa —no sería admisible que tal enumeración de “excepciones” no lo fuera—, los conceptos a ser “excluidos” de dicha base de cálculo, que son tres (3):

- a) La parte proporcional del sueldo anual complementario (SAC);
- b) La bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación de desempeño; y
- c) Toda compensación o reconocimiento de gastos que el empleador efectúe hacia el trabajador.

Al respecto, cabe señalar:

a) Que al “excluir” expresamente a la incidencia del SAC de la liquidación del monto indemnizatorio, la futura ley sale al cruce de los criterios jurisprudenciales arraigados en varias provincias, como la de Buenos Aires (a partir del fallo de la Suprema Corte bonaerense en la causa “*Hellman, Raúl Alberto c. Rigolleau S.A.*”, de 1983), Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja, Santiago del Estero, Mendoza, San Luis, Córdoba, La Pampa y Río Negro (enumeradas en el

octubre-diciembre 1998, p. 13, con cita de KAHN FREUND, Otto, “*Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*”, en AA.VV., *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, Tubinguen (J.C.B. Mohr), 1969, vol. II, pp. 1030/1031.

²⁰ KAHN FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Traducción y nota preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 229 y 234.

voto del Dr. Juan C. Fernández Madrid en el plenario n° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dictado en el caso “*Tulosai, Alberto Pascual c. BCRA*”, de noviembre de 2009), que consideran que la parte proporcional del aguinaldo integra la base de cálculo de la indemnización por antigüedad²¹.

b) La exclusión de la bonificación otorgada por el empleador en función de un sistema de evaluación —generalmente con periodicidad anual— tiende a cristalizar en el texto legal la posición sustentada por la mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el mencionado plenario “*Tulosai*”—cuya doctrina, conforme observa Lucas Caparrós, es transcripta textualmente por el Proyecto²²—, según la cual el propósito de la ley 25.877 —que introdujo la reforma anterior al texto del art. 245, en marzo de 2004—, al sustituir la referencia a la remuneración “*percibida*” por el trabajador durante el último año de prestación de servicios o fracción mayor de tres meses, por la de remuneración “*devengada*” en el mismo período, no fue otro que el de aclarar que resulta indiferente que se hubieran o no abonado los conceptos salariales a los cuales el trabajador tiene derecho y, por otra parte, que no correspondía incluir en la base de cálculo del monto indemnizatorio ninguna suma que resulte objeto de liquidación a intervalos distintos del “*mensual*”²³.

c) Incluir en la ley una pretensa exclusión de algo que nunca estuvo incluido constituye un evidente absurdo. En ello incurre el Proyecto al “excluir” de la base de cálculo de la indemnización por despido a las “compensaciones o reconocimientos de gastos que el empleador efectúe al trabajador”, dado que estas, claramente, no integran la mencionada base indemnizatoria, en cuanto se trata de reintegros por erogaciones efectuadas por el trabajador que por tanto carecen de naturaleza salarial. El art. 106 de la LCT deja en claro que no son remuneratorias las sumas efectivamente gastadas por el trabajador y acreditadas mediante comprobantes, salvo que un estatuto profesional o convención colectiva determinen otra cosa.

En cambio, sí poseen naturaleza salarial las sumas abonadas por el empleador sin exigencia de entrega de comprobantes del respectivo gasto, aunque fueren imputadas a erogaciones determinadas efectuados por el trabajador. Ejemplo de esto es el reintegro de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, al que se refiere el art. 105, inciso b), de la LCT.

Parece evidente que la reforma intenta cerrar la discusión que se suscita en la jurisprudencia en torno a la naturaleza salarial —y consecuente inclusión en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 245, LCT— de conceptos

²¹ Véase MACHADO, José Daniel, Comentario al artículo 245 de la LCT, en ACKERMAN, Mario E. (director), SFORSINI, María Isabel (coordinadora), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, T. III, p. 210.

²² “(A)l haberse consignado allí textualmente la doctrina de *Tulosai*, parece lógico, en un primer momento, interpretar los alcances de aquella exclusión en función de los argumentos vertidos por la mayoría en aquel plenario.” Vid. CAPARRÓS, Lucas, “Las reformas laborales en el siglo XXI”, ponencia oficial al *VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Material y Procesal del Trabajo*, Buenos Aires, diciembre de 2017, p. 2.

