



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

NUEVAS FRONTERAS ENTRE EL TRABAJO AUTÓNOMO Y EL TRABAJO

DEPENDIENTE EN LA ARGENTINA ¹

Por Fernando Javier CAPARRÓS

Profesor Regular Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina.

Sumario:

Introducción. Capítulo I. EL TRABAJO COMO ACTIVIDAD.- A) El trabajo asalariado. B) El trabajo no asalariado o autónomo. a) *La manera en que se desarrolla* b) *La titularidad de los frutos y de los riesgos.* c) *El modo en que se constituye el trabajo autónomo.* **Capítulo II. TRABAJADORES EN SITUACIÓN QUE REQUIERE PROTECCIÓN.** a) *Relaciones objetivamente ambiguas.* b) *Los criterios para la aplicación general de la normativa laboral.* **Capítulo III. EL TRABAJO PARADPENDIENTE.** a) *Origen y denominación.* b) *Concepto y características.* c) *Las fuentes que dan o pueden llegar a dar sustento a la protección del trabajo parasubordinado.* **Capítulo IV. EL TRABAJO A DISTANCIA. A) El trabajo a domicilio.** a) *La legislación nacional.* b) *Los Normas de OIT sobre trabajo a domicilio.* **B) El teletrabajo.** a) *El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.* b) *Una manera distinta de trabajar.* c) *Diversas denominaciones.* d) *Concepto.* e) *Los elementos del teletrabajo.* f) *Según el modo de conexión.* **C) Temores, creencias, ventajas y desventajas del teletrabajo.** a) *Para la empresa.* b) *Para los trabajadores.* c) *Para los sindicatos.* d) *Para el medio ambiente.* **D) Protección normativa.** a) *La inspección sobre el teletrabajo.* b) *Los proyectos legislativos y las experiencias sobre teletrabajo en Argentina.* c) *La falta de regulación del correo informático.* d) *Las normas internacionales del trabajo (NIT).* e) *La Recomendación de la Comisión Europea 98/370, de 27 de mayo de 1998.* f) *Su recepción en convenios colectivos de trabajo.* **D) El ordenamiento jurídico del teletrabajo.** **E) Los Indicadores de la dependencia en el teletrabajo.** **F. El contrato individual.** **Capítulo V. PROPUESTAS PARA LA DENUNCIADA CRISIS DE ABARCATIVIDAD. A) En cuanto a los valores. B) En cuanto a las normas y su interpretación.** a) *El respeto a las NIT.* b) *Las diversas propuestas sobre la protección del trabajo paradependiente.* c) *Las transformaciones en la formación de las leyes y en los modos de negociación.* **C) En cuanto a las técnicas.** a) *El Estado como garante.* b) *“El Derecho como técnica de humanización de la técnica”.* c) *Valerse del auxilio de la seguridad social.* d) *Ampliar el campo enfocado, no desplazar el enfoque.* **Conclusión.**

Introducción

El presente trabajo se halla enmarcado por dos pautas que he tratado de respetar. La primera, en orden al tema de la convocatoria para el presente Congreso Regional, que es “*EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA*”, y para el cual se ha invitado a participar a diversas universidades latinoamericanas. Y, la segunda, referida al tema concreto que en ese marco atañe a nuestra disciplina: “*EL ÁMBITO PERSONAL DEL*

¹ En cuanto a las nuevas fronteras entre relaciones de trabajo en el ámbito privado y el sector público, han sido tratadas en el relato de este mismo tema a cargo de la profesora Andrea Érica García Vior, presentado ante este mismo Congreso.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

DERECHO DEL TRABAJO: NUEVAS FRONTERAS ENTRE EL TRABAJO AUTÓNOMO Y EL TRABAJO DEPENDIENTE”.

De allí que, principalmente, me halla detenido a describir, con la mayor amplitud posible (aunque sin ánimo de agotar el tema), de qué manera se han ido demarcando, en la República Argentina, los confines que separan el trabajo dependiente del autónomo; y en qué medida se percibe la modificación del ámbito personal del derecho del trabajo, a partir de los cambios de los antiguos sistemas de organización productiva; del impacto de las nuevas tecnologías; y de la globalización social. Claro está, sin perjuicio de algunas referencias – necesarias- al derecho europeo, en tanto las transformaciones aludidas se fueron manifestando mucho más tempranamente que por estas latitudes; y, consiguientemente, más tempranas han sido, también, las propuestas jurídicas pergeñadas para encauzarlas y más amplio aun ha sido el debate doctrinario y jurisprudencial producido a su respecto.

La ponencia discurre por la clásica distinción entre el trabajo asalariado y el autónomo, como punto de partida para describir otras relaciones cuya ambigüedad se presta a controversias; para describir, luego, la figura del trabajo paradedependiente. Aborda, además, el trabajo a distancia y, dentro de este último, una novedosa manera de prestar tareas: *el teletrabajo*. Y, en todo caso, incursionando en las normas nacionales –autónomas y heterónomas- e internacionales, capaces de darle un marco de referencia a la problemática analizada. Por último, señala algunas propuestas que se han formulado para la denunciada *crisis de abarcatividad* del derecho del trabajo.

Capítulo I

EL TRABAJO COMO ACTIVIDAD

¿Qué tienen en común el trabajo asalariado, el trabajo autónomo y el empleo público? O, si se prefiere, ¿en qué se distinguen? Lo que tienen en común es, precisamente, aquello que nos impide distinguirlos: la persona humana que desarrolla una actividad -física o intelectual-



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

que al colocarse en estado de reflexión o contemplación, es capaz de transformar la materia o ponerse en situación de servicio.

Si hiciéramos abstracción del marco referencial (fáctico y jurídico) que circunda a cada una de esas actividades, y fotografiásemos a los trabajadores enrolados en las respectivas figuras en las que se hallan comprendidos (trabajo asalariado, trabajo autónomo, o empleo público) en el preciso instante en que están llevando a cabo su tarea, seríamos incapaces de decir cuál de las tres fotos es la que se corresponde con alguna de las mencionadas figuras.

De allí que toda actividad laboral humana requiera y merezca la protección del legislador. Porque al proteger a aquélla, no está haciendo otra cosa sino proteger a la persona misma, dado “...el carácter inseparable de lo que bien podría denominarse, gráficamente, “la representación dual”: la persona del trabajador, por un lado; y, por el otro, el esfuerzo de su actividad productiva y creadora; que no son sino dos representaciones diferentes de una misma identidad”². Y puesto que, con la búsqueda de una protección común a todos ellos (más allá de los diversos grados de tutela que cada actividad requiere en orden a sus diferencias) hallaremos la cohesión social sobre la que tanto se declama y en relación a la cual se hace muy poco; teniendo en cuenta que la “...problemática de la cohesión social no es la problemática del mercado; la solidaridad no se construye en términos de competitividad y rentabilidad”³.

A) El trabajo asalariado

El trabajo asalariado es aquel que se lleva a cabo en relación de dependencia. Dependencia cuya importancia ha sido puesta de relieve en tanto: ha dado origen al derecho del trabajo; sirve de referencia para elucidar relaciones jurídicas ambiguas que cuentan con un gran parecido a una situación típicamente subordinada; y porque se erige en un elemento consustancial del contrato laboral.

² Caparrós, Fernando Javier, Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, dirigido por Goldin, Adrián y coordinado por Alimenti, Jorgelina F., segunda edición actualizada, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 21.

³ Castel, Robert; Las metamorfosis de la cuestión social; Ed. Paidós, Lanús, Buenos Aires, 1997, págs. 410/411.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

De allí en más, el trabajador que sea reconocido como dependiente contará con **toda** la protección del ordenamiento positivo laboral. Por el contrario, quien no sea reconocido como un trabajador subordinado desde la antigua concepción de su faceta jurídica, no habrá de contar con ninguna protección de esa índole; con todo lo que entraña esta decisión, dejar librado al trabajador a las leyes de libre mercado. Cumpliendo así un “rol inclusivo/excluyente”⁴.

B) El trabajo no asalariado o autónomo

a) La manera en que se desarrolla

El trabajo autónomo, a diferencia del trabajo asalariado, es aquel que el trabajador lleva a cabo sin necesidad de que otro lo organice o lo dirija. Es decir, es el propio trabajador quien decide si ha de llevarlo a cabo; y, en caso afirmativo, dónde, cómo y cuándo llevar adelante su labor; sin someterse a las órdenes o instrucciones del dador de tareas. En otras palabras, está caracterizado por la ausencia de subordinación o dependencia.

b) La titularidad de los frutos y de los riesgos

Otra de las notas que caracterizan al trabajo independiente, es que se lleva a cabo por cuenta propia. La nota de ajenidad⁵ no se halla presente. Y esa ausencia de ajenidad se verifica tanto en los frutos cuanto en los riesgos. A diferencia de lo que ocurre en el trabajo dependiente -en el que el empleador se apropia de antemano de los frutos del trabajo llevado a cabo por el prestador de tareas- el trabajador autónomo es el dueño de los frutos, de los que se apropia, generados por su actividad; y, por tanto, es quien asume los riesgos económicos de la ocupación que despliega.

En este sentido, se puede afirmar que “...la autonomía se refiere a la manera de realizar el trabajo, mientras que la expresión “por cuenta propia” hace referencia, básicamente, a la titularidad de los frutos del trabajo y a la asignación de los riesgos que entraña la actividad o explotación económica correspondiente”; dado que “...hay casos en los que cabe plantearse si ambas concurren en un mismo trabajo (por ejemplo, el de los profesionales libres, por la

⁴ Goldin, Adrián O.; Las fronteras de la dependencia; D.T. 2001-B, 2036.

⁵ Expresión con la que la doctrina y la legislación españolas caracterizan al trabajo subordinado.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

sencilla razón de que siempre actúan por cuenta de un cliente), e incluso casos en los que legalmente se excluye su concurrencia (como el de los agentes comerciales) que...trabajan con autonomía pero siempre por cuenta ajena)⁶.

c) *El modo en que se constituye el trabajo autónomo*

Sin embargo, el modo en que se constituye el trabajo autónomo, en lo que hace a la organización y al modo de llevar adelante la actividad, puede variar, según se lleve a cabo de manera individual o de manera colectiva. Y, en el primer supuesto, según se lo haga de manera personal o impersonal.

c.1. *El trabajo individual*

El trabajo autónomo puede practicarse de manera individual. Permite implementarse de manera tal que sea un individuo, una sola persona, la que lo organice y ejecute. Y, en este caso, la actividad puede llevarse a cabo teniendo en cuenta un destinatario impersonal; es decir, que el trabajador independiente produce bienes o servicios para un conjunto indiferenciado de clientes, y que “se agotan con esa misma transacción”⁷. O bien, esta clase de tareas permite, en cambio, llevarse a cabo teniendo en mira un destinatario individualizado o personal con quien se relaciona de manera regular, habitual, continua. Se trata de los llamados *contratos de actividad⁸ personal*.

En sentido similar, se ha propuesto, para abordar un nuevo ámbito personal de aplicación del derecho del trabajo, una “...categoría amplia de relaciones de trabajo personales, es decir, basarnos en una familia de contratos dentro de la cual el contrato de trabajo asalariado tradicional, aunque sea el más frecuente, no es necesariamente el paradigma predominante y absoluto que hemos solido creer”. “Ahora bien, habría que subrayar que la categoría de los contratos de trabajo personales, aunque considerablemente mayor que la del contrato de trabajo asalariado, no deja de limitarse a contratos que, en su totalidad o principalmente, debe ejecutar

⁶ García Murcia, Joaquín, El trabajo autónomo; en El Trabajo Autónomo y otras Formas de Trabajo No Asalariado, obra colectiva dirigida por el referido autor; Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2007, pág. 32.

⁷ García Murcia, ob. cit., pág. 25.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

el trabajador en persona”. “Invocamos el concepto de “nexo laboral personal” para caracterizar el marco más laxo que será necesario para abarcar esas ramificaciones más amplias”⁹.

c.2. El trabajo colectivo

El trabajo autónomo puede llevarse a cabo, también, a través de una colectividad de personas que, como *sociedades profesionales*, encaran una actividad en común.

Ahora bien, cuando nos situemos frente a *contratos de actividad* y frente a *sociedades profesionales*, estaremos en presencia de relaciones que, por su ambigüedad, tienen algún parecido con las relaciones dependientes y que, por tanto, son merecedoras de una protección.

Capítulo II

TRABAJADORES EN SITUACIÓN QUE REQUIERE PROTECCIÓN

a) Relaciones objetivamente ambiguas

Junto a aquellas dos figuras que enmarcan relaciones ambiguas (*contrato de actividad* y *sociedades profesionales*), existen otras que, a la par de las primeras, encierran la posibilidad cierta y genuina de ser desarrolladas tanto en régimen de subordinación cuanto en uno de autonomía. Me refiero, concretamente, al trabajo de: *choferes de remises; vendedores ambulantes; revendedores a domicilio; fleteros; profesionales liberales; artistas; cuidadores de enfermos; contrato de agencia; contrato de franquicia; contrato de suministro; etc.*

En este sentido, el anteproyecto de código civil y comercial unificado¹⁰, tiene algunos puntos de contacto con el derecho del trabajo en general; y, en particular, con algunos contratos de actividad a los que se hizo referencia, de manera genérica, en el comienzo del presente trabajo. Figuras jurídicas que, según el mencionado anteproyecto, estarían alcanzadas, sin duda, por el derecho común, pero que comprenden situaciones que, de hecho, pueden presentar

⁸ “Actividad” en el sentido de trabajo.

⁹ Freedland, Mark; Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo; Revista Internacional del Trabajo; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2007/1-2, Volumen 126; pág. 4.

¹⁰ Elaborado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de Reforma, Actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, creada por el decreto N° 191/11, de fecha 23 de febrero de 2011, e integrada por los señores Ministros de la CSJN, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, quien actuará como Presidente, y Elena HIGHTON de NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER de CARLUCCI.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

(y presentan) cierta ambigüedad que genera discusiones acerca de cuál es el régimen legal aplicable: el derecho del trabajo o el derecho común.

El art 1442, del anteproyecto en estudio, ubicado en el capítulo 16, “*Contratos asociativos*”, Sección Primera, “Disposiciones Generales”, establece: “*Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad*”. Luego, en la SECCIÓN 2ª, *Negocio en participación*, se preceptúa: “ARTÍCULO 1448.- Definición. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público”. Y, seguidamente, SECCIÓN 3ª, *Agrupaciones de colaboración*, “ARTÍCULO 1453.- Definición. Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. ARTÍCULO 1454.- Ausencia de finalidad lucrativa. La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros”. La SECCIÓN 5ª, *Consortios de cooperación*, los define en el art. 1470 de la siguiente manera: “Definición. Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados”. Para agregar: “ARTÍCULO 1471.- Exclusión de función de dirección o control. El consorcio de cooperación no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros”.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

El mencionado anteproyecto también regula el *contrato de agencia* (art. 1479); y el *contrato de franquicia* (art. 1512); el *contrato de suministro* (1176); el de *corretaje*, en el art. 1345; y el de *transporte de cosas* (art. 1296).

Además, el nuevo código unificado que se propone para su sanción, contempla en el art. 1251 el “*Contrato de obra y servicios*”, y lo hace de la siguiente manera: “Hay contrato de obra o de servicios *cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución*. El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar”. Luego, el art. 1252 establece: “*Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral*. Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados”.

Ahora bien, de las reformas proyectadas en este código único, se sostiene¹¹ que “...la norma (art. 1252), señala de manera expresa que “los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral” con lo cual queda aclarado que si bien subsiste una relación civil de prestación de servicios, ésta se diferencia del contrato de trabajo porque requiere la ausencia de la “dependencia” o mejor la subordinación. Esta será entonces, como se ha establecido de manera uniforme en nuestro medio, la nota diferenciadora entre la relación civil y la laboral. No porque no exista la posibilidad de una relación en la que también hay prestación de servicios, sino porque la diferencia reside, como se ha dicho, en las condiciones de autonomía o subordinación”. El mismo autor, al referirse a los “contratos asociativos” (arts. 1442 a 1447), nos enseña que es “...un capítulo que se aplica a los contratos de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sean sociedad.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

No se les aplica las normas sobre sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. Este precepto terminante que reitera conceptos recogidos en normas actuales sobre los consorcios de cooperación (ley 26.005), elimina la posibilidad de que ese "contrato" se convierta en empleador. El tema queda ubicado como una de las cuestiones de identificación del empleador, en términos semejantes a los que se debaten hoy día”.

El análisis diferenciado de dichas figuras, excede el marco referencial que nos ha sido propuesto para escribir el tema del que me ocupo¹² dado que, como su título lo indica, se trata de desentrañar las “*nuevas fronteras*” entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente. Razón por la cual, pues, habré de circunscribirme al análisis de las *nuevas demarcaciones entre lo autónomo y lo subordinado*, dejando de lado la tarea nada sencilla de dilucidar en qué circunstancias es dable calificar a alguna de aquellas figuras como autónomas o como dependientes; sea porque los sujetos contratantes han echado mano de ellas para encubrir, de modo fraudulento, una típica relación subordinada; sea porque se lo ha hecho en la creencia, infundada, claro está (a la luz del principio de primacía de la realidad), de estar en presencia de una relación típicamente autónoma. De este modo, entonces, me referiré a estas figuras y a otras, en tanto genuinamente autónomas desde lo jurídico, pero con alguna ambigüedad que las haga pasibles de un análisis diferenciado de aquel conocido binomio típico: trabajador dependiente/trabajador autónomo.

Se advierte que “la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del derecho del trabajo”¹³, con pérdida de la cohesión social y un franco debilitamiento de la capacidad de acción colectiva. Novedosa organización que se lleva a cabo “...para adaptarse a las condiciones impredecibles que marcan el rápido cambio económico y tecnológico; la unidad operativa actual es el proyecto empresarial, representado por una red, y

¹¹ Rodríguez Mancini, Jorge; El proyecto de Código Civil y Comercial, sus implicancias en el derecho del trabajo; D.T. 2012-noviembre-3015.

¹² Por lo que sugiero la lectura del estado de situación, de estas figuras, en la jurisprudencia, realizado en la Relatoría de este mismo tema a cargo de la profesora Andrea Érica García Vior, presentada ante este mismo Congreso.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

no las empresas concretas o grupos de empresa; la experiencia histórica reciente ya ha proporcionado algunos respuestas sobre las nuevas formas organizativas de la economía informacional: a través de dispositivos organizativos diferentes y mediante expresiones culturales diversas, todas se basan en redes. Las redes son el elemento fundamental del que están y estarán hechas las nuevas organizaciones¹⁴. Ello así, a semejanza del modelo federal de algunos países, buscando la autonomía a la par que la cohesión: la federación empresarial¹⁵.

b) Los criterios para la aplicación general de la normativa laboral

De allí que resulte necesario establecer criterios legales y jurisprudenciales que permitan determinar qué clase de relaciones jurídicas habrán de estar alcanzadas -o no- por la normativa laboral.

b.1. La Recomendación 198 OIT

Resulta de sumo interés, entonces, considerar las pautas contenidas en la Recomendación N° 198 de la OIT¹⁶, estimando “...que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato” de la OIT y “...las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”. Y ello, en tanto se observa que “...hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”. Entiende, asimismo, que “...en el marco de la prestación de servicios transaccionales es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador”. Por lo que el art. 1 de la citada Recomendación, propone: “...clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la

¹³ Spyros Symitis, en Jáuregui Atondo, Ramón; Moltó García, Juan Ignacio y González de Lena, Francisco; Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2004; pág. 143.

¹⁴ Castells, Manuel; citado por Mercader Uguina, Jesús R.; Derecho del Trabajo, Nuevas tecnologías y sociedad de la información; Ed. Lex Nova; Sevilla, España, 2002, pág. 193.

¹⁵ Mercader Uguina, ob. Cit. pág. 193.

¹⁶ Adoptada en la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, año 2006.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo”. Y en el art. 2 exhorta a adoptar una “legislación” o una “práctica” no menos “clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”. Por su parte, el art. 4.b) recomienda “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas”. El art. 4 afirma que: “La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a: (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de *determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes*”. El art. 11 está concebido de la siguiente manera: “11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: (a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (b) *consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios*, y (c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes”.

b.2. La presunción de laboralidad

Para ello, al igual que en otras partes del mundo¹⁷, en Argentina existe una presunción de laboralidad, contemplada en el art. 23 LCT.

