



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

***“LAS APLICACIONES MÓVILES PARA SERVICIOS DE
CADETERÍA URBANA: NUEVAS MODALIDADES DE TRABAJO”.***

2020

Tutora: Dra. Mariana Victoria García

Alumno: Luciano Ariel Bonina

Título al que aspira: Abogado

Fecha de Presentación: Febrero de 2020.

1.- Resumen.

El tema que se va a desarrollar en el presente trabajo de investigación se titula: “*LAS APLICACIONES MÓVILES PARA SERVICIOS DE CADETERÍA URBANA: NUEVAS MODALIDADES DE TRABAJO*”. La cuestión que abordaremos ha sido elegida con el fin de comprobar si existen leyes que regulen en la actualidad ésta modalidad y si resultan suficientes.

En el capítulo primero se desarrolla en qué consiste la relación de dependencia dentro de las leyes laborales vigentes de la República Argentina, y se efectúa una breve evolución histórica del derecho del trabajo, a los fines de comprender cuál es el trabajo regulado por esta rama del Derecho y la razón de la misma.

En el segundo capítulo nos introducimos dentro de la actividad de los servicios de mensajería urbana mediante las nuevas aplicaciones móviles digitales realizando un exhaustivo análisis del término y de los indicios fácticos para poder calificar la relación o vínculo que detentan estos trabajadores con la empresa que los contrata. En igual sentido, describimos al repartidor dependiente y sus caracteres; los distinguimos entre los dependientes y autónomos o independientes. También estudiaremos las tres posturas doctrinarias sobre el tema de la actualidad. Por último examinaremos las notas típicas y la jurisprudencia Nacional e Internacional sobre dicha vinculación, además de las declaraciones de la OIT al respecto.

En el capítulo tercero analizamos el vínculo específico entre el trabajador y la empresa. Identificamos los indicios de laboralidad en relación a los principios Generales de Derecho (laborales). Asimismo, indagamos sobre la relación de dependencia en el mundo de las Apps. Y, a partir de los rasgos característicos de cada una de estas figuras, determinamos interesantes conclusiones.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se plasman las diversas conclusiones a las que pudimos arribar una vez finalizado el trabajo.

2.- Introducción:

Actualmente, en nuestro país, advertimos una problemática en el ámbito laboral: la falta o pérdida de derechos laborales de los trabajadores que desempeñan dicha labor, dejándolos en una plena situación de desprotección legal, el deslinde de responsabilidades por parte de las empresas (patronal), el aumento de empleos a través de estas apps y la disminución o eliminación creciente de empleos tradicionales, formales, consistentes – trabajo seguro y decente. Frente a ello, observamos la falta de cumplimiento de la legislación laboral vigente, aumento de la figura del monotributo para eludir leyes laborales y la sindicalización del personal. Encubrimientos dentro de la llamada “economía colaborativa”, considerando a sus empleados "independientes" y "autónomos" un “fraude laboral” para evitar la relación de dependencia de sus empleados.

Elegimos éste tema porque consideramos que es un fenómeno que se está dando en nuestro país actualmente, con una proyección de crecimiento exponencial, hacia una precarización laboral a gran escala.

Así es que, como hipótesis de trabajo, partimos de la siguiente afirmación: que el trabajo de servicio de cadetería brindado mediante las aplicaciones móviles, tiene naturaleza laboral de carácter dependiente y su falta de regulación perjudica a los trabajadores por conllevar una pérdida de derechos laborales.

Objetivos:

Principal: Demostrar que el trabajo de servicio de cadetería brindado mediante las aplicaciones móviles, tiene naturaleza laboral de carácter dependiente y su falta de regulación perjudica a los trabajadores por conllevar una pérdida de derechos laborales.

Secundarios:

- Analizar la situación actual de estas modalidades de trabajos que se están imponiendo en el mundo y nuestro país no está exento a ello.

- Verificar si existe relación de dependencia o vínculo laboral alguno, observando nuestro derecho laboral argentino.

- Desentrañar la verdadera intención de la parte empleadora al utilizar los medios tecnológicos como plataformas y los servicios que prestan aquellos cadetes dentro del sistema moderno de reparto.

- Comprobar si existe fraude al derecho laboral.
- Observar en el derecho comparado el funcionamiento de la actividad y el derecho aplicado.

