

**¿Modernización, flexibilización o precarización? El impacto del Proyecto de ley sobre “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” en la Ley de Contrato de Trabajo.**

*Por Camila Ayelén Pita[[1]](#footnote-1)(\*)*

1. **Introducción**

En nuestro país, uno de los términos que parece venir acompañado siempre de un futuro ominoso es el de REFORMA LEGAL. Este significado negativo no suele asignarse a la palabra reforma utilizada en otro contexto, pero la reforma de la ley parece ser siempre controvertida, generar temor y traer aparejado consigo algo peor de lo que ya está establecido.

Esto no debería ser así, ya que tenemos que tener en cuenta que el derecho es una ciencia dinámica, en la que surgen nuevos desafíos día a día y es necesario, incluso imperioso en algunos casos, actualizar y modernizar las leyes.

Ahora bien, no toda reforma es positiva. Cuando se propone un cambio en una normativa establecida, suele perseguirse una modernización, la adaptación de una ley dictada hace muchos años, o quizás no tantos, a la realidad actual. No obstante, cualquier reforma debe plantearse como una oportunidad de mejorar las condiciones actuales y adaptarlas a las necesidades de la sociedad en un momento histórico determinado.

En lo que respecta al Derecho del Trabajo, cualquier reforma que pretenda plantearse debe, *prima facie*, tener en cuenta dos principios fundamentales que atraviesan todo el plexo normativo laboral: El Principio Protectorio y el Principio de Progresividad y no Regresividad de los derechos adquiridos.

El Principio Protectorio es un principio fundamental reconocido en nuestra Constitución, que en su artículo 14 bis determina que ***“el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”***. Este principio se aplica debido a la existencia de una asimetría entre las partes de la relación contractual laboral, ya que el trabajador se encuentra en una condición más precaria que el empleador, al necesitar del salario para cubrir sus necesidades básicas y las de su grupo familiar.

En la ley de Contrato de Trabajo, vemos reflejado el Principio Protectorio en múltiples artículos, siendo los más explícitos el segundo párrafo del artículo 9, que determina el principio *In Dubio Pro Operario*, estableciendo que los jueces, a la hora de aplicar las normas laborales, en caso de duda deben optar por el alcance o la interpretación que resulte más beneficiosa al trabajador.

En el mismo artículo se encuentra explícitamente establecido que cuando la duda recaiga entre la aplicación de dos normas, debe prevalecer la más favorable al trabajador.

El artículo 7 de la LCT determina que las partes no pueden pactar condiciones menos favorables o que resulten contrarias a las dispuestas por ley, Convenios Colectivos de Trabajo o laudos, siendo la sanción prevista ante dicha situación la nulidad por ilicitud o prohibición.

Esto quiere decir que no pueden restringirse o anularse derechos de trabajadores, sino que deben ampliarse, en consonancia con el principio convencional de Progresividad y no Regresividad de derechos.

Ahora bien, ¿Se ajusta a estos principios la Reforma Laboral que pretende introducirse con el Proyecto de ley sobre “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”?

En una primera aproximación, la respuesta inmediata debe ser negativa.

1. **¿Cuáles son las modificaciones que el proyecto propone a la Ley 20.744?**

El capítulo II del Título V del Proyecto de “Ley de Bases” se titula *Modificaciones a Ley de Contrato de Trabajo* y comprende los Arts. 88 a 95.

1. ***Tercerización, interposición y solidaridad***

El artículo 90 del proyecto de reforma modifica el artículo 29 de la LCT, cambiando la titularidad de la relación jurídica, que actualmente recae sobre la empresa que utiliza la prestación. Esto quiere decir que los trabajadores dejarán de ser empleados directos de la empresa usuaria del servicio y pasarán a serlo de aquellos que registren la relación laboral,***sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas.*** La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, ***exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.***

 La responsabilidad solidaria en este supuesto se relaciona intrínsecamente con la necesidad de desincentivar el fraude laboral. Por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, se puede inferir que *empleador* es quien hace uso o se beneficia de la prestación del trabajador, garantizando que quien hace las veces de intermediario, responda solidariamente por las obligaciones que surjan de dicha relación laboral. Con el cambio que se pretende introducir a través de Ley de Bases, lo que se procura es que el intermediario sea el empleador directo y que, quien se beneficia de la actividad del trabajador, responda únicamente por las obligaciones devengadas durante el efectivo tiempo que dure la prestación.