El art. 23 LCT prescribe: “*Presunción de la existencia del contrato de trabajo. 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 aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar*

¹⁷ El art. 8.1. del Estatuto de los Trabajadores en España, con “amplio margen de discrecionalidad judicial a la hora de efectuar la operación de calificación” (Mercader Uguina, ob. cit., págs. 85/86; o el art. 120 del Código de Trabajo francés, con sus marchas y contramarchas.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

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

Luego, el art. 50 del mismo cuerpo normativo preceptúa: “El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

Resulta curioso observar la dicotomía o polarización de opiniones y decisiones que se realizaron en torno de esta norma a lo largo del tiempo. En primer lugar, frente al sentido o razón de ser de dicha presunción. Hace ya muchos años que se fue forjando, jurisprudencialmente, una presunción “restringida”¹⁸, al sostenerse que “La carga de la posición de dependencia o subordinación **no** resulta alterada por la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, sino que, por el contrario, de esa prueba depende que la misma entre a jugar, ya que *lo contrario implicaría subsumir todo el universo jurídico del derecho privado al derecho laboral*¹⁹. Y desde que “Para que pueda invocarse la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, *es menester que los servicios prestados por un tercero sean de índole dependiente* pues dicha presunción cae cuando se demuestra que no lo son²⁰.”

Otra posición a la que puede calificarse de “amplia”, y antagónica de aquella, afirmó, por el contrario, que “La relación de dependencia, *sinónimo o cuasi sinónimo de la relación de trabajo, es casi siempre tan inasible* como ésta y de difícil aprehensión *cuando el empresario ha escogido la vía de simular figuras jurídicas no laborales*. Por ello, el legislador ha introducido la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo que permite que, cuando se prueba la prestación de servicios por cuenta ajena, pueda presumirse la existencia de un contrato de trabajo”²¹. Y puesto que “*La interpretación del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, que restringe la operatividad de la presunción al caso en que se hayan acreditado servicios prestados en relación de dependencia, esteriliza el propósito de la norma. La*

¹⁸ Hoy en día en franca declinación, constituyendo una posición minoritaria en la jurisprudencia.

¹⁹ CNAT, Sala I, 1997/02/20; Downey, Fernando D. c. Asociación Centro Bíblico de la Iglesia de Cristo y otros; DT, 1997-B-2269.

²⁰ CNAT, Sala I, 2000/02/29; Lencina, Norma C. c. Rodríguez de Rivada, Josefa y otros; DT, 2000-A-1256.

²¹ Del voto del doctor Guibourg por la mayoría; CNAT, Sala III; 1996/06/28; Dursi, Ariel A. c. La Franco Argentina Cía. de seguros; DT, 1997-A-60, con nota de Carlos Pose - DJ, 1997-1-884.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

relación de dependencia es precisamente, la piedra de toque de ese concepto, por momento inasible, que es el contrato de trabajo. Si existe relación de dependencia existe seguramente contrato laboral, hasta tal punto que ambas expresiones suelen usarse como sinónimas en el ámbito de las relaciones jurídicas. En este contexto, afirmar que "la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo", tan solo cuando estamos seguros de que tal prestación se ha cumplido en relación de dependencia, equivaldría, en la práctica, a sostener que la presunción del contrato de trabajo requiere la previa prueba del mismo contrato²².

A mi juicio, en este debate ha existido cierta confusión por quienes adhieren a la posición restringida y más allá de que uno mismo pueda o no compartir dicha postura. En efecto, los fallos sobre los que estamos discutiendo fueron pronunciados (huelga decirlo) cuando ya se había colectado toda la prueba. En lo personal, no me cabe duda acerca de la correcta interpretación que sobre este punto realiza la posición amplia: la presunción opera (debe operar), en todo caso, cuando estamos frente a la acreditación o reconocimiento del hecho de la prestación de servicios; y puede desvirtuarse, precisamente, por: a) circunstancias, relaciones o causas que demuestren lo contrario; o b) en tanto se demuestre la calidad de "empresario" de quien presta el servicio.

Ahora bien, la posición restringida, contrariamente, sostiene que los servicios reconocidos o acreditados deben ser dependientes para que opere dicha presunción. Esta afirmación, así expresada, implica hacer tabla rasa con la letra y con el espíritu del art. 23 LCT. Sin embargo, de algunas sentencias que han aplicado esta posición restringida, se desprende que lo que ha hecho el Tribunal (a pesar de las palabras empleadas y más allá de haberlo expresado incorrecta o confusamente), es desechar, finalmente, la existencia misma del contrato de trabajo, pero no porque no haya debido operar la presunción, sino porque -colectada toda la prueba- la presunción se desvanece frente a otra suerte de figura jurídica. Así surge de algunos precedentes judiciales en los que se dice que no puede operar la presunción del art. 23 (para mejor decir, deberían afirmar que la presunción que debe operar y que ha

²² CNAT, Sala III; 1998/12/30; Gómez, Diego M. c. Vázquez, José A. y otro; DT, 1999-A-1143.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

operado, se desvanece por la inexistencia de contrato de trabajo), en tanto se fundan en indicadores que demuestran: el no sometimiento a órdenes o directivas; la falta de puesta a disposición por parte del prestador del servicio; el no cumplimiento de horarios; la no habitualidad en la prestación; la no exclusividad para el dador de tareas; la ausencia de subordinación técnica y económica; el atender la propia clientela o los propios pacientes; o el trabajar para otras empresas o personas.

En síntesis, si de lo que se trata es de un juicio de valor acerca de la presunción del art. 23 pero realizado ex post (o sea, cuando ya se ha colectado toda la prueba que la desvirtúa), la afirmación, aunque expresada incorrectamente, es válida. En cambio, si de lo que se trata es de un juicio realizado a priori y con carácter universal (exigir en todos los casos al actor la prueba del carácter dependiente de la prestación, aún y a pesar de la ausencia de elementos probatorios que la pudiesen desvirtuar) tal afirmación resulta francamente inaceptable.

En segundo lugar, también resulta contradictoria la posición que en orden a la presunción en análisis se hace frente a los casos de profesiones liberales. Así, se ha dicho:

“Para determinar la existencia de un contrato de trabajo por quien desempeña una "profesión liberal" *hay que analizar* el comportamiento de los sujetos, con vistas a determinar *cuál fue su intención recíproca al contratar, sin que el recurso a presunciones como la del art. 23 de la ley de contrato de trabajo preste utilidad, en razón de que lo normal, en quienes desempeñan profesiones liberales, es que presten su arte o ciencia en condiciones de autonomía*”²³. Y que, además, “Cuando uno de los sujetos de la relación es un profesional universitario, no rige la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, *ya que el orden público no se encuentra comprometido en relación con la libre elección de las alternativas contractuales (contrato de trabajo, locación de obra o servicios profesionales)*”²⁴. Lo que

²³ Del voto del doctor Morando, en minoría; CNAT, Sala VI; 1996/08/23; Frack, Sonia B. y otros c. Sanatorio Güemes S. A.; DT, 1996-B-2371.

²⁴ CNAT, Sala VI; 1991/02/18; Pérsico, Liberato c. Zubizarreta Ward, Pablo, suc.; DT, 1991-B, 1211 - IMP, 1991-B, 1775 - DJ, 1991-2-546: se trata del caso de un profesional farmacéutico (Director Técnico de un laboratorio) en el que no prospera su reclamo porque en la causa existe una “profusa documentación reconocida por el actor” que prueba una relación de “estructura libre/empresarial/profesional” y no en vinculación subordinada. Lamentablemente no se aclara qué clase de documentación es la que lo aleja de la matriz conceptual de la



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

importa es que *esta afirmación acerca de que en relación a los profesionales universitarios no se afecta el orden público dado que tienen libre elección de las alternativas contractuales (contrato de trabajo, locación de obra o servicios profesionales), bien podría aplicarse a profesionales no universitarios o no profesionales.*

Por lo tanto, no alcanza a comprenderse el porqué de la no aplicación del art. 23 a aquellos profesionales. La norma no establece ningún tipo de distinción entre profesionales o no profesionales. En otros términos, se crea una presunción (hóminis) de autonomía que se hace valer en contra de otra presunción (pero esta vez de carácter legal) consagrada en el art. 23 LCT, con todo lo criticable que aquella presunción entraña.

A mi modo de ver, el meollo de la cuestión no radica en afirmar que frente a figuras genuinas de locaciones de obra o de servicios no se ve afectado o comprometido el orden público, sino que debe quedar en claro que el orden público laboral veda a las partes la posibilidad de apartarse de la figura del contrato de trabajo a su solo arbitrio. El contrato de trabajo es indisponible para las partes. Si la realidad de los hechos (principio de primacía de la realidad) marca sin lugar a dudas una relación de trabajo, *profesionales o no*, dichos servicios deben comprenderse en un contrato de trabajo dependiente.

Por otro lado, aseverar que “lo normal” es que los servicios de profesiones “liberales” sean autónomos, si no carece de fundamento al menos resulta harto opinable. ¿En qué estadística se funda esta inclinación a considerar a los profesionales como independientes?

Otra parte de la jurisprudencia, en cambio, sostiene que “Las profesiones liberales no son excepciones a la generalidad de las contingencias sociales y económicas que habitualmente suceden y que, como tales, son susceptibles de modificaciones siendo cada vez más frecuente que el profesional actúe como dependiente”²⁵; y quienes admiten que “La realidad socio-

dependencia. Sin embargo, de lo que surge del voto de Fernández Madrid (en minoría) surgiría que dicha documentación se refiere a pagos de honorarios por asesoramiento técnico).

²⁵ CNAT, Sala VII; 1997/10/13; Lumermann, Claudio M. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A.; DT, 1998-A, 722 - DJ, 1998-3-433.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

económica nos demuestra que resulta cada vez menos frecuente que el abogado, el médico, el contador o el ingeniero se dediquen sólo al ejercicio liberal de su profesión”²⁶.

b.3. *La presunción por el transcurso del tiempo en silencio*

Más grave aun, algunos tribunales, además, han hecho prevalecer *el transcurso del tiempo “como grave presunción” para excluir la calidad dependiente* de quien la reclama. “*Si se discute el carácter laboral de la relación y no se prueba que durante el prolongado lapso que vinculó a las partes, se formularan reclamos por el pago de aguinaldo o de beneficio alguno, ello constituye una grave presunción excluyente de la dependencia, ya que dicha situación no se compadece con el curso ordinario y natural de las cosas en el tracto laboral*”²⁷. Al respecto, deben resaltarse varios aspectos negativos en semejante afirmación. El primero de ellos, soslayar una norma expresa de la LCT, cual es el art. 259, que dice textualmente: “*No hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley*”. El segundo de los aspectos negativos, es omitir toda consideración acerca de lo resuelto por la Corte Suprema: “*Que en esas condiciones, el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y cons. de la LCT. A ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo...*”²⁸.

El tercer aspecto negativo radica en afirmar que el silencio prolongado sin reclamos es una *situación que no se compadece con el curso natural y ordinario de las cosas*. Esta referencia, que se nutre del art. 901 del Código Civil, que denomina a sus consecuencias como “inmediatas” olvida que “Son las que suelen suceder ordinariamente si ocurre el hecho originario. No se trata de una “inmediatez cronológica”, sino de inmediatez lógica en el orden

²⁶ CNSeguridad Social, Sala III; 1996/05/17; Empresa Santa Fe Línea 18 S. R. L. c. Dirección General Impositiva; DJ, 1997-2-227 - DT, 1997-A-593.

²⁷ CNAT, Sala I; 1988/11/28; Arenillas, Julio A. c. Clark y Cía. S.R.L; DT, 1990-A, 56.

²⁸ CSJN, "Padín Capella, Jorge c/ Litho Formas S.A.", 12 de mayo de 1987, T. y S.S., 1987-790.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

de la conexión causal”²⁹. Sin embargo, el hecho originario en materia laboral es el empleo de figuras no laborales o simplemente la clandestinidad. Frente a este hecho, la consecuencia natural y ordinaria de las cosas es el silencio del trabajador y no la protesta ni el reclamo. Un silencio que le asegura el mantenimiento de su empleo, sobre todo en tiempos de crisis.

Por otra parte, el silencio debe ser jurídicamente relevante como para reprochárselo al trabajador en el marco de la doctrina de los actos propios (regla "*venire contra factum proprium nulle conceditur*") en tanto nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, desplegando "...una conducta incompatible con otra deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz"³⁰. Y no puede hablarse del silencio como una conducta jurídicamente relevante, frente a lo categórico de los arts. 12, 58 y 259 de la LCT; y 919 del Código Civil: "El silencio opuesto a actos, o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, *sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley, o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*".

b.4. La detección de la dependencia a través de la óptica fiscalista

Una resolución de la Administración Nacional de la Seguridad Social³¹, fijó "criterios generales de interpretación" "con el objeto de que sirvan a la determinación de la existencia de relación de dependencia en el seno de las distintas actividades". Y lo hizo con el propósito declarado de "reducir la evasión previsional", y dado que "resulta forzoso afianzar y profundizar los mecanismos de fiscalización tendientes al cumplimiento de los aportes y contribuciones destinados al financiamiento del régimen previsional"; con la intención de "dotar tanto a los contribuyentes cuanto a los sectores encargados de la fiscalización, de aquellos *cimientos de juicio idóneos para precisar en cada caso concreto la existencia de relaciones dependientes sujetas a tributación previsional*". Así se desprende de los considerandos de la norma comentada. En esa inteligencia, el art. 1º brinda pautas indiciarias

²⁹ López Olaciregui, José María, citado por Llambías, Jorge Joaquín; Código Civil Anotado, tomo II-B, pág. 24.

³⁰ CSJN, Fallos: 275:235, 459; 294:220; 300:480; 307:1602; 312:1706; 313:367, entre muchos otros.

³¹ Resolución N° 443/92 ANSES, B.O. 18 de noviembre de 1992, pág. 10.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

sobre las que el inspector debe indagar. El art. 2° hace lo propio, aunque parte, a diferencia del anterior, de una premisa aparentemente inmovible: “*Se considera que se encuentran en relación de dependencia, aquellos trabajadores encuadrados en las características laborales de la actividad respectiva, detalladas en los siguientes incisos*”. Y, a continuación, da “características” (que el art. 3° declara de carácter enunciativo y no taxativo) dependientes referidas a profesionales; vendedores ambulantes; socios gerentes de S.R.L.; directores de sociedades anónimas; viajantes de comercio; profesional farmacéutico; socio-empleado; y productores de seguros.

A dicha resolución debe dársele la importancia y la ubicación que tiene dentro del ordenamiento positivo. La de brindar pautas que orienten a los cuerpos de fiscalización. Pero de ninguna manera podría erigirse en una norma de interpretación de la ley; ni mucho menos de modificación de la ley; ni de pauta vinculante para la decisión de los jueces, tanto laborales como de la seguridad social; desde que, de ser así, estaría vulnerando competencias constitucionales que le están vedadas al organismo emisor.

Capítulo III

EL TRABAJO PARADEPENDIENTE

(PARASUBORDINADO, CUASIASALARIADO, AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE
DEPENDIENTE)

a) Origen y denominación

Los modelos de organización empresarial se fueron transformando a lo largo de los años, desde un clásico modelo *taylorista/fordista*, pasando por el sistema *justo a tiempo* y hasta llegar a *la teoría de la especialización flexible*³². Y, junto a esta transformación del clásico modelo de organización productiva, se verifica, también, la del tradicional binomio *trabajador dependiente/trabajador autónomo* que se había construido sobre aquélla.

³² Para una visión más detallada de la transformación producida en los modelos de organización empresarial, y de la parasubordinación, puede leerse: Caparrós, Fernando Javier, “La parasubordinación: origen, alcance y prospectiva”; Colección Temas de Derecho Laboral coordinada por García Vior, Andrea Érica; 1ª. Edición; Ed. Errepar; N° 2, marzo de 2009, págs. 103/133.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

La dependencia o subordinación que se había asentado sobre aquel clásico modelo productivo y sobre el no menos clásico binomio *trabajador dependiente/trabajador autónomo*, entra en crisis. Hace, entonces, su irrupción, una nueva categoría jurídica: *la parasubordinación*, que se coloca al lado de la clásica: *la subordinación*. Categoría que se conoce, según los diversos regímenes comparados (o, más bien, con las traducciones que de ellos se realizaron), como trabajo *parasubordinado*, *cuasiasalariado*, *autónomo económicamente dependiente*. O, si se prefiere y entre nosotros, debería adoptarse, por asociación, la más familiar de “*paradependiente*”, dado que es la denominación que se corresponde con la otra ya clásica de “*dependiente*” a la que habrá de acompañar en su cotejo. Como sea, con cualesquiera de tales denominaciones, no estamos haciendo otra cosa que referirnos, con distintos nombres, a un mismo fenómeno. Admitiendo, sin embargo, que la de *parasubordinación* es la denominación más generalizada.

Ahora bien, ¿qué se quiere significar con esa denominación? “Desde el punto de vista semántico, “para-”, en el sentido que aquí se le asigna, no es una preposición, sino un prefijo que se coloca delante o se antepone al sustantivo (en este caso “subordinación”) y que significa: 'junto a', 'al margen de', 'contra'. Vale decir que, al anteponerse el prefijo “para-“ al sustantivo “subordinación” (laboral), se quieren denotar situaciones que, sin llegar a participar exactamente de esa calidad se asemejan a ella, colocándose junto a aquella categoría tradicional, a su lado. Se trata de sugerir situaciones próximas a la subordinación laboral que tradicionalmente hemos reconocido”³³.

Se trata, tal como se ha sostenido en numerosos trabajos que se ocupan del tema, de un trabajador que se encuentra en franca hiposuficiencia o debilidad, desde el punto de vista económico y desde el punto de vista de la capacidad de negociación; que se incorpora, en cierto modo al ámbito de una empresa que le resulta ajena; pero cuya situación no encaja en la conocida matriz conceptual de la subordinación o dependencia.

b) *Concepto y características*

³³ Caparrós, Fernando Javier, “La Parasubordinación...”, pág. 122



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Esta novedosa (aunque no tanto) figura del trabajador paradedependiente, engloba *relaciones de colaboración que se llevan a cabo en una prestación de trabajo continuada y coordinada, prevalentemente personal, aunque no tengan carácter subordinado*³⁴. “No es extraño que la imaginación doctrinal haya hipotetizado la configuración de una nueva tipología de trabajo, por así decir intermedia entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado (el *trabajo coordinado*), en la que hacer confluir aquellas prestaciones que, hasta hoy, han sido consideradas como subordinadas pero en las que la subordinación tiende a desvanecerse por efecto de las modificaciones producidas en la organización del trabajo o como consecuencia de innovaciones tecnológicas en los procesos productivos”³⁵.

Se trata de “...trabajadores independientes, pero económicamente dependientes que precisan de una protección parecida a la de los asalariados”³⁶, con algunas condiciones que les son impuestas: trabajar solos, sin asistencia de personal asalariado, y con preponderancia de trabajo o ingresos provenientes de una sola persona o institución³⁷; un colectivo de trabajadores autónomos que a pesar de su independencia funcional comprende a personas que trabajan “con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica respecto de un determinado cliente que contrata sus servicios”³⁸ según la figura española del “*trabajador autónomo económicamente dependiente*” (TRADE).³⁹

El Informe Perulli⁴⁰, titulado “*Trabajo Económicamente Dependiente (trabajo parasubordinado)*” describe esta figura ambigua (la de trabajador *parasubordinado*), como

³⁴ Si nos atenemos al art. 409 del Código Procesal Civil Italiano, incluido en el Título IV, Capítulo I, Sección I, sustituido por el art. 1 de la ley N° 533, del 11 de agosto de 1973, publicada en el boletín oficial de ese país del 13 de septiembre de ese mismo año.

³⁵ Mercader Uguina; ob. cit.

³⁶ Revilla Esteve, Eugenia; *La Noción de Trabajador en la Economía Globalizada*; Ed. Aranzadi S.A.; Navarra, España; 2003.

³⁷ Según la tutela del cuasiasalariado o cuasitrabajador, contemplada en la sección 12ª. de la Ley sobre los Convenios Colectivos de 1974, de Alemania.

³⁸ Ceinos Suárez, Ángeles; *Autónomos Económicamente Dependientes*; en *El trabajo autónomo y otras formas de Trabajo no asalariado*; dirigido por García Murcia, Joaquín; Ed. Aranzadi S.A.; Navarra, España; 2007.

³⁹ A partir de la Ley 20/2007, del 11 de julio (publicada en el boletín oficial español del día 12 de julio de 2007, que entrara en vigor el 12 de octubre del mismo año y que instaura el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA).

