

REFORMA LABORAL (compañera infaltable en tiempos de ajuste)

Luego de que, durante los llamados “*treinta años gloriosos*” que transcurrieran entre la finalización de la última gran guerra y la crisis del petróleo de 1973, el derecho del trabajo obtuviera definitiva carta de ciudadanía como disciplina jurídica destinada a regular en forma exclusiva y protectoria el trabajo prestado por una persona a favor de otra, en la explotación dirigida por ésta última¹, surgieron en el horizonte vientos de cambios peyorativos para los trabajadores en toda oportunidad en que el ajuste económico y social fue fogoneado por los gobiernos como receta obligatoria para sortear las crisis.

Basta recordar en nuestro país, como hito nefasto y significativo, la regla de facto de 1976, conocida como ley 21.297, que afectó sensiblemente decenas de normas del régimen de contrato de trabajo, muchas de las cuales vuelven a ser puestas en debate en el proyecto de 127 artículos que el Poder Ejecutivo de la Nación elevara a consideración del Congreso de la Nación el 18 de noviembre de 2017, con idéntica orientación desprotectoria (como ser en lo referente a las acciones que el trabajador podría oponer para resistir el *ius variandi abusivo*, o las nuevas y graves limitaciones que se proponen en relación a los deberes y consiguiente alcance de la responsabilidad solidaria de los cedentes y contratistas, artículos 42 y 41 del proyecto), las diversas reformas de los años 90 del siglo pasado (desregulaciones en materia de jornada y de modalidades contractuales de la 24.013, introducción del período de prueba con carácter amplio y general, reducción de indemnizaciones frente al hecho ilícito configurado con el despido incausado en la ley 25.013, tratamiento discriminatorio del trabajador frente al resto de los ciudadanos víctimas de accidentes, en el tristemente célebre art. 39.1 apartado 1 de la ley 24.557), entre otros muchos ejemplos de modificaciones a la baja, que afectan la progresividad que cabe esperar, si no como imperativo legal², sí como pauta orientativa de las políticas de gobierno.

¹ La adjetivización referida a la protección sigue, aun con matices y grados, fuera de toda discusión, pero no sucede lo propio, como se verá enseguida, con la exclusividad.

² Dado la intensa controversia que se observa sobre la vigencia del llamado principio de progresividad en el derecho nacional (posiciones antagónicas sobre el punto, y un amplio desarrollo conceptual y

En sentido contrario al progreso social (en el inc. a, art. 1 del proyecto se menciona como objetivos el *progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional, la generación de empleo, la liberación de las fuerzas de la producción y del trabajo y de todos aquellos mecanismos regulatorios y fenómenos distorsivos que impidan el desarrollo de las empresas*, lo que denota una atención mayor del factor “capital”, como uno de los eslabones de la producción, que del trabajador) se presenta el proyecto de reforma, del cual se analizará en esta intervención tres aspectos referidos a las relaciones individuales de trabajo.

Cierto es que, como premonitoriamente avizorara Miguel Maza, la reforma tiene pocas posibilidades de aprobación³, presagio que no sólo parece ir confirmándose, sino que, con el advenimiento de la violenta devaluación de la moneda nacional de los últimos meses, deja en cierto modo huérfana de justificación la pretensión reformista. Ello en tanto, también del propio texto del proyecto, se advierte que uno de los objetivos buscados es mejorar la competitividad de las empresas (art. 1 inc. b) y la competitividad, en la sistema económico altamente globalizado e interdependiente, se evalúa en gran medida en comparación con los mercados que nos circundan.

En tal orden, de acuerdo a un cuadro comparativo publicado por el diario Perfil de Buenos Aires, el día 1 de septiembre de 2018, el salario mínimo en nuestro país, medido en dólares, alcanza 250 dólares, presentándose como el más reducido de la región (Uruguay U\$S 452, Paraguay U\$S 366, Chile U\$S 433 y Colombia U\$S 386) cuando en 2015 los términos eran inversos, dado que el salario mínimo nacional, siempre medido en dólares estadounidenses, era el mayor de la región. Por supuesto los efectos que la depreciación monetaria provoca sobre el salario mínimo, se proyectan sobre el resto de los costos laborales. Sabido es que, muchas veces, lo que no se logra con el Congreso se logra con la afección del tipo de cambio.

jurisprudencial, puede verse en ACKERMAN, Mario, *El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN*, en Revista de Derecho Laboral, , 2014-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, y en DUARTE, David, *El principio de progresividad y el derecho del trabajo*, en la misma revista.

³ MAZA, Miguel, *La reforma laboral del presidente Macri y el régimen de sanciones al trabajo clandestino*, en Revista de Derecho Laboral, Contratación Laboral y Despido I, 2018-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 94

Así y todo, es indudable que el tema de la reforma, como indica Ackerman al presentar los primeros análisis al respecto, *está en el aire*⁴, de allí que sigue siendo oportuna y necesaria la discusión, y podrán generarse –es de esperar– aportes para el debate parlamentario, aportes producidos por los agentes jurídicos involucrados, fundados en la observación de la problemática laboral bajo el prisma del programa constitucional protectorio previsto en el art. 14 bis –regla básica, sugestiva y preocupantemente omitida en el texto del proyecto, pese a que menciona otras de la Carta Magna– y no sólo desde las demandas del mercado.

Desde tal óptica, esto es, no ceñidos a los términos de modificación legal que propone el proyecto de reforma, aunque sí partiendo de estos, se analizarán tres aspectos de la relación individual de trabajo sobre los que se pretende innovar.