²³ MACHADO, op. y loc. cit.

como el uso y mantenimiento del automóvil, el servicio de telefonía celular y el seguro médico, cuando son solventados por el empleador. Discusión en la que, mayoritariamente, las sentencias se pronuncian por el carácter remuneratorio de tales beneficios en la medida de que el uso o aprovechamiento no se restrinja al desempeño laboral y, por ello, comporten una ganancia patrimonial que recibe el trabajador con motivo de su relación de trabajo, y que de ningún modo podría ser evitada por un precepto como el proyectado en tanto el criterio se sustenta en otros dispositivos legales (arts. 103 y concordantes de la LCT y 6° de la ley 24.241) y de jerarquía superior a la ley (Convenio n° 95, OIT).

Coincidimos con quienes opinan que esta “novedosa” inclusión en el texto de la LCT muy probablemente genere una multiplicación de las interpretaciones y, consecuentemente, un aumento de la litigiosidad²⁴.

2. El cómputo de las comisiones en base al promedio anual

El cuarto párrafo del texto actualmente vigente del art. 245, LCT, pasaría a ser el quinto de la norma tal como quedaría reformulada en caso de aprobarse la reforma que se proyecta.

Este párrafo, en su nueva redacción, prevé que para calcular la indemnización que corresponda a “*los trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables*”, se tomará en consideración “*el promedio*” de las comisiones o remuneraciones variables devengadas durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor. El cálculo del promedio anual de las comisiones es incompatible con lo establecido en el primer párrafo del artículo —que la reforma mantendría inalterado—, según el cual la remuneración a tener en cuenta como base de cálculo de la indemnización por despido sin causa, es “*la mejor*” mensual, normal y habitual devengada en el mismo período.

Esta propuesta de modificación, contradice la doctrina sustentada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario n° 298, recaído en autos “*Brandi, Roberto Antonio c. Lotería Nacional S.E s/despido*”, del 5/10/2000, cuya opinión de mayoría había considerado que: “*Para el cálculo de las indemnizaciones por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales*”.

Pero además de implicar una contradicción entre párrafos del mismo artículo y con criterios jurisprudenciales como el adoptado en el precedente traído a colación, la alteración de la base de cálculo indemnizatorio en perjuicio de los trabajadores retribuidos con remuneraciones variables resulta “irrazonable” en términos análogos a los vertidos por la Corte Suprema en la sentencia dictada el 14/09/2004 en los autos “*Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/despido*”²⁵. En este *leading case* el supremo tribunal, si bien —como expresa Rodríguez Mancini— aceptó la técnica legal de limitación de la tarifa indemnizatoria²⁶,

²⁴ CAPARRÓS, L., op. cit., p. 3.

²⁵ CSJN, 14/09/2004, “*Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/despido*” (Fallos: 327:3677).

²⁶ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Indemnización por despido sin justa causa” en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director) y BARILARO, Ana A., (coordinadora), *Ley de Contrato de Trabajo*

formuló objeciones al tope máximo que fuera impuesto por el art. 153 de la ley 24.013 a la base de cálculo de la indemnización por despido sin causa establecida en el art. 245, LCT, y que a la fecha de escribirse este comentario permanece en vigor.

El análisis efectuado por la Corte determinó que la “*suerte de rigidez*” derivada de la metodología tarifaria “*es relativa, dado que la determinación de dicho importe tiende, explícitamente, a adecuarse a la realidad a la que pretende dar respuesta, mediante el cómputo de dos circunstancias propias del contrato disuelto: antigüedad y salario del trabajador despedido*” (considerando 4º, segundo párrafo), y advirtió que “*si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación.*”

En la inteligencia de la norma efectuada por la Corte, no es posible considerar que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si termina desconociendo “*la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido...*” (Considerando 6º, último párrafo.) Tal interpretación es completada por la sentencia invocando otro pronunciamiento del magno tribunal²⁷, en el que señaló que: “*el resarcimiento del empleado debe razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuad(o) a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad.*”(Considerando 7º, primer párrafo.)

3. La incorporación de la “doctrina Vizzoti”

Por último, entre las modificaciones pretendidas sobre el régimen indemnizatorio del despido incausado, el Proyecto plantea agregar un párrafo final al art. 245, LCT, que incorpora el aspecto más sobresaliente de la doctrina pretoriana sentada en la referida sentencia “*Vizzoti*”, esto es, en cuanto importa mantener una relación porcentual entre salario y tope indemnizatorio que no disminuya aquél a menos del 67%²⁸, que ya venía siendo objeto de aplicación en la práctica de las relaciones laborales así como en las decisiones de los tribunales inferiores.