⁴⁰ Por el nombre de su autor: Adalberto Perulli; y que le fuera encomendado, tras un concurso público, por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, año 2002; <http://www.europarl.europa.eu>



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

aquella que “...tiene características tanto del trabajo autónomo como del trabajo subordinado, puesto que los trabajadores económicamente dependientes trabajan por cuenta propia y no se encuentran subordinados a un empleador y, al mismo tiempo, son “económicamente dependientes” en el sentido de que trabajan casi exclusivamente para una sola empresa”.

c) Las fuentes que dan o pueden llegar a dar sustento a la protección del trabajo parasubordinado

Una de las preguntas cruciales a la hora de encarar una protección legal adecuada a esta figura ambigua, es la de si debemos extenderle el ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo; o, por el contrario, propugnar una normativa distinta, pero que abarque en ciertos principios y reglas propios de aquel derecho especial.

Hay autores que apelan a la “teoría de los círculos”⁴¹. El primer círculo, que resulta aplicable a toda clase de trabajadores, con una garantía mínima de protección, en orden a derechos fundamentales; el segundo, comprensivo de los paradedependientes, que confiere algunos derechos de la legislación laboral, con adaptaciones propias de sus necesidades; y, el tercero, los típicos trabajadores jurídicamente dependientes, con las adaptaciones inherentes a la nueva cultura y organización productivas⁴². En esa misma inteligencia, se sostiene que el derecho del trabajo es sólo para el trabajador subordinado por cuenta ajena, estableciendo la *teoría de los círculos* en los que se destacan un subsistema de trabajo informal, otro de trabajo atípico, y un tercero de trabajo típico; que cada uno de estos subsistemas admite una realidad diferente que, por tanto, requiere una respuesta diferente; que son las fuentes las que perfilarán las reglas de cada uno de esos posibles círculos; y que esos círculos se siguen multiplicando. De allí que se proponga un derecho del empleo que consagre una protección mínima para cada trabajador que participe en una comunidad productiva; y que sean la legislación, el acuerdo, y

⁴¹ " Treu, Tiziano, citado por von Potobsky, Geraldo; en *Modalidades laborales y su encuadramiento normativo* (tendencias en Europa y en América Latina), pág. 171); *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho UBA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 y Raso Delgue, Juan; *El derecho del empleo. La nueva dimensión del trabajo*; Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. 25.

⁴² Treu, Tiziano; ob. cit.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

los usos y costumbres los encargados de perfilar las reglas de cada uno de tales círculos⁴³.

Existen fuentes de diverso origen como para dar sustento a una protección del trabajo parasubordinado, tanto a nivel nacional cuanto internacional. Analicémoslas.

c.1. La Constitución Nacional

Nuestra Constitución Nacional contempla normas que resultan, si no originalmente previstas para cualquier clase de trabajo, al menos perfectamente compatibles (desde una interpretación *aggiornada*) con las “diversas formas” de llevar a cabo una labor. Por de pronto, el derecho “de trabajar y ejercer toda industria lícita” y de “...de asociarse con fines útiles” (art. 14); el derecho de igualdad reconocido en el art. 16.

Un siglo más tarde, la reforma constituyente de 1957 incorporó al texto de la constitución histórica el artículo 14 nuevo o 14 bis, que se dirige al Congreso de la Nación de manera imperativa: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...*”. El mandato que ha de tener en cuenta el Congreso es el de legislar en derredor del eje indeclinable del *principio protectorio*, para establecer, seguidamente, una serie de derechos y garantías vinculados al derecho del trabajo, sea en sus relaciones individuales o colectivas; como así también, al derecho de la seguridad social.

La aplicabilidad de algunos de los derechos y garantías consagrados en las normas constitucionales citadas, aun para el trabajador autónomo, la puso de relieve Bidart Campos⁴⁴ al afirmar que el derecho de trabajar (previsto en el art. 14 de la C.N. de 1853 y que amplía el art. 14 bis, incorporado por la Convención Nacional Constituyente de 1957) abarca el trabajo *por cuenta propia* que “...se concreta habitualmente en el binomio “trabajador-cliente”. Para agregar que existe un “Derecho de trabajar en su aspecto secundario de desarrollo de la actividad elegida y de disfrutar de su rendimiento económico”, que tiene como sujeto pasivo al “trabajador independiente o por cuenta propia (sin empleador): el estado y los demás hombres,

⁴³ Raso Delgue, ob. cit., pág. 40.

⁴⁴ Bidart Campos, Germán J.; Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis; TySS, 1981-pág. 481).



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

que deben respetar el desarrollo de esta actividad; cuando la actividad se presta en beneficio de norma determinada (por ej.: el médico a su cliente, el pintor al dueño de la casa que pinta, etc.); aquél que recibe la prestación”. El citado autor recordó que la Corte, en un precedente en el que se discutía la regulación de un honorario profesional, “...estimó que el honorario no estaba actualizado en su verdadero valor, y descalificó la sentencia por arbitrariedad, y aunque el fallo conjugó tres cosas: la adecuada contraprestación del trabajo profesional, la justicia conmutativa, y el derecho de propiedad, entendemos que *estaba latente en el trasfondo la cláusula constitucional de la remuneración justa...que rige no sólo para el trabajo en relación de dependencia sino también para la actividad por cuenta propia*”.

Otro tanto sucede con el art. 75, en cuanto atribuye competencia al Congreso: “Corresponde al Congreso:...12. Dictar los códigos...del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Y, en lo que respecta a los derechos humanos, con la reforma que introdujo en el año 1994 la convención nacional constituyente, el art. 75, inc. 22, atribuye jerarquía constitucional a dos declaraciones (La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos) y siete tratados “la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño”. Asimismo, posibilita la incorporación de nuevos tratados “...luego de ser aprobados por el Congreso”, a través del “... voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

En este orden de ideas, “los convenios internacionales de la O.I.T. son tratados”⁴⁵.

Y, dentro de ese *bloque de constitucionalidad*, con lo que implica dicha cláusula constitucional en lo relativo a los tratados de jerarquía constitucional (**Incluido el C. 87 de la OIT, incorporado al art. 8, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”**).

c.2. Las Normas Internacionales del Trabajo (NIT)

Son varias las NIT de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se refieren al trabajador, sin limitar este último concepto a los trabajadores asalariados o dependientes⁴⁶.

Un párrafo aparte merece “La primera discusión sobre el asunto del trabajo en régimen de subcontratación [*que*] tuvo lugar en la 85ª reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo. A raíz de dicha discusión, y de conformidad con el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, la Oficina Internacional del Trabajo preparó y envió a los gobiernos de los Estados Miembros un informe en el que figuraban un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, basados en las conclusiones que la Conferencia adoptó en su 85ª reunión”⁴⁷.

⁴⁵ López, Justo; Derecho Colectivo del Trabajo; Ed. La Ley, 1998, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires; pág. 96. En igual sentido, Simon, Julio César: “...coincido con la opinión de Justo López en que los Convenios Internacionales del Trabajo son tratados y por lo tanto se ven alcanzados por lo establecido en el primer párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en función del cual los tratados tienen jerarquía superior a las leyes...ya que los convenios de la OIT tienen el carácter de tratados (art. 5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)”; según su voto emitido en autos “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, CNAT Sala V, sentencia N° 69.131, del 21/12/06.

⁴⁶ ¡Error! Sólo el documento principal. Ver en tal sentido los trabajos de Servais, Jean-Michel, Derecho Internacional del Trabajo, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2011. Como así también, von Potobsky, Geraldo, Modalidades laborales y su encuadramiento normativo (tendencias en Europa y en América Latina); Bronstein, Arturo, liberalización del comercio mundial y normas laborales; ambos trabajos en Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

⁴⁷ <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

“En el momento de redactarse el presente informe, la Oficina había recibido respuestas de los 72 Estados Miembros siguientes:...Argentina...” “De conformidad con el párrafo 6 del artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, se pidió a los gobiernos que, antes de dar forma definitiva a sus respuestas, consultaran a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores y que indicasen cuáles eran las organizaciones consultadas”. Según se desprende del documento antes citado, los gobiernos de los 16 Estados Miembros “...señalaron que sus respuestas habían sido elaboradas en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores”; y que en el caso de otros 30 Estados Miembros, “...las respuestas de las organizaciones de empleadores y de trabajadores quedaron incorporadas en las respuestas de los gobiernos, o bien se remitieron junto con ellas o fueron comunicadas directamente a la Oficina”. La Argentina no estuvo comprendida en ninguno de los dos grupos de Estados⁴⁸.

La Argentina estuvo entre los 16 Estados Miembros que declararon que no tenían “...ninguna observación que formular por el momento o que los textos propuestos constituyen una base satisfactoria para su discusión durante la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo”. En este sentido, nuestro país realizó la siguiente observación general: “*En principio, los textos propuestos constituyen una base satisfactoria para la discusión de este tema en la próxima reunión de la Conferencia. Los textos han aclarado considerablemente una cuestión que, en la forma en que fue presentada antes de la primera discusión, se prestaba a una enorme confusión*”.

El art. 1 del Proyecto de Convenio establecía, entre sus aspectos más sobresalientes: “Artículo 1. A efectos del presente Convenio: a) la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la

⁴⁸ <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

legislación y la práctica nacionales, y cuando: ii) *el trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo...*”. Luego, los artículos siguientes proponían la adopción de diversas medidas en esa orientación (arts. 3 y 4); el fomento de la igualdad de trato entre los trabajadores en régimen de subcontratación y los trabajadores que tienen una relación de trabajo formalmente reconocida (art. 5); la adopción de “...medidas para garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación gocen de la misma protección que los trabajadores que tienen una relación de trabajo formalmente reconocida, por lo que se refiere a: a) el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva; b) la discriminación en el pleno empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social; c) la edad mínima (art. 6). El art. 8, preceptuaba que: “1.El presente Convenio deberá aplicarse *mediante la legislación o por cualesquiera otros medios compatibles con la práctica nacional, tales como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos*”.

La OIT sostuvo que: “La categoría considerada abarcaba a los trabajadores comprendidos en las llamadas relaciones de trabajo «triangulares», así como a los trabajadores que trabajan o prestan servicios a otras personas dentro del marco jurídico de un contrato civil o comercial, aunque en realidad son parte del personal dependiente o integrado a la empresa para la que trabajan o aportan su servicio. Sin embargo, fracasó la proposición de adoptar un convenio y una recomendación”⁴⁹.

Ahora bien, tal como se ha hecho notar: “Varios instrumentos de la OIT, como ya vimos, utilizan la palabra “trabajador” sin calificativos, sin limitar el significado, directa o indirectamente, para aludir a los asalariados⁵⁰.

El **C. 141 OIT** sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975, establece en su art. 2 que: “1. A los efectos del presente Convenio, la expresión **trabajadores rurales** abarca a **todas las personas dedicadas**, en las regiones rurales, a tareas agrícolas o artesanales o a

⁴⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión 2003, Informe V, “El ámbito de la relación de trabajo”, Quinto punto del orden del día: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>.

⁵⁰ Servais, ob. cit., pág. 237.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

ocupaciones similares o conexas, **tanto si se trata de asalariados como, a reserva de las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, de personas que trabajan por cuenta propia, como los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios...**”.

El **C. 111 OIT** sobre la discriminación (*empleo y ocupación*), 1958, “3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión *en el empleo y en las diversas ocupaciones* como también las condiciones de trabajo”.

La R. 192 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001: “**AGRICULTORES POR CUENTA PROPIA** 12. (1) Teniendo en cuenta las opiniones de las organizaciones representativas de agricultores *por cuenta propia*, los Miembros deberían prever la extensión progresiva de la protección prevista en el Convenio, cuando proceda, a esos agricultores....”

La R. 132 sobre los arrendatarios y aparceros, 1968: “1. (1) La presente Recomendación se aplica a los siguientes trabajadores agrícolas *cuando trabajan la tierra en forma personal o con la ayuda de su familia o cuando recurren, dentro de límites prescritos por la legislación nacional, al trabajo de terceros*: ...(2) Estos trabajadores se designarán en adelante por la expresión “*arrendatarios, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas*”. 2. La presente Recomendación no se aplica a las relaciones de empleo en las que el trabajo se remunera con un salario fijo”.

El **C. 150 OIT** sobre la administración del trabajo, 1978, “Artículo 7. *A fin de satisfacer las necesidades del mayor número posible de trabajadores*, cuando lo exijan las condiciones nacionales, y en la medida en que la administración del trabajo no haya abarcado ya estas actividades, todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá promover, gradualmente si fuera necesario, la ampliación de las funciones del sistema de administración del trabajo, a fin de incluir actividades, que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de vida profesional de *determinadas categorías de trabajadores que, a efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo, tales como: (a) los pequeños agricultores que no contratan mano de obra exterior, los aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas; (b) las personas que,*



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

sin contratar mano de obra exterior, estén ocupadas por cuenta propia en el sector no estructurado, según lo entienda éste la práctica nacional; (c) los miembros de cooperativas y de empresas administradas por los trabajadores; (d) las personas que trabajan según pautas establecidas por la costumbre o las tradiciones comunitarias”.

El **C. 119** sobre la protección de la maquinaria, 1963: “Artículo 17. 1. Las disposiciones del presente Convenio *deberán aplicarse a todos los sectores de actividad económica*, a menos que el Miembro que ratifique el Convenio restrinja la aplicación por medio de una declaración anexa a su ratificación”.

La **R. 198** sobre la relación de trabajo, 2006, que intenta poner claridad a la línea demarcatoria entre el trabajo dependiente y el autónomo. Así, establece en el art. 4 que: “La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de *determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”.*

Al tiempo que existen NIT de la OIT que establecen su aplicación más allá del trabajador típicamente dependiente o subordinado, *existen otras que, por el contrario los excluyen de su ámbito de aplicación.*

Finalmente, un tercer grupo de NIT de la OIT resulta aplicable con los trabajadores no asalariados, claro está, en la medida de su compatibilidad. El C. 71 sobre pensiones de la gente de mar; el C. 175 y la R. 182 sobre trabajo a tiempo parcial.

Por otra parte, existen *declaraciones adoptadas por la OIT*, que constituyen, no sólo una orientación, sino un compromiso de sus Estados miembros en orden al fomento y promoción de sus contenidos.

Una de ellas es la *Declaración sobre principios y derechos fundamentales (1998) OIT*. En dicha declaración se invoca *la justicia social* como un principio *esencial para garantizar una paz universal y permanente*; considerada en un marco de *crecimiento económico* que “ *es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza...*”. En esa inteligencia, la Declaración considera “...que, con el objeto de mantener



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano”. De allí que considere que “en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal”. Por tanto la Conferencia Internacional del Trabajo, “1. Recuerda: a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”. En consecuencia, “2. *Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”. Por último, “5. *Subraya que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento*”.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

También debe tenerse especialmente en cuenta la *Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa*⁵¹, y que “...es la *tercera declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919*. Es heredera de la *Declaración de Filadelfia, de 1944*, y de la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, de 1998. La Declaración de 2008 *expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización*”⁵². “La Declaración institucionaliza el concepto de *Trabajo Decente* desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales, *4 objetivos estratégicos: creación de empleo; desarrollo de la protección social; promoción del diálogo social; y derechos fundamentales en el trabajo (AGENDA DE TRABAJO DECENTE)*”. En dicha declaración se expresa: “La Conferencia reconoce y declara que: A. En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue:...ii) adoptar y ampliar medidas de protección social – *seguridad social y protección de los trabajadores* – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: – la ampliación de la seguridad social *a todas las personas*, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos *a quienes necesiten esa protección*, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos” ... “iii) *promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados para:...*– *fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en*

⁵¹ Adoptada por unanimidad por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, (Ginebra, 10 de junio de 2008, según explica en el Prefacio el propio Director General, Juan Somavía.

⁵²http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo”.

Otra de las declaraciones a tener en consideración es el llamado “*Pacto Global de la Organización de las Naciones Unidas*” (2000). “Con más de 4.600 participantes de todo el mundo, el Pacto Global de Naciones Unidas se está convirtiendo en el primer foro internacional sobre temas relacionados con la globalización. Lanzado en 1999 por el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, y puesto en marcha oficialmente en la sede de las Naciones Unidas en julio del año 2000, *el Pacto llama a las compañías a adoptar diez principios universales relacionados con los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y anticorrupción*”⁵³, a fin de “...contribuir a la emergencia "de valores y principios compartidos que den una cara humana al mercado global" (Kofi Annan). “Ya que es una iniciativa del Secretario General de la ONU, la Oficina del Pacto Global en Nueva York juega un rol importante. También las 5 Agencias de la ONU que participan del Pacto: la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, *la Organización Internacional del Trabajo*, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Oficina de la ONU contra las Drogas y el Crimen...Se trata de una iniciativa a la que los participantes ingresan voluntariamente y que provee un marco general para fomentar el crecimiento sustentable y la responsabilidad cívica de empresas comprometidas y creativas”... “Los 10 principios del Pacto Global derivan de: La Declaración Universal de Derechos Humanos, *La Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Derechos Fundamentales en el Trabajo*, La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”... “Los principios del Pacto Global son: Derechos Humanos: 1. Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional; 2. No ser cómplice de abusos de los derechos humanos. Normas Laborales: 3. Apoyar los principios de la libertad de asociación y el reconocimiento de los derechos a la negociación

⁵³ <http://www.pactoglobal.org.ar/content.asp?id=8>



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

colectiva; 4. Eliminar todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; 5. Abolir cualquier forma de trabajo infantil; 6. Eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

Capítulo IV

EL TRABAJO A DISTANCIA

A) El trabajo a domicilio

Antes de abordar con detenimiento una nueva manera de trabajar que se viene abriendo paso, como lo es *el teletrabajo*, vale la pena reseñar cuáles han sido o podrían llegar a ser los antecedentes normativos argentinos y las normas internacionales que han regulado de algún modo el *trabajo realizado a distancia* del establecimiento laboral principal. En otras palabras, de qué modo se ha regulado esta clase de trabajo, esencialmente el *trabajo a domicilio*, para constatar cuáles fueron las bases sobre las que se asentó esta regulación singular, y en qué medida tal normativa puede o debe ser tomada en consideración para aquella forma más novedosa.

a) La legislación nacional

En el ámbito nacional, la ley 12.713 dio lugar a una figura que, al menos desde el punto de vista normativo, caracterizó como ambigua. Me refiero a los intermediarios y talleristas, que “...son considerados como obreros a domicilio con relación a los dadores del trabajo y como patronos sujetos a las obligaciones que les impone esta ley y las reglamentaciones que se dicten a quienes encarguen la ejecución del trabajo” (art. 4).

Pero, más allá de esta ambigüedad, más acorde con las características del trabajador *parasubordinado* al que me referí en el capítulo III de este trabajo, lo cierto es que el art. 3º de dicha ley, describe lo que constituye su materia de regulación, **el trabajo a domicilio**: “Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley las personas, en el carácter y modalidad que la misma determina, que intervengan en la *ejecución de un trabajo a domicilio por cuenta ajena*, entendiéndose por tal el que se realiza: a) *En la vivienda del obrero o en un local elegido por él*, para un patrono, intermediario o tallerista, *aun cuando en la realización del trabajo participen los miembros de la familia del obrero, un aprendiz o un ayudante extraño a la*



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

misma; b) En la vivienda o local de un tallerista, entendiéndose por tal el que hace elaborar, por obreros a su cargo, mercaderías recibidas de un patrono o intermediario, o mercaderías adquiridas por él para las tareas accesorias a las principales que hace realizar por cuenta ajena; c) En establecimientos de beneficencia, de educación o de corrección, debiendo la reglamentación establecer en estos casos el modo de constituir fondos de ahorro para los que realicen el trabajo”. Por su parte, el art. 2º del decreto reglamentario 118.755/42, conceptualiza: “A los efectos de la aplicación de este decreto y de la ley que reglamenta: a) “Trabajo a domicilio”, es el que se realiza en la vivienda del obrero, o en un local elegido por él, o en la vivienda o local de un tallerista, para un patrono intermediario o tallerista”.

En primer término, la mencionada ley requería y aun requiere, la “...habilitación correspondiente de la autoridad de aplicación” (art. 5º). El llevado de un libro rubricado por dicha autoridad, en el que deben constar ciertos datos en orden al trabajador a domicilio, la cantidad y calidad del trabajo encomendado; la retribución del trabajador; la caracterización del trabajo efectuado; y las causas de una posible reducción o suspensión del trabajo (art. 6º); una libreta otorgada por la autoridad de aplicación, en la que consten los datos antes reseñados (art. 7º); condiciones de higiene y seguridad de los lugares en donde se lleve a cabo la tarea (art. 9º).

b) *Los Normas de OIT sobre trabajo a domicilio*

En cuanto a las NIT, existen varias de ellas que contienen disposiciones referidas al *trabajo a domicilio*.