3.- ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Hace tan sólo unos años que llegaron a nuestro país las plataformas virtuales - páginas web o apps-, cuyo objetivo declarado es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicio, calificados como trabajadores autónomos. El primer impacto de éstas sobre el modelo de relaciones laborales es el *crowdsourcing* que, conforme expresa Estelles (2018), significa una externalización, por parte de una empresa o institución, de una función realizada por un empleado, a un grupo indefinido (y normalmente grande) de personas, mediante una convocatoria abierta y flexible. La realización de la tarea, de complejidad y modularidad variable, y en la que la multitud debe participar aportando su trabajo, dinero, conocimiento, y/o experiencia, implica un beneficio mutuo. El usuario recibirá la satisfacción de una necesidad concreta, ya sea esa económica, de reconocimiento social, de auto-estima, o de desarrollo de aptitudes personales, mientras que el *crowdsourcer* obtendrá y utilizará en su beneficio la aportación del usuario, cuya forma dependerá del tipo de actividad realizada.

(Recuperado de "¿Qué es el crowdsourcing? Hacia una definición integradora". Ver <http://www.crowdsourcing-blog.org/que-es-el-crowdsourcing-definicion-de-crowdsourcing>).

De esta manera, dice Sierra Benítez (2007) se origina una huida del Derecho del Trabajo y la sustitución de formas estables de empleo. Ello se produce ya que servicios que anteriormente eran prestados por trabajadores por cuenta ajena, en la actualidad, y gracias a las nuevas tecnologías, se realizan de forma íntegramente descentralizada, por lo cual consideramos el actual deterioro del tradicional concepto de trabajo dependiente.

(Recuperado de "Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un Derecho del Trabajo consistente sólido, estable y duradero", Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo, Universidad de Sevilla, España. Ver <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion->

y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero)

Se advierte al respecto que tanto la doctrina como la jurisprudencia no han adoptado una postura unánime al respecto, esencialmente en cuanto a la naturaleza (dependiente o autónoma) de estas nuevas relaciones laborales. A la vez que se advierte también que el Estado y sus organismos como autoridades de aplicación de nuestro país (Ministerios de Trabajo y Seguridad Social de la Nación) y de las distintas provincias, conforme al Pacto Federal del Trabajo, tampoco asumen la responsabilidad y ni actúan con urgencia a los fines de brindarles una protección mínima a este tipo de trabajadores, conforme lo garantiza nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis.

4.- MARCO TEÓRICO.

El nacimiento del derecho del trabajador es una consecuencia de la revolución industrial. Si bien en épocas anteriores el trabajo constituyó una realidad indispensable para asegurar la vida del hombre, y se dieron formas especiales mediante las cuales algunos pusieron su capacidad de trabajo a disposición de otros, solo a partir del siglo XVIII la relación laboral adquirió las características que hoy presenta tal como la conocemos.

De todos modos, no podemos negar que en la actualidad la revolución digital, tecnológica y de internet está cambiando radicalmente los modos y formas en las que se desarrollan trabajos, industrias, oficios, contratos, intermediaciones y prestaciones de servicios.

En lo particular, y en lo que resulta de interés para el presente trabajo, de la mano de las aplicaciones de los teléfonos móviles y equipos con acceso a internet, siguen permanentemente apareciendo nuevas herramientas para el mundo de los negocios y del intercambio de bienes y servicios que evidencia un cambio de paradigmas de las relaciones comerciales tradicionales.

Surgen así estos nuevos servicios de mensajería mediante las aplicaciones en dispositivos móviles que consisten en la conexión e interacción de individuos, que previamente no estaban relacionados entre sí, gracias a la tecnología de las aplicaciones a las que se accede a través de cualquier dispositivo con conexión a internet.

Es el caso de muchas aplicaciones que marcan tendencias hoy, como *Rappi* y *Glovo*, que son empresas que hacen de intermediarios entre usuarios que realizan un pedido de *delivery* de un producto o servicio determinado y usuarios que toman ese encargo y lo trasladan a destino

Según dicen sus defensores, como ser el doctor Casiano Highton, y además también desde las empresas, la función de éstas aplicaciones es conectar la oferta y la demanda de productos vendidos por terceros, facilitando la concertación de negocios.

Muchos llaman a la actividad que dicho sea de paso se encuentra en expansión y en aumento exponencial, “trabajo a demanda” o “vía *app*”, es decir, el trabajo tradicional solicitado a través de la web utilizando datos de geo referenciados o de geo localización.

Frente a esta nueva modalidad de trabajo, nos encontramos con falencias normativas y doctrinarias que conllevan a la desprotección de estos trabajadores. Especialmente, en tanto no se termina de definir si se trata de trabajadores autónomos o dependientes; circunstancia necesaria para determinar la normativa aplicable para su protección.