Así, en consonancia con lo establecido en la decisión judicial varias veces citada en el presente²⁹, el párrafo final que se propone incorporar la reforma reza

Comentada, Anotada y Concordada, 2da edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2013, T. IV (Arts. 208 a 277), p. 465.

²⁷ CSJN, 6/07/1982, “*Carrizo, Domingo y otros c. Administración General de Puertos*” (Fallos: 304:972, 978).

²⁸ RODRÍGUEZ MANCINI, “*Indemnización...*”, cit., p. 466.

²⁹ “*En consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, ‘la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor’, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. (...) Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fallos: 209:114, 125/126 y 210:310, 320,*

—no sin defectos en su redacción— que: “*En ningún caso, la base salarial (...) podrá implicar, para el trabajador, una reducción de más del treinta y tres por ciento (33%) de la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor.*” Como resulta notorio, este último párrafo toma en cuenta la mejor remuneración mensual normal y habitual “percibida”, mientras que en su primer párrafo mantiene la referencia a la remuneración “devengada” por el trabajador durante el último año o el tiempo de prestación de servicios, que se encuentra en el texto actual de la norma desde que fuera modificada por la ley 25.877.

VIII. La supresión de los agravamientos indemnizatorios que penalizan el empleo no registrado

La normativa proyectada tendiente a regular la falta de registro o la deficiente registración del contrato de trabajo, genera un importante menoscabo a los derechos del trabajador. Ello porque —sin entrar a considerar la pertinencia de un “blanqueo” como el propuesto en el Proyecto o los efectos del mismo sobre el mercado de trabajo—, lo cierto es que el trabajador no registrado, o incluso aquel que fuera registrado en las condiciones que prevé el Proyecto, se encontrará, si la iniciativa finalmente se convierte en ley, en una posición mucho más desfavorable que la que posee actualmente. Todos esos trabajadores que hoy se desempeñan en situación de informalidad —ni más ni menos que el 33,7% de los asalariados en actividad (según datos del Ministerio de Trabajo)—, verían sensiblemente disminuidas sus indemnizaciones por despido sin justa causa.

En primer término, debe tenerse en cuenta que el art. 25 del Proyecto dispone la abrogación de los artículos: 15 de la ley 24.013 y 1° de la ley 25.323 —que disponen la duplicación de la indemnización por despido de trabajadores no registrados o registrados de manera deficiente—, y del art. 45 de la ley 25.345, que establece una indemnización adicional en favor del trabajador, equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por éste durante el último año de prestación de servicios, en supuestos en que el empleador no hiciera entrega de la constancia o el certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80, LCT, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la recepción de la intimación fehaciente que le cursare a tal efecto el trabajador.

Los arts. 18 a 20 del Proyecto agregan modificaciones que alterarían la sustancia indemnizatoria de los agravamientos previstos en los arts. 8°, 9° y 10 de la ley 24.013, para supuestos de trabajadores no registrados o bajo contratos registrados de manera solo parcial o defectuosa, cuya naturaleza se transmutaría en la de “multas” en tanto su imposición sería destinada, ya no a resarcir al trabajador damnificado, sino a su recaudación por el Estado (ANSeS), de acuerdo con lo que surge del art. 25 de la propuesta remitida por el Poder Ejecutivo al Senado.

No parece razonable que la principal víctima de un incumplimiento grave (como lo es la falta de registración laboral, con todo el daño que lleva aparejado) no sea la destinataria de la reparación ni que los agravamientos indemnizatorios

considerando 6°, entre muchos otros). (CSJN, “Vizzoti c. AMSA”, sent. cit., considerando 11°, segundo párrafo.)

dejen de beneficiar a la persona lesionada para convertirse en simples “multas” que serían destinadas al Estado. El nuevo Código Civil y Comercial es claro en cuanto a que: “*La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado*” (art. 1716). Pero no hay, en la reforma proyectada, reparación del daño ocasionado al trabajador, que se desempeña en situación de clandestinidad por decisión y responsabilidad de su empleador.

Tal como observa Ackerman, aun cuando con frecuencia se suele calificar como “*multas*”, los agravamientos indemnizatorios previstos en los arts. 8°, 9°, 10 y 15 de la ley 24.013, el art. 1° de la ley 25.323, no son sino indemnizaciones tarifadas que, como tales, operan como “cláusulas penales de fuente legal” que compensan los daños y perjuicios que aquellos incumplimientos pudieran haber causado al trabajador, aun cuando ninguno se hubiera producido, pero cancelando al mismo tiempo el derecho de aquél a reclamar una reparación con fundamento en los artículos 1737 a 1741 del Código Civil y Comercial por el mayor daño que hubiera sufrido³⁰.