Así, por ejemplo, el **C. 26 OIT**, sobre los *Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos*, 1928, incluye un concepto amplio de “*industrias a domicilio*”, y lo expresa de la siguiente manera: “Artículo 1: 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos. 2. A los efectos de este Convenio, el término industrias comprende las industrias de transformación y el comercio”.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

El **C. 177 OIT** sobre el *Trabajo a Domicilio*, 1996, dispone: “Artículo 1: A los efectos del presente Convenio: (a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) *en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador*; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) *con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello*, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales; (b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual; (c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa. Artículo 2: *El presente Convenio se aplica a toda persona que realiza trabajo a domicilio, tal y como se define en el anterior artículo 1*”. En tanto que el art. 4 del C. 177 contempla la obligación de la política nacional de “...promover *la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados*”, teniendo en consideración los derechos a *constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades*; la protección contra *la discriminación en el empleo y en la ocupación*; la inherente a la *seguridad y salud en el trabajo*; la *remuneración*; la *seguridad social*; el *acceso a la formación*; la *edad mínima* de admisión al empleo o al trabajo; *la maternidad*”. Prescribiendo la aplicación de sus contenidos a través de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional (art. 5).

La **R. 184 OIT** sobre el *Trabajo a Domicilio*, 1996, resulta mucho más amplia que el convenio 177 OIT, en orden a establecer derechos y garantías adecuados a este régimen de características especiales: “Tomando nota de que las condiciones particulares que caracterizan al trabajo a domicilio incitan a mejorar la aplicación de esos convenios y recomendaciones a



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

los trabajadores a domicilio, así como a complementarlos con normas que tengan en cuenta las características propias del trabajo a domicilio”. En tal sentido ha establecido el derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva, y evitando las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos al ejercicio del derecho de los trabajadores y de las organizaciones de trabajadores a domicilio a afiliarse a federaciones o confederaciones sindicales; el fomento de la negociación colectiva como medio para fijar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores a domicilio (V). Asimismo, recomienda una compensación por gastos y por el tiempo dedicado al mantenimiento de máquinas y equipos, al cambio de herramientas, a la clasificación, al embalaje y desembalaje y a otras operaciones similares (VI). Por otra parte, la R. 184 advierte sobre el peligro de privar al trabajador a domicilio de la posibilidad de disfrutar de un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores (VIII). También recomienda la adaptabilidad de los regímenes existentes de seguridad social a los trabajadores a domicilio (X).

Como acertadamente se ha señalado, la mayoría de las NIT OIT están redactadas en términos suficientemente abarcativos para comprender una actividad como la que se desarrollará en el próximo acápite⁵⁴.

B) El teletrabajo

a) El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones

El impacto de las nuevas tecnologías en materia de telecomunicaciones, ha incidido, en lo que a nuestra materia se refiere, en dos sentidos. El primero, en tanto constituye un desafío para la doctrina y, fundamentalmente, para la jurisprudencia, desentrañar frente a un caso concreto sometido a análisis, en dónde se detectan, empíricamente, las típicas facetas de la dependencia cuando el trabajo se lleva a cabo *a distancia*. Y, en otro sentido, porque esta nueva manera de trabajar, junto a otras distintas que se integran a la empresa principal en un modelo de trabajo *justo a tiempo* o de *especialización flexible*, suelen implicar cierta autonomía técnica de quien las ejecuta; e, incluso, hasta una autonomía jurídica genuina que lo excluye de la

⁵⁴ Consultar Servais, ob. cit.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

tutela del derecho del trabajo. En otras palabras, el teletrabajo es parte del declive del estereotipo bipolar *trabajador dependiente/trabajador autónomo*.

La dependencia, hoy, “...se suaviza para dar lugar a aquella de la integración dentro de una organización, en el seno de la cual los trabajadores son libres de realizar los objetivos convenidos de la manera que lo deseen, y que constituyen tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismos como a sus jefes”⁵⁵. Paradojalmente, la independencia jurídica de la que los subcontratistas y proveedores participaban en el marco del derecho común en las antiguas relaciones empresarias, hoy se ve desdibujada en las nuevas relaciones empresarias *en red*, al punto que aquéllos terminan sometidos a órdenes, instrucciones y condiciones que les impone la empresa principal, de la que terminan siendo dependientes. En palabras de Supiot, “...la independencia jurídica pierde parte de su sustancia para someter a los empresarios a disciplinas colectivas de redes integradas de producción o de distribución. El sector agrícola o el de la distribución están llenos de estos empresarios dependientes, que tienen las responsabilidades de la empresa, sin poder dirigirla libremente”... “Se inventan de este modo, dentro de las empresas, nuevas formas de gobierno de los hombres que se oponen a las construcciones del derecho del trabajo”⁵⁶.

El concepto de dependencia, de este modo, se modifica, se transforma, dado que se presenta de manera bien distinta a la que estuvimos familiarizados durante décadas.

b) *Una manera distinta de trabajar*

El “teletrabajo” quiso “...significar el trascendental cambio en la organización del trabajo que podía representar el que, mediante las tecnologías de las telecomunicaciones, fuera el trabajo el que acudiese al trabajador y no el trabajador el que se desplazase al trabajo”⁵⁷. Y fue el padre conceptual de la moderna expresión, quien previó dos cambios organizativos de trascendencia: “la separación del trabajador del centro de trabajo, como lugar de normal

⁵⁵ Supiot, Alain; Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 2008.

⁵⁶ Supiot, ob. cit. en nota anterior.

⁵⁷ Mercader Uguina, ob. cit.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

desarrollo de la prestación, y la crisis del horario de trabajo, como elemento definitorio de la prestación laboral debida”⁵⁸.

El teletrabajo es una manera de trabajar que puede estar al servicio del trabajo dependiente cuanto del autónomo. Pero *de ninguna manera es una figura jurídica contractual* (laboral o no laboral). Si hay desplazamiento, es siempre desplazamiento de una persona; cualquiera sea el que dé trabajo o el que lo preste. Por tanto, siempre habrá ajenidad, en tanto trabajo para otro. Lo que habrá que determinar es si dicho trabajo es en beneficio propio (por cuenta propia) o de otro (en relación de dependencia con un tercero).

Dicho de otro modo, “...el teletrabajo no es una profesión, ni mucho menos una figura jurídica, se trata de una manera de trabajar que puede ser utilizada en múltiples sectores de actividad y tener varia instrumentación jurídica”⁵⁹.

c) *Diversas denominaciones*

Esta moderna manera de llevar a cabo una tarea, ha recibido distintos nombres, según que la visión de esta modalidad de trabajo se enfoque: en el lugar en donde se la lleva a cabo; en el modelo de organización empresarial en donde se incorpora; en el país en donde se la observa: *telecommuting* -teledesplazamiento-, *networking* -trabajo en la red- *remote working* -trabajo a distancia- *flexible working* -trabajo flexible-, *home working* -trabajo en casa-⁶⁰.

d) *Concepto*

Se intenta conceptualizar el teletrabajo como “...cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información, es decir, la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo”⁶¹. Implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información;

⁵⁸ Pérez de los Cobos, Francisco y Thibault Aranda, Javier; El teletrabajo en España; Informes y Estudios; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Madrid, España; 2001.

⁵⁹ Pérez de los Cobos y otro, ob. cit.

⁶⁰ Pérez de los Cobos y otro; ob. cit.

⁶¹ Nilles, J., en Pérez de los Cobos y otro; ob. cit., pág. 15.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa⁶².

Según el *Grupo de Expertos Comisión Europea*, el teletrabajo es “cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, autónomo o a domicilio, efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo, desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o telecomunicaciones⁶³.”

También la OIT se ha ocupado del tema, señalando que es: “Una forma de trabajo en la cual (a) el mismo se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y (b) la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación”⁶⁴.

e) *Los elementos del teletrabajo*

Por lo tanto, podemos afirmar, que existen al menos tres elementos que caracterizan al teletrabajo. Ellos son, el topográfico, el tecnológico y el organizativo⁶⁵.

En cuanto al ***elemento topográfico***, se trata de la localización del teletrabajador; el lugar en el que lleva adelante su tarea; el sitio desde el cual se lleva a cabo esta modalidad. Y, en este sentido, puede existir⁶⁶ ***teletrabajo puro***: sea, tanto el que se lleva a cabo en la propia casa del trabajador (*teletrabajo a domicilio*) cuanto el *teletrabajo en telecentros*, que se practica en un centro abocado a esta forma de trabajar; ***teletrabajo móvil***: es el que se realiza en diferentes sitios fuera del centro tradicional de trabajo en la empresa (por ej., un bar; una plaza; etc.), al que también se denomina *teletrabajo nómada, itinerante o teleworking*⁶⁷; y ***teletrabajo rotativo***: se realiza, indistinta o combinadamente, en parte fuera y en parte dentro de la

⁶² Pérez de los Cobos y otro; ob. cit., pág. 15.

⁶³ Pérez de los Cobos y otro; ob. cit., pág. 16.

⁶⁴ OIT, *Conditions of Work Digest on Telework*, Vol. 9, 1, 1990, OIT, Ginebra p. 3, citado por Di Martino, Vittorio, en *EL TELETRABAJO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*, Ginebra, septiembre de 2004.

⁶⁵ Pérez de los Cobos y otro, ob. cit., pág. 17.

⁶⁶ von Potobsky, Geraldo; ob. cit.

⁶⁷ Pérez de los Cobos y otro; ob. cit., pág. 17.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

empresa. Esta última modalidad es más frecuente de lo que imaginamos. ¿Qué es, si no, el trabajo que realizan muchos profesionales y no profesionales subordinados que, al llegar a la casa, luego de cumplir su jornada laboral tradicional; o antes de partir al centro laboral, abren sus notebooks para realizar tareas preparatorias o complementarias, fuera del establecimiento principal?

En cuanto al *elemento técnico*, el teletrabajo entraña el empleo de diferentes herramientas, propias de las tecnologías de la información, del procesamiento electrónico de tal información; o de algún medio de telecomunicación; etc.

Por último, un *elemento organizativo*, en tanto “la forma de trabajo “virtual”, afecta, directa o indirectamente, a un conjunto de variables de hondo calado: de carácter económico, productivo, político, organizativo -empresariales, personales, familiares y culturales”. Su implantación exige nuevas estrategias de management⁶⁸.

f) *Según el modo de conexión*

El teletrabajo reconoce, asimismo, una clasificación en orden al tipo de conexión que se establece entre el trabajador y la empresa. En tal sentido, la conexión puede ser *fuera de línea* (off line); *en línea* (on line). Y, en este último modo, la conexión puede ser *en sentido único* (one way line) o *interactivo* (two way line).

C) Temores, creencias, ventajas y desventajas del teletrabajo

La teleactividad genera ventajas y desventajas de toda suerte, tanto para la empresa, para los trabajadores, para los sindicatos y para el medio ambiente. Asimismo, genera ciertos temores y creencias que, fundada o infundadamente, se reflejan entre los actores sociales vinculados a este modo de trabajar.

He tratado de, si no clasificar, al menos enlistar estos aspectos (algunos de ellos despojados de toda visión humanista y *expuestos solamente desde el punto de vista mezquino del interés personal o sectorial de cada quien*), según se miren desde una u otra perspectiva, a

⁶⁸ Pérez de los Cobos y otros; ob. cit., pág. 20.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

fin de que este listado nos ayude al análisis, con miras a acompañar desde lo jurídico un cambio que se viene produciendo, sin dudas, más allá de nuestros gustos o preferencias acerca del teletrabajo. Podemos encarar de diverso modo los cambios jurídicos (normativos y jurisprudenciales) que se requieren para darle al teletrabajo un marco apropiado, equilibrado, razonable. *Lo que no debemos permitirnos es dejar de producir ese marco, dejando a merced del mercado el acomodamiento de relaciones jurídicas en las que se halla comprometida la persona humana de un trabajador (con sus derechos específicos e inespecíficos) que, al tiempo de estar históricamente inserto en una negociación desigual, agrega ahora un riesgo más grande aun: la exposición en cuerpo y alma de su propia vida privada.*

a) Para la empresa

a.1. Ventajas empresarias

Las ventajas que produce o puede llegar a producir el teletrabajo para el empresario, son de diverso orden:

a.1.1. De costos

Los costos se reducen, en la medida en que se reduce la necesidad de contar con un establecimiento laboral de mayor superficie para albergar el trabajo presencial (y no virtual). Hay, pues, *menor necesidad de espacio físico*. Sin la presencia del teletrabajador, *son menores* también, por consiguiente, *los costos fijos* que tal presencia acarrea en el centro de trabajo; incluidos los provenientes de potenciales *accidentes de trabajo in itinere*. *En el teletrabajo transnacional*, el empresario se beneficia de las *diferencias salariales y cargas sociales* que se tributan en el país desde el que se realiza realmente aquella tarea.

a.1.2. De organización

Se produce una manera más fluida y flexible de organizar y dirigir al personal de la empresa, en lo que hace al lugar, al modo y al tiempo en que se lleva a cabo la tarea. Permite contratar trabajadores que residan en lugares distantes de sus centros de trabajo, sin que ellos tengan que variar su lugar de domicilio. Esta última es una ventaja comparativa, no sólo de organización, sino también de costos. Tanto la globalización de la economía, cuanto la organización empresarial en red a la que aludí más arriba, exigen de cada empresa una



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

respuesta ágil y hasta en tiempo real que, de otro modo no podría lograrse eficazmente. Veamos algunos de estos tópicos en los que se verifican tales ventajas: si se trata de teletrabajo transnacional, desaparecen para muchas actividades productivas las barreras geográficas o los condicionamientos temporales; se llama a un número local pero se es atendido por un extranjero; se accede a otros mercados sin la necesidad de crear filiales; se aprovechan mejor los husos horarios, permitiendo que, mientras los trabajadores locales descansan, los extranjeros trabajen a través de las computadoras centrales (que están, de esta manera, activas de día y de noche); y, con ello, se produce, también, una más amplia y mejor atención al cliente (24 horas al día, los 365 días del año).

La desaparición del ausentismo es otro de los beneficios para la empresa, dado que, con ello, se logra un aumento en la productividad de los trabajadores; mayor productividad del trabajo dado que el trabajador elige los momentos, con un grado de desconcentración potencialmente menor y mayor comodidad (se estima entre un 10 y un 45%)⁶⁹.

Por último, el teletrabajo constituye, a los ojos del empresario, un estímulo adicional, en pos de evitar la huelga.

a.2. Desventajas empresarias

Las desventajas que produce o puede llegar a producir el teletrabajo para el empresario, son de diverso orden y se presentan como la contracara o el anverso de la misma medalla:

a.2.1. De costos

La teleactividad requiere, necesariamente, incrementar los costos de equipamiento y conexiones entre la empresa y sus teletrabajadores.

a.2.2. De organización

Hace cada vez más complejo organizar y dirigir al personal de la empresa, en lo que hace al lugar, al modo y al tiempo en que los teletrabajadores llevan a cabo la tarea; dificultando también el control, presencial, que sobre ellos se ejerce. Los teletrabajadores ya no cuentan con el mismo grado de cohesión e identidad que les representaba la organización

⁶⁹ Mercader Uguina, ob. cit., pág. 205.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

tradicional. La seguridad de la información empresarial que maneja el teletrabajador se torna más difícil de concretar, cerniéndose en una amenaza para la confidencialidad de los datos. Al encontrarse más relajado y fuera del alcance del ojo (físico; dado que existen otra clase de “ojos”: los virtuales) vigilante de su empleador, el trabajador telemático corre el riesgo de una mayor distracción al realizar su labor; y, con ello, de un menor rendimiento o calidad de la tarea.

b) *Para los trabajadores*

b.1. *Ventajas para los trabajadores*

Como en el caso anterior, las ventajas que produce o puede llegar a producir el teletrabajo para el trabajador, son de diverso orden:

b.1.1. *Desde la óptica del empleo*

Esta forma de trabajar resulta sumamente interesante desde la óptica del empleo, en tanto puede resultar una herramienta eficaz para dar oportunidades concretas a diversos grupos de personas que, por razones de distinta índole, ven dificultada seriamente su inserción en el mundo laboral para trabajar del modo clásico; es decir, desplazándose hacia el establecimiento empresario.

Participan de estas dificultades las *personas discapacitadas* que, a pesar de encontrarse amparadas por la ley 24.314, que los habilita a reclamar la plena accesibilidad al medio físico, encuentran todavía hoy serias dificultades para integrarse a ese medio; y una dificultad igual o mayor para integrarse y contar con la comprensión del resto de las personas; fundamentalmente, para integrarse entre sí.

Las personas con compromisos familiares (mayoritariamente las *amas de casa*) que deben atender dichos compromisos, junto a los quehaceres domésticos, y que se ven impedidos de trasladarse para trabajar.

Las personas privadas (obligatoria o voluntariamente) *de su libertad*, sea por razones de índole penal o de alguna clase de adicción; internadas en institutos carcelarios o de rehabilitación.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Las personas de la tercera edad, jubilados o no, que deseen realizar alguna actividad laboral.

Las personas jóvenes que por razones de estudio puedan necesitar algún empleo que, por motivos de tiempo y distancia, resulte compatible con los estudios que llevan a cabo.

Las personas del campo, que por una cuestión de lejanía o inaccesibilidad con los centros urbanos, requieren un empleo de estas características.

b.1.2. Desde los costos

El teletrabajo logra que el trabajador evite los costos de transporte que, en el caso de los centros radicados en las grandes ciudades, suelen ser muy altos para quienes se desplazan durante grandes distancias. Implica, además, un ahorro importante en vestimenta; y, eventualmente, en los alimentos que debería consumir fuera de su casa.

b.1.3. Desde la organización



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Esta clase de trabajo flexible entraña mayor autonomía técnica del trabajador; libera a este último de las consecuencias de la falta de puntualidad o de asistencia; y le brinda la posibilidad de auto-organizar su tiempo de labor y la manera en que habrá de llevarla a cabo. Esta manera de darse su propia organización, hace que el trabajador adquiera mayor calidad de vida, en tanto y en cuanto, si sabe administrar adecuadamente sus plazos, contará con más tiempo libre para sí, en orden al descanso, el esparcimiento, la atención familiar, etc.

b.1.4. Desde los riesgos del trabajo

Esta modalidad en el modo de trabajar reduce considerablemente (aunque no elimina) los riesgos de accidentes de trabajo *in itinere*, sobre todo para aquellos que realizan la tarea desde el domicilio particular.

b.2. Desventajas para los trabajadores

b.2.1. Desde las condiciones de trabajo

Con todas las ventajas que esta particular manera de trabajar trae aparejadas, lo cierto es que constituye, a la par, un riesgo muy grande para el prestador de tareas y para su entorno familiar. Paradojalmente, la posibilidad de liberarse de los horarios rígidos, de disponer del tiempo efectivo de trabajo como mejor le plazca, de hacerlo de manera más relajada e informal; unido al hecho de cierta dependencia (cuando no adicción) que conlleva el uso abusivo de las herramientas telemáticas, hace que el trabajador pueda ver agravadas las condiciones laborales que, del modo clásico, contaban con cierta limitación. Y que ello se traduzca en jornadas más extensas que las comunes y en horarios que están a contrapelo de las personas de su entorno. Por lo demás, esta manera de prestar tareas puede limitar, cuando no frustrar la posibilidad de desarrollar una carrera profesional.

b.2.2. Desde la esfera de lo privado

Por otra parte, el mayor tiempo frente a las herramientas de trabajo implica, también, un límite difuso entre lo privado y lo laboral; entre lo familiar y lo funcional; entre el tiempo de descanso y el ocio, y el de trabajo.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

b.2.3. Desde lo psicosocial

Existen muchos factores que confluyen en el teletrabajo, que pueden incidir de manera desfavorable en la salud psicofísica del trabajador: el aislamiento del resto de sus compañeros de trabajo; un comportamiento adictivo o “esclavo” en el empleo de la computadora que pueda llegar, incluso, a la pérdida de la noción del tiempo; un comportamiento más individualista, que le haga perder el valor de la solidaridad y el espíritu de cuerpo con el resto de sus pares. En otras palabras, esta manera de trabajar puede generar, y de hecho genera, trastornos de salud y dificultades de relación de todo tipo.

b.2.4. Desde el derecho colectivo

Hoy por hoy, en esta clase de empleos el trabajador no cuenta con la debida presencia (física ni virtual) de los representantes sindicales.

b.2.5. Desde la salud del trabajador

Desde el punto de vista de la salud del trabajador, también existen desventajas, por el riesgo que genera el aislamiento, la adicción o el mal empleo del tiempo y de las herramientas de trabajo, que pueden llegar a producirse a través de esta modalidad telemática: el síndrome del *burnout* (estar “quemado”) con todos los trastornos que lleva aparejados desde el punto de vista psicofísico; problemas musculares y óseos de toda clase; el cansancio visual; aislamiento; etc.

c) Para los sindicatos

c.1. Ventajas para los sindicatos

Las ventajas que produce o puede llegar a producir el teletrabajo para los sindicatos, son de diverso tipo:

c.1.1. Desde la manera de desarrollar sus competencias

El viejo y clásico sindicato (generalmente de base fabril y pensado para la organización fordista/taylorista) debe reconocer -gusten o no- los nuevos fenómenos en materia de organización y las nuevas formas de trabajo que se imponen cada día más. Frente a estos fenómenos novedosos, novedosas también son las herramientas que le



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

brinda hoy la telemática, como para abordar a aquéllos de manera mayor y mejor. De otro modo, será responsable de agigantar las crisis de representatividad y de afiliación que lo afecta actualmente.