La inversión de roles en esta figura puede traer aparejado como conflicto que un **empleador aparente** contrate a una persona para ceder su prestación a favor del **empleador real**, dando lugar a un nuevo mecanismo de fraude laboral, en el que el empleador real del trabajador sólo circunscribe su responsabilidad en carácter solidario y subsidiario y con una limitación temporal.

Por otro lado, con la reforma se elimina el tercer párrafo del Art. 29, el cual hace referencia a las empresas de servicios eventuales que están legalmente facultadas para destinar trabajadores a empresas usuarias.

En consonancia con la reforma introducida al art. 29 de la LCT, el Proyecto de Ley de Bases, modifica en su artículo 92 el art. 136 de la LCT, cuyo texto quedaría redactado de la siguiente manera:

*“Los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a solicitar a la empresa principal para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir éstos, y den en pago por cuenta y orden de su empleador, los importes adeudados en concepto de remuneraciones, indemnizaciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.*

*Conforme lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el principal estará facultado a retener sin preaviso, de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que estos adeuden a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral mantenida con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios. Dichas sumas deberán depositarse a la orden de los correspondientes organismos en las formas y condiciones que determine la reglamentación.*

*La Administración Federal de Ingresos Públicos, dentro de los noventa (90) días de sancionada la presente ley establecerá un mecanismo simplificado a fin de poder efectivizar la retención correspondiente a la seguridad social establecida en el presente artículo.”*

Esta redacción elimina la mención del artículo 29, descartando su aplicabilidad.

Ante esta situación, si el empleador directo es insolvente, el trabajador se ve obligado a recurrir a la justicia para obtener una sentencia que determine la solidaridad de la persona que efectivamente se benefició de su prestación y se sirvió de su fuerza de trabajo. Este último, a partir de ahora, carecería el carácter de empleador, para ser simplemente un codeudor accesorio, cuya responsabilidad es subsidiaria, debiendo el trabajador obligatoriamente reclamar previamente a la empresa o individuo que lo registró.

Estas modificaciones son, sin lugar a dudas, un retroceso en materia de responsabilidad solidaria y afectan el principio de Primacía de la Realidad que rige las relaciones del trabajo.

1. ***Período de Prueba***

El artículo 91, por su parte, pretende sustituir el texto del artículo 92 bis de la Ley N° 20.744 por el siguiente:

*“ARTÍCULO 92° bis.- Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba:*

*a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores; y*

*b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores. […]*

El período de prueba puede definirse como el lapso de tiempo en el cual un empleador, que celebra un contrato de trabajo por tiempo indeterminado con un trabajador, se encuentra facultado a extinguir el vínculo laboral que los une, sin abonar una indemnización por despido sin causa, debiendo otorgar preaviso o en su defecto la indemnización que lo sustituya.

Este período sirve para que las partes involucradas en el contrato de trabajo tengan un conocimiento acerca del funcionamiento de la relación laboral. Admite que el empleador evalúe el desempeño del trabajador, sus capacidades y aptitudes y, de esta manera determine si su perfil se adapta a lo que la empresa efectivamente necesita.

Considero que el plazo de tres meses previsto en la normativa actual resulta más que suficiente para examinar las cualidades de los trabajadores que se encuentran en período de prueba. El plazo de 6 meses que propone la nueva ley ya había sido utilizado previamente en la legislación laboral y resulta muy extenso.