Podemos mencionar como legislación que contempla esta actividad, a la Ley 5.226 - Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que introduce una modificación por la cual consagra una regulación específica para los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio, a los que define taxativamente, en el primer caso como aquél que *“comprende el retiro y entrega de elementos varios de pequeña y mediana paquetería y/o la realización de gestiones desde su solicitud y hasta el o los domicilios que sean indicados, son tratamiento o procesamiento, utilizando como medio de transporte en motovehículo o ciclomotor en un plazo menor a las 24 horas y en un ámbito urbano acotado”* y en el segundo como el que *“abarca el transporte de sustancias alimenticias desde el domicilio de su proveedor hasta su entrega en el domicilio que el cliente indique, utilizando como medio de transporte un motovehículo o ciclomotor”*. Dicha norma se trata de una norma de orden público que dispone que la actividad de los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio de sustancias alimenticias se encuentra sujeta al control de la Secretaría de Transportes de la Subsecretaría de Trabajo, aspecto no menor a tener en cuenta para un posterior análisis jurídico de la situación.

Sin embargo, nótese, no responde a una normativa protectoria del ámbito laboral. Por lo que en nuestro ordenamiento legal, la única norma que los contempla de manera general es el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto protege al trabajo en todas sus formas.

Por lo demás, en caso de sufrir estos trabajadores algún conflicto laboral, el juzgador –hoy por hoy- deberá preliminarmente definir si se trata de una relación laboral de dependencia o autónoma para así luego determinar si le serán aplicables las normas del Derecho del Trabajo (en el caso la ley general 20744) o las normas del Derecho común (Código Civil y Comercial de la Nación).

CAPÍTULO I

“CONTRATO DE TRABAJO”

SUMARIO: 1- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DEL TRABAJO. 2- PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL. 3- CONTRATO DE TRABAJO. DEFINICIÓN. 4- CARACTERES. 5- RELACIÓN DE DEPENDENCIA Y TIPOS DE SUBCONTRATACIÓN. 6- TRABAJO AUTÓNOMO. 7- TRABAJO PARASUBORDINADO.

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DERECHO DEL TRABAJADOR.

El nacimiento del derecho del trabajador es una consecuencia de la revolución industrial. Si bien en épocas anteriores el trabajo constituyó una realidad indispensable para asegurar la vida del hombre, y se dieron formas especiales mediante las cuales algunos pusieron su capacidad de trabajo a disposición de otros, solo a partir del siglo XVIII la relación laboral adquirió las características que hoy presenta tal como la conocemos.

Las formas anteriores se desenvolvían dentro de otros climas, anteriormente existían el esclavo y el siervo, en cierta manera reducidos a la condición de objeto de propiedad de otro, presentan características muy distintas del actual trabajo dirigido, que tiene como fundamento el respeto a la libertad del trabajador, aunque, en los hechos, no siempre ha tenido plena vigencia.

La labor realizada en el régimen corporativo, aunque presentaba algunas características análogas a las del actual contrato de trabajo, se desarrolló dentro de una concepción de vida distinta. Los diversos miembros relacionados se sentían integrantes de una comunidad social que participaban de un mismo fin, lo cual no impidió que se dieran situaciones de injusticia.

La concepción de vida dentro de la cual se produjo la revolución industrial, y que dio un estilo especial, modificó las pautas fundamentales que hasta entonces habían prevalecido en la convivencia social. El concepto de comunidad pierde vigencia, su lugar lo ocupa el contrato.

Se empezaron a desarrollar nuevas características: concentración en empresas que desalojan al taller artesanal, utilización de máquinas que requieren un trabajo más simple, etc., crean condiciones para que se produzca un desequilibrio. La Ley de la oferta y la demanda, que tiene aplicaciones precisas en el "mundo del trabajo", para no convertirse en la Ley de la selva, exige que se cumpla un presupuesto básico: la paridad de los cambios. Si esto no se da es posible que quien tiene mayores medios, abuse de la debilidad de otros.

En ese clima, bajo la apariencia del ejercicio de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad, una de las partes de la relación impone las condiciones.

Si el derecho de cada uno está condicionado a la ley de la oferta y la demanda del mercado, es indudable que, en la práctica, mucha de las declaraciones consagradas en la ley quedara en letra muerta.

El primer tramo del derecho del trabajo se desarrolló bajo la técnica del principio de la autonomía de la voluntad. La experiencia quizás indicaría como más correcto designar esa etapa como la imposición del más fuerte o más hábil para negociar. Sin duda, el trabajador que solo contaba con su fuerza de trabajo, no siempre calificada, y apremiado por la necesidad de mantener su grupo familiar, tenía que ceder en sus pretensiones. El hecho se tradujo en la fijación de condiciones de labor muy desfavorables: horarios agotadores, salarios bajos, ambientes insalubres, trabajo de la mujer y de los niños para completar el ingreso del grupo familiar, lo cual a su vez actuaba como un factor de mayor competencia en el mercado laboral.