En primer término, y antes de referirnos a las formas, más allá de los prejuicios que anidan en el seno sindical y en cabeza de quienes telelaboran, el teletrabajador debe sentirse parte y alcanzado por la tutela gremial del sindicato que lo abarca formalmente en su ámbito de representación. Negar su realidad y estigmatizarlo como formando parte de un tipo de trabajadores de estructura individualista y clasista, esencialmente faltos de solidaridad con el interés del resto de la categoría profesional, no hará otra cosa que mantener alejado al teletrabajador y convencerlo de lo innecesario de contar con esa representación y de estimularlo a crear, también, una estigmatización inversa en torno de los sindicatos.

Pero lo cierto es que “...la nueva “antropología social” está compuesta por sujetos que no llaman siquiera a la puerta del sindicato⁷⁰. El trabajador debe persuadirse de que afiliándose a la organización gremial obtendrá alguna ventaja que de otro modo, individualmente, no obtendría. Pero, para ello, necesita que los potenciales representantes lo persuadan de que tendrá asegurada una representación en concreto; que habrá de representárselo sin ninguna clase de prejuicios; que habrá acuerdos que lo alcancen en su ámbito de aplicación, no sólo desde el punto de vista formal, sino también real. La propia ley sindical margina a los precarios, estableciendo una antigüedad para elegir y ser elegidos. “Se exige, pues, estabilidad, cuando la regla es justo la contraria”⁷¹.

Existen nuevas formas de: comunicarse con los trabajadores (afiliados o no); realizar asambleas; dar información; sufragar; ejercer los derechos sindicales; de negociar colectivamente. Y ello, a través del empleo de medios que cuentan con un alcance mucho más amplio y preciso que los tradicionales métodos empleados hasta ahora. El empleo de las redes y de los servicios en materia de comunicación o transporte

⁷⁰ Rodríguez Piñero, Miguel; en Mercader Uguina, ob. cit, pág. 214.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

de la información; y su almacenamiento en cualesquiera de sus formas: dialogar a través del *correo electrónico*; *chat*; *videochat*; *videoconferencia*; *mensajes de texto comunes*; *mensajes de texto a través de WhatsApp*⁷². El empleo de redes sociales como *Facebook* y *Twitter*; y de *foros de discusión en internet*.

Los mismos canales que posibilitan el teletrabajo, pueden facilitar el ejercicio de los derechos sindicales.

Ahora bien, habrá que poner al día la legislación, en cuanto a considerar la cantidad de trabajadores que deben considerarse comprendidos en un mismo centro de trabajo, en orden a la cantidad de delegados con los puede contar un establecimiento laboral en relación a la cantidad de trabajadores a representar. Será considerado como centro de trabajo aquel en relación al cual tenga conexión (presencial o virtual) o se halle asignado formalmente el teletrabajador.

Así como se tiene derecho a un local para llevar a cabo la tarea sindical dentro de la empresa, y a una pizarra de anuncios gremiales; del mismo modo pueden utilizarse espacios informáticos cedidos por el empleador al sindicato; y franquicias horarias concedidas por la empresa para cumplir la labor gremial cibernética que resulte necesaria para conseguir el cometido. Inclusive, reconocer el derecho de los sindicatos a emplear, razonablemente, un espacio en la comunicación intranet que las empresas usan para comunicarse con su personal.

c.1.2. Desde la negociación colectiva

Hoy por hoy, y más allá de un pequeño proyecto de ley sobre el teletrabajo, no existe norma legal (en sentido estricto) alguna que haya sido pensada exclusivamente para regular el teletrabajo. Pues bien, estamos frente a una oportunidad inmejorable de que los convenios colectivos de trabajo introduzcan como materia de negociación esta

⁷¹ Mercader Uguina, ob. cit., pág. 216.

⁷² Se realizan por medio de internet y permiten crear grupos de personas para remitirles, además, un número ilimitado de imágenes y audio.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

singular manera de prestar tareas, adaptándola a las características propias de cada actividad⁷³.

c.2. Desventajas para los sindicatos

c.2.1. Desde la manera de desarrollar sus competencias

Si se mantuviese el *statu quo*; es decir, si se mantuviese la clásica manera de desarrollar sus competencias, frente al desarrollo progresivo del teletrabajo, los sindicatos se verían aun más afectados en su capacidad. Y ello, desde que, perderían contacto con los teletrabajadores que, de por sí, cuentan con mayor calificación profesional, menos conciencia de clase y mayor corporativismo⁷⁴.

c.2.2. Desde el ejercicio del derecho de huelga

La teleactividad no contribuye (si se mantiene el *statu quo*) al éxito de la huelga ni a su ejercicio por parte de quienes se encuentran directamente comprendidos en aquella tarea.

c.2.3. Desde la solidaridad sobre la que se asienta el derecho colectivo

El individualismo que fomenta el teletrabajo, atenta contra la solidaridad, que constituye la base sobre la que se asienta el derecho colectivo y en la que reposa directamente la organización sindical. Sin la solidaridad se pierde esa idea primera y principal de cohesión social como función del derecho del trabajo. Los teletrabajadores ya no se sienten identificados, como antes, con aquellos que cumplen su tarea en los establecimientos laborales de la empresa. Se ven distintos; creen poseer una autonomía y una calidad de la que los demás carecen; están convencidos de que las contingencias sociales por las que transitan estos últimos no son las propias.

c.2.3. Desde las características de la teleactividad

Por las características de las que participa la teleactividad, y al menos por ahora, se trata de puestos de trabajo que tienen toda la precariedad de una actividad no

⁷³ Hoy por hoy, existe un grupo minúsculo de actores sociales que han acordado en tal sentido, y sobre los que habré de referirme más adelante.

⁷⁴ Mercader Uguina, ob. cit.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

regulada legalmente y que no constituye (más que en una mínima significación) materia de negociación colectiva. Pero, a dicha precariedad se le agrega la inherente a la continuidad a lo largo del tiempo. Se trata de actividades que tienen cierta volatilidad temporal.

c.2.4. Desde la negociación colectiva

La teleactividad -tanto la que se lleva a cabo en el ámbito nacional, cuanto la que trasciende las fronteras del país en donde se encuentra la empresa comitente o empleadora- obligan a pensar de manera diferente todo lo que se refiere al modo de negociar colectivamente y, por tanto, al fruto de dicha negociación: el convenio colectivo de trabajo. Algunos autores vislumbran, incluso, un futuro de *telenegociación* que arroje como resultado final un *teleconvenio*⁷⁵. Más allá de que, la internacionalización de la economía limite las posibilidades de negociación de los sindicatos "...en la medida en que hay un tercer agente, el sector exterior, que no se sienta en las mesas de negociación"⁷⁶. El ámbito de aplicación personal del convenio colectivo puede tener y tendrá entre sus beneficiarios a trabajadores migrantes, incluso en condiciones laborales bien distintas a las del lugar en donde tiene su origen la tarea encomendada. El sujeto de la negociación colectiva será, además, diferente, en tanto se comprendan en ella a los trabajadores *parasubordinados* que también estarán alcanzados por el teletrabajo.

d) Para el medio ambiente

d.1. Ventajas para el medio ambiente

El solo hecho de evitar el traslado de trabajadores hasta el establecimiento empresario, implica, necesariamente, una mejora en la contaminación ambiental; reduciendo, además, los problemas de tránsito. Asimismo, entraña una reducción sensible del consumo energético. El teletrabajo puede resultar una herramienta útil para

⁷⁵ Mercader Uguina, ob. cit., pág. 213.

⁷⁶ Esteve Mora, F.; citado por Mercader Uguina, ob. cit., pág. 216.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

el desarrollo de políticas regionales dentro del país y en orden a nuestro mercado común.

d.2. Desventajas para el medio ambiente

A pesar de las innumerables ventajas de todo tipo que crea la teleactividad, lo cierto es que se presta para el empleo inescrupuloso de trabajadores que desarrollan su actividad por fuera del concepto de trabajo decente. Asimismo, estas condiciones adversas para los trabajadores, constituyen para los empresarios que los emplean más allá de sus fronteras nacionales, ventajas indebidas que los colocan en una situación de *dumping social* frente a sus competidores.

D) Protección normativa

a) La inspección sobre el teletrabajo

Como puede verse, el teletrabajo constituye un instrumento importante y valorable desde muchos puntos de vista. Sin embargo, puede prestarse (y de hecho, se presta) al incumplimiento sistemático de las normas laborales y, con ello, a la explotación de quienes llevan a cabo esa tarea.

De allí que deban implementarse mecanismos de inspección eficaces, que se adecuen a la modalidad de la tarea desarrollada y, fundamentalmente, al ámbito donde se lleva a cabo. Y en estos mecanismos, el papel de la administración pública (centralizada y descentralizada) debe ser decisivo. Pero debe contar, además, con la inestimable ayuda en la tarea de los sindicatos, que son aquellos que se encuentran en mejores condiciones para detectar con mayor rapidez y precisión los problemas que se presentan a diario en el ámbito de sus respectivas competencias estatutarias.

b) Los proyectos legislativos y las experiencias sobre teletrabajo en Argentina

Existen algunos proyectos de ley en torno de la regulación del teletrabajo en la Argentina.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

El primer proyecto que tomara estado parlamentario fue el elaborado por la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo⁷⁷ “*con un enfoque interdisciplinario*”, y a través del cual declara haber tenido “particularmente en consideración que la REPÚBLICA ARGENTINA como consecuencia de la ratificación, mediante la ley 25.800 del Convenio N° 177 sobre Trabajo a Domicilio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuenta con una norma de jerarquía supralegal, que contempla en su articulado todo tipo de trabajo a distancia y *entre los que se encuentra sin duda alguna incluido el teletrabajo*, lo cual supone de parte del Estado nacional el compromiso de adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio, destinada a mejorar la situación de estos trabajadores, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores (artículo 3° del Convenio 177 sobre Trabajo a Domicilio de la Organización Internacional del Trabajo – OIT), la cual debe tener como objetivo esencial la promoción de la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y otros trabajadores asalariados, particularmente en orden al ejercicio de la libertad sindical, la protección contra la discriminación en el empleo y en la ocupación, la protección en materia de higiene y seguridad, la remuneración, la protección por regímenes de la Seguridad Social, el acceso a la información, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo y la protección de la maternidad” (mensaje de elevación). Dicho proyecto conceptúa el teletrabajo de la siguiente manera: “Se entiende por teletrabajo a los efectos de esta ley, *la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC)*. Se entiende por teletrabajador en

⁷⁷ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, según el Mensaje de elevación N° 829, enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, de fecha 2 de julio de 2007.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

relación de dependencia a toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior” (art. 1º) Luego, establece la igualdad de derechos entre los teletrabajadores y “...los demás trabajadores en relación de dependencia” (art. 2º). Impone “sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador” que “deberán salvaguardar la intimidad del teletrabajador y la privacidad de su domicilio” (art. 3º). Los arts. 4º y 5º prevén disposiciones referidas a la titularidad y uso de los instrumentos de trabajo. Se prescribe acerca de la *voluntariedad que debe tener la prestación* del trabajador ante el requerimiento de su principal, y “la conformidad por escrito del trabajador”. El art. 7º promueve la *adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias de la prestación, y la inclusión de las enfermedades causadas por este tipo de actividad dentro del listado previsto* en la anterior ley de riesgos del trabajo. Por último, declara de aplicación supletoria las normas de la LCT, para “todo lo que no estuviese expresamente previsto en esta ley” (art. 8º). Este proyecto fue girado a las comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión, perdiendo, luego, estado parlamentario.

Otro de ellos es el proyecto de ley que tuvo su origen en el Senado Nacional⁷⁸. Dicho proyecto definía esta modalidad laboral en su art. 1º, de manera similar al Proyecto del Ministerio de Trabajo. Sin embargo, en su art. 2, se encargaba de salvaguardar los derechos laborales del teletrabajador, poniendo énfasis en el referido a *la carrera laboral, la igualdad, la información*. Por otra parte, ponía en cabeza del empleador la obligación de “diseñar y aplicar programas de inducción, capacitación y perfeccionamiento” (art. 3); e imponiendo “Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán respetar

⁷⁸ Expediente Nº 3498/10, que lleva la firma del senador Adolfo Rodríguez Saa y quien acompañan 7 senadores más: “Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia”. Dicho proyecto ingresó a la Comisión de Trabajo y Previsión Social y a la de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión de esa Cámara el 20 de octubre de 2010, egresando de ambas cámaras el 29 de febrero de 2012 y archivado el 29 de marzo del mismo año por haber caducado el plazo de estado parlamentario.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

la intimidad y privacidad del teletrabajador” (art. 4). Disponía, también, de reglas acerca de la titularidad y uso de los instrumentos empleados en tal actividad (arts. 5 y 6). Se preveía la *prestación voluntaria* por parte del trabajador, frente al requerimiento del empleador, debiendo, además, contar *con la conformidad por escrito* de aquél (art. 7°). El art. 8° promueve *la adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias de la prestación, y la inclusión de las enfermedades causadas por este tipo de actividad dentro del listado previsto* en la anterior ley de riesgos del trabajo. Por último, declaraba de aplicación supletoria las normas de la LCT, para *“todo lo que no estuviese expresamente previsto en esta ley”*.

Por lo demás, existen experiencias llevadas a cabo en el ámbito público. Entre ellas, merecen destacarse las siguientes:

La de la *Sindicatura General de la Nación*⁷⁹. En la resolución que le da origen puede leerse: “Así las cosas, se produjo un análisis de tareas o funciones que pudieran ser teletrabajables, surgiendo del mismo la definición de aquellas que no son elegibles para dicha modalidad como por ejemplo: despachos, mesas de entrada, supervisiones directas y actividades de la Gerencia de Administración y Finanzas. La Resolución antes mencionada pudo adoptarse debido a que el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el personal de la *Sindicatura General de la Nación*⁸⁰ prevé la posibilidad de la implementación de un régimen transitorio para la prestación laboral en *modalidad semi presencial*”⁸¹.

Otro antecedente en la materia lo constituye la prueba piloto sobre teletrabajo, instrumentada por la *Comisión Nacional de Comunicaciones*, proponiendo “...la

⁷⁹ Resolución SIGEN N° 118/11 SGN, de fecha 6 de septiembre de 2011, por la que se aprueba la implementación de la Prueba Piloto “Teletrabajo”, por un período inicial comprendido entre el 16 de septiembre y el 30 de noviembre de 2011, y que fuera luego extendido.

⁸⁰ Firmado el 13 de septiembre de 2010 y homologado mediante el Decreto N° 1.714 del 19 de noviembre de 2010.

⁸¹ Fimognare, María Isabel; Teletrabajo: una experiencia en la *Sindicatura General de la Nación*; trabajo presentado al XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012; publicado en: <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/fimogmar.pdf>.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

implementación de dicha prueba, el logro de competitividad en el mercado laboral, la comprobación de las nuevas tecnologías, la promoción del desarrollo de Recursos Humanos y la incorporación de valor agregado a la gestión.

La experiencia fue realizada con un grupo de quince trabajadores pertenecientes a diversas áreas del organismo y que se desempeñan en distintos puestos de trabajo que abarcan desde administrativos, pasando por técnicos (diseñadores de multimedia, informáticos, bibliotecarios, traductores), analistas (legales, contables, capacitadores) y coordinadores. Como metodología de seguimiento se utilizaron reportes de los teletrabajadores, a través de informes de tareas diarios y planillas de objetivos implementadas por los jefes de áreas. Asimismo se confeccionaron registros de incidentes técnicos, de observaciones de carácter operativo, así como de adaptación a la práctica. Todo el trabajo fue coordinado a través de reuniones de teletrabajadores y de jefatura. Como conclusión de la prueba piloto, la Comisión Nacional de Comunicaciones, luego de analizar las dificultades o eventos negativos propuso el mantenimiento sostenido de la práctica en el tiempo. Para ello identificó como necesarios el fomento de la comunicación institucional, el crecimiento gradual del Teletrabajo, el análisis de las implicancias y el necesario desarrollo de las competencias en coordinadores y supervisores”⁸².

En lo tocante al ámbito empresarial, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)* desarrolló otra experiencia piloto en conjunto con el Ministerio de Trabajo: “En YPF desarrollamos una gestión orientada a la innovación, implantando nuevas prácticas para la mejora de la calidad y la productividad laboral. En mayo de 2008 realizamos una experiencia piloto de teletrabajo en conjunto con el Ministerio de la Nación. Hoy contamos con más de 142 teletrabajadores de diferentes unidades de negocio. Las personas que forman parte de esta modalidad de trabajo destacan los siguientes

⁸² Russo, Ana; Teletrabajo: introducción de la modalidad en la República Argentina; trabajo presentado ante el XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012; [enhttp://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/russoana.pdf](http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/russoana.pdf).



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

beneficios: ahorro de tiempos y costos de traslado, mayor comodidad y concentración, y un mayor balance entre su vida laboral y personal/familiar. Coinciden en que brinda una mejor calidad laboral, mayor motivación y productividad que los beneficia. Sin embargo, el teletrabajo no es recomendable para todas las funciones o tareas. Por otro lado, los jefes destacan que el teletrabajador mantiene su rendimiento y pueden monitorearlo por el cumplimiento de objetivos y tareas exigidas, reconocen la importancia que la empresa piense en la familia del colaborador y recomendarían la modalidad a otros jefes y áreas. Esta modalidad requiere, además de las herramientas informáticas, tener en cuenta los aspectos de seguridad laboral en el domicilio. Así, el teletrabajador recibe un matafuego, botiquín, silla ergonómica y una capacitación en seguridad a cargo de la ART, junto con una visita al domicilio para las recomendaciones pertinentes”⁸³.

En el año 2003 se creó la Comisión de Teletrabajo; en el año 2006 se creó la Coordinación de Teletrabajo, que depende de la unidad ministro del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; y, en 2007, tuvo su lanzamiento el primer *Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET)*⁸⁴. En ese marco, se discutió “...la necesidad de darle un espacio al teletrabajo, con asistencia continua del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Desde entonces, se dieron pasos importantes para generar y luego ampliar ese espacio, promoviendo y difundiendo el teletrabajo como medio para la creación de más y mejor empleo, el desarrollo de competencias laborales, la optimización de la calidad de vida, la conciliación de familia y trabajo, la inclusión de grupos vulnerables, la igualdad de oportunidades y el cuidado del medio ambiente.

⁸³ <http://www.ypf.com/TrabajarEnYPF/Paginas/Estrategias-y-Beneficios-Diversidad.aspx>

⁸⁴ Diseñado con la coordinación del Ministerio de Trabajo y del que participaron, a lo largo del tiempo, las siguientes empresas: YPF (2008); Telecom y Cisco (2009); Byte Tech y Nielsen (2011). En la actualidad, se hallan alcanzados por esta modalidad de trabajo, aproximadamente 2.600 personas. Asimismo, las empresas que participan del mismo se benefician con un aporte del Ministerio de Trabajo de hasta un 20% del sueldo de aquel empleado que preste sus servicios bajo ésta modalidad, con un tope de \$500. http://www.trabajo.gov.ar/downloads/actTeletrabajo/101130_tomada-teletrabajo.pdf.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

En el marco del *PROPET*, en noviembre de 2010, se celebró un acuerdo para confeccionar el *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo*, entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la OIT en la Argentina, la Unión Industrial Argentina y la Red de Teletrabajo (2009). “Dicho manual abordará temas puntuales y transversales al teletrabajo, tales como: seguridad e higiene; certificación de competencias; gestión de recursos humanos; reversibilidad; plus por teletrabajo; privacidad y confidencialidad de la información; mantenimiento, uso y cuidado de los elementos de trabajo, entre otros. Se prevé la realización de talleres bi y tripartitos para validar el manual elaborado, con la intervención de los teletrabajadores, los representantes sindicales y las empresas”... “El documento estará precedido por una introducción a cargo de la OIT y recomendaciones que se extraerán a partir del estudio y análisis del Programa de Teletrabajo para el Sector Privado (PROPET), liderado desde la Coordinación de Teletrabajo del MTEySS”... “A fin de cumplir con el plan de acción los firmantes se proponen la creación de un comité tripartito de observación y seguimiento del cual participará la OIT en calidad de organismo internacional asesor”.