Asimismo, la ampliación de la extensión del período de prueba resultaría contradictoria a lo establecido por el art. 245 LCT, el cual determina que la fracción mínima para el cálculo de la indemnización por antigüedad es de tres meses. Por lo tanto, si un trabajador presta tareas por un año y tres meses tiene derecho a percibir dos sueldos en carácter de indemnización por despido. Pero si otro presta servicio por menos de seis meses no tiene derecho a indemnización alguna.

Esto vulnera el derecho a la igualdad, garantizado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Al mismo tiempo resulta contrario al Principio Protectorio y atenta contra el Principio de Progresividad y No Regresividad de los derechos.

Queda claro que el objetivo de la reforma planteada es la reducción de los derechos de los trabajadores. Deliberadamente se duplica el plazo que goza el empleador para despedir a los trabajadores sin abonar indemnización alguna, quedando desprotegidos por seis meses ante la posibilidad de despido arbitrario.

Sumado a ello, el Proyecto plantea la posibilidad de ampliar ese plazo a través de la negociación colectiva a 8 meses en empresas que tengan entre 6 y 100 empleados; y a un año en empresas que tengan entre 1 y 5 empleados.

Esta facultad resulta por demás irrazonable, y atenta de manera mucho más profunda contra la protección constitucional que gozan los trabajadores contra el despido arbitrario.

En cuanto a las reglas aplicables al período de prueba continúan siendo las mismas, a saber:

*(i) Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.*

*(ii) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.*

*(iii) Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.*

*(iv) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, con los beneficios establecidos en cada caso.*

*(v) El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.*

***(vi) El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos labores y de la seguridad social.***

***El empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación; caso contrario, se considerará que ha renunciado al período de prueba.”***

Este último inciso no se encuentra incluido en la legislación vigente y la considero pertinente, si bien su mención resulta un tanto redundante.

1. ***Embarazo. Prohibición de trabajar***

El artículo 93 del Proyecto de Ley de Bases introduce una modificación en el artículo 177 de la LCT, que habilita a la persona gestante a reducir a 10 días la licencia obligatoria previa al parto, cuando actualmente sólo se admite la reducción a 30 días.

Este cambio puede significar en la práctica una imposición para las personas gestantes para que presten servicios hasta los 10 días previos a la fecha de parto.

1. ***Indemnización agravada por despido motivado en actos discriminatorios***

El artículo 95 del Proyecto incorpora a la LCT una indemnización agravada ante los despidos motivados en actos discriminatorios. A continuación se transcribe:

*“ARTÍCULO 245° bis.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad.*

***En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal****, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.*

*Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente.* ***La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.***

***El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos.”***

En primer lugar el artículo establece un tope que limita el importe que puede ser reclamado en concepto de daño ante un despido discriminatorio. En la actualidad, con la aplicación de la Ley 23.592, quien hubiese sido víctima de un acto discriminatorio tiene derecho a reclamar el daño material y el daño moral ocasionados. Con la incorporación del artículo 245 bis, el monto que se puede reclamar ante un despido discriminatorio se encuentra tarifado, con lo cual el trabajador injuriado no puede reclamar un importe superior al 50% de la indemnización prevista en el artículo 245 LCT. Queda relegado a criterio judicial la duplicación de dicha indemnización en virtud de la gravedad del hecho denunciado.

Este artículo que pretende incorporarse a la LCT revierte el principio establecido por la CSJN en el fallo “***Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”***en el cual se determina que *resultará suficiente, para la parte que afirma un trato discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.*

El artículo 245 bis determina que es quien alega la discriminación quien debe probar su existencia, cuando considero que, en este caso en particular debería ser el demandado quien demostrara que sus actos no son discriminatorios.

Asimismo, la nueva norma establece que la indemnización agravada prevista, no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

Pero lo más grave es que determina que en todos los casos, el despido discriminatorio produce la extinción del vínculo laboral. La Ley 23.592 estipula la nulidad de los actos discriminatorios, admitiendo en el caso de discriminación laboral, la reinstalación en el puesto de trabajo, posibilidad que queda anulada con la incorporación del art. 245 bis a la Ley 20.744.