Una segunda etapa viene a desarrollarse con la intervención del Estado, constituye el segundo paso en nuestra evolución en el desarrollo del derecho del trabajador, y se expresa a través de normas mínimas o máximas que restringe el ámbito de la autonomía de la voluntad. Este hecho dio lugar a una verdadera revolución en la historia de las instituciones sociales. Acostumbrados a una antigua concepción que sostenía que la función del Estado es la de guardián de un orden jurídico elaborado por la libre iniciativa de las partes, sin otra sujeción que la que impone el mercado, esa intervención significó un cambio fundamental.

Las primeras disposiciones regularon aspectos referentes al trabajo de menores y mujeres, los sectores más necesitados de la protección por parte del Estado, en virtud de su grado de exposición a la vulnerabilidad. Poco a poco, la legislación fue avanzando y ampliando su ámbito, y también reguló las relaciones de trabajo para hombres mayores de edad.

La intervención del Estado no se reduce a la sanción de la Ley y su aplicación por los jueces cuando alguien denuncia su violación, se inviste al poder administrador de la facultad de ejercer el controlador del cumplimiento de dichas normas, así como de sancionar las infracciones comprobadas.

2.- PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.

2.1. CONCEPTO

Los principios generales del derecho son pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad. Fundamentan el ordenamiento jurídico y orientan al juez o al intérprete de la norma. Los principios del derecho del trabajo son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral.

Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción. Sirven también como una especie de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo. Si bien la norma hace referencia a ellos, no los expresa directamente (enuncia su presupuesto) ni tampoco contempla un procedimiento técnico de exteriorización. Alonso García (2011) define a los principios como aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho. Para Montoya Melgar (2011) son las ideas fundamentales de la organización jurídico-laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas. (Citados en Grisolia, 2011, pág. 60).

2.2. FUNCIONES

Es posible establecer cuatro funciones esenciales:

1) Orientadora e informadora, porque ilustra al legislador y delimita su actuar conforme a las pautas superiores; orienta también a quien debe sancionar una ley y, por ende, sirve como fundamento del ordenamiento jurídico.

2) Normativa o integrativa, ya que es un instrumento técnico para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico; integra el derecho, actuando como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley. El art. 11, LCT otorga expresamente la función de integración del derecho jurídico positivo ante una laguna del derecho (carencia de normas), al disponer que "cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las

normas que rigen el contrato, o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social y a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe".

3) Interpretadora, ya que fija reglas de orientación al juez o al intérprete de la norma en las controversias y lo conduce hacia la interpretación correcta; también está dirigida al abogado —que debe encuadrar una norma en un caso determinado— y al jurista y al doctrinario, que fuera de los litigios concretos deben interpretar una norma. El juez laboral debe desechar la interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley y, por ello, desinteresada de sus resultados prácticos concretos (una sentencia "formalmente" justa), e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. No debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo.

4) Unificante o de armonización de política legislativa y judicial, ya que vela por la seguridad jurídica al preservar la unidad sistémica del derecho, evitando que tanto el legislador —al sancionar la ley— como el juez —al interpretarla— se aparten del sistema.

2.3. PRINCIPALES PRINCIPIOS.

La mayoría de los autores señala como los más importantes principios del Derecho del Trabajo a los siguientes:

- 1) Principio protectorio. Se manifiesta en tres reglas: a) In dubio pro operario; b) Regla de la aplicación de la norma más favorable; c) Regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.
- 3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
- 4) Principio de primacía de la realidad.
- 5) Principio de buena fe.

- 6) Principio de no discriminación e igualdad de trato.
- 7) Principio de equidad.
- 8) Principio de justicia social.
- 9) Principio de gratuidad.
- 10) Principio de razonabilidad.
- 11) Principio de progresividad.

1. Principio protectorio

Es considerado —junto con el principio de irrenunciabilidad— el más importante. Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos. Puede analizarse desde dos aspectos. Por un lado, como una directiva al legislador para que adopte las técnicas necesarias para cumplir con el art. 14 bis en cuanto consagra que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...". Por otro lado, como una directiva dirigida al juez para interpretar la norma laboral respetando las fuentes y los principios propios. El principio protectorio se manifiesta en tres reglas:

1.1. La regla in dubio pro operario

Es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma o en la apreciación de las pruebas. El párr. 2º del art. 9º, LCT disponía que *"si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador"*.