De acuerdo con el autor citado, es dable considerar que el trabajador que no ha sido registrado ha sido víctima de una práctica discriminatoria, susceptible por tanto de ser reparada mediante la aplicación del artículo 1° de la ley 23.592, es decir que el empleador podría ser obligado a *dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño* causado al trabajador. Prosigue Ackerman su tesis, advirtiendo que no necesariamente el trabajador podría considerarse despedido, sino que podría en cambio reclamar, con fundamento en el referido artículo 1 de la ley 23.592 y en los artículos 1737 a 1741 del Código Civil y Comercial, la “*reparación plena del daño*”, lo cual podría incluir el mantenimiento del vínculo, el pago de los salarios caídos, la pérdida de chances (art. 1738 y 1740) y el daño extrapatrimonial (art. 1741).

Desde tal hipótesis, aun cuando el empleador negara el vínculo o impidiera su continuación, el trabajador podría pretender “*la restitución al estado anterior al hecho dañoso*”, lo que, según la interpretación que se dé a las reglas de los arts. 1° de la ley 23.592 y 1740 del Código Civil y Comercial, podría llevar a la reinstalación³¹. Vista la situación desde la perspectiva del empleador incumplidor del registro de la relación con el trabajador —conforme observa también el citado profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires—, aquel, a su vez, podría cuestionar la validez y procedencia de las nuevas “multas” en cuanto se superponen con las que provienen de los artículos 4° y 5° de la ley 25.212 y resultan todas ellas aplicables al mismo hecho —al que el Proyecto considera una “*falta muy grave*”—, lo cual supondría una violación al principio general del derecho sancionatorio en cuanto veda el “*bis in idem*”³².

30 ACKERMAN, Mario E., “Algunas posibles consecuencias de la eliminación o cambio de destino de las mal llamadas multas de las leyes 24.013, 25.323 y del artículo 80 de la LCT”, texto inédito al momento de escribirse el presente. El autor citado recuerda que Foglia las calificó en alguna oportunidad como “multas civiles”. Vid. FOGLIA, Ricardo, “Las indemnizaciones de los artículos 8, 9, 10, 11 y 15 de la Ley 24.013; requisitos de procedencia”, en *TySS*, 1996, pág. 20.

31 ACKERMAN, M. E., op. y loc. cit.

32 *Ibidem*.

Con la transferencia al Estado de los montos establecidos como agravantes indemnizatorios, la futura ley tiende no solo a condonar al empleador sino también obligaría al propio trabajador damnificado a resignar su derecho a la satisfacción de su propio crédito, originado en el daño padecido durante el transcurso de su relación laboral al margen de la legalidad.

En cuanto, no ya al destino de los agravamientos indemnizatorios devenidos en “multas”, sino a la disminución de sus montos, cabe añadir que ello desvanece el efecto disuasivo que debe tener toda sanción. Difícilmente la conversión de las indemnizaciones agravadas en multas y la disminución de su monto impulsarán el blanqueo laboral. Es más que probable esperar un efecto contrario al buscado por la norma proyectada.

Esta intuición de nuestra parte, se abona en el desestímulo al cumplimiento de la legislación laboral y de la seguridad social que implica el levantamiento de todas las sanciones que actualmente establece el ordenamiento jurídico para penalizar y disuadir de las violaciones a los mencionados regímenes consumadas a través de la contratación clandestina de personal dependiente. Además de la supresión general e inmediata de los agravamientos indemnizatorios actualmente previstos en las leyes 24.013, 25.323 y 25.345, y del considerable abaratamiento de las “multas” dispuestas en los arts. 8º, 9º y 10 del régimen citado en primer término, el Proyecto exonera de toda responsabilidad a los empleadores que se sometan al régimen de “regularización del empleo no registrado” ofrecido por el Título I, Capítulo I de la propia iniciativa legislativa. Entre otros efectos, el art. 3º del Proyecto propone: a) la extinción de la acción penal que prevén las leyes 11.683, 17.250, 22.161, 22.150, 24.557, 24.769, 25.161 y 25.212; b) la baja del Registro de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), siempre y cuando regularicen a todos los trabajadores por los cuales el respectivo empleador se encontrare incluido en dicho registro; y c) condonación de las deudas que el empleador tuviere con todos los subsistemas de seguridad social.

