

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

DIRECTOR: ESTEBAN CARCAVALLO - SEC. DE REDACCIÓN: PABLO I. MOSCA

DOCTRINA

Acerca de la situación del trabajador en condiciones de jubilarse con arreglo a la reforma de la ley 27.426, por José I. Brito Peret.

El reforzamiento de las facultades empresariales ante la política económica y laboral (con especial referencia al caso argentino), por Carlos M. Aldao Zapiola.

NOTA A FALLO

El Tribunal del Trabajo de Zárate sienta la buena doctrina sobre la constitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la nueva Ley de Riesgos del Trabajo 27.348, por Miguel Á. Abdelnur.

JURISPRUDENCIA

ACCIDENTES DEL TRABAJO: Aplicación temporal de la ley 26.773: validez constitucional (SC Buenos Aires, febrero 14-2018).

JUBILACIONES Y PENSIONES: Régimen Previsional para Investigadores Científicos y Tecnológicos (CFed. Seguridad Social, sala I, febrero 9-2018).



TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

DIRECTOR: Esteban Carcavallo

COORDINADOR DE REDACCIÓN: Marco A. Rufino

SECRETARIO DE REDACCIÓN: Pablo I. Mosca

ABRIL DE 2018 - Nro. 4



EL DERECHO

Comité Científico:

MIGUEL Á. ABDELNUR

JOSÉ I. BRITO PERET

RICARDO A. FOGLIA

ROBERTO IZQUIERDO

LUIS RAMÍREZ BOSCO



**Es de responsabilidad de cada autor el contenido de su comentario
firmado y publicado**

*Los errores en los textos de las normas que se publican se encuentran en los originales,
por ser copia fiel de los Boletines Oficiales*



EL DERECHO

Tucumán 1436
Buenos Aires, 2018
ISSN 1667-1805

SUSCRIPCIONES:

Telefónicamente: (011) 4371-2004
email: ventas@elderecho.com.ar

Propietario:
UNIVERSITAS S.R.L.
CUIT.: 30-50015162-1

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentine – Impreso en la Argentina

Comité Científico:

MIGUEL Á. ABDELNUR

JOSÉ I. BRITO PERET

RICARDO A. FOGLIA

ROBERTO IZQUIERDO

LUIS RAMÍREZ BOSCO



**Es de responsabilidad de cada autor el contenido de su comentario
firmado y publicado**

*Los errores en los textos de las normas que se publican se encuentran en los originales,
por ser copia fiel de los Boletines Oficiales*



EL DERECHO

Tucumán 1436
Buenos Aires, 2018
ISSN 1667-1805

SUSCRIPCIONES:

Telefónicamente: (011) 4371-2004
email: ventas@elderecho.com.ar

Propietario:
UNIVERSITAS S.R.L.
CUIT.: 30-50015162-1

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentine – Impreso en la Argentina

CONTENIDO

DOCTRINA

- Acerca de la situación del trabajador en condiciones de jubilarse con arreglo a la reforma de la ley 27.426*, por JOSÉ I. BRITO PERET 251
- El reforzamiento de las facultades empresariales ante la política económica y laboral (con especial referencia al caso argentino)*, por CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA 267

NOTA A FALLO

- RIESGOS DEL TRABAJO: Instancia previa ante las Comisiones Médicas: constitucionalidad (Tribunal del Trabajo de Zárate, febrero 14-2018) 273
- El Tribunal del Trabajo de Zárate sienta la buena doctrina sobre la constitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la nueva Ley de Riesgos del Trabajo 27.348*, por MIGUEL Á. ABDELNUR 273