Se trata de la exclusión del régimen de la L.C.T que para cierta categoría de trabajadores se pregona como modificación al art. 2, del regreso a la irrenunciabilidad relativa de derechos que se proyecta a través de la mutación al art. 12, y de la –otra vez más– reforma flexibilizadora que se propone para el art. 30

1. La nueva exclusión de trabajadores del régimen general protectorio

A través del art. 28 del proyecto se agrega una cuarta exclusión en lo relativo al ámbito de aplicación de la L.C.T., marginándose del imperio de la norma general que regula el trabajo dependiente a “*los trabajadores profesionales autónomos económicamente vinculados*”, entendiéndose como tales a las personas que, en su modo de trabajo, se observe la presencia de los siguientes cuatro requisitos:

- Que presten servicios especializados.
- Que dichos servicios conformen una actividad a título oneroso.
- Que lo hagan de manera habitual personal y directa para una persona física o jurídica.

⁴ ACKERMAN, Mario, en Revista de Derecho Laboral, Contratación Laboral y Despido I, Presentación, 2018-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 10.

- Y que dependan de ésta económicamente, lo que se configura cuando reciben de la misma el 80 % de sus ingresos anuales y/o no se superen las 22 horas anuales de dedicación..

La nueva figura que se propone está haciendo referencia, como es sabido, a lo que en España se conoce como “trabajadores autónomos económicamente dependientes”, estereotipo que no ha despertado hasta el momento acogimiento en nuestra doctrina. Se trata de las llamadas “zonas grises”, en las cuales algunas de las notas características de la relación de dependencia, sobre todo las referidas a la subordinación jurídica, se encuentran ausentes, o notablemente disminuidos.

Cierto es que, hace ya décadas, Adrián Goldín advirtió que en determinadas modalidades de trabajo se desdibujan las fronteras de la dependencia, y se presenta a veces estrecho el tipo contractual tradicional para contenerlas⁵. Pero habiendo trascurrido bastante desde que se tomara nota de tales cambios en los modos de prestación laboral, la problemática en las relaciones de trabajo en nuestro país sobre la calificación del vínculo sigue generando, lamentablemente, la necesidad de desarticular figuras fraudulentas a las que se echa mano para ocultar verdaderos contratos de trabajo, antes que un debate genuino sobre la naturaleza jurídica de la vinculación entre las partes.

Un indicador de esto último puede observarse al considerar que la solitaria norma que en nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de duda sobre la laboriosidad de una relación, el art. 16 de la ley 24.013, que faculta a los jueces a reducir los agravamientos o multas previstas para los casos de irregularidades en materia de registración laboral en casos dudosos, muy esporádicamente se encuentra invocada como defensa en los conflictos judiciales concernientes al carácter de la relación, y la jurisprudencia sobre el punto es escasa⁶.

⁵ GOLDIN, Adrian, *El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas*, Jornadas Nacionales de la AADTSS, Córdoba, 1995.

⁶ La Sala X de la C.N.A.T. ha tenido oportunidad de resolver un planteo en la causa “DIAZ, Jorge Lucio c/ PROVINCIA SEGUROS S.A.”, el 19.5.2009. En el caso se analizó la situación de un productor de seguros, matriculado como tal y que formó parte de una sociedad que tenía tal objeto. Se entendió que el vínculo mantenido por las partes, por sus características, debía ser considerado laboral, no obstante lo cual se redujo la multa prevista en el art. 8 de la ley 24.013 y se disminuyó el importe que arrojaba la fijada por el art. 8 del mismo cuerpo legal –con sustento en la faculta conferida por el art. 16- sosteniéndose que las

Por lo tanto se considera que un dispositivo como el propuesto, en la realidad que nos ocupa, no se presenta oportuno ni necesario, y que, en todo caso, debe contener alguna limitación más rigurosa que la prevista en el proyecto⁷, a fin de evitar que se transforme en un nuevo vehículo para canalizar situaciones fraudulentas, una máscara bajo la cual, bajo la apariencia de “trabajadores profesionales autónomos económicamente vinculados” se oculten típicos vínculos laborales.

Cabe recordar que, desde hace ya varios años, la jurisprudencia ha puesto el acento en la dependencia económica antes que en la subordinación jurídica para definir a un vínculo dudoso como laboral⁸.

Desde esta óptica de análisis, el dispositivo reformista se presenta con un sentido expulsivo de determinadas categorías de trabajadores, antes que como un marco comprensivo de situaciones que, de no acogerse, transitarían por el ámbito de la absoluta autonomía de la voluntad, a diferencia de lo ocurre en el ordenamiento español, en el cual, como con agudeza señalan Héctor García y Tribuzio, se legisló la figura para contener a un colectivo precarizado, y no para apartarlo del derecho del trabajo⁹.

particularidades que rodearon el vínculo pudieron generar dudas acerca de que el mismo estuviera alcanzado por el régimen laboral.

⁷ De avanzarse en esta exclusión, un buen ejemplo regulatorio a seguir es el Estatuto del Trabajador Autónomo de España (Ley 20/2007 del 11.07.2007, que en el artículo 11 exige como una de las condiciones que insoslayable y simultáneamente con otras debe reunir el llamado “trabajador autónomo económicamente dependiente” la de “*disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de su actividad e independientes de las de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente*” (art. 11 inc. “c” ley 20/2007). Es decir, debe tratarse de un pequeño empresario.

⁸ Se cita, entre muchos otros, el caso “TOGNETTI, Daniel Carlos c/ CUATRO CABEZAS S.A. y otros”, resuelto por la Sala II de la CNAT el 22.12.2009, en el cual se dijo, con remisión a antecedentes del mismo tribunal, que “*en los casos dudosos de relación laboral corresponde ponderar si algunas circunstancias prevalecen sobre otras, y a tal efecto uno de los elementos definitorios es la asunción de riesgos, por lo que si la reclamante no tomaba a su cargo riesgo económico, no ponía capital propio para soportar pérdidas u obtener ganancias y únicamente aportaba su trabajo, sería irreal concluir que se trataba de un empresario*”.