La iniciativa parlamentaria en examen ni siquiera impone al empleador la obligación de mantener su dotación de personal a cambio del beneficio que le supone el blanqueo; como, en cambio, sí está previsto en la ley 26.940 (de “*Promoción de trabajo registrado para microempresas*”), que por otra parte el Proyecto aspira a derogar.

La norma proyectada consume además otra injusticia para con los trabajadores, por cuanto si bien el alcance de la exoneración de faltas al empleador que se somete al régimen de regularización es integral, los dependientes que fueren incluidos en dicha regularización solo podrán capitalizar hasta sesenta (60) meses en el cómputo de los años de servicios con aportes al régimen previsional (ley 24.241).

Un aspecto más que resulta merecedor de crítica, es que tales aportes se calculen sobre un monto mensual equivalente al salario mínimo vital móvil que se encontrare vigente.

Del mismo modo, merece cuestionamiento el hecho de que las futuras “multas” aplicables al empleador que no hubiere registrado una relación de empleo, o lo hubiere hecho de manera deficiente, esto es, falseando la real fecha de ingreso del trabajador o sustrayendo del registro una porción del salario efectivamente abonado a éste (art. 8º, 9º y 10 de la ley 24.013, a ser reformados,

respectivamente, por los arts. 18, 19 y 20 del Proyecto) se cuantifiquen en el 50% del salario mínimo vital móvil vigente por cada período de “ausencia” (la iniciativa debería mencionar también el “defecto”) de registración.

La adopción del salario mínimo vital y móvil (SMVM) como parámetro o unidad de medida para la determinación de otros conceptos no resulta en modo alguno conveniente, porque en cada ronda de negociación del órgano tripartito que tiene por función fijarlo (el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, creado por el art. 135 de la ley 24.013) el eje de la discusión se desviará o se contaminará inevitablemente por la consideración de esos otros conceptos para cuyo cálculo el SMVM servirá de parámetro. Por tal razón, el art. 141 de la ley 24.013 vedaba que el salario mínimo vital y móvil pudiera ser “*tomado como índice o base para la determinación cuantitativa de ningún otro instituto legal o convencional*”, pero este precepto lamentablemente fue abrogado por la ley 26.598, de julio de 2010.

Finalmente, en cuanto respecta a este apartado VIII, tampoco puede pasarse por alto la sorprendente justificación que se ensaya en el mensaje de elevación del Proyecto, cuando dice que: “*se debe poner fin a una cultura del litigio, basada en la adición de indemnizaciones...*” O sea que se propone desalentar el litigio a través de la disminución de las indemnizaciones, haciendo una suerte de “enroque” entra la causa y su consecuencia y atacando a los mecanismos institucionales destinados a la defensa de los derechos de los trabajadores damnificados, como es el procedimiento judicial ante los tribunales del trabajo. No son los agravamientos indemnizatorios tendientes a reparar el daño infligido a los trabajadores sino el fraude de ciertos empleadores a la ley laboral y de la seguridad social las causas generadoras de litigiosidad.

IX. El “fondo de cese laboral sectorial”

Según el artículo 40 del Proyecto: “*Las entidades representativas de los empleadores junto con las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores, signatarias de convenios colectivos de trabajo, podrán establecer a nivel convencional la constitución de un Fondo de Cese Laboral Sectorial para la actividad*”, que tendrá por finalidad reemplazar al empleador en el pago de las indemnizaciones por preaviso y despido sin causa. La puesta en ejecución del mecanismo requiere la homologación por parte de la autoridad de aplicación del respectivo instrumento convencional que lo adopte y asimismo la autorización del Instituto Administrador de dicho Fondo que la propia iniciativa crea en su artículo 40. Los empleadores podrían adherir al nuevo sistema de manera voluntaria, pero una vez expresada tal adhesión, resultaría “irrevocable”.

Nuestro país reconoce la existencia de un instituto similar en el Estatuto de la Industria de la Construcción (ley 22.250), cuyo artículo 15 establece un “*Fondo de cese laboral*” que se financia mediante cotizaciones obligatorias para el empleador, equivalentes a un 12% del salario mensual que perciba el trabajador durante el primer año de vigencia de la relación, y un 8% a partir del año de antigüedad. Las sumas acumuladas en dicha cuenta reemplazan a las indemnizaciones por antigüedad y preaviso y pueden ser retiradas por el trabajador con posterioridad a la extinción del vínculo laboral, cualquiera sea la causa.