JURISPRUDENCIA

- ACCIDENTES DEL TRABAJO: Aplicación temporal de la ley 26.773: validez constitucional (SC Buenos Aires, febrero 14-2018) 281
- RIESGOS DEL TRABAJO: Inconstitucionalidad de la Ley Complementaria de Riesgos del Trabajo: tutela constitucional de acceso irrestricto a la Justicia (Tribunal del Trabajo N° 1 Quilmes, febrero 5-2018) 297
- CONTRATO DE TRABAJO: Intermediación y Subordinación: aparente empleador (CNTrab., sala V, febrero 8-2018) 302
- EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: Incapacidad Absoluta: indemnización; reenvío legislativo; inconstitucionalidad del art. 212, 4° párr., de la LCT (Cámara Única del Trabajo de Córdoba, noviembre 23-2017) 306
- RIESGOS DEL TRABAJO: Cálculo indemnizatorio del art. 12 de la L.R.T.: examen de constitucionalidad (SC Mendoza, agosto 31-2017) 316

EL REFORZAMIENTO DE LAS FACULTADES EMPRESARIALES ANTE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y LABORAL (CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ARGENTINO)

CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA

Sumario: 1. Introducción. – 2. El sistema de fuentes generadoras de las facultades del empleador. – 3. Las facultades del empleador. 3.1. *En el ámbito de las relaciones individuales del trabajo.* 3.2. *En el ámbito de las relaciones colectivas del trabajo.* – 4. Relaciones de las facultades del empleador con otros aspectos. – 5. Brevísimas reflexiones finales.

1. Introducción

En ánimo de dar simplicidad a un tema que ha ocupado durante largo tiempo a la más prestigiosa doctrina nacional e internacional, y aun cuando podría ello dar lugar a severas críticas, se ha optado, a los fines de este *ensayo*, por utilizar indistintamente los vocablos “facultad” y “derecho”, sin por ello olvidar que, mientras que por el primero ha de entenderse la “posibilidad de hacer u omitir algo; en especial, todo aquello que está o prohibido o sancionado por la ley”¹, para el segundo, las definiciones que se presentan son tantas como autores y corrientes doctrinarias han abordado el tema, por lo que se ha elegido definirlo genéricamente como “el conjunto de reglas que rigen la sociedad”².

2. El sistema de fuentes generadoras de las facultades del empleador

Las facultades del empleador están contempladas en diversos tipos de fuentes, entre las que han de mencionarse especialmente³:

- Constitución Nacional
- Tratados y convenios internacionales
- Leyes, decretos y resoluciones
- Laudos arbitrales
- Convenios colectivos de trabajo (autonomía de la voluntad)

1. OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 24ª ed. ac., Buenos Aires, Heliasta, 1997, pág. 421.

2. OIT, *Tesoro*, 1998.

3. Ver especialmente: RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Fuentes del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

- Jurisprudencia
- Usos y costumbres

3. Las facultades del empleador

Las fuentes de las que emergen las facultades conferidas al empleador se ubican en lugares jerárquicamente distintos, aun dentro de un mismo nivel de fuentes, y, ante la falta de un código de trabajo que unifique la legislación laboral, como en el caso argentino, en multiplicidad de leyes.

En esta oportunidad se ha optado por mencionar solo aquellas facultades que, a criterio del autor de este trabajo, resultan de mayor trascendencia o importancia.

Por tratarse de la “Ley Fundamental”, hay que destacar que la Constitución Nacional argentina establece expresamente, y solo en cuanto se relaciona con el tema bajo análisis:

— *Art. 14*: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”.

— *Art. 16*: “... todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”.

— *Art. 17*: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”.

Así son facultades reconocidas constitucionalmente a todas las personas, especialmente a los empleadores, las de ejercer una industria lícita, seleccionar a sus colaboradores y el ejercicio del derecho de propiedad sin más limitaciones que las derivadas de las leyes, por solo mencionar algunas.

En cuanto a los Convenios Internacionales de Trabajo (OIT), ratificados por la Argentina, conviene principalmente destacar:

— el Convenio 87 “sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948”, en el que se establece: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

— Convenio 154 “sobre la negociación colectiva, 1981”, por el que se establece que “la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

(a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o

(b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o

(c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Corresponde señalar que, hasta el 31-12-16, la Argentina ha ratificado 81 convenios internacionales sobre un total de 124 convenios de la OIT, lo que implica un 64,5 % del total.