⁹ GARCIA, Héctor Omar y TRIBUZIO, José E, *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*, donde señalan que “en España la figura del “TRADE” surge como una respuesta frente a casos de trabajadores y trabajadoras independientes que, ejerciendo su actividad predominantemente a favor de una empresa, no tenían ninguna protección jurídica. ...Tan evidente es dicho carácter inclusivo en un ámbito de tutela, que la regulación legal del “TRADE” se encuentra en la Ley del Estatuto del Trabajador 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.....se proyecta para ser insertada en el art. 2

1.1 Los vientos de exclusión que llegan desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si de exclusión de trabajadores del ámbito protectorio se trata, no pueden pasarse por alto a la hora de pensar en reformas legislativas las tendencias que vienen observándose en el máximo nivel jurisprudencial, justamente en lo relativo a la calificación de vínculos de profesionales con entidades a favor de las cuales brindan su trabajo habitual y personal, y de las que reciben todo o una parte sustancial de sus ingresos.

El primer caso alarmante fue resuelto el mismo año en que entrara en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación –se destaca este dato por lo que se dirá enseguida sobre el renovado contrato de “prestación de servicios”- en el cual se puso en crisis la calificación laboral que la justicia ordinaria del trabajo había propugnado respecto de la relación anudada entre un médico anestesiólogo y el hospital privado para el cual prestó servicios durante 32 años de manera ininterrumpida¹⁰.

El voto mayoritario del tribunal supremo, remitiéndose al dictamen de la Procuradora Fiscal¹¹, impugnó el fallo del tribunal laboral en razón de que no se habría considerado debidamente el particular régimen de retribución de estos profesionales. Sólo eso. En ningún pasaje insinuó siquiera que la relación habría configurado un contrato de locación de servicios –hoy prestación de servicios-¹².

de la L.C.T. con la finalidad de excluirla, o expulsarla, del régimen laboral general en el que se encuentra protección homogénea actualmente”.

¹⁰ C.S.J.N., “Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/ Despido”, 19.02.2015.

¹¹ En dicho dictamen se destacó que a quien se calificó como empleadora puso énfasis en la intervención de un tercero –la Asociación Argentina de Anestesia, Analgesia y Rehabilitación de Buenos Aires- nada menos que en el intercambio económico de la relación, pues dicha entidad y no la demandada actuaba como agente de facturación y cobro de honorarios, permaneciendo ésta última ajena al pago y a la fijación de los honorarios del anestesiólogo, lo cual exigía a los jueces considerar esa cuestión a la hora de examinar el vínculo jurídico que unía a las partes

¹² Pese a lo cual, cabe señalar, el resultado final del conflicto ha sido adverso al reconocimiento del carácter laboral del vínculo (Así lo resolvió la Sala V de la CNAT, en fallo del 13.11.2015, al dictar la nueva sentencia que ordenara Corte, sin dejar de señalar que la sentencia de la Corte –acertada o no- debía ser lealmente acatada en la causa)

Lo que causa mayor perplejidad es el voto del Dr. Lorenzetti, que sí se inclina por calificar como autónoma la relación, al declarar que el pronunciamiento aplica la legislación laboral a supuestos de hecho para los que no ha sido prevista y recriminando que se haya omitido analizarlo a la luz de la normativa relativa a la locación de servicios regulada por el Código Civil; y afirmar que el hecho de haberse observado en el caso determinada carga horaria, la realización de guardias pasivas y activas y la dirección y conducción del establecimiento hospitalario por parte de la demandada, resulta insuficiente para sostener que el anestesiólogo estaba integrado a la organización empresaria ajena.

No menor inquietud provoca la resolución adoptada recientemente por el mismo tribunal supremo en el caso de un profesional médico, neurocirujano, que prestó servicios personales durante ocho años, también a favor de un hospital privado¹³.

Y hace pocos días, siguiendo la misma línea de análisis, esto es, encuadrando en la figura de *prestación de servicios* la relación mantenida durante trece años entre un abogado y un estudio jurídico al que brindaba sus servicios personales, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco rechazó el carácter laboral de la vinculación mantenida en tal contexto entre las partes¹⁴.

En un reciente estudio efectuado por Maddaloni sobre el contrato de trabajo y el de obra y de prestación de servicios del Código Civil y Comercial, da cuenta de un fenómeno que denomina, citando a Martín Valverde, como un resurgimiento de la locación de servicios¹⁵.

1.2. La necesaria limitación legal al contrato de *prestación de servicios* personales, para tareas correspondientes a la actividad permanente en la empresa ajena

Como regulación superadora de las situaciones planteadas, adecuada con la protección que la Constitución Nacional prevé para el trabajo, en sus diversas formas, se

¹³ C.S.J.N. 24.4.2018, "RICA, Carlos María c/ HOSPITAL ALEMAN y otros s/ DESPIDO".

¹⁴ Superior Tribunal de Justicia de Chaco, Sala Civil, Comercial y Laboral, Sentencia 217/2018.

¹⁵ MADDALONI, Osvaldo, *El contrato de trabajo y de locación de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial*, en Revista de Derecho Laboral, Contratación Laboral y Despido I, 2018-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 176

considera adecuado pensar, o comenzar a explorar, en términos reformistas, en la posibilidad de incorporar una prevención frente a la utilización o invocación del contrato de prestación de servicios, cuando de lo que se trata es del desarrollo de trabajo personal en tareas correspondientes a la actividad permanente en una empresa ajena.

Cierto es que pueden presentarse, de acuerdo a las prescripciones de las normas de derecho común (arts. 1251, 1252 y conc. del CCC) situaciones en las cuales una persona preste un servicio personal a favor de otra, a cambio de una retribución, sin que el vínculo llegue a configurar un contrato de trabajo. Pero la condición insoslayable para que eso suceda es que actúe en forma independiente, es decir, sin dependencia del prestador del servicio en relación a quien lo recibe. La clave sigue estando, en consecuencia, en la presencia o no de dependencia, de acuerdo a los parámetros habitualmente considerados para aceptar su configuración.