La ley 26.428 (BO del 26/12/2008) modificó el párr. 2º del art. 9º de la LCT y extendió su alcance a la apreciación de la prueba. Su actual redacción es la siguiente: *"...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la*

prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador". Tiene su antecedente en el aforismo del derecho romano según el cual en la duda había que estar a favor del acusado o reo (*in dubio pro reo*), que pasó al derecho civil como *in dubio pro solvendo*, es decir que en caso de duda el privilegiado era el deudor.

En lo atinente a "la interpretación o alcance de la ley", significa que si una norma resulta ambigua, y puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador. Resulta obvio que sólo debe aplicársela cuando existan dudas razonables en el alcance o interpretación de una norma legal o convencional, pero no cuando el texto es claro. En la práctica, por lo general, las dudas se plantean respecto de las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo. Hasta la reforma introducida por la ley 26.428, la postura mayoritaria entendía que no era aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, ya que en el momento de fallar, el juez debía tener la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito, y, en caso de duda, debía seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza. Con la reforma de la ley 26.428 al art. 9º de la LCT, es aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, y en el momento de fallar, el juez, en caso de duda razonable en la apreciación de la prueba en los casos concretos, debe resolver en el sentido más favorable al trabajador, sin perjuicio de su facultad de seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza y la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito. La modificación incorpora la frase que la ley 21.297 había eliminado de la ley 20.744, extendiendo su alcance no sólo en la apreciación de la ley, sino también a la prueba. El *in dubio pro operario* es una derivación del principio protectorio; de allí que no resultaba lógico reducir su aplicación a la duda en la interpretación de la ley sino que también debía proyectarse a los casos en que existiera una duda razonable del juzgador, una vez valorada con las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas producidas en un litigio.

1.2. La regla de la norma más favorable

Así como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica; en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior. Es decir, mientras que el *in dubio pro*

operario es una regla de interpretación, ésta es una regla de aplicación. El párr. 1º del art. 9º, LCT establece que *"en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo"*. Por lo tanto, adopta el sistema de conglobamiento de instituciones. Cabe recordar que en el fallo plenario 82 del 22/8/1961 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había optado por el sistema de la acumulación, estableciendo que correspondía aplicar ambas normas según cuál fuera más favorable al trabajador. La solución fue criticada por Deveali y parte de la doctrina, sosteniendo el sistema de conglobamiento que implicaba adoptar en un rubro determinado una u otra norma, pero no las partes más convenientes de ambas. Esta regla también se manifiesta en la redacción del art. 8º, LCT, al consignar que *"las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio"*.

1.3. La regla de la condición más beneficiosa

Dispone que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos. El punto de partida es el reconocimiento en el contrato individual de trabajo de una situación concreta más favorable al trabajador que la que establece la nueva norma que se habrá de aplicar. Resulta indiscutible que el contrato no puede ser modificado en perjuicio del trabajador por debajo del orden público laboral, que está compuesto por las normas imperativas que surgen de la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo y que constituyen mínimos inderogables. A dichas fuentes se suma ahora el propio contrato de trabajo, ya que el art. 12 de la LCT fue modificado por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009) que agregó al texto la expresión "contratos individuales de trabajo" en la enumeración de fuentes. Al respecto, el art. 7º, LCT prescribe que *"las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley"*. El art. 13, LCT dispone que *"las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas"*. Es decir que las condiciones de

trabajo individualmente pactadas por las partes no pueden ser modificadas para el futuro en perjuicio del trabajador, aun cuando surjan de un convenio colectivo homologado. Tampoco las cláusulas de un convenio colectivo pueden reducir los derechos del trabajador más allá de los límites de la ley. Como excepción a esta regla cabe señalar los arts. 90 y ss., ley 24.467 (Ley de PyMEs) que fija un régimen de disponibilidad colectiva por el cual, por un lado, se *"pueden modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidades de goce de la licencia anual ordinaria"*, excepto en lo que se refiere al derecho de gozarla, por lo menos cada tres años en el período de verano, cuando ella no se concede en forma simultánea a todo el personal (art. 154, párr. 3º, LCT) y, por otro lado, se puede autorizar el fraccionamiento del pago del sueldo anual complementario en tres períodos (art. 91, ley 24.467).