Además de los instrumentos internacionales nombrados precedentemente, habrá de recordarse que, a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22), se ha dotado de jerarquía constitucional a una multiplicidad de tratados sobre derechos humanos que consagran derechos de los empleadores (propiedad, libertad, trabajo, etc.), por lo que se confiere, así, a estos instrumentos, la máxima jerarquía legal.

Por su parte, en el ámbito regional, es de mencionarse lo establecido por la “Declaración Sociolaboral del Mercosur”, que establece expresamente: “El empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales” (art. 7°).

Metodológicamente, resulta conveniente abordar, en primer término, las facultades conferidas al empleador en el ámbito de las relaciones individuales del trabajo y, en segundo lugar, las relativas al ámbito colectivo.

3.1. En el ámbito de las relaciones individuales del trabajo

La *Ley de Contrato de Trabajo* (20.744) es el instrumento jurídico que reviste mayor interés para el abordaje del tema, por cuanto incluye dos definiciones de especial importancia: la de “empresa y empresario” y la de “empleador”. “Empresa”, establece el art. 5º, es “... la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”, y “empresario”, según el mismo artículo, es “... quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”.

Complementariamente, el art. 26 define al “empleador” como “... la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”.

A nuestro entender, posición compartida por otros autores, el hecho de que el empresario y empleador sean regulados en dos disposiciones distintas evidencia las diferencias que ha de atribuirse a ambos conceptos, y que se trata de conceptos relacionados pero diferentes. “En efecto, el primero de ellos (empresa) pone el acento en el aspecto organizativo ínsito en toda empresa y en la finalidad de la misma, independientemente de los sujetos, partes de uno de los contratos posibles dentro de la estructura empresarial (...) En cambio el concepto empleador se limita a caracterizar el co-término de la relación laboral en la persona (física o jurídica) es decir que el acento está puesto en la faz subjetiva de uno de los vínculos posibles que admite esa realidad jurídica denominada empresa”⁴.

Entre los derechos y facultades expresamente consagrados por la ley 20.774 al empleador, corresponde mencionar:

— *Subcontratar*: Le es permitido al empleador subcontratar “... trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento” (art. 30). Cabe notar que durante los últimos años ha tenido lugar una serie de pronunciamientos judiciales mediante los cuales se ha ampliado interpretativamente el concierto de actividades que deben considerarse normales y específicas propias del establecimiento, lo que extiende, consecuentemente, la responsabilidad atribuida al empleador respecto de los trabajadores subcontratados.

— *Facultad de organización*: “El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento” (art. 64). El artículo transcrito constituye una derivación del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente, e implica la facultad conferida al empresario para disponer, de la manera que él lo considere necesario y conveniente, tanto de los recursos materiales (maquinarias) como humanos (trabajadores) de los que se vale sin más limitaciones que las que resultan legalmente.

Por su parte, la facultad de organización implica no solo la de elegir a quién contratar, sino también la posibilidad de elegir las modalidades contractuales a las que se sujetará la relación laboral, su régimen de trabajo, escala remuneratoria, etc.

— *Facultad de dirección*: La existencia de una relación laboral implica considerar una relación jerárquica, en la cual es al empleador –propietario de los medios de producción– a quien corresponde, entre otras cuestiones:

4. FOGUÀ, RICARDO, “Art. 26”, en *Ley de contrato de trabajo: comentada, anotada y concordada*, Jorge Rodríguez Mancini (ed.), Buenos Aires, La Ley, 2013, pág. 223.

- determinar los aspectos vinculados con la jornada de trabajo (horario de comienzo y finalización, turnos de trabajo, etc.);
- fijar la fecha de inicio del período vacacional;
- controlar tanto el ingreso como el egreso del personal a la empresa/establecimiento;
- realizar controles médicos periódicos; etc.

— *Ius variandi*: El análisis del *ius variandi*, en cuanto facultad otorgada al empleador de modificar las condiciones contractuales, o la manera en que se ejecuta el contrato, podría haber sido incorporado al abordar su poder de dirección; sin embargo, se ha optado por su tratamiento de manera individual, no solo por su importancia, sino por ser, quizás, el que más arduo debate y situaciones de conflictos ha suscitado.