En resumen, este artículo tarifa y limita la indemnización por despido discriminatorio, determina el efecto extintivo del despido discriminatorio en todos los casos y elimina la posibilidad de reinstalación en el puesto de trabajo. A todas luces, su incorporación resulta regresiva y atenta contra el Principio de Igualdad y no Discriminación.

1. **Fondo de Cese**

El Capítulo III del Proyecto de Ley de Bases está compuesto por un único artículo que admite, por medio de la negociación colectiva, la sustitución de la indemnización prevista un fondo o sistema de cese laboral, que puede asimilarse al sistema actual de la Ley 22.250, que regula la actividad de trabajadores de la construcción. Dice la norma:

*ARTÍCULO 96°.- Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245° de la Ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral conforme los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo nacional. Los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley.*

*En todos los casos, las empresas podrán auto-asegurarse en el sistema que se defina.*

Si bien la aplicabilidad de este artículo depende exclusivamente de la negociación colectiva, su introducción al plexo normativo que regula las relaciones de trabajo resulta contraria al orden público laboral.

Cualquier cambio en la regulación del Derecho del Trabajo debe implementarse sin avasallar derechos consagrados en la Constitución Nacional y las leyes laborales. La indemnización por despido garantizada por el art. 245 LCT constituye la principal protección de los trabajadores contra el despido arbitrario, en concordancia con lo establecido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

La implementación de un sistema de fondo de cese no cumple con la manda constitucional de protección ante el despido arbitrario, sino que deja a los trabajadores en una situación de desamparo total, dependiendo de los caprichos y la voluntad unilateral del empleador.

El régimen que se pretende emular, consagrado en la Ley 22.250, fue creado con la finalidad de regular relaciones de trabajo acotadas en el tiempo. En cualquier circunstancia, ya sea por despido o por finalización de obra, el trabajador tiene derecho a cobrar el fondo de cese. Pero la realidad es que las relaciones de trabajo reguladas por la LCT, tienen una perspectiva de perdurabilidad en el tiempo. La mayoría de los contratos laborales son por tiempo indeterminado y la propia normativa estipula los presupuestos en los que dicha modalidad no resulta aplicable.

La indemnización por despido prevista en la LCT, tiene una doble finalidad, reparadora y sancionatoria. Reparadora, puesto a que busca resarcir el daño causado al trabajador con motivo de un despido incausado. Y sancionatoria, ya que pretende castigar o desalentar la conducta disvaliosa y rupturista de los empleadores que despiden en forma arbitraria.

La finalidad principal del Derecho del Trabajo, consiste en la eliminación jurídica de la desigualdad existente en las relaciones laborales ya que reflejan una dinámica de poder en la que el empleador se encuentra en una posición dominante frente a los trabajadores, que ponen a disposición su fuerza de trabajo para obtener los medios necesarios para su subsistencia.

La indemnización por despido es un derecho insoslayable del sistema laboral de carácter constitucional y funciona como protección a los trabajadores ante el despido arbitrario. La aplicación de un fondo de cese importa un avasallamiento total a un sistema indemnizatorio, cuya principal finalidad es reparar el menoscabo patrimonial que sufre un trabajador que se ve intempestivamente privado de su fuente laboral.

El proyecto de Ley de Bases no determina cómo funcionaría el fondo de cese que se pretende regular, pero la realidad es que su aplicabilidad resultaría muy compleja en la situación actual.

En primer lugar, el monto no debería ser inferior a la indemnización prevista por el art. 245. Caso contrario, implicaría una pérdida de derechos de los trabajadores y una norma regresiva.