Esta regulación especial preexistente tiene su explicación en las particularidades propias del mencionado sector de actividad. Pero nada justifica una disposición como la del Capítulo III del Título II del proyecto de reforma, que pretende establecer un instituto análogo que resulte operativo de manera indistinta para toda actividad.

También existe en nuestro ordenamiento otro mecanismo semejante al proyectado: el Fondo de Garantía de Créditos Laborales, instaurado por la ley 23.472 con el objeto de cubrir el pago de determinadas prestaciones destinadas al trabajador o a sus causahabientes, como v.gr., remuneraciones (hasta cuatro meses de sueldo con un tope mensual máximo de tres veces el importe del salario mínimo vital vigente al momento del pago); asignaciones familiares (por igual período); aguinaldo (hasta una cuota semestral, con un tope de una vez y media el monto del salario mínimo vital vigente al momento del pago); indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo (contabilizando un año por cada dos períodos anuales completos de antigüedad efectiva); indemnizaciones sustitutivas de preaviso (hasta un mes) y de vacaciones; etc.

La ley 23.472, como bien recuerda Rodríguez Mancini, se encuentra vigente —aparece como tal en el Digesto Jurídico Argentino, sancionado por la ley 26.939, bajo la denominación P1540—, aunque presenta características diferentes, más bien ligadas a situaciones de insolvencia del empleador que a un “seguro optativo” como el ideado por el Proyecto, que configura en definitiva un mecanismo complejo para la ejecución de sentencias judiciales que no es compatible con los principios básicos del procedimiento judicial laboral³³. El citado autor observa también críticamente que la contribución patronal al fondo se calcule porcentualmente sobre todos los rubros que perciba el trabajador, incluyendo los “no remunerativos”³⁴ (art. 45 del Proyecto).

Otro aspecto cuestionable de la regulación proyectada para el instituto del “fondo” se encuentra en el art. 42 del Proyecto, que a nuestro juicio resulta violatoria de la libertad contractual y de la garantía constitucional al derecho de propiedad (art. 17, CN), reside en que si bien la norma prevé que la adhesión del empleador al sistema sea voluntaria, agrega luego que, una vez incorporado al mismo, tendrá carácter “irrevocable”.

No obstante los mencionados antecedentes que posee nuestro ordenamiento normativo, la creación del mencionado “*Fondo de cese laboral sectorial*” que ahora se proyecta, tiene más que ver con el régimen brasileño que con el autóctono, por su evidente parentesco con el “*Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio*”.

Este “fondo” fue instituido en el Brasil por la ley de facto n° 5.107, de 1966 —emitida por la dictadura que depuso al Presidente constitucional João Goulart en 1964 y gobernó hasta 1985—, con posterioridad a una encuesta dirigida por la Universidad de Harvard a comienzos de la década de 1960, con el propósito de conocer las opiniones de los empresarios respecto del sistema de estabilidad en la relación de trabajo que preveía la *Consolidación de las Leyes del Trabajo* (CLT),

³³ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Algunas observaciones al proyecto de reformas en materia laboral”, inédito al momento de escribirse el presente trabajo, pp. 2y 3.

³⁴ *Ibidem*.

que se encontraba vigente desde 1943. Los consultados manifestaron, como era previsible, mayoritariamente (un 64% de los encuestados) una enfática disconformidad contra el sistema de estabilidad previsto en la CLT, en un escenario que además resultaba propicio a sus intereses, como era el que les ofrecía el régimen autoritario entonces gobernante³⁵.

El “fondo” que rige en el Brasil consiste en un sistema de capitalización individual basado en cotizaciones obligatorias del empleador equivalentes al 8% de la remuneración del trabajador, que aquél debe depositar mensualmente en una cuenta a nombre de éste, con destino a sustituir las indemnizaciones motivadas en despido sin causa, acuerdo extintivo bilateral, cierre del establecimiento o fallecimiento del dependiente³⁶.

El sistema fue establecido como un mecanismo voluntario u “opcional” para las partes del contrato de trabajo, es decir, que se activa a través de la “opción” de las partes prevista por el ordenamiento brasileño, la cual debe exteriorizarse por escrito al momento de celebrarse el contrato de trabajo. Opción que, en rigor, funciona como un acatamiento o autosometimiento del trabajador a la voluntad del empresario, forzado por su necesidad de sustento económico.

En relación con lo precedente, cabe hacer notar que, en el texto de la iniciativa parlamentaria argentina, la adhesión al régimen del “fondo” está prevista como un derecho del empleador, aunque los derechos indemnizatorios involucrados en tal decisión corresponden al trabajador.