En efecto, el *ius variandi* encuentra en el derecho argentino dos importantes limitaciones. La primera resulta de la redacción, en términos demasiado amplios, de las limitaciones impuestas a su ejercicio al consagrar, en el art. 66, que “el empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”; la segunda, de no menor importancia, resulta del art. 12, que dispone: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

En otras palabras, se prohíbe al empleador, por una parte, suprimir o reducir los derechos que conciernen a los trabajadores (art. 12) y, por otra, introducir cambios en la relación laboral que impliquen alterar las modalidades esenciales del contrato o causen un perjuicio material o moral. En definitiva, y sin ánimo de resultar categórico, en el derecho argentino el ejercicio del *ius variandi* se ha rigidizado a tal punto que resultaría válido afirmar que su utilización ha quedado supeditada, en la mayoría de los casos, a la concertación previa y por escrito de hipotéticos escenarios de cambio, con afectación de la adaptabilidad que requieren los escenarios actuales, rigidez que pareciera no tener más fundamento que el derivado de “... la falsa creencia que una protección cerrada produce garantía de estabilidad y calidad laboral, lo cual, a mi entender, es totalmente equivocado”⁵.

— *Facultad de seleccionar el personal y facultad de contratar*: Si bien, de acuerdo con el derecho positivo argentino, la facultad contractual, es decir, la relativa a fijar los contenidos del contrato, está limitada por la legislación laboral de orden público que constituye el mínimo indisponible, el empleador goza de absoluta libertad de contratar, no contratar y de hacerlo con quien determine conveniente, sin otra limitación que la de no incurrir en actos discriminatorios.

— *Facultad disciplinaria*: De manera inherente a la facultad de dirección y organización otorgada al empleador, ha de incluirse la relativa a la facultad disciplinaria del empleador sobre sus colaboradores. De conformidad con la Ley de Contrato de Trabajo, la facultad disciplinaria conferida al empleador consiste en poder imponer amonestaciones (verbales o por escrito); suspensiones disciplinarias, etc., con lo que queda a su discreción la extensión de la sanción que, en todos los casos, debe guardar proporcionalidad con el hecho sancionado.

— *Derecho a extinguir el contrato*: Correlativamente con el derecho de contratar, la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador el derecho de extinguir el contrato de trabajo y poner fin a la relación laboral sin otra consecuencia que, en el caso de que así corresponda, pagar la indemnización tarifada legalmente.

5. VIÑALES, EDUARDO, “Capítulo I: Argentina: Derecho de los empleadores”, en *Estudio de Derecho de los empleadores*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo, 2002, pág. 18.

3.2. En el ámbito de las relaciones colectivas del trabajo

La ley 23.551 sobre “Asociaciones Sindicales” consagra una serie de derechos a favor del empleador en sus relaciones con los sindicatos. Al solo efecto de mencionar algunos, conviene indicar:

- el derecho de actuar “como ‘agente de retención’ de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial”;
- reunirse con los representantes de personal;
- iniciar juicio sumarísimo con el fin de lograr la exclusión de la “tutela sindical” otorgada a los representantes de los trabajadores.

Por su parte, en materia de “negociación colectiva” –ley 14.250 y sus modificatorias–, han consagrado como facultades otorgadas al empleador las relacionadas con:

- Celebrar convenios colectivos de trabajo.
- Acordar el nivel de negociación o alcance del convenio (actividad, rama, empresa o establecimiento).
- Negociar, con acuerdo o no, los contenidos del convenio colectivo, con la sola limitación de que ellos no atenten contra el orden público o afecten el interés general. Recordar que la obligación de negociación se trata de una obligación de medios y no de resultado (lograr el acuerdo colectivo).
- Requerir la homologación del convenio ante la autoridad administrativa.
- Conformar “comisiones paritarias” con el fin de interpretar los convenios colectivos e intervenir en la solución de conflictos suscitados con motivo de su aplicación.
- Conviene aclarar que las atribuciones conferidas por la ley 14.250 al empleador no son exclusivas, sino que han sido otorgadas de manera concurrente con la representación de los trabajadores.