Vigente el código de Vélez la jurisprudencia aceptó que una prestación personal de servicios a favor de otra se hallaba enmarcada en un contrato de locación de servicios, y no en un contrato de trabajo, en supuestos en los cuales la prestación brindada no era aprovechada para una actividad empresarial, sino que satisfacía necesidades del hogar del receptor del servicio, como en los casos de cuidado de enfermos en el hogar¹⁶, o de la provisión de custodia en el domicilio particular¹⁷. Del mismo modo, la doctrina brinda ejemplos de trabajo prestado en el marco de un contrato de “locación de servicios”, como ser Pirolo, cuando afirma que no es posible considerar que la locación de servicios haya quedado comprendida en la regulación del contrato de trabajo, y que, aunque no sean muchos los casos, corresponde considerar que determinadas prestaciones personales de servicios retribuidos podían llegar a no quedar comprendidas en la regulación del contrato

¹⁶ CNAT, Sala IX, “Báez, Ester c/ Dillon, Horacio s/ Despido”, 29/09/2008; CNAT, Sala I, “Cristaldo, Blanca Nilda c/ Pereira de Varela, Liliana s/ Despido”, 31/05/2010, entre otros. Cabe señalar que en la legislación actual estas situaciones, con justeza, se encuentran amparados por la legislación tuitiva (art. 2 ley 26.844), excepto que se trate de prestaciones terapéuticas o que deban ser brindadas por personal con título habilitante.

¹⁷ CNAT, Sala II, “Torino, Enzo c/ Caselli, Antonio s/ Despido”, 26/06/2011”.

de trabajo y que, por lo tanto, quedaban regidas por la normativa civil, criterio que ahora – destaca- aparece confirmado por disposiciones explícitas y actuales del nuevo código¹⁸.

Sin que se comparta la solución adoptada en los casos referidos, pues la necesidad de protección, atento la desigualdad y falta de libertad de uno de los sujetos –el que presta el servicio personal- también se presenta en las situaciones en las cuales el dador de trabajo no constituye una empresa, la particular argumentación conduce a formular el siguiente interrogante: ¿es posible que una persona física preste su fuerza de trabajo en el ámbito de una estructura empresaria ajena, para actividades permanentes, sin que el caso quede regido por el derecho del trabajo?

Nada menos que Justo López ha advertido, hace cuarenta años, que *si la locación de servicios se caracteriza por la subordinación del locador, siendo esta la nota típica de la relación de trabajo, no se advierte cómo, puesto que la tipicidad de tal relación es rígida y no admite que puedan dejarse de aplicar las normas de orden público laboral cuando se da, pueda considerarse subsistente a la locación de servicios como relación contractual típica distinta de la relación de trabajo*¹⁹.

La inmensa mayoría de los casos que hoy se califican como “zonas grises”, de difícil ubicación en el derecho del trabajo, en competencia con la conceptualización de “contrato de servicios” en la terminología del CCC (profesionales universitarios, fleteros, remiseros, deportistas y, árbitros profesionales, teletrabajadores) ejecutan su actividad dentro o interactuando con una empresa ajena.

No parece que el contrato de servicios que regula el art. 1251 del CCC –la otrora locación de servicios del art. 1623 del Código Civil- pueda ser el instrumento jurídico que enmarque la relación entre una persona que presta un servicio personal en una empresa ajena, en tareas permanentes, y el titular de dicha organización, pues los medios personales que conforman la empresa (mencionados en el art. 5 de la LCT), por su natural estructura, pasan a desenvolverse en estado de dependencia, jurídica en algunos casos –es decir, el

¹⁸ PIROLO, Miguel Ángel, en *Contratos de Obras y de Servicios*, en *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (Dir), La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 605.

¹⁹ LOPEZ, Justo, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, T I, pág. 236.

sometimiento del sujeto trabajador al poder de organización, dirección y disciplinario del empleador, quien normalmente se beneficia con su trabajo personal- y económica en todos –el trabajo por cuenta ajena, lo que implica que el trabajador no participa de los connaturales riesgos y frutos del negocio o de la empresa en cuyo beneficio pone a disposición su fuerza de trabajo-²⁰.

A partir de estas consideraciones se estima, como ya se indicara, inconveniente, por contrariar la finalidad protectoria que las leyes deben asegurar al trabajo, la reforma que propone excluir de la L.C.T. al *trabajador profesional autónomo económicamente vinculado*” y, como respuesta legislativa frente a un preocupante avance jurisprudencial – en la máxima jerarquía de la jurisdicción- que tiende a deslaborizar relaciones en las cuales se compromete trabajo personal en actividades permanentes de la empresa ajena, se propone pensar en la necesidad de incorporar al art. 14 de la L.C.T. un párrafo que prescriba que “*Se considerará un caso particular de fraude la utilización del contrato de prestación de servicios en vínculos en los cuales una persona preste servicios personales y habituales para el cumplimiento de actividades permanentes a favor de una empresa ajena*”.

Hace casi medio siglo, en 1974, año de sanción de la L.C.T., no constituía un fenómeno extendido y habitual la proletarización, por decirlo de algún modo, de técnicos y profesionales de las más diversas disciplinas, que sólo pueden canalizar su fuerza de trabajo, y obtener su sustento vital, en el ámbito de la empresa ajena. Empresa generalmente de dimensiones importantes en un sistema económico cada vez más concentrado.