El art. 46 del Proyecto prevé que el derecho del trabajador a percibir los montos que le correspondan del Fondo de Cese se active “*una vez que el empleador le haya comunicado de forma fehaciente la decisión de extinguir la relación...*” Es decir que el retiro de los montos acumulados en la cuenta, no obstante que fueren pertenecientes al trabajador, solo sería posible cuando el empleador comunique a aquél su decisión de extinguir la relación, con lo que deja al margen al despido “indirecto” que decidiera el trabajador con motivo de incumplimientos injuriantes de su empleador.

La implantación del mencionado régimen en Brasil, no obstante que fue establecido como un mecanismo opcional o alternativo al preexistente de la CLT, en la práctica logró “liberalizar” económicamente, en pocos años, el mercado de trabajo brasileño, que se encontraba previamente “regulado” por la *Consolidação*, lo que abrió un amplio camino para la universalización de la aplicación del “fondo”, que fue dispuesta por la Constitución brasileña de 1988.

La experiencia del país vecino y principal socio comercial de la Argentina — que a partir de la reciente reforma laboral impulsada por el Presidente Michel Temer ha concitado una sobredimensionada atención del empresariado argentino— arroja luz sobre la introducción del nuevo “Fondo” que propone el Proyecto que aquí examinamos. Una reforma semejante es la aspiración de gran parte de los directivos de empresa nacionales, como fue enunciado y celebrado por diversos voceros en distintos medios de comunicación.

³⁵ GODINHO DELGADO, Mauricio, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edição, LTr, São Paulo, 2009, pp. 1136/1139.

³⁶ GODINHO DELGADO, op. cit., pp. 1166/1167.

Si bien, el contenido del Proyecto sometido a la aprobación del Congreso tiene solo algunas similitudes con el nuevo régimen brasileño —que ya fueron destacadas en el presente documento—, la experiencia acumulada en ese país —ya resumida precedentemente— permite prever que la entronización en nuestra legislación de un sistema sustitutivo de las indemnizaciones que debe percibir el trabajador con motivo de su despido, aun presentado bajo el ropaje del acuerdo de voluntades de las partes, individuales o colectivas, podría ser “el huevo de la serpiente” que —como ocurrió en el Brasil—, finalmente acabe devorando todo el sistema legal de protección contra el despido.

Por lo demás, aunque la instauración del sistema dependa de lo que se acuerde en el marco de la negociación colectiva sectorial, tal implementación resultaría contraria a la orden impartida al Legislador por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, de dar “protección al trabajador contra el despido arbitrario”, en tanto el empleador que tenga cubiertos los riesgos del abonar los importes derivados de su decisión de despedir sin justificación a un dependiente, con lo cual se licuaría el factor de disuasión que constituye actualmente el deber de abonar las indemnizaciones previstas en la ley, lo que expondría al trabajador a serios riesgos de precariedad, entendida como inestabilidad, de su relación de empleo.

Finalmente, coincidimos con Ledesma Iturbide, en cuanto opina que el instituto que ocupa este apartado comporta un mecanismo tendiente a “facilitar” el despido sin justa causa” por el empleador; ello valorando que el hecho de que el empleador deba pagar, por sí mismo, en forma completa y en plazo perentorio, la tarifa prevista en el art. 245 de la LCT cumple, en la práctica, un efecto inhibitorio de la decisión de despedir sin causa. En misma línea de pensamiento, el autor citado razona que tal efecto facilitador resultará más perceptible y notorio cuanto mayor sea la antigüedad del trabajador en el empleo³⁷.

X. Prohibición de acordar sumas no remunerativas en convenciones colectivas de trabajo

Sólo hay una norma en el proyecto de ley (el art. 108) que apunta directamente a modificar la legislación de las relaciones colectivas de trabajo; y se trata de la que postula incorporar un artículo “7 bis” a la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, n° 14.250, que contempla una vacilante prohibición de acordar en estos instrumentos cláusulas que asignen carácter no remunerativo a conceptos, rubros o sumas de naturaleza salarial.

En principio, cabe observar que no es necesaria una norma que establezca tal prohibición, en tanto se mantienen vigentes el art. 103 de la LCT y también el Convenio n° 95 de OIT, esta última como norma de jerarquía “superior a la ley” por efecto de lo establecido en el art. 75.22 de la Constitución Nacional.

A mayor abundamiento, la Corte se ha expresado al respecto, en el fallo “*Díaz, Paulo c. Cervecería y Maltería Quilmes*”, del 4 de junio de 2013.