4. Relaciones de las facultades del empleador con otros aspectos

El primer derecho que tiene una persona libre es el de optar por ser empleador, no serlo, o dejar de serlo, lo que se vincula con los derechos y facultades inherentes a las personas (físicas y jurídicas).

Dicha decisión está influenciada por los contextos políticos, económicos, sociales, tecnológicos, ecológicos y legislativos vigentes, e implica un comportamiento volitivo respecto de asumir, o no, la calidad de empleador; por tanto, todos los aspectos previamente enumerados ejercen una influencia en dicha decisión, que, en última instancia, implica una decisión positiva o negativa de inversión y asunción de riesgos, características propias del papel (rol) de empleador que, como se dijera, puede o no ser asumido.

5. Brevisimas reflexiones finales

Ante un escenario de crisis, o hipotética crisis, el derecho del trabajo puede o bien funcionar como una herramienta de protección de los trabajadores y el empleo –al limitar las causales de despido o aumentar los costos de extinción del contrato–, o proporcionar medios capaces de propender a superar la situación de crisis brindando mayor adaptabilidad –sea mediante la autorización de la negociación colectiva *in peius*, sea mediante el otorgamiento de facultades reales que permitan readaptar la producción y las tareas desarrolladas por los colaboradores a las nuevas necesidades impuestas en un contexto de globalización–.

No desconocemos los efectos no deseados y los excesos cometidos en pos de superar la crisis en distintos momentos históricos—ya sea por provocar situaciones de desprotección o sobreprotección de los trabajadores—; sin embargo, habrá ahora que considerarse que, cercenadas a una mínima expresión las facultades del empleador, este solo podrá hacer uso del único derecho que permanece, hasta la actualidad, incólume: el derecho a “no contratar”, en caso de decidir ser empleador, o dejar de ser empleador.

En síntesis, será cuestión de plantearse, entonces, si el derecho del trabajo ha de ser utilizado para generar determinados efectos económicos o, por el contrario, y como ha sucedido en muchos países de la región, ha de encomendarse al derecho del trabajo la función estoica y quimérica de actuar como amortiguador de los efectos de la falta de políticas públicas a largo plazo y de las sucesivas crisis económicas. De ser esta segunda la postura a asumir, podría resultar, entonces, verdad la paradoja de que, en busca de proteger los derechos individuales de los trabajadores mediante el debilitamiento de las facultades empresariales, se incurra en el error de debilitar el bien objeto de tutela jurídica que es “el trabajo” y su creación; es decir, como indica el conocido adagio, “la gran protección trae aparejada la desprotección”.

Es plausible considerar hipotéticas modificaciones al sistema de relaciones laborales argentino, tales como: el incremento de la autonomía de la voluntad en la negociación colectiva; un mayor desarrollo de esta; la institución de la ultraactividad; la consideración de aspectos propios de situaciones específicas (por ejemplo, economías regionales, micro, pequeña y mediana empresa; etc.).

Por último, y para definir la responsabilidad social en un mundo globalizado, corresponde parafrasear a FUNES DE RIOJA y a MICHAEL SMITH en el sentido de que “... se requiere una definición mucho más amplia de los actores sociales para incluir no sólo a los empleados accionistas, proveedores clientes y la comunidad, sino también a la categoría de Nación y a la comunidad global. Esto puede ser definido como *la responsabilidad globalizadora*. Implica cuestiones tales como la responsabilidad y la transparencia”⁶.

Voces: DERECHO DEL TRABAJO - EMPRESA - CONTRATO DE TRABAJO

6. FUNES DE RIOJA, DANIEL, *El empleo y la productividad en la Argentina: Un dilema no resuelto*, disertación en la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Buenos Aires, 2008. Cfr. también ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. et al., *Sistemas comparados de Relaciones Laborales con especial referencia al problema del empleo*, Reíasur [febrero], 1994.