El *Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en el Teletrabajo*⁸⁵ tiene como “...objetivo general es promover el teletrabajo en un contexto adecuado desde el punto de vista regulatorio, de la salud, la seguridad, la privacidad, la confidencialidad, el cuidado del medio ambiente y las condiciones laborales del teletrabajo, impulsando esta modalidad para generar nuevas oportunidades de trabajo decente bajo formas innovadoras de organización del trabajo, en un contexto de diálogo social que incremente la productividad de las organizaciones empresariales”.

Tiene como destinatarios a las “...organizaciones empresariales, sindicales, civiles y no gubernamentales, así como también a la administración pública nacional, provincial y municipal, y a organismos y empresas públicas interesados en poner en práctica esta modalidad de trabajo. Se desea sumar a los representantes del ámbito académico, profesionales en general y personas interesadas en conocer, estudiar e



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

implementar el teletrabajo como modalidad laboral, según los principios, criterios y recomendaciones del presente manual”. Luego de clasificar algunas de las definiciones de teletrabajo, se establecen pautas de *voluntariedad* (art. 6.2.) estableciendo que “El traslado de quien trabaja en una posición presencial a una posición a distancia debe ser voluntario”; *reversibilidad* (6.3.), en tanto el derecho del teletrabajador “...a volver al puesto de trabajo presencial en los establecimientos de la empresa. Ello significa que la empresa mantiene disponible el puesto en que trabajaba antes el teletrabajador”. Sugiere pautas para celebrar un contrato individual de trabajo, para quienes no estén alcanzados por el ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo de trabajo y pautas para la negociación colectiva (art. 6.5. y 6.9., respectivamente); la formación y la capacitación (6.6.); la evaluación y el desarrollo (6.7.); la compensación de gastos (6.8); normas sobre prevención en la salud y seguridad (6.10); criterios para la privacidad y confidencialidad de la información y protección de los activos de la empresa en el teletrabajo (6.11); el impacto a la hora de conciliar lo laboral, familiar y social (6.12); la responsabilidad social, que pone en cabeza de las empresas, organizaciones sindicales y organizaciones públicas y privadas (6.13) para un desarrollo más equitativo e igualitario en los países de la región; políticas públicas en lo que se refiere a incentivos, certificación de competencias, promoción del empleo juvenil, consideraciones de género y discapacidad (7); sugiere la relación entre el teletrabajo y las NIT de la OIT; la importancia de la negociación colectiva y la incorporación del teletrabajo en los convenios colectivos (8).

Junto a este Manual, el Ministerio de Trabajo presentó el *Observatorio Tripartito de Teletrabajo (OTT)*⁸⁶. A fin de cumplir con el plan de acción los firmantes

⁸⁵Que puede consultarse en:

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/teletrabajo/manual_buenas_practicas_2011.pdf

⁸⁶ El 30 de noviembre de 2010, en la sede de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del cual se concretó el acuerdo para confeccionar el Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo, con la presencia del ministro de Trabajo, Carlos Tomada, el director de la Oficina OIT en la Argentina, Marcelo Castro Fox, la coordinadora de Teletrabajo Viviana Díaz; el vicepresidente séptimo de la UIA, Daniel Funes de Rioja; Ignacio Funes de Rioja y autoridades de las empresas participantes del Programa de Teletrabajo para Empresas Privadas (PROPET) y de la Red de Teletrabajo: YPF, Telecom y Cisco.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

se propusieron en esa reunión la creación del Observatorio de Teletrabajo, de composición tripartita⁸⁷. El OTT es “...una iniciativa sin fines de lucro con el objetivo de recolectar, procesar, analizar y difundir la información cuantitativa y cualitativa acerca del teletrabajo y sus problemáticas actuales. El OTT tiene una composición tripartita: el Estado, el sector empleador y el trabajador, y cuenta con la participación y el asesoramiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), agencia del Sistema de Naciones Unidas. El OTT tiene por función fortalecer, impulsar y facilitar las condiciones laborales generadas a partir del teletrabajo. Asimismo, el observatorio busca promover los ejes principales del trabajo decente; empleos de calidad con un marco jurídico adecuado, para lo cual se privilegia la negociación y el diálogo entre los actores sociales. Las metas principales del OTT están encaminadas a fortalecer la puesta en marcha de programas de teletrabajo, difundiendo las buenas prácticas para la implementación de esta modalidad de organización del trabajo y su impacto como una herramienta de inclusión socio-laboral. El OTT se propone elaborar estadísticas globales y específicas, formular análisis y proyecciones, así como proporcionar información en forma periódica sobre la utilización del teletrabajo a nivel nacional y regional. Se conforma como un centro de estudios y un foro cuya misión es promover el valor social de esta forma de trabajo a través de la generación de información y conocimiento, con efecto multiplicador en las redes sociales”⁸⁸.

En materia de *riesgos del trabajo* el artículo 1º de la *Resolución N° 147*⁸⁹, creó la Coordinación de Teletrabajo. El art. 17 de su Anexo, proponía a la Superintendencia de

⁸⁷ El 29 de septiembre de 2011, en un acto encabezado por el ministro Carlos Tomada, se lanzó el observatorio conjuntamente con la presentación del manual, convalidándose dos acciones precursoras en la materia, en la Argentina y en la región. El OTT está integrado mediante un Comité Coordinador: Marcelo Castro Fox (OIT); Viviana Díaz (Coordinación de Teletrabajo, MTEySS); Ignacio Funes de Rioja (UIA); y Alberto Tomassone (FAECYS). Son Miembros honorarios: Telecom, Cisco, YPF, FOETRA, UPJET, SUPEH, FAECYS y UIA. Y cuenta como Instituciones adherentes, las que siguen: MDR consultoría de negocios SRL; ADAPT; Merck Química Argentina S.A.I.C.; Fundación CENIT; FUNDESCO; Bapro Medios de Pago S.A.; Latinvia; SIGEN; SESA Internacional S.A.; CESSI; ARTRA; Universidad Tres de Febrero; URBAN STATION; UNED; Asociación Civil Brisa Social; y Superintendencia de Riesgos del Trabajo).

⁸⁸ <http://www.trabajo.gov.ar/ott/?cat=18&subc=2>

⁸⁹ Del 10 de febrero de 2012, emanada del Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Riegos del Trabajo (SRT), modificaciones a la Ley de Riesgos del Trabajo “...de modo de incorporar las nuevas enfermedades y accidentes que se generen como consecuencia del teletrabajo y generar en forma conjunta un Manual de Buenas Prácticas en materia de Teletrabajo”. En esa inteligencia se fueron elaborando, en el marco del PROPET, diferentes manuales de higiene y seguridad adaptados a cada empresa adherente. De allí que la Coordinación de Teletrabajo, conjuntamente con la SRT y la Red de Teletrabajo desarrollaron el *Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo*. De allí que la SRT dictara la *Resolución 1552/2012*⁹⁰, por la cual se realiza una definición de teletrabajo “Se entiende por teletrabajo a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones” (art. 1º). Dispone, además, la obligación del empleador de notificar a la ART “...la localización de los teletrabajadores”, en orden a sus identificaciones, lugares y frecuencias en las que llevan a cabo su labor; y la posición o tareas asignadas en cada caso (art. 2). El art. 3 contempla la provisión de elementos. Por su parte, el art. 4 establece un procedimiento de verificación del lugar de trabajo por parte del empleador, “...previo consentimiento del trabajador y notificando fecha y hora cierta de visita”; como así también, que tal verificación deberá realizarse a través de “...un profesional del área de Higiene y Seguridad de la Empresa, quien puede ser acompañado por un técnico de la A.R.T. o un representante de la Entidad Gremial”.

c) *La falta de regulación del correo informático*

Lo primero que debe ponerse de resalto en cuanto al correo electrónico es que, a pesar del tiempo transcurrido, aún hoy sigue sin regularse la protección jurídica del correo informático.

⁹⁰ De fecha 8 de noviembre de 2012, y que publicara el B.O. el día 14 del mismo mes y año.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Existe un "*Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Informático*"⁹¹. Por lo tanto, como acertadamente se señalara, ello implica "...que *tanto las partes como el intérprete deben extremar la prudencia*, aquéllos a la hora de ejecutar actos jurídicamente relevantes y los últimos al momento de tomar decisiones"⁹².

El art. 1º del mencionado Anteproyecto, establece que "Correo Informático" es "*Toda correspondencia mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medido de una red de interconexión entre computadoras (art. 1º) y que a tales efectos el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar*".

O sea, que el concepto excede el limitado aspecto de la correspondencia o mensajes enviados por internet o por intranet, sino que abarca, además, todo archivo, dato o información electrónica, en la medida en que se transmita entre dos o más computadoras interconectadas.

El objeto de protección abarca su *creación, transmisión y almacenamiento* (art. 2º). Es decir, que la tutela legal abarcaría no sólo el aspecto creativo de la comunicación, sino la etapa misma de la transmisión y su almacenamiento.

El art. 3º dispone que *cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso*. En otras palabras, el empleador es titular del correo electrónico, más allá de que, para tener acceso a él, haya tenido que

⁹¹ Anteproyecto elaborado en base a la consulta que, sobre dicho anteproyecto, realizó la Secretaría de Comunicaciones a la Facultad de Derecho de la UBA, al Colegio Público de Abogados, a la Cámara de Informática y Comunicaciones de la República Argentina y otras; resolución 333/2001 del 10/9/2001; publicado en DT, 2001-B, 1972. ingresó a la COMISIÓN DE COMUNICACIONES E INFORMÁTICA Y DE LEGISLACIÓN DEL TRABAJO de la Cámara de Diputados, el 15 de julio de 2002, y según orden del día 576 se aconseja la sanción, pese a lo cual ha perdido estado parlamentario. Sí existe, en cambio, la ley 25.506, de firma digital, que data del 11 de diciembre de 2001.

⁹² CNAT, Sala X, "V.R.I. c/ Vestiditos S.A. s/ despido" - 17/11/2003.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

asignar una clave personal o “password” al dependiente que habrá de usar dicho servicio; o del nombre del usuario (trabajador subordinado) que se asigne a la cuenta correspondiente a dicho correo informático.

Ahora bien, esa titularidad sobre el correo electrónico no es, ni con mucho, un bill de indemnidad que el dador de trabajo tiene como facultad de hacer o deshacer a su antojo, inmiscuyéndose en la cuenta que ha asignado a sus dependientes bajo una clave personal. De ningún modo.

El empleador *está facultado para controlar la información que se transmite por medio de dicho correo y en su caso prohibir su uso para fines personales* (art. 3º, 2º párr.). Pero el empleador deberá, como condición de legitimidad de los actos que de ello se derivan, cumplir con ciertos requisitos, a saber: **1. Notificación fehaciente.** El ejercicio de estas facultades por parte del empleador así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, *deberán ser notificados por medio fehaciente al trabajador al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio* (art. 3º, 3º párr.). Quiere decir que el empleador tiene todo el derecho a controlar la información que circula mediante su correo electrónico; como así también, prohibir el uso de dicho correo para fines personales. Sin embargo, para que este contralor proceda legítimamente, se requiere de una notificación fehaciente que debe hacerse al trabajador. **2. Notificación previa al control.** Pero, claro está, no basta que el empleador notifique el modo de controlar o el modo de usar el servicio que provee a sus trabajadores, sino que resulta esencial, que esa notificación sea previa al acto de contralor o al acto sancionatorio por el uso incorrecto de la cuenta asignada a sus dependientes. Es decir, previo a poner en ejercicio sus facultades de controlar y, eventualmente, sancionar el tipo de información o el modo de empleo del correo electrónico (o del servicio de internet o intranet) el principal debe, como condición de legitimidad del acto, poner en aviso al trabajador con la debida antelación. Como derivación lógica de aquél principio de raigambre constitucional en materia punitiva que sostiene que no hay crimen ni pena sin una ley



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

previa. 3. **Conformidad del trabajador para acceder a archivos personales.** La existencia de la clave, impide al empleador la apertura de los mensajes de correo del trabajador sin la presencia o el consentimiento de este último; y sin que se exteriorice el propósito y la necesidad de la apertura; o, sin que exista un peligro grave e inminente en relación al sistema.

Se trata de una herramienta de trabajo que debe ser tratada y analizada a la luz de los deberes y derechos laborales. Si el empleador asigna al trabajador una cuenta dentro del correo electrónico de titularidad de aquél, debe advertir al dependiente acerca del uso que debe darse a tan particular herramienta de trabajo. Por ejemplo, indicando que el e-mail sólo puede ser utilizado para temas estrictamente vinculados con la tarea del trabajador o la actividad laboral de su principal. También se debe poner en conocimiento del trabajador el derecho o la facultad que le asiste al dador de trabajo (titular del medio informático) de controlar el correcto uso de dicho medio o el contenido de las comunicaciones. De otro modo, se estaría creando en el trabajador al que se le asignó el uso del medio informático, una *falsa expectativa de privacidad*. Con tanta mayor razón, si al asignársele la cuenta respectiva, el empleador le provee a sus dependientes de una “clave personal” o “password” que resulta de su exclusivo conocimiento. Aún en el hipotético caso de que se alegase el contralor de cuestiones personales del trabajador, ajenas a su función laboral.

De allí que la doctrina exija “...una política clara en el uso de esta herramienta”⁹³.

En este punto cabe recordar, que, según lo ha destacado la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, existe un derecho genérico a la intimidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. El concepto o la idea de este derecho consagrado de manera genérica, “...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido” ¿En qué consiste esta autonomía individual digna de protección? En “...acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por

⁹³ Hermida, Beatriz Miranda de, "El e-mail laboral en la Argentina, DT, 2001-B, 189.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad” (CSJN)⁹⁴.

De donde se sigue que lo que protege el derecho a la intimidad, en sentido genérico, son las acciones privadas de las personas, normalmente aceptadas por una determinada comunidad en un momento histórico determinado y que están exentas de ser juzgadas, siendo reservadas al propio individuo que las lleva a cabo, y exentas, también, de ser divulgadas por extraños, en tanto, por esa misma razón, entrañan un peligro real o potencial para la privacidad o intimidad de cada quien.

A la par de este derecho genérico, existe otro específico que recoge el art. 1071 bis, C. Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Es que aun en la hipótesis de que se hubiese prohibido una utilización no profesional de la computadora, la vida íntima del ser humano debe ser (es) superior al orden tecnológico al que la persona accede. “Tal decisión no sería sino la primera piedra de un edificio que recién se comienza a construir debido a que son numerosos las cuestiones planteadas por las nuevas tecnologías. Estas últimas plantean "con un nuevo enfoque, cuestiones que habían sido normadas en un viejo contexto" ("La cyber-vigilancia...", p. 4): en la sociedad de información, toda información es cifrada y por lo tanto accesible tanto por internet como por intranet. De ello se desprende que los riesgos de acceso indebido a esta información son reales tanto para las empresas (cuya seguridad y buen funcionamiento deben estar asegurados) como para los trabajadores

⁹⁴Desde Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 306:1892) en adelante.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

cuya vida personal debe estar resguardada del "orden tecnológico" denunciado por G. Lyon-Caen en el informe identificado ut-supra. Las nuevas tecnologías se "inmiscuyen en los mínimos intersticios de la vida privada" mientras que las nuevas tecnologías, que permiten que en especial el trabajo se "inmiscuya en los mínimos intersticios de la vida privada" como dijera Ray en *Liaisons* 2001 p. 16, trastornan las prácticas sociales y, como lo observara recientemente el filósofo Michel Serres en "Le Monde" del 19 de junio de 2.001, "el tiempo real torna un dinosaurio al tiempo de otrora". Asimismo, la despersonalización de los vínculos oficina/domicilio se encuentra aún más favorecida por la práctica de ciertas empresas de donar computadoras, vivamente fomentada por los poderes públicos (Ray, ob. cit. p. 35)⁹⁵.

d) *Las normas internacionales del trabajo (NIT)*

También aquí resultan de suma importancia las NIT de la OIT.

El *C. 177 OIT sobre trabajo a domicilio (1996)* al cual nos hemos referido; el *C. 175/94 sobre trabajo a tiempo parcial*, en tanto se ocupa de "...todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable"; es decir, que : (i) tenga el mismo tipo de relación laboral; (ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y (iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad, que el trabajador a tiempo parcial de que se trate" (artículo 1); *los convenios y recomendaciones sobre responsabilidades familiares y maternidad*, que pueden tenerse en consideración en relación al teletrabajo. Ellos son: la recomendación 123, de 1965, sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares; el convenio 156 y la recomendación 165, de

⁹⁵Corte de Casación Francesa, 02/10/2001, en autos: "SOC. NIKON FRANCE c/ O., Frédéric; D.T. 2002-A, pág. 216.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares. En el mismo sentido, debe tenerse en consideración el convenio 183 y la recomendación 191, del año 2000, referidos a la protección de la maternidad y orientados a la igualdad de oportunidades y trato para mujeres y hombres.

e) *La Recomendación de la Comisión Europea*⁹⁶ 98/370, de 27 de mayo de 1998⁹⁷

En dicha Recomendación se expresa: “Considerando que el Convenio n° 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996, completado por una Recomendación adoptada el mismo día, proporciona *un marco para la protección de los trabajadores a domicilio*” ... “Considerando que el Convenio establece también expresamente que *la política nacional sobre el trabajo a domicilio deberá promover, en la medida de lo posible, la igualdad de trato*” ... “Considerando que los objetivos que propugna el Convenio contribuyen a *promover el objetivo de equilibrio entre la flexibilidad del mercado de trabajo y la seguridad de los trabajadores*”⁹⁸... “Considerando que *6,9 millones de personas en la Comunidad realizan de forma habitual su trabajo a domicilio, lo que, a nivel comunitario, representa un 4,9 % de la*

⁹⁶ La Comisión tiene el derecho de iniciativa para proponer la adopción de legislación al Parlamento Europeo y el Consejo de la UE (los ministros nacionales). En la mayoría de los casos, la Comisión hace propuestas para cumplir las obligaciones que le imponen los tratados de la UE o porque otra institución de la UE, un país o los propios interesados le han pedido que actúe. Desde abril de 2012, los ciudadanos de la UE también pueden solicitar a la Comisión que proponga legislación (Iniciativa Ciudadana Europea) Antes de hacer una propuesta, la Comisión lleva a cabo extensas consultas para tener en cuenta la opinión de los interesados. Generalmente las propuestas se publican acompañadas de una evaluación de los posibles efectos económicos, sociales y medioambientales del acto legislativo en cuestión. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad implican que la UE solo puede legislar cuando la acción de la UE sea más eficaz que la acción nacional, regional o local, y solo en la medida necesaria para alcanzar los objetivos acordados. Una vez que se ha adoptado la legislación de la UE, la Comisión garantiza su correcta aplicación por parte de los países miembros (http://ec.europa.eu/atwork/index_es.htm)

⁹⁷ Se trata de la Recomendación de la Comisión de 27 de mayo de 1998, relativa a la ratificación del Convenio n° 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio de 20 de junio de 1996 [notificada con el número C (1998) 764] (98/370/CE).

⁹⁸ Para un análisis sobre el concepto de la llamada flexiguridad, pueden consultarse los trabajos de Goldin, Adrián, Flexibilidad laboral y protección del trabajador; el modelo danés de “flexiguridad” y la Argentina, pág 93; y von Potobsky, Geraldo, Modalidades laborales y su encuadramiento normativo



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

población activa” ... “Considerando que se reconoce la particular vulnerabilidad de los trabajadores a domicilio y la necesidad de prestarles una protección apropiada; Considerando que la naturaleza del trabajo a domicilio está evolucionando rápidamente con la introducción de nuevas tecnologías de la información, lo que hace más necesaria una protección apropiada; Considerando que la mayor parte de los trabajadores a domicilio son mujeres; que recurren al trabajo a domicilio como medio para combinar el ejercicio de una actividad que les procure ingresos salariales necesarios para el hogar con el cuidado de personas a su cargo, niños en su mayor parte; que esta elección responde a menudo a factores externos tales como la escasez de oportunidades de trabajo o la ausencia de servicios de cuidados de niños y otros servicios de asistencia”, “RECOMIENDA: - que los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho ratifiquen el Convenio de la OIT sobre el trabajo a domicilio, adoptado el 20 de junio de 1996, - que los Estados miembros informen a la Comisión de las medidas adoptadas en aplicación de la presente Recomendación, en un plazo de 18 meses a partir de su publicación”.

f) *Su recepción en convenios colectivos de trabajo*

YPF y Telecom, incorporaron en sus convenios colectivos cláusulas al respecto.