2. Principio de irrenunciabilidad

2.1. Imperatividad de normas, irrenunciabilidad y disponibilidad de derechos

Previo a analizar el principio de irrenunciabilidad resulta necesario precisar los conceptos de imperatividad, irrenunciabilidad y disponibilidad, que pueden llevar a confusiones y, por ende, ser utilizados en forma equívoca.

Cuando hablo de imperatividad, me refiero a normas. Las normas imperativas son aquellas que no pueden ser modificadas o sustituidas por la voluntad de las partes, y se oponen a las normas supletorias o dispositivas, que pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por las personas. Es decir, las normas imperativas son una valla, un freno a la autonomía de la voluntad. En el derecho del trabajo se presenta un fenómeno particular, ya que casi todas las normas son imperativas pero tienen una peculiaridad que las caracteriza: no pueden ser dejadas sin efecto por las partes si establecen condiciones menos favorables a los trabajadores; pero pueden libremente disponer de ellas en la medida en que mejoren los derechos allí consagrados. Es decir que se trata de una categoría especial de normas denominadas "imperativas-dispositivas", las cuales, como apunta De la Fuente, pasaron inadvertidas hasta que aparecieron las normas laborales dictadas para proteger al trabajador; eran imperativas si se trataba de disminuir los derechos que acordaban, y dispositivas en caso de aumentarlos. Así se establecen mínimos infranqueables que permiten la consagración de mayores beneficios para el trabajador en virtud de acuerdos individuales o colectivos (arts. 7º y 13, LCT, y 7º, ley

14.250). Según el autor, este tipo de normas constituye una categoría especial perfectamente diferenciada, ya que no son imperativas ni dispositivas exclusivamente, sino las dos a la vez: imperativas en un sentido y dispositivas en sentido contrario, por lo que propicia que a estas normas se las individualice como imperativas-dispositivas, o viceversa (dispositivas-imperativas). En consecuencia, a la clasificación tradicional de las normas en imperativas y dispositivas, según sea su grado de eficacia frente a la autonomía de la voluntad, se debe agregar, como un tercer género, las normas imperativas-dispositivas. Sin embargo, en la década de los noventa en el derecho del trabajo se dictaron leyes que también tienen una característica particular, ya que si bien son imperativas, no priman sobre la autonomía colectiva e individual, sino sólo sobre esta última, pudiéndose mediante convenios colectivos de trabajos establecer condiciones menos beneficiosas, ya que para éstos la norma ha pasado a ser supletoria. Son las llamadas "normas de disponibilidad colectiva", por ejemplo, el art. 198, LCT, "jornada reducida", y los arts. 90 a 93, ley 24.467 —PyMEs—, y los derogados art. 3º, ley 25.013 y art. 1º, ley 25.250 que habían regulado el período de prueba (art. 92 bis, LCT). En cambio, cuando me refiero a irrenunciabilidad y disponibilidad hago alusión a derechos y no a normas. Ello es así, por cuanto las personas sólo pueden renunciar a los derechos consagrados en las leyes, pero no a éstas, que les son ajenas y no les pertenecen. Señala De la Fuente que tanto la expresión norma irrenunciable, como norma indisponible, como sinónimo de norma imperativa, a pesar de ser su uso frecuente, resulta inapropiada e incorrecta, pero sobre todo muy peligrosa por las confusiones y equívocos a que puede inducir, razón más que suficiente para que se descarte por completo su empleo. La expresión es jurídicamente incorrecta porque en la teoría general del derecho no se concibe una renuncia a normas o leyes, ya que resulta impensable que las personas puedan renunciar los mandatos generales que emite el legislador, pues carece de poder de disposición sobre ellos. Y agrega, siguiendo a Ojeda Avilés "la impropiedad de decir que la ley sea renunciable o irrenunciable, por cuanto la ley, por su privilegiada posición, por su carácter soberano, se encuentra totalmente al margen de dichos conceptos que le son por completo extraños", afirmándose después que la renuncia a las leyes es una "expresión cuya sola enunciación repugna al jurista". Los conceptos de renuncia y disponibilidad de derechos están íntimamente relacionados, ya que quien renuncia no sólo debe tener la capacidad necesaria sino también la disponibilidad del derecho afectado por la renuncia.

Siguiendo a Álvarez (2011), señalo que entre el concepto de indisponibilidad y el de irrenunciabilidad hay una relación de género a especie. La disposición de un derecho comprende la renuncia, pero puede limitarse y existir una disponibilidad relativa que excluya a ésta. Por el contrario, los conceptos de irrenunciabilidad e imperatividad son autónomos e independientes, aludiendo el primero a los derechos y el segundo a las normas. De ahí que haya casos en los cuales los derechos asignados por normas imperativas, una vez adquiridos, pueden ser renunciados por su titular y a la inversa, también se dan supuestos en que los derechos son irrenunciables aunque provengan de normas no imperativas, como sucede con los derechos del trabajador. (Citado en Grisolía, 2011, pág. 66).