Si se acepta esta premisa, y que el servicio personal e infungible de una persona a favor de una organización ajena, para el cumplimiento de sus actividades permanentes, y en dependencia económica de la misma, constituyen la prestación características del imperativo típico legal del derecho del trabajo, una prevención como la propuesta en la norma que sanciona el fraude laboral puede resultar útil e incluyente, frente a la solución

²⁰ Para definir de este modo la dependencia jurídica y la dependencia económica se sigue la conceptualización que formula CANDAL, Pablo, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, ACKERMAN, Mario (Dir), SFORSINI, María Isabel (Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 291.

expulsora que el proyecto de reforma pretende con el agregado de una cuarta exclusión en el ámbito de aplicación normado por el art. 2 de la L.C.T.

2. El regreso a la irrenunciabilidad relativa de derechos que se proyecta a través de la mutación al art. 12 de la L.C.T.

Uno de los debates más intensos sobre el alcance del principio o regla de irrenunciabilidad de derechos que rige en la disciplina, se ha dado en nuestro país durante la extensa vigencia del texto que la Ley de Contrato de Trabajo asignara al art. 12.

Como se recordará, dicha norma, que se mantuvo incólume desde su sanción en el año 1974 hasta la modificación introducida el 2 de diciembre de 2009 por la ley 26.574²¹, preceptuaba que “*Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción*”.

Durante la vigencia de este texto, la discusión estuvo planteada entre una posición que consideraba que la indisponibilidad –es decir, la prohibición de renunciaciones o abdicación de derechos- sólo estaba referida a aquellos que conforman el denominado orden público laboral, otros que entendían que la regla de irrenunciabilidad abarcaba también aquellos derechos provenientes de la voluntad individual de las partes, que superan por tanto los parámetros del referido orden público, es decir, los derechos o condiciones que tienen por exclusiva fuente el contrato individual de trabajo, habiéndose también expuesto postulados que, sin desconocerle posibilidad de eficacia a los acuerdos que sólo afectaban derechos provenientes de la voluntad de las partes, entendían que el acto debía presumirse viciado.

La ley 26.574 agregó, luego de la referencia a las *convenciones colectivas*, seis palabras de notable significancia: *o los contratos individuales de trabajo*, y a partir de ello, considerando que una de las funciones básicas del ordenamiento jurídico es proveer soluciones previsibles para los destinatarios de la regulación, la consabida *seguridad*

²¹ Norma promulgada de hecho el 22 de diciembre de 2009 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 29 de diciembre de 2009.

jurídica, cumplió un objetivo plausible, pues el texto anterior, como se dijo y se conoce, no brindaba una interpretación unívoca. Teniendo en cuenta ello, como así también la divergente jurisprudencia adoptaba sobre el alcance de la regla de irrenunciabilidad de derechos²², no puede dudarse de que el texto legal reclamaba modificación²³ –más allá del sentido que haya debido asignarse a la reformulación legal, según el criterio de cada quien– y que, entonces, la reforma de la ley 26.574, cumplió una función positiva, tendiente a disminuir la litigiosidad, lo que efectivamente se verificó.

Pues bien, el proyecto de reforma, como si nada hubiera pasado antes –o, peor aún, con una actitud que bien puede ser vista, como se la ha calificado en los primeros comentarios, como una suerte de “revanchismo empresarial”²⁴–, propone, en lo sustancial del cambio, volver al texto de 1974 que tanta conflictividad ha generado, eliminando la expresión “contratos individuales de trabajo”.

La más autorizada doctrina, en un trabajo publicado el mismo mes en que se elevó al Congreso el proyecto de reforma, sostuvo la necesidad de una modificación como la adoptada²⁵.

²² La controvertida jurisprudencia sobre el tópico es mencionada en la exposición de motivos del proyecto de reforma como justificante del mismo, al señalarse que es “*deber del legislador saldar estas cuestiones opinables dando certeza a los actores sociales, empleadores y trabajadores. Para ello nada mejor que darle mayor claridad objetiva al texto legal. En este sentido, este proyecto entiende que la jurisprudencia dictada en los autos “Velazco, Héctor Domingo c/ Celulosa Jujuy S.A. S/ Despido” de la Sala VI de la C.N.A.T (14/10/98); y el Dictamen del Procurador General en los autos: “Fernández, Jorge Humberto c/Philco Usuahia S.A. s/Despido” ; responde más acabadamente a la filosofía de la Ley de Contrato de Trabajo, plasmada en los artículos 1, 9, 14, 66 y 145 entre otros*”.

²³ En sentido coincidente a la necesidad de reforma del art. 12 se expresó GUERRERO, Agustín en ...*Y la reforma del art. 12 de la L.C.T. no fue suficiente*, Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Número 6, Junio 2010, pág. 1415. Del mismo modo se sostuvo que la discusión sobre el alcance del art. 12 fue enriquecedora, pero a la par consagró una gran inseguridad jurídica, CRUZ DEVOTO, Gabriela, *Los alcances de la irrenunciabilidad laboral. ¿El fin de un largo debate?* Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Número 2, Febrero 2010, pág. 273.

²⁴ GARCIA, Héctor Omar y TRIBUZIO, José E, obra citada.

²⁵ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *La indispensable coherencia normativa. Una norma que requiere modificación legal*, Derecho del Trabajo, Noviembre 2017, Año LXXVII, Nro. 11, páginas 2.205 y siguientes, expresando que “el valor seguridad jurídica se inscribe entre los básicos de cualquier sistema que pretenda garantizar a los habitantes el marco indispensable para su desempeño social. Si las normas jurídicas, particularmente las leyes, no son claras y además con contenidos razonables que respondan al necesario ordenamiento basado en la Constitución Nacional, no puede pretenderse que esa convivencia social, particularmente la que se traba en las relaciones laborales, se desenvuelva con seriedad, orden y paz”, preguntándose luego si ¿Puede ser inconstitucional hacer imperativo todo el derecho ?