³⁷ LEDESMA ITURBIDE, Diego, “En torno a la validez/invalidéz del Fondo de Cese Laboral”, ponencia presentada al VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Material y Procesal del Trabajo, “*Las reformas laborales en el siglo XXI*”, Buenos Aires, diciembre de 2017, p. 1.

En la práctica, el problema se suscita por cuanto el Ministerio de Trabajo incumple las normas legales y supraleales citadas, soslayando esta ilicitud al momento de efectuar el control de legalidad previo a la homologación de convenios colectivos de trabajo en los que se estipulan tales sumas con la atribución de un carácter “no remunerativo”. Vale decir, que se trata de un problema de incumplimiento de la ley y no de ausencia de ella.

En realidad, contrariamente a lo que la norma proyectada declama en su título, y también en su primer párrafo, esta viene a consumir una inconstitucionalidad al habilitar expresamente la posibilidad de pactar sumas no salariales en los convenios, facultando asimismo al Ministerio de Trabajo a homologarlas, contraviniendo lo que señala el convenio internacional mencionado y la doctrina constitucional sentada por nuestro máximo tribunal.

Si bien el Proyecto aclara que tal autorización a la autoridad administrativa tiene carácter excepcional y que la no remuneratividad del rubro debe estar sujeta a un “plazo razonable”, al no establecerse concretamente la pauta de excepcionalidad ni la medida que haga a la razonabilidad del plazo, la norma se presenta como una amplia *dispensa a la disponibilidad colectiva*.

Por tal motivo, siendo la norma claramente inconstitucional, su hipotética aprobación —como en el caso de otros dispositivos ya examinados en el presente— entendemos que daría lugar a una mayor litigiosidad al obligar a los trabajadores que se encuentren afectados a hacer valer sus derechos ante los tribunales del trabajo.

XI. El banco de horas

El artículo 37 del primer borrador del Proyecto contemplaba incorporar este instituto, novedoso en nuestro ordenamiento y recientemente adoptado en el Brasil, mediante el agregado de un segundo párrafo al art. 201 de la LCT. El texto cuya adición se propuso le otorgaría al convenio colectivo de trabajo la capacidad de “planificar y establecer” “*un mecanismo de permuta y/o compensación horaria, denominado ‘banco de horas’ con los requisitos, metodologías y alcances que se establezcan en el instrumento convencional.*”

Tal incorporación habría venido a constituir otra habilitación a la disponibilidad colectiva —instituto que ha sido explicado en el apartado VI del presente examen—, que implicaría para los trabajadores alcanzados la virtual desaparición de su derecho al cobro de horas suplementarias. Ello, a pesar de mantenerse inalterable lo dispuesto por el art. 201, LCT, en la medida de que ese texto, que a partir de la reforma quedaría como primer párrafo de la norma, se encontraría en serio riesgo de caer en desuso.

Consciente del perjuicio que traería aparejado para los trabajadores a los que les resultara aplicable esta nueva forma de computar el tiempo de trabajo, la cláusula final del proyectado segundo párrafo del art. 201, LCT, tendía a atenuar el daño extrapatrimonial que padecería el trabajador, ordenando que la aplicación del nuevo régimen le garantice “*que su aplicación le será comunicada de manera fehaciente y con suficiente anticipación para conciliar dicho mecanismo con su vida social y familiar.*” Con todo, en el supuesto de plasmarse legislativamente tal propuesta de reforma, aún quedaría desprovisto de toda posibilidad de reparación

el perjuicio económico que debería soportar el trabajador como derivación de la pérdida de la posibilidad de cobro de horas extraordinarias.

XII. Algunas graves omisiones del proyecto de reforma

Resulta preocupante desde el punto de vista institucional de nuestro país, que el proyecto de ley enviado al Congreso, pretenda introducir cambios en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, desatendiendo absolutamente las inconstitucionalidades señaladas por la Corte Suprema de Justicia a la ley 23.551, de asociaciones sindicales, en cinco sucesivas sentencias dictadas entre noviembre de 2008 y junio de 2016, todas ellas apoyadas en la aplicación de la Constitución Nacional y normas internacionales de similar jerarquía.

Entre otras cosas, omite regulaciones imprescindibles, como las capacidades de los sindicatos simplemente inscriptos, de acuerdo con las observaciones impartidas por el tribunal supremo en concordancia con los órganos de control normativo de la OIT, la regulación del modo de hacerse efectiva la participación de estas organizaciones sindicales en las elecciones de delegados de personal y la representación empresarial en la negociación colectiva. ♦