2.2. Concepto y alcance

Como refiere De la Cueva (2011), el derecho del trabajo existe para asegurar a los trabajadores la percepción real de sus salarios y no la simple declaración de que percibirán determinados salarios. Si los trabajadores pudieran renunciar a las indemnizaciones que les corresponden después de sufrido un riesgo personal, o pudieran admitir los descuentos que les propusieran los patrones después de haber devengado determinados salarios, el derecho del trabajo perdería su nota de imperatividad y pasaría a la categoría *dejus dispositivum*. (Citado en Grisolía, 2011, pág. 66).

Teniendo en cuenta el carácter protectorio del derecho del trabajo, no bastaría la simple emisión de normas que pusieran en pie de igualdad —por lo menos con relación a determinados aspectos de la relación— a ambas partes, si los derechos a favor del trabajador pudieran ser objeto de renuncia por medio de la negociación particular. No basta consagrar el derecho, sin que se requiera una serie de medidas para asegurar en los hechos el cumplimiento efectivo de las normas protectoras. Dentro de los medios técnicos que deben emplearse para lograr ese objetivo, la irrenunciabilidad de los derechos cumple una función sumamente importante.

El principio de irrenunciabilidad constituye uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador, forzado por una situación social y económicamente desventajosa frente a su empleador, acepte estipulaciones que impliquen renunciaciones y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas. El fin de este principio, como lo sostuvieron autores como Bayón Chacón

(2011) y Pérez Botija (2011), es la protección de quien, por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible, frente a una oferta que venga a remediar, con su valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una vía compulsiva suficiente para invalidar el acto de renuncia. (Citados en Grisolia, 2011, pág. 67).

Hay distintas teorías que pretenden fundamentar la existencia del principio de irrenunciabilidad; sin entrar en disquisiciones doctrinales, cabe afirmar que se basa en la imperatividad de muchas de las normas laborales y, concretamente, en el orden público laboral que no puede ser vulnerado: no cabe disminuir ni anular los beneficios establecidos en dichas normas.

3. Principio de continuidad de la relación laboral

En caso de duda entre la continuación o no del contrato de trabajo, o respecto de su duración, se debe resolver en favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado. El contrato de trabajo es de tracto sucesivo, es decir que se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo: es de ejecución continuada.

El principio apunta al mantenimiento de la fuente de trabajo: el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia; esto otorga seguridad y tranquilidad al trabajador desde el punto de vista económico y psicológico, ya que la ocupación fija le asegura ingresos para su subsistencia y lo aleja de la frustración que provoca el desempleo, y se vincula con el concepto de estabilidad, es decir, la expectativa de conservar su empleo mientras cumpla adecuadamente con las obligaciones contractuales.

Esto beneficia también a los empresarios, ya que la excesiva rotación de empleo produce un alto costo económico (tareas de reclutamiento y aprendizaje de los nuevos trabajadores) y la continuidad se manifiesta en mayor experiencia y se concreta en los premios (plus) por antigüedad, que es un reconocimiento al trabajador por los servicios prestados a la empresa a lo largo del tiempo.

El principio se observa en la legislación laboral, que apunta a conservar el empleo, preferir los contratos de tiempo indeterminado y evitar la extinción del contrato de trabajo, admitiendo cambios (por ejemplo en la persona del empleador) y suspensiones en los contratos, manteniéndolos a pesar de la nulidad de alguna de sus cláusulas y sancionando la resolución del contrato sin causa.

Lo dicho está consagrado en distintos artículos de la LCT. El art. 10 dispone que "en caso de duda, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato", mientras que el art. 90 prescribe que el principio general son los contratos por tiempo indeterminado, exceptuando las demás formas de contratación. Asimismo, el art. 94 establece que la omisión de otorgar preaviso en el contrato a plazo fijo lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado.

Las manifestaciones de este principio se observan en todo el plexo normativo. Como quedó dicho, el art. 90, LCT incorpora el principio de indeterminación del contrato, al establecer que *"el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado"*, para luego exigir concretos recaudos para autorizar la contratación por tiempo determinado: en forma expresa y por escrito, y condicionado a que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

El art. 27, ley 24.013, ratifica la vigencia del principio de indeterminación del plazo, que se extiende hasta que el trabajador se halle en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la ley (art. 91, LCT).