Por lo dicho anteriormente sobre las notables dificultades interpretativas que generó la determinación del alcance de la regla de irrenunciabilidad de derechos con anterioridad a la reforma de la ley 26.574, los justificados anhelos de seguridad jurídica y claridad normativa se observan alcanzados con el texto vigente, y probadamente irrealizables con el anterior.

En cuanto a la constitucionalidad de una norma que haga “imperativo todo el derecho” –pregunta que se formula Rodríguez Mancini-, la respuesta debe ser buscada, tal vez, en el bien jurídico que se intenta tutelar o proteger.

Nadie duda de que el derecho penal, la mayor parte del derecho administrativo, el de la seguridad social y el derecho de familia, son imperativos en prácticamente su integridad.

El derecho del trabajo regula un aspecto de la realidad social en la cual una de las partes carece por completo de libertad negocial frente a la otra²⁶. Frente a ello, no se presenta reñido con el mandato constitucional (principio protectorio del art. 14 bis de la C.N.) impedir que un trabajador subordinado pueda renunciar a un derecho, aún cuando reconozca como fuente el contrato individual.

Esto no significa que, una vez celebrado el contrato de trabajo, queden *petrificadas* las condiciones de trabajo²⁷, ni que *ya no habría posibilidad de renuncia a cambio de algo*²⁸.

La norma dice, en su actual redacción, que serán nulos determinados acuerdos, los que *supriman o disminuyan derechos*. Si la intención del legislador hubiera sido nulificar todo tipo de acuerdo modificatorio, no habría caracterizado a los mismos, no los habría

²⁶ Señala Ackerman que “Difícil resulta entonces disimular que el trabajo por necesidad y subordinado, esto es, sometido a los poderes del empleador, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable pérdida de libertad, por lo que mal puede en consecuencia calificarse a la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de trabajo libre”. ACKERMAN, Mario E., en *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN, Mario -Dir- TOSCA, Diego y SUDERA, Alejandro -Coordinadores-, T I, pág. 29, Segunda Edición, Santa Fe, 2014)

²⁷ Así lo han sostenido, con un sugestivo título, ETALA, Juan José y GONZALEZ ROSSI, Alejandro en *La reforma al art. 12 L.C.T.. La petrificación de las condiciones laborales en el Derecho del Trabajo Argentino y sus consecuencias*, Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Número 2, Febrero 2010, pág. 269.

²⁸ RODRIGUEZ MANCINI, obra citada, página 2.205.

condicionado, le hubiere bastado con decir que una vez celebrado el contrato de trabajo, ningún cambio al mismo pueden introducir las partes. No es eso lo que dice el actual art. 12 de la L.CT.

Efectivamente, sí es posible introducir modificaciones que no alteren en forma desfavorable para el trabajador los términos o equilibrios del sinalagma, es decir, que mantengan la economía interna del contrato.

Así, un acuerdo que disponga una disminución salarial con una proporcional reducción de la jornada de trabajo no podría ser visto como un convenio que *suprime o reduce* derechos, por lo cual, si el consentimiento del trabajador no se halla viciado en modo alguno, tal tipo de replanteo de los términos contractuales no estaría afectado por la prohibición del art. 12.

En cambio una modificación de la contraprestación que recibe el empleado manteniéndose sobre éste el mismo cúmulo de obligaciones, aún cuando aquella alteración no socave los límites del orden público laboral, se encuentra, ahora ya sin ninguna duda, prohibida de pleno derecho por el ordenamiento legal.

El segundo párrafo que el proyecto de reforma propone agregar al texto del art. 12 en nada mejora la situación, en un marco de renunciabilidad de derechos provenientes del contrato individual.

Se propone el sometimiento a la autoridad de aplicación de los acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato, a fin de procurar la homologación por parte de ésta, debiendo concurrir el trabajador con asistencia de la asociación sindical que lo represente, o patrocinio letrado.

El texto que se sugiere no indica bajo qué condiciones ese tipo de acuerdos (peyorativos por naturaleza) serían homologables, si ello se aceptaría, por ejemplo, ante situaciones de acreditada crisis económica –general o de la empresa-, , por razones ajenas al propio arbitrio del empleados que tornen inviable el vínculo en su estado actual, u otras circunstancias objetivas que puedan justificar la modificación. Ante tal orfandad de condicionamientos, cuáles serían las razones para homologar o no ?

Por otra parte, la litigiosidad posterior, aún homologación mediante, no debería descartarse, pues el efecto de “cosa juzgada” que el art. 15 de la L.C.T. predica para el caso de homologación judicial o administrativa, lo circunscribe a los “acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios”. Tal tipo de convenciones, como es sabido, sólo pueden recaer sobre derechos litigiosos o dudosos, no sobre un acuerdo a través del cual se modifican hacia el futuro, a la baja, condiciones de trabajo. Eso no constituye una conciliación o transacción.

En base a lo dicho, la modificación que se propone para el art. 12 se presenta reñida con todo propósito de disminución de litigiosidad, e inconsistente frente al principio de protección, de profunda raigambre constitucional, que las leyes deben asegurar al trabajador.

3. La modificación al art. 30 de la L.C.T.

Hace ya muchos años, analizando la evolución legal y jurisprudencial de uno de los principales dispositivos de regulación del proceso de tercerización o descentralización de la producción en Argentina, el consabido art. 30 de la L.C.T. –art. 32 en el texto de 1974– Mario Ackerman sintetizó su posición sobre el tema en el título mismo del artículo, al presentarlo como “*“Antes y después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)”*²⁹”.

El mismo Ackerman gusta señalar, citando a Bertrand Russell, que optimista es aquél que cree que las cosas no pueden ir aún peor.

Para confirmar la verdad de este aserto, basta considerar la reforma que se pretende introducir al art. 30 de la L.C.T. Las cosas siempre pueden ser peores aún.