El 22 de diciembre de 2009, Telecom Argentina S.A. y Foetra Sindicato Buenos Aires, suscribieron un acuerdo por el que se crea el Proyecto Piloto de Teletrabajo, a través del cual se implementó una definición de teletrabajo, y se lo caracterizó como voluntario y reversible, tanto para el trabajador como para la empresa (art. I); en un comienzo contó con la participación de 50 teletrabajadores alcanzados por el ámbito de aplicación personal del CCT 567/03 E, y por un plazo de 6 meses -posteriormente fue ampliado en tiempo y número de trabajadores- y contemplando la coordinación por parte del Ministerio de Trabajo (art. II); prevé un análisis por parte de los sujetos colectivos, de potenciales puestos y funciones pasibles del alcance del acuerdo (art. III);

(tendencias en Europa y en América Latina), pág. 199; ambos trabajos publicados en Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

Facultad de Derecho
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires

Tel: (5411) 4809-5711
programasinternacionales@derecho.uba.ar



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

se contempla una frecuencia mínima de dos jornadas diarias a la semana y una máxima de tres (art. VI); una serie de previsiones en orden a la entrega de elementos de trabajo y seguridad, condiciones y asunción de gastos por parte de la empresa (art. VII), sin perjuicio de una suma no remunerativa que se asigna a cada teletrabajador en función de mayores gastos (art. X). Un elemento importante es el que contempla la habilitación de una vía digital autorizada por la empresa para que el sindicato realice sus comunicaciones gremiales, junto al reconocimiento de los derechos gremiales de los teletrabajadores (art. VIII). Por último, se crea una comisión paritaria que deberá actuar en coordinación con el PROPET para el intercambio de información y contralor del programa.

Asimismo, el 3 de diciembre de 2009, la Unión del Personal Jerárquico de Empresas de Telecomunicaciones (UPJET) y Telecom firmaron un acuerdo que luego (el 22 de diciembre ante autoridades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) anexan al PROPET (Programa de Implementación y Seguimiento del Teletrabajo en Empresas Privadas). Más recientemente, el 5 abril de 2011, las mismas partes acordaron ante el Ministerio de Trabajo un “*convenio individual*”⁹⁹ presentando por ambas TELECOM y U.P.J.E.T a la Coordinación de Teletrabajo, y encontrándose todos los presentes de acuerdo con el modelo mencionado, dejan sentado en este acto y por la presente, que a partir de la fecha será el presente *modelo de convenio individual* el definitivo que firmarán todos los trabajadores de Telecom afiliados por UPJET que revistan la modalidad a teletrabajo”, a través del cual se establece una temporalidad limitada para el desarrollo de la teleactividad, sin variar el plazo indeterminado del contrato de trabajo vigente; y por el que se establecen pautas de frecuencia; condiciones del lugar de tareas; horarios; derechos y deberes; reversibilidad de la prestación por cualesquier de las dos partes individuales; provisión de elementos;

⁹⁹ En el marco del Expediente MTEySS Nro. 1.381.738/10 que tramita por el Programa Piloto de Promoción del Teletrabajo (PROPET), de la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y del acuerdo ratificado el 10 de junio de 2010 entre Telecom Facultad de Derecho Tel: (5411) 4809-5711 programasinternacionales@derecho.uba.ar
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

previsiones en materia de infortunios de salud; compensación de mayores gastos; protección de datos y uso de internet¹⁰⁰.

Recientemente, se homologó el CCT N° 1261/12 “E”, celebrado entre La Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburíferos (Supeh), por la parte trabajadora; y, por la otra, YPF Sociedad Anónima Y Operadora de Estaciones de Servicios Sociedad Anónima (OPESSA)¹⁰¹, que establece algunas disposiciones acerca del *teletrabajo*, a partir del art. 78, conceptualizándolo de la siguiente manera: “Por “teletrabajo/trabajo a distancia” se entienden actos, obras o servicios realizados total o parcialmente por el trabajador en su domicilio, mediante la utilización de tecnologías de comunicación e información”. Luego del análisis que deben practicar los sujetos colectivos, en lo que hace a los posibles puestos a cubrir bajo esta modalidad, se establece que *el “teletrabajador” deberá estar de acuerdo y prestar su conformidad para acceder a esta nueva modalidad de trabajo*” (art. 79); previéndose que “El lugar que se defina y se utilice para llevar a cabo dicha modalidad deberá cumplir todos los requisitos exigidos por la ART” (art. 83); y contempla que “El teletrabajador acordará, durante el transcurso de dicha modalidad, la visita a su domicilio de un profesional del área de Seguridad e Higiene, en 2 o más ocasiones, a quien podría acompañar un

Argentina S. A. y la Unión del Personal Jerárquico de Empresas de Telecomunicaciones (UPJET):

<http://www.upjet.org.ar/despliegue-noticias.php?idnoticia=674>

¹⁰⁰ Especialmente referida a la ley N° 24.766, de “confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos”, promulgada el 20 de diciembre de 1996. Vale la pena destacar que es última ley, prevé: “ARTICULO 2º- La presente ley se aplicará a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares. ARTICULO 3º- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1º y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado).

¹⁰¹ Este convenio renueva y unifica a los Convenios Colectivos de Trabajo de Empresa N° 865/07 “E” (OPESSA personal de base), N° 868/07 “E” (YPF S.A. personal de base) y N° 1073/09 “E” (YPF S.A. y OPESSA personal jerárquico, y se encuentra homologado por la Resolución S.T. N° 315/2012, del 9/3/2012).

Facultad de Derecho
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires

Tel: (5411) 4809-5711
programasinternacionales@derecho.uba.ar



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

técnico de la ART” (art. 84); así como también el deber de información trimestral, de parte de las empresas, acerca del “listado del personal que se encuentre teletrabajando”.

D) *El ordenamiento jurídico del teletrabajo*

El ordenamiento jurídico del teletrabajo deberá estar alcanzado, pues, por el derecho común, en tanto se desarrolle en un genuino régimen de autonomía; y, eventualmente, si se verifica la hipótesis de ambigüedad propia de la parasubordinación, habrán de aplicársele las protecciones que en tal sentido se sugieren en el capítulo correspondiente.

Sin embargo, si se trata de teletrabajo desarrollado, realmente, en el típico régimen de subordinación jurídica, y más allá del ropaje con el que se lo pretenda disfrazar, deberá resultar de aplicación la LCT, en la medida de su compatibilidad a las circunstancias especiales en las que se lleva a cabo la tarea; con más el régimen jurídico singular que legal o convencionalmente resulte aplicable, teniendo en consideración, claro está, el conjunto de normas nacionales e internacionales a las que me he referido a lo largo de este capítulo; teniendo muy en consideración los manuales diseñados sobre el particular (*Manual de Buenas Prácticas en materia de Teletrabajo* y *Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo*). Y, en este último supuesto, habrá de aplicarse el ordenamiento laboral, en tanto que, más allá de los cambios de fisonomía y de funcionamiento que habrán de operarse de manera necesaria para llevar a cabo esta tarea telemática, buena parte de los contenidos y de los indicadores de la dependencia, alojados en su primitiva matriz conceptual resultan plenamente aplicables, cuando no adaptables, al novedoso fenómeno de este trabajo llevado a cabo de manera remota respecto del centro físico empresario.

E) *Los Indicadores de la dependencia en el teletrabajo*

En cualquier actividad laboral en la que el trabajador preste servicios a distancia, fuera del establecimiento laboral, resulta más complicado detectar el ejercicio en concreto de las facultades de dirección, que se traducen normalmente en el modo en que



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

deben desarrollarse las tareas; en las órdenes o instrucciones que se imparten para llevarlas a cabo. Los indicadores de la faceta económica de la dependencia (que resulta complementaria o coadyuvante -junto con la técnica- de la jurídica para la generalidad de los casos laborales en litigio) adquieren un valor relevante en esta clase de actividades, precisamente por la carencia o por la insuficiencia de elementos reveladores de la dependencia jurídica. A su vez, los indicadores de esta última, deben apreciarse con suma prudencia; sobre todo si se trata de encubrir una verdadera relación dependiente. Es sumamente interesante y, a la vez, antitético, el tratamiento que las salas de un mismo tribunal otorgan, por ejemplo, a las facultades disciplinarias del empleador.

Pensemos, para tratar de comprender el nuevo fenómeno, que dentro de las actividades tradicionales a distancia, desplegadas por trabajadores dependientes, existe un número importante de empleados que prestan sus tareas de este modo: viajantes de comercio; médicos de guardia a domicilio; médicos controladores de absentismo; médicos, enfermeros y técnicos de internaciones domiciliarias; trabajadores fleteros; transportadores de bolsas de correo en la actividad privada para delegaciones y agencias de la empresa principal; agentes de propaganda médica; periodistas profesionales; promotores en stands; vendedores callejeros de planes de salud; encuestadores; etc. Sin embargo, no podría pretenderse, por este solo hecho, expulsárselos del ordenamiento laboral y librarlos a la suerte de las leyes del libre mercado.

Es verdad que en todo corte crítico que necesariamente los jueces deban practicar para dejar al trabajador dentro o fuera de la línea de tutela del derecho del trabajo, habrá siempre una cuota de discrecionalidad personal que generará opiniones encontradas. Pero no es menos cierto que esa discrecionalidad puesta en práctica, debe ser, a fin de no trocarse en arbitrariedad, la mínima indispensable. Y para ello resulta necesario que los fenómenos especiales, que escapan a la generalidad de los casos laborales, sean observados o tratados también especialmente. Lo ordinario puede y es observado sin mayores complicaciones; lo extraordinario, en cambio, debe observarse e



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

interpretarse a través de un análisis que aplique herramientas del mismo carácter, que salgan de los moldes ordinarios. Si así no fuese, jamás se hubiesen podido plasmar en un código, institutos tan relevantes como el abuso del derecho o la lesión subjetiva (en lo que hace al código civil), que han sido creaciones pretorianas. Y no podrá decirse que por aplicar las reglas que convencional, históricamente, se han aplicado para tratar el resto de los casos, se adquiere mayor seguridad jurídica, porque si hay un tema en el que predominan un sinnúmero de soluciones encontradas es, por ejemplo, el de los fleteros; a tal punto que podría decirse -con cierta exageración, claro- que en muchos de sus aspectos relevantes existen tantas opiniones como tribunales se hayan expedido sobre el particular. De otro modo, preguntémonos cuál es, por ejemplo, la doctrina judicial que sostiene sobre aspectos relevantes de este tema un mismo tribunal como lo es la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Quizá puedan darse diez opiniones diferentes, tantas como salas lo integran.

Es que “...la faceta económica suele adquirir un valor especial, cobrando mayor importancia cuando la tarea se lleva a cabo fuera del establecimiento laboral, que es el lugar donde con más facilidad podrán capturarse indicadores de la subordinación jurídica. En el trabajo a distancia (del establecimiento laboral) o en el tele-trabajo, entonces, se diluye o desdibuja buena parte del contacto directo entre el prestador de servicios y el empresario, tornándose más necesario, pues, echar mano a la faceta económica de la subordinación que, en la generalidad de los casos, hubiera merecido un rescate que sirviera para acompañar o secundar los indicios de la faceta jurídica”¹⁰².

Como antiguamente la construcción conceptual de la dependencia, modernamente también deberá ser la jurisprudencia de nuestros tribunales (más que la doctrina científica) quien se ocupe de detectar los elementos indiciarios que posibiliten re-llenar la matriz conceptual, por medio de los *indicadores*. Indicador que “sirve para

¹⁰² Caparrós, Fernando Javier, Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, dirigido por Goldin, Adrián, segunda edición actualizada, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 238.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

indicar”; para “mostrar o significar algo con indicios y señales”; en tanto que indicio es el “Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”¹⁰³.

Los *indicadores del teletrabajo dependiente*, habrán de permitirnos detectar conceptualmente este nuevo fenómeno, sobre la base de elementos empíricos a través de los cuales visualizar la ligazón que se produce entre el dador de trabajo y el teletrabajador. En este punto, debería tenerse presente, una vez más, la *Recomendación N° 198 de la OIT* (2006) que ha tratado el tema de los indicadores de la dependencia y propuesto soluciones legislativas al problema de determinar la relación de trabajo.

Si bien las posibilidades de control del teletrabajador, por parte del empleador, se desdibujan desde la óptica tradicional, debemos tener presente que las posibilidades técnicas de control del teletrabajador y de su tarea son hoy muy vastas y sutiles. Partamos de la base de que, hoy por hoy, es perfectamente posible controlar el uso de computadoras en red, desde la central, para ver -aun en tiempo real- qué es lo que está haciendo cada usuario; se pueden realizar capturas de pantalla, controlando cada computadora; apagar, encender, reiniciar cada máquina; bloquearla; enviar mensajes a los usuarios de la computadora en red. Funciones de contralor que incursionan, cuando no transgreden, no sólo los derechos específicos de cada trabajador, sino los inespecíficos que se le son inherentes por el sólo hecho de ser “ciudadano en la empresa”. Y en el que deben hacerse presentes para su protección, el deber de previsión que pesa sobre el dador de trabajo, sobre la integridad psicofísica del trabajador, su patrimonio, su calidad de vida, su intimidad y sus libertades. Preservando, además, su intimidad o privacidad. Controles personales, aquéllos, en los que debe aclararse, siempre, el objetivo o la finalidad, en aras de la funcionalidad o razonabilidad del

¹⁰³ Diccionario de la Lengua Española, 22ª. Edición. Para un desarrollo completo de los indicadores, puede consultarse, Caparrós, Fernando Javier, Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, dirigido por Goldin, Adrián, segunda edición actualizada, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 236 y sigtes.).



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

control a implementarse; deben ponerse en conocimiento del teletrabajador, dándose cuenta de ello a la autoridad laboral de aplicación¹⁰⁴.

La subordinación del teletrabajador puede detectarse, y se detecta, no sólo en cuanto a los controles que practica el empleador, sino también, en base a un sinnúmero de indicadores que resultan útiles para capturar esa realidad. Así, resultará conveniente saber con qué clase de programas o *software* desarrolla su actividad el teletrabajador; a quién pertenecen; quién los ha provisto; quién los ha comprado.

Es perfectamente posible detectar el tiempo de trabajo efectivo del teletrabajador, en orden a considerar la jornada de trabajo realmente cumplida; cuál es la manera telemática de recibir órdenes e instrucciones de su principal; y cuál la manera presencial de recibir tales indicaciones, en tanto y en cuanto deba asistir (de manera real) con periodicidad al centro de trabajo con el cual se encuentra conectado o al que debe dirigirse para remitir su tarea; o de qué otra forma puede estar incorporado al centro principal de trabajo. A quién pertenecen las herramientas físicas y virtuales de trabajo. Cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es quien tiene a su cargo el riesgo económico, con todo lo que ello entraña.

Otros indicadores de la dependencia del teletrabajador pueden capturarse en su participación en foros electrónicos de discusión; en listas de distribución interna de documentos; en directorios electrónicos de la empresa; si la representación virtual del trabajador aparece en la página web de la empresa para la cual trabaja; si cuenta con clave de acceso para llamadas exteriores; si cuenta con código personal para el acceso al sistema informático de la empresa; si tiene la obligación de participar en cursos de perfeccionamiento ofrecidos por la empresa¹⁰⁵. En suma, detectar los indicadores a través de los cuales se hagan presentes las facultades de dirección y organización de la empresa. Estaremos, entonces, en presencia de una *telesubordinación*.

¹⁰⁴ Para un desarrollo más amplio de los controles personales sobre el trabajador, puede consultarse: ain Caparrós, Fernando Javier; "Obligaciones de las partes"; Tomo III, capítulo IX, del Tratado de Derecho Facultad de Derecho
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

F. El contrato individual

Dadas las características especiales en las que se lleva a cabo tan particular manera de relacionarse laboralmente, y la ausencia generalizada de normas (autónomas y heterónomas) específicas que regulen la actividad, resulta recomendable que, frente a una relación genuina de telesubordinación, se acuda al contrato escrito, que habrá de permitir asentar ciertas condiciones peculiares de la novedosa tarea. En todo lo demás, se aplicarán supletoriamente las normas legales y convencionales colectivas, en tanto el art. 46 LCT sólo requiere para tener por expresado el consentimiento “...*el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos*”.

Así, como aspectos relevantes a considerarse en el contrato individual escrito, merecen una consideración singular: el derecho a ser informado con el resto de los trabajadores de la empresa; la confidencialidad; las sanciones disciplinarias; la cláusula de no concurrencia (a la que se presta esta modalidad); la responsabilidad por la custodia y cuidado de los instrumentos; la igualdad de derechos y beneficios del teletrabajador en relación al personal del centro de trabajo; la asunción de gastos realizados con motivo o en ocasión de la tarea; el deber y el derecho a ser informado del modo en que se controla su trabajo; los requisitos para autorizar la visita al domicilio del trabajador¹⁰⁶.

Capítulo V

PROPUESTAS PARA LA DENUNCIADA CRISIS DE ABARCATIVIDAD

Si bien existen algunas propuestas para solucionar la crisis de abarcatividad del derecho del trabajo y para intentar una respuesta en torno de las figuras ambiguas que

del Trabajo y de la Seguridad Social, dirigido por el profesor Mario E. Ackerman; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, año 2005, págs. 40/50.

¹⁰⁵ Mercader Uguina; ob. cit.; y Pérez de los Cobos y otro, ob. cit.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

requieren protección, resulta necesario, además de útil, determinar cuál es el fundamento sobre el que debe asentarse la nueva estructura legal que las alcance.

Y esta no es una tarea fácil, dado que, como se nos ha alertado “*nada es más difícil que percibir lo que nos funda*”¹⁰⁷. Sin embargo, haremos el intento, puesto que, “El no dar respuesta a estos cambios es en sí una opción ideológica”¹⁰⁸.

A) En cuanto a los valores

Una de las razones por las cuales el derecho del trabajo ejerce su influencia más allá del trabajo salariado, sobre diversas áreas de la actividad que realizan las personas físicas, es por “...la atracción que ejerce sobre las otras formas de trabajo o los vínculos que mantiene con ellas”¹⁰⁹. Y porque, a pesar del criterio de la subordinación jurídica, “...el derecho del trabajo ha otorgado un lugar importante a la idea de la subordinación funcional, ampliando, de este modo, su campo de aplicación a muchos trabajadores en situación de dependencia económica”. Es “...el legislador quien acordó a diversas categorías de trabajadores presunciones de salariado que las dispensan de dar prueba de su sumisión a las órdenes en la ejecución de su trabajo... Aquí por medio de un rodeo, la ley vuelve a un derecho profesional, y la prueba del ejercicio del oficio es suficiente para ser beneficiario del estatuto legal correspondiente. La jurisprudencia misma ampliamente ha recogido la idea de la subordinación funcional, bajo el aspecto de la subordinación jurídica, al transformar la integración a un servicio organizado en un índice de la subordinación jurídica”¹¹⁰. En el ámbito del derecho comparado, ha sido no sólo la ley, sino también la jurisprudencia, los encargados de proyectar la tutela laboral, en base a la idea de *subordinación funcional*, que es aquella que resulta de “la pertenencia a una organización económica”¹¹¹.

¹⁰⁶ Pérez de los Cobos y otros, ob. cit., pág. 82.

¹⁰⁷ Supiot, Alain; Homo Juridicus; Siglo XXI Editores Argentina S.A.; Villa Ballester; Argentina, 2007, pág. 36.

¹⁰⁸ Jáuregui Atondo y otros; ob. cit.

¹⁰⁹ Supiot, Alain; Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 2008, pag. 10.

¹¹⁰ Supiot, Alain; Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 2008, págs. 72/73.

¹¹¹ Supiot, Alain; Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 74.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Nuevas ideas, entonces, que no hacen otra cosa que revelarnos la posibilidad cierta y efectiva de introducir modificaciones al contenido de la matriz conceptual de la dependencia, a fin de hacerla tan abarcativa como sea posible. Lo que demuestra, además, que el derecho del trabajo, y el trabajo humano, están vivos y gozan de buena salud.

Deberíamos agradecer a quienes, agoraramente, han escrito, pensado y pronosticado *el fin del trabajo* (y, junto a él, el fin del derecho del trabajo) porque a partir de tales pronósticos se han desatado análisis que no hacen otra cosa sino confirmar que nuestra especialidad está, más que nunca, viva y vigorosa. Son muchos y muy variados quienes han intentado matarlo. En realidad, podría decirse que existe -y sólo en alguna medida- el fin de una forma determinada de organización productiva, pero nunca el fin del trabajo ni del derecho que lo comprende.

Ocurre que “cada cierto tiempo se produce una crisis científica con la emergencia de un nuevo paradigma. Esta es la realidad que ahora vivimos”¹¹². “Desde que Adam Smith, en su clásica obra *La riqueza de las Naciones*, consolidara la idea de la organización del trabajo acudiendo al ya también clásico ejemplo de la fábrica de alfileres, la historia de la industrialización ha sido la historia de las transformaciones y de los cambios en los métodos de organización del trabajo”¹¹³.