En segundo lugar, si el sistema pretende asemejarse al aplicable a los trabajadores de la construcción, los aportes que se hagan al fondo deberían encontrarse protegidos de la depreciación monetaria, ya que de otra manera, se vería vulnerado el patrimonio de los trabajadores y se atentaría contra el derecho a la propiedad reconocido constitucionalmente en el artículo 17 de nuestra Ley Fundamental.

Y en tercer lugar, su planteamiento tal y como está hecho deja muchos interrogantes sin respuesta. ¿Qué pasaría con los trabajadores que no están debidamente registrados? La norma nada dice en relación al supuesto de que el trabajador trabaje sin registración o con registración defectuosa. ¿Qué solución podría aplicarse en esos casos? ¿Sería aplicable el art. 245 LCT por defecto a ese tipo de relaciones? O se crearía un nuevo sistema que prevea todas estas contingencias que pueden surgir en las relaciones laborales. El artículo admite la posibilidad de que el empleador contrate un seguro para suplir el pago del fondo de cese al momento de la extinción del contrato de trabajo ¿Cómo funcionaría? ¿El fondo de cese debería cobrarse sólo ante un despido o cualquier modo de extinción de la relación laboral convertiría al trabajador o a sus derechohabientes en acreedores de la suma de dinero aportada al fondo durante la relación laboral?

El planteamiento del sistema de fondo de cese da lugar a más interrogantes que certezas. Su inclusión en el derecho laboral debería acompañarse de un plexo normativo que regule las distintas variables que pueden presentarse en el marco de las relaciones de trabajo. El sólo hecho de admitir su implementación sin regular acabadamente su funcionamiento puede llegar a dar lugar a una mayor litigiosidad y planteamientos de inconstitucionalidad.

1. **Conclusiones**

Existe una realidad en nuestro país que resulta innegable. Históricamente uno de los principales problemas que enfrenta la clase trabajadora es la falta de registración laboral. Que quiere decir esto, que existen muchas oportunidades laborales, pero Argentina carece de empleo formal y genuino, que garantice la perdurabilidad posterior del sistema previsional.

La creación de empleo formal y genuino debería ser entonces el motor que impulse cualquier tipo de reforma laboral.

Pero debe tenerse en cuenta que *reforma* debe ser sinónimo de modernización, no de flexibilización o precarización. La reforma propuesta en la Ley de Bases es una reforma regresiva que permite vislumbrar la extensión de la política de ajuste al derecho del trabajo. Pero en realidad son los trabajadores los que constituyen el motor para alcanzar el progreso. Como he manifestado a lo largo del presente artículo, los derechos laborales deben ser progresivos, no regresivos. Nos encontramos ante una reforma que pretende ser un avance y termina siendo un retroceso en perjuicio de los trabajadores, que en definitiva son quienes sustentan el entramado económico actual. Las empresas no pueden producir sin fuerza de trabajo. Debe promoverse la modernización del empleo, ajustando el sistema actual a las nuevas tecnologías, aprovechando las nuevas herramientas que surgen; debe profundizarse la capacitación de los trabajadores para mejorar sus aptitudes y capacidades en pos del desarrollo productivo, y deben ampliarse de sus derechos como incentivos que logren aumentar la productividad. Ese es el único camino posible.

Citar: elDial DC3474
copyright © 1997 - 2024 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

1. (\*) Abogada con Orientación en Derecho Privado y Notarial (UBA). Actualmente forma parte del equipo de trabajo de la “Consultora Legal Laboral Chiesa & Delgado”, estando a cargo de la dirección del Departamento Jurídico, brindando asesoramiento legal a empresas y particulares en materia laboral, civil y comercial. Colaboró con el Dr. Chiesa en la investigación y el desarrollo de la obra “Ley de Contrato de Trabajo en estado de Emergencia – De qué manera afectó el COVID-19 a la normativa laboral”, editorial elDial.com, 2020. Participó activamente en “Aptitud Renovadora”, un nuevo espacio político integrado por jóvenes profesionales que busca promover el desarrollo social desde la educación, la cultura y el trabajo. [↑](#footnote-ref-1)