Se insiste, y esto a esta altura se presenta cuanto menos como un acto de necesidad o soberbia –o una invitación a la litigiosidad, lo cual resulta raro cuando el titular del poder

²⁹ ACKERMAN, Mario, “*Antes y después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)*”, Revista de Derecho Laboral, 2001-1, Rubinzal – Culzoni, Sante Fe, 2001, pág. 191 y sig

ejecutivo que propone los cambios considera que realizar litigios laborales constituye una actividad mafiosa- se sigue insistiendo en que el presupuesto para imponer los deberes de control y la responsabilidad que sobre los contratistas impone la norma siga siendo la contratación o subcontratación de “actividad normal y específica propia”.

Se intenta disminuir –según como se interprete el punto- la responsabilidad solidaria de los cedentes y contratistas, haciéndola aparecer como una mera obligación de medio.

Y se incorpora un último párrafo declarando inaplicable la normativa a un cúmulo de actividades (actividades complementarias de limpieza, seguridad, montaje de instalaciones o maquinarias, servicios médicos de emergencia y de higiene y seguridad en el trabajo, gastronomía, informática, ni a los servicios de transporte de personas desde y hacia el establecimiento o explotación), es decir, las actividades más comunes en materia de tercerización..

Así las cosas, la reforma propuesta resulta cuestionable por lo que dice y, fundamentalmente, por lo que no dice.

El alcance de concepto de “actividad normal y específica propia”, como es por todos conocido, ha generado arduos debates en la doctrina y en la jurisprudencia, habiendo provocado en los años 90 una exorbitante intervención del Máximo Tribunal a partir del célebre precedente “Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora y otros”³⁰, que estableciera la restrictiva doctrina que luego, en el no menos relevante caso “Benitez c/ Plataforma Cero”³¹, fuera felizmente invalidada como posición del alto tribunal, no proponiendo otra interpretación, sino señalando que, en tanto norma de derecho no federal, sólo debe ser interpretado en su alcance por los jueces locales³².

En consecuencia, con vientos reformistas, debe tal vez pensarse en un concepto superador del remanido concepto de “ANEP”.

³⁰ C.S.J.N., 15.4.1993

³¹ C.S.J.N. 22.12.2009

³² Pese a lo cual, el 31.12.2014, encontrándose la Corte integrada sólo por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, subrepticamente vuelve a intervenir para definir el alcance del dispositivo en una situación en la que se discutía la responsabilidad de una obra social que había subcontratado a una prestadora de servicios odontológicos.

Por ejemplo, y esto se propone tan sólo como línea de discusión, podría simplificarse la cuestión estableciendo que, si la subcontratación de servicios tiene lugar dentro del establecimiento del contratista, los deberes de control y demás cargas que se impongan, se activan ante todo tipo de subcontratación de actividades permanentes.

Si los trabajadores del subcontratistas cumplen su débito laboral en el establecimiento del principal, no parece una carga demasiado pesada que éste deba controlar que el trabajo que personal del subcontratista cumple dentro de su ámbito debe ejecutarse en condiciones óptimas de legalidad. En derecho común, los titulares de una cosa responden por los daños que provoque la misma (art. 1.757 CCC). El establecimiento, en definitiva, constituye una universalidad de cosas, por lo que bien puede pensarse que todo menoscabo que sufra el trabajador con motivo del trabajo que presta en ese lugar (la existencia de un crédito salarial es producto, siempre, de un menoscabo de derechos) deba ser asumida solidariamente por el titular del ese establecimiento.

En relación a la subcontratación de actividades fuera del establecimiento, podría pensarse en un régimen de deberes, control y responsabilidad que distinga según se trate de actividad principal o secundaria, en lugar del intrincado concepto de “actividad normal y específica propia”, con un mayor grado de responsabilidad del contratista en el caso que el servicio subcontratado se relacione con su actividad principal.

A tal efecto, se sugiere la consideración del meduloso trabajo sobre tercerización laboral en Argentina, titulado, justamente, *La Tercerización Laboral en Argentina: evidencia, análisis y propuesta de regulación*, actualmente en prensa, de próxima aparición.

Se trata de una investigación encarada por un grupo interdisciplinario de especialistas, coordinado por Sebastián Etchemendy y del que formó parte el profesor Guillermo Gianibelli, que da cuenta del fenómeno de la tercerización laboral en Argentina mediante un estudio intersectorial sistemático y empírico, y ofrece un “Proyecto de ley regulación de la tercerización laboral y régimen de empleo en condiciones de subcontratación”.

En dicho proyecto, mucho más abarcativo de los efectos que provoca la tercerización que los escasos aspectos considerados por el art. 30 actual y por el texto de

reforma, se distinguen las situaciones según se trate de actividad principal o de actividad secundaria, tanto para actividades contratadas dentro cuanto para las que se realizan fuera del establecimiento o explotación (en el presente análisis se sigue la propuesta de aquel proyecto para el caso de actividades fuera del establecimiento, pues para las que tengan lugar dentro del mismo, ya se dijo, se propone pensar en un régimen de deberes y responsabilidad en cualquier tipo de actividad permanente subcontratada), proponiéndose una regulación más intensa cuando se trate de subcontratación de actividad principal que para el caso de actividad secundaria.

Se sugiere, para la actividad principal, que los trabajadores del subcontratista tengan las mismas condiciones de trabajo que los del contratista, en especial a los fines de la aplicación de los convenios colectivos.

Este punto, omitido absolutamente en el proyecto de reforma, que tímidamente impone a los contratistas o cedentes un deber de informar a la asociación sindical representativa de los trabajadores que actúe en su ámbito, y a la asociación sindical representativa de los trabajadores que actúe en el ámbito de los cesionarios y subcontratistas, cada una de las contrataciones de personal, debería ser considerado en una eventual reforma.