En primer lugar, debemos cuidarnos de las respuestas simplistas, que pretenden explicar situaciones sumamente complejas. En otras palabras, “*huir de las clásicas explicaciones “monocausales”*”, echando mano del análisis económico, la sociología industrial y la jurisprudencia de valores, como “...criterios complementarios que deben integrar el análisis jurídico constituyendo piezas maestras en cualquier intento de incorporar modernos criterios de análisis jurídico que se ajusten a las nuevas necesidades”¹¹⁴.

¹¹² Mercader Uguina, ob. cit., pág. 33.

¹¹³ Mercader Uguina, ob. cit., pág. 49.

¹¹⁴ (Mercader Uguina, ob. cit., pág. 72/73.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Para fundar una protección normativa distinta, capaz de ampliar el marco de comprensión del derecho del trabajo, debemos tener presente *el respeto a los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*. En este sentido, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) resulta imprescindible. Estos derechos, “se anteponen a los demás, porque proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas”¹¹⁵. La globalización económica debe ser, a la par, social o moral, en tanto se trata de derechos humanos¹¹⁶.

Otra de las premisas a partir de la cual debemos pensar y moldear las nuevas decisiones en materia legislativa y jurisprudencial, es la referida al *trabajo decente*. En tal sentido, la Declaración sobre Justicia Social para una Globalización equitativa OIT 2008, estableció 4 objetivos estratégicos: creación de empleo; desarrollo de la protección social; promoción del diálogo social; y derechos fundamentales en el trabajo (agenda de trabajo decente).

Sería bueno reflexionar en lo siguiente: si la LCT es incapaz (por su falta de adaptabilidad) de contemplar las nuevas situaciones, ¿cómo alguna parte de la doctrina -científica y judicial- puede considerar al código civil capaz de resolverlas a través de figuras contractuales tomadas de comienzos del siglo XIX y recogidas en nuestro código al final de ese siglo? ¿Es la legislación la que resulta incapaz de adaptarse a los cambios; o es nuestra estructura mental la que no se atreve a ellos o no sabe interpretarlos?

B) En cuanto a las normas y su interpretación

a) El respeto a las NIT

Tal como lo vengo sosteniendo a lo largo del presente trabajo, resulta imprescindible tener en consideración para legislar y para resolver jurisprudencialmente

¹¹⁵ Bronstein, Arturo, liberalización del comercio mundial y normas laborales; Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 31.

¹¹⁶ Bronstein, ob. cit. pág. 31.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

los nuevos fenómenos laborales, el respeto irrestricto a las normas internacionales del trabajo.

b) *Las diversas propuestas sobre la protección del trabajo paradedependiente*

Han sido varias las propuestas realizadas para establecer una protección del trabajo *paradedependiente*

En ese orden de ideas, cabe mencionar las conclusiones del *Grupo de Expertos en Relaciones Labores*¹¹⁷ que, al analizar la crisis del tradicional esquema bipolar de trabajo, afirmó que “...resulta innegable la presencia de cambios relevantes que afectan a todos los sujetos del contrato de trabajo”. Considera que “Se percibe, asimismo, un aumento del trabajo autónomo y “parasubordinado”, y un incremento de lo que se denominó “la zona gris” entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo propiamente dicho”. Agregando que existe un “...intento de resaltar el poder jurígeno de la autonomía de la voluntad, soslayando la desigualdad negocial, observándose una peligrosa tendencia hacia la individualización y un retorno a la trascendencia de la voluntad funcional de las partes como tipificadora del contrato de trabajo”¹¹⁸.

Ha sido, justamente, la crisis de la división binaria del trabajo y lo dificultoso que resulta ahora la tarea de la detección de un contrato laboral, lo que ha decidido a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a adoptar la Recomendación 198, en la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (año 2006), estimando “...que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato” de la OIT y “...las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”. Y ello, en tanto se observa que “...hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener

¹¹⁷ Creado por Resolución MTEySS Nº 502/2005.

¹¹⁸ Estado Actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina; Informe del Grupo de Expertos en relaciones laborales; Ed. Rubinzal-Culzoni; Santa Fe, Argentina; 2008.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”. Entiende, asimismo, que “...en el marco de la prestación de servicios transaccionales es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador”. Por lo que el art. 1 de la citada Recomendación, propone: “...clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercer su actividad en el marco de una relación de trabajo”. Y en el art. 2 exhorta a adoptar una “legislación” o una “práctica” no menos “clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”. Por su parte, el art. 4.b) recomienda “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas”.

El Grupo de Expertos argentinos recomienda, por mayoría, “...incorporar a la normativa legal argentina un principio similar o cercano al que impregna la disposición final primera del Estatuto de los Trabajadores Españoles, que prevé la posibilidad de extender parcialmente la protección de las normas laborales a los que prestan servicios personales en hipótesis de dependencia económica” y “...revalorizar la nota de dependencia económica como modo de consolidar la operatividad del principio protectorio en las nuevas condiciones de organización productiva que son distintivas de la actual etapa “posfordista” o, como mínimo, de tránsito hacia un sistema de relaciones laborales con esa fisonomía”. Asimismo, “propone regular mediante normas específicas o estatutos profesionales las actividades en las que el límite entre autonomía y dependencia aparece confuso, estableciendo derechos adecuados y compatibles con la naturaleza de la prestación y de la actividad, y que posibiliten a las partes un marco jurídico apropiado para desenvolverse”.

Las propuestas de cambio en Europa se hallan sintetizadas en el “Informe Perulli”¹¹⁹. En ese documento refiere cuatro posiciones diferentes en relación con el

¹¹⁹ Informe Perulli, por el nombre de su autor: Adalberto Perulli, titulado “Trabajo Económicamente Dependiente (trabajo parasubordinado)” y que fuera encomendado, tras un concurso público, por la Facultad de Derecho
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires
Tel: (5411) 4809-5711
programasinternacionales@derecho.uba.ar



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

debate relativo a la insuficiencia de la protección de los trabajadores económicamente dependientes. Ellas son: “1. Mantenimiento del statu quo: se sugiere, por ejemplo, que los principios generales contractuales del Derecho civil y, en concreto, la cláusula general relativa a la buena fe y la corrección, se podrían aplicar a los trabajadores económicamente dependientes. Según el estudio, se trata de un modo insuficiente de garantizar la protección del trabajador, de forma que el mantenimiento del statu quo podría dejar a los trabajadores económicamente dependientes a merced de las fuerzas de mercado. 2. Creación de un nuevo tipo de categoría jurídica laboral situada entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. Ciertas formas de protección se podrían ampliar a través de la legislación y/o la jurisprudencia para amparar este nuevo tipo de trabajo. Según el estudio, se debería evitar esta opción, ya que crearía otros problemas legales relativos a la definición de la relación laboral existente en una de las categorías. 3. Redefinición (ampliación) del concepto de trabajo subordinado: se trataría de actualizar el concepto de trabajo subordinado (añadiendo otros criterios a la subordinación), de forma que el concepto correspondiese a la modificación del contexto socioeconómico. El objetivo de esta opción sería impedir que se extienda la “aparente autonomía” y fomentar una “autonomía real”. Esta solución, sin embargo, no cuenta con demasiado apoyo. Asimismo, la ampliación de la definición de trabajo subordinado podría desembocar en una ampliación excesiva del concepto de subordinación. 4. Creación de un “núcleo duro” de derechos sociales que sean aplicables a todos los contratos de trabajo independientemente de su definición oficial en términos de autonomía o de subordinación. Esta perspectiva cada vez adquiere un mayor apoyo en la doctrina comunitaria. • Sustitución de la rígida yuxtaposición autónomo/subordinado por un continuum de actividades (protección mínima común para todas las formas de trabajo + protección que aumente de forma gradual a lo largo del continuum). • Este tipo de propuesta se sugería en el informe Supiot (un primero, un segundo, un tercero y un cuarto círculo de derechos). • Una propuesta similar se ha presentado en el debate



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

político y sindical italiano (propuesta de ley): “Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori” (Carta de derechos de los trabajadores y trabajadoras) (con tres círculos de derechos)”.

d) *Las transformaciones en la formación de las leyes y en los modos de negociación*

Muchas son las variantes que ha experimentado el proceso de sanción de las leyes que se ha producido, con mayor o menor intensidad en distintos países del mundo y que, por consiguiente, tiene una incidencia inevitable, tanto en la orientación cuando en el contenido de las normas sociales.

Así, por ejemplo, la negociación colectiva puede participar en la *elaboración de la ley*: la *ley negociada*, en la que su sentido proviene de los acuerdos que acompañan su elaboración¹²⁰. De este modo, “...se difumina la diferenciación entre negociación (i.e. transacción entre intereses particulares) y deliberación (i.e. búsqueda del interés general)”.

Y ello es así en sus dos variantes. La primera, en la que se otorga a los actores sociales la iniciativa sobre el contenido de la ley (delegándoseles, así, una facultad constitucional); y a raíz de la cual se produce una negociación colectiva anticipada a la deliberación parlamentaria, como si se tratase de un proyecto de ley; deliberación que luego retoma, en todo o en parte, la legislatura. El acuerdo que de ello resulta luego es retomado en todo o en parte en forma legislativa. La segunda variante transita por una primera etapa en la que el legislador fija un objetivo general en una primera ley y por la que compromete “...a los agentes sociales a negociar los medios para alcanzar ese objetivo. Luego adopta una segunda ley que se inspira en los resultados de las negociaciones llevadas a cabo¹²¹.”

Variantes del proceso de sanción de las leyes que deben evaluarse con reservas, en tanto “la libertad no puede desplegarse plenamente sino cuando la ley toma a su

<http://www.europarl.europa.eu>.

¹²⁰ Supiot, Homo Juridicus, pág. 229.

¹²¹ Supiot, Homo Juridicus, pág. 229.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

cargo todo aquello que no es reductible a un intercambio de bienes y servicios, es decir, todo aquello que excede la negociación de valores mensurables¹²². Estos es así, porque: “El Estado refiere valores cualitativos, supra-patrimoniales; tiene a su cargo el destino de los hombres y su horizonte es la larga duración de la vida de los pueblos. La empresa refiere valores cuantitativos, patrimoniales; tiene a su cargo la fabricación de productos o el cumplimiento de servicios y su horizonte es la corta duración de los mercados. Es lo que vuelve aterradora la idea, hoy muy difundida, de que es preciso gerenciar al Estado como se gerencia una empresa y que no hay diferencia de naturaleza entre el poder económico, el poder político y el poder administrativo”¹²³.

Por eso es que se ha advertido acerca de “las pujas de una competencia internacional desenfrenada que pone a la defensiva al derecho del trabajo, con debilitamiento de su rol protectorio; una típica lucha por el derecho, propia de toda evolución en el campo jurídico (Ihering) en la que participan intereses e ideologías que condicionan la norma en su elaboración y en las que la legislación cede espacios a la disponibilidad colectiva o individual¹²⁴.

Dicho de otra manera, es irremplazable el papel del Estado como garante de la sociedad y del bien jurídico. Y ese papel se ve pulverizado a partir de la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal¹²⁵. Fenómeno que se agrava aun más por la absorción que realiza el Ejecutivo de “núcleos importantes de producción normativa”; por la contractualización de los contenidos de la ley; por la cada vez mayor complejidad técnica de las leyes; por el flujo incesante de decisiones jurisprudenciales; con todos los perjuicios que ello trae aparejado en “el plano del conocimiento y aplicación de normas”, la desconfianza en la legislación formal¹²⁶.

¹²² Supiot, *Homo Juridicus*, pág. 229.

¹²³ Supiot, *Homo Juridicus*, pág. 245.

¹²⁴ Von Potobsky, *ob. cit.*, pág. 202.

¹²⁵ Mercader Uguina, *ob. cit.*, pág. 229.

¹²⁶ Mercader Uguina, *ob. cit.*, pág. 229.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

En suma, y en términos constitucionales, parece que *ya no se delibera ni gobierna a través de nuestros representantes y autoridades creadas por la Constitución* (arg. arts. 22, 29 y 76, C.N.).

C) En cuanto a las técnicas

a) *El Estado como garante*

Toda reforma que se pretenda en orden a solucionar las crisis de cobertura o de adaptación¹²⁷; o de abarcatividad¹²⁸ del derecho del trabajo, debe contar, ante todo, con una instancia de garantía del estado de las personas como valor dogmático o piedra angular del edificio institucional¹²⁹.

“Como piedra angular de nuestro edificio institucional, es la representación inmortal de los atributos del ser humano expurgados de su negatividad: Único, porque no es un igual de los hombres; Soberano, porque no está sometida a nada más que a sí mismo; y Espíritu público que nunca muere, porque su cuerpo físico es el pueblo que se regenera sin cesar. Como Persona trascendente y titular de prerrogativas exorbitantes del Derecho común, el Estado es el garante último de la personalidad jurídica de los seres reales o ficticios que se remiten a él. Sin esa piedra angular, nuestro montaje antropológico se derrumbaría”¹³⁰. “La esencia de la vida humana no es la lucha de todos contra todos, y la teoría política no puede ser una teoría del poder, sino una teoría de la autoridad legítima”¹³¹.

b) *“El Derecho como técnica de humanización de la técnica”*

Como afirma Supiot, *el Derecho es una técnica de humanización de la técnica*, que se interpone entre el hombre y sus representaciones, o que establece prohibiciones,

¹²⁷ Bronstein, Arturo; Retos actuales del Derecho del Trabajo; D.T. 2005-B-1367.

¹²⁸ Goldin, Adrián O.; Las fronteras de la dependencia. Este ensayo, que fuera ponencia oficial en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Lima, Septiembre de 2001, se encuentra publicado en D.T. 2001-B, 2036.

¹²⁹ Supiot, Alain; Homo Juridicus, pág. 58.

¹³⁰ Supiot, Alain; Homo Juridicus, pág. 66.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

sin cuya función “ni el hombre ni la sociedad pueden sostenerse de pie”¹³². De este modo, al tomar en consideración la función antropológica de las leyes humanas, explica que el Derecho tiene capacidad para servir fines diversos y cambiantes, porque procede de fines que le provee desde el exterior el hombre. “A partir de allí, su interpretación no se encierra en la letra de los textos, sino que está abierta a su supuesto espíritu. *De allí surge su capacidad para servir a fines diversos y cambiantes, tanto en la historia de los sistemas políticos como en la historia de las ciencias y las técnicas, participando así, como una técnica entre otras, en el progreso de las técnicas*¹³³. Y dado que “...no existe una regulación sin un regulador, ya sea en el orden de la vida profesional o en el ámbito de la vida privada...Pero si bien el derecho participa de ese modo en la historia de las técnicas, cumple sin embargo una función singular, es una herramienta de humanización de las técnicas”¹³⁴.

Se trata de *ejercer el poder con razón y con juicio* para que no se produzca “...el interrogante que siempre preocupó a los grandes juristas desde Bodin hasta Kelsen y cuya actualidad nada parece desmentir: ¿qué distingue a un gobierno de una banda de ladrones? Por diferentes que sean, las respuestas dadas a esta pregunta remiten siempre a la idea de Referencia. No reconocemos el poder sino cuando se refiere a un sentido al cual adherimos...La fuerza no basta para volver legítimo el poder, le hace falta además exhibir títulos que le den una razón. Y *uno de los recursos de la técnica jurídica consiste en conferirle al poder una razón e instaurar así la escena del poder sobre tablas de la legitimidad*...La razón es la facultad de juicio, aunque es también lo que nos autoriza a obrar de determinada manera. Un poder que sólo sea dueño de la fuerza está privado de razón y el poder legítimo es en cambio aquel que muestra una razón en la que creemos”¹³⁵.

¹³¹ Supiot, Alain; Homo Juridicus, pág. 72.

¹³² Supiot, Alain; Homo Juridicus, págs. 80/81.

¹³³ Supiot, Alain; Homo Juridicus, pág. 171.

¹³⁴ Supiot, Alain; Homo Juridicus, págs. 190/191.

¹³⁵ Supiot, Alain; Homo Juridicus, págs. 209/210.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

Ello resulta necesario a fin de no entregarnos a las “leyes” de la economía que nos propone la globalización de los mercados. El Derecho “debe ser referencia ética y ordenadora”¹³⁶; o, en palabras de un lúcido economista, “Lo que está claro es que el argumento de los fundamentalistas del mercado en cuanto a que los mercados se ajustan a sí mismos es erróneo. El Gobierno tiene un importante papel en la estabilización económica”¹³⁷.

c) *Valerse del auxilio de la seguridad social*

Una condición indispensable para una modificación del marco normativo, es la de valerse de la Seguridad Social que, “no es la negación de la solidaridad -como lo propone e instrumenta en Argentina el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones-, ni un negocio corporativo -como el sistema nacional de obras sociales-, ni la atribución de responsabilidad individual al empleador con la imposición de un seguro obligatorio en una empresa privada con fin de lucro -como también en Argentina lo es el sistema de la Ley sobre Riegos del Trabajo-. No. No es eso. Seguridad Social es solidaridad. Y la seguridad social supone un Estado protagonista y responsable”¹³⁸.

En esta orientación se ubican los *fondos de garantía* que bien podrían aplicarse para las nuevas figuras laborales paradedependientes.

Argentina ha contado con una ley (la que lleva el N° 23.472, promulgada el 22 de diciembre de 1986 y por la que se creaba “*el Fondo de Garantía Laborales*” (art. 1°), para atender a las prestaciones de: 1° Adelanto a los trabajadores o a sus causahabientes, de sumas de dinero que se les adeuden, correspondientes a prestaciones remuneratorias, en el supuesto de imposibilidad de pago del empleador; indemnizaciones por extinción del contrato laboral; indemnizaciones previstas en el estatuto de la industria de la construcción; previéndose, incluso, la ampliación de las prestaciones antedichas (art 3°).

¹³⁶ Jáuregui Atondo y otros, pág. 368.

¹³⁷ Joseph Stiglitz, citado por Jáuregui Atondo y otros, pág. 368.

¹³⁸ Ackerman, Mario E.; Reflexiones en torno de la dependencia laboral y la descentralización empresarial de cara a la legislación y la jurisprudencia argentinas; Memoria del Congreso Internacional Facultad de Derecho
Av. Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) – Buenos Aires



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

El art. 10, previó su vigencia, “...a los treinta (30) días de publicado el decreto reglamentario”, que debía dictarse “dentro de los sesenta (60) días de su promulgación”. Sin embargo, la ley nunca entró en vigencia, dado que jamás fue reglamentada. Aquel fondo de garantía, contemplaba su integración, a través de contribuciones patronales; de las sumas recaudadas como consecuencia de la subrogación en los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del fondo; de las actualizaciones, intereses, cargos o multa originadas en infracciones a las normas de la presente ley; de las rentas provenientes de la inversión de las sumas ingresadas al fondo por cualquier concepto; y de las donaciones, legados y todo ingreso compatible con la naturaleza y fines del fondo (art. 2º). Sin lugar a dudas, aquel Fondo de Garantía puede servir de modelo para adaptar a diversas contingencias sociales inherentes a los trabajadores paradedependientes.

d) Ampliar el campo enfocado, no desplazar el enfoque

A propósito de la crisis de abarcatividad, “no se trata, como es fácil advertir, de que la naturaleza de las cosas haya cambiado; es que al legislador se le ocurrió dejar de proteger”¹³⁹. Como se ha hecho notar, *para la persona que trabaja no cambió la necesidad de protección, sino la respuesta normativa y social a esa necesidad*, produciéndose, así, un reclamo al derecho del trabajo en el modo de proteger¹⁴⁰. De allí que se proponga, más que un reenfoque del derecho del trabajo, un cambio de óptica a través de “un gran angular” que permita ampliar el campo enfocado, sin tener que desplazar el enfoque.

Conclusión

No existe una sola manera de explicar los cambios operados en las relaciones laborales, como consecuencia de las transformaciones antedichas, ni es sencilla la tarea

de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. 178.

¹³⁹ Murgas, Rolando, citado por Ackerman Mario E., en Reflexiones en torno de la dependencia..., pág. 174.

¹⁴⁰ Ackerman, ob. cit., pág. 174.



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES

CONGRESO REGIONAL EL ESTADO

DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN

AMÉRICA LATINA

de abordarlos adecuadamente desde el punto de vista jurídico. Pero ni la complejidad, ni la amplitud de la tarea, ni el abordaje interdisciplinario que muchas veces requiere; ni los temores o los prejuicios que puedan traer aparejados estos cambios, deben impedirnos trabajar en pos de establecer un marco apropiado a dicha problemática.