Es que la descentralización productiva, o fenómenos de tercerización, ha alterado un dogma básico de las relaciones laborales, como lo es la uniformidad del sistema normativo de los trabajadores al servicio de un mismo empresario³³. Se produce así una proliferación de estatutos jurídicos de relaciones laborales para la aportación de trabajo a las empresas, concentrándose en un núcleo duro la prestación del trabajo asalariado estable vinculado a la empresa a tiempo completo, al que rodean otros anillos de trabajadores inestables y trabajadores vinculados a otras empresas³⁴. En el supuesto de contratación de los trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, esté fenómeno ha sido atendido

³³ VALDEZ DAL RE, Fernando, en *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, D.T. 2002 A – pág. 682 y sig..

³⁴ RIVERO LAMAS, Juan, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, España, 1999, Libro de Ponencias, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág.33. .

por el legislador con un criterio uniformador en lo que respecta a la aplicación del régimen convencional colectivo. Se estima que lo propio debe prescribirse cuando un empresario subcontrata trabajos que hacen a su actividad principal.

El proyecto de reforma, al enumerar los requisitos que los cedentes, contratistas o subcontratistas deben exigir a los cesionarios o subcontratistas, indica, al referirse a la constancia de pago de las remuneraciones, que las mismas “*deberán respetar la Convención Colectiva de Trabajo aplicable*”, no aclara en modo alguno cual, y no puede derivarse de esa referencia que se esté ordenando que a los empleados del subcontratista o cesionario se deba aplicar el convenio colectivo que rige las actividades del contratista principal o cedente.

Por otra parte, el proyecto adelgaza notablemente las cargas o deberes de control, al presentarlos como meras obligaciones de medio (dice que si cumplen con las obligaciones de control y lo acreditan, quedan eximidos de responsabilidad) contrariando las pautas jurisprudenciales que, con mayor apego a la eficacia del deber de control, lo ha caracterizado como obligación de resultado³⁵.

El último párrafo que adicionar al art. 30 parece inspirado en expresiones de agravios de las empresas que habitualmente tercerizan, antes que en un análisis serio, fundado, y sobre todo equitativo de la realidad.

Se declara inaplicable todo el régimen de responsabilidad solidaria a casi todos los servicios que, por tratarse justamente de actividades que son prestadas por empresas con escaso respaldo a la hora de asumir sus compromisos³⁶ –las empresas de servicios, a

³⁵ CNAT, Sala III, Sentencia del 18.3.1999, en autos “UNTOIGLICH, Vanesa Astrid c/ RADIO DIFUSORA ESMERALDA S.A. y otro”, voto del Dr. Guibourg que declaró qué “*la exigencia de adecuado cumplimiento de las normas, que el artículo impone al principal respecto del contratista, es una obligación de resultado y no de medio, por lo cual el primero no puede eludir su responsabilidad acreditando haber dirigido al subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido*”

³⁶ Se invita también en este punto considerar la propuesta de reforma legislativa que formula el equipo de trabajo que integrado, entre otros, por Guillermo Gianibelli, al que se hizo ya mención, que prevé toda una regulación específica, llamado “Régimen de Empresas Prestadoras de Servicios a Terceras Empresas”, fijando estrictas condiciones para el funcionamiento de estas empresas, la necesidad de habilitación especial e inscripción en un registro, un régimen sancionatorio para las empresas usuarias que contraten prestación de servicios en violación a ese régimen, de un modo que guarda similitud con el prescripto por el Decreto 1.694/2006 para el funcionamiento de las empresas de servicios eventuales, y que ha demostrado

diferencia de las que producen bienes, pueden funcionar con una mínima estructura material y contar con gran cantidad de trabajadores- son objeto de reclamo de responsabilidad solidaria junto con el contratista principal o cedente.

Se trata en este sentido de una propuesta mezquina y, como con razón señalan García y Tribuzio, discriminatoria³⁷, en tanto sin razón que lo justifique deja carente de garantía a diversos colectivos de trabajadores, frente a otros que, siendo objeto de tercerización en actividades no enumeradas en el párrafo limitativo, sí contarán con la responsabilidad del empresario principal.

Así y todo, cabe advertir que el párrafo en análisis declara inaplicable el régimen de responsabilidad para las actividades que enuncia cuando resulten “*complementarias*”. Por lo tanto, no toda actividad de, por ejemplo, limpieza, seguridad o servicios de emergencia médica resultará excluida, de aprobarse semejante proyecto.

Si se trata de limpieza en un establecimiento médico asistencial, de seguridad en un banco o de servicios de asistencia médica que provee una empresa de medicina prepaga, no podrá descartarse la aplicación del régimen de responsabilidad, en tanto conforman actividades que claramente hacen al objeto o actividad del principal.

En definitiva, el art. 30 de la L.C.T. claramente requiere modificación, pero el sentido de la misma debe tender a una mayor protección, pues los procesos de tercerización han demostrado constituir un campo fértil para la precarización de derechos, cuando no para la frustración total de los mismos.

Se estima que tal cometido podría lograrse, y por lo tanto se lo propone como marco de discusión, ampliando la responsabilidad del contratista principal a todo tipo de contratación de servicios permanentes, cuando se presten dentro del establecimiento, distinguiendo su grado de responsabilidad según se trate de actividad principal o secundaria, en tareas externalizadas –buscando así superar la trampa y obscuridad del concepto de “*actividad normal y específica propia-*, ordenando la aplicación del convenio

cierta eficacia práctica, al menos en comparación al modo en que se desenvolvía la actividad con anterioridad a dicha regulación.

³⁷ GARCIA, Héctor Omar y TRIBUZIO, José E., obra citada.

colectivo de actividad del principal en el caso de subcontratación de cualquier actividad dentro del establecimiento y de actividades externas que se relaciones con la principal, para evitar maniobras de *dumping* a través de la subcontratación y, finalmente, regulando la actividad de las empresas prestadoras de servicios en situación de tercerización.