Evidentemente la ruptura anticipada e incausada del contrato de trabajo es penalizada por la normativa laboral y, si bien el acto resolutorio es eficaz —como consecuencia del sistema de estabilidad impropia que adopta nuestra legislación— el empleador debe pagar las indemnizaciones tarifadas impuestas por la ley.

Otra manifestación de este principio se verifica cuando el contrato de trabajo se mantiene pese a producirse un cambio en la persona del empleador, sea por muerte (con excepción de que su figura sea fundamental para la subsistencia del vínculo), por transferencia o cesión del establecimiento (arts. 225 y ss., LCT), o en el supuesto de transferencia del personal (art. 229, LCT).

Pero no sólo la novación subjetiva es una consecuencia del principio de continuidad, sino también la objetiva, que supone cambios a las condiciones pactadas, y que se justifica en el dinamismo que caracteriza al contrato de trabajo (en la medida en que no vulnere el principio de irrenunciabilidad).

También constituyen derivaciones concretas del principio de continuidad las contenidas en los arts. 43, 58 y 241, LCT. El art. 43 prevé que si el objeto del contrato fuese sólo parcialmente prohibido, su supresión no perjudicará lo que resulte válido, siempre que ello sea compatible con la prosecución de la vinculación. El art. 58 declara inadmisibles las presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido. El art. 241 sólo permite considerar que la relación queda extinguida por voluntad concurrente de las partes, cuando resulta del comportamiento concluyente y recíproco de ellas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

En cambio, el legislador se aparta del principio general contenido en el art. 10, LCT —y del art. 58, que no admite presunciones en contra del trabajador— cuando en el art. 186, LCT establece que *"si la mujer no se reincorpora a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el art. 177, y no comunicara a su empleador dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida en el art. 183, inc. b), párrafo final"*.

Es decir que en este supuesto, la LCT optó por considerar disuelto el vínculo laboral en caso de que la mujer no se reincorporara a su empleo, ni comunicara el acogimiento a los plazos de excedencia.

En tal sentido, Ferreirós señala que el principio de continuidad se corresponde con un efecto del contrato de trabajo al que el legislador le dio rango constitucional que es la estabilidad en el empleo; de tal manera, se concreta la máxima seguridad que brinda el contrato de trabajo, que es el derecho al empleo y que está dada, a la vez, por el principio de continuidad y la protección contra el despido arbitrario.

4. Principio de primacía de la realidad.

Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un "contrato-realidad". Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que realmente sucedió. Tiene su origen en la doctrina mexicana elaborada por De la Cueva (2011). Por lo tanto, a diferencia del derecho civil, que le da especial relevancia a lo pactado por las partes (a quienes entiende libres para disponer de sus derechos), en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos. Prima la verdad de los hechos —la esencia de la relación que vinculó a las partes— sobre la apariencia, la forma o la denominación que asignaron éstas al contrato. (Citado en Grisolia, 2011, pág. 80).

El art. 23, LCT, sostiene que *"el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio"*. En ese sentido, el art. 14, LCT, determina que *"será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley"*. Se actúa con simulación ilícita cuando se pretende disfrazar la verdadera naturaleza dependiente de la relación bajo ropajes de figuras extralaborales (locación de servicios, locación de obra), perjudicando al propio trabajador, a quien se le niegan los beneficios que la legislación laboral establece en su favor, y a la sociedad toda, al sustraer recursos —aportes— destinados a los organismos de previsión y seguridad social. Se actúa fraudulentamente cuando, ajustando el comportamiento a las disposiciones legales, se busca evadir el fin previsto por ellas. Dado que el instrumento utilizado es la simulación ilícita, en este artículo se hace mención conjunta a ambos supuestos, disponiendo la nulidad de todo lo actuado en esos casos, y la sustitución (art. 13) por las normas imperativas pertinentes. La legislación laboral busca evitar el fraude (por ejemplo, suscribir recibos en blanco) y considera ilícita la utilización de personas interpuestas insolventes ("hombres de paja", figuras societarias), estableciendo la responsabilidad

solidaria de personas vinculadas a otras que reciben inmediatamente la prestación laboral (arts. 29, 30 y 31, LCT). A fin de evitar la utilización de figuras fraudulentas, la ley prevé normas específicas que determinan la responsabilidad solidaria del "empleador encubierto", en los casos de interposición de "uno" que se limita a contratar trabajadores para "proporcionarlos" a otros (arts. 29 y 29 bis, LCT), o de quien contrata o subcontrata trabajos o servicios que corresponden a la actividad normal y específica que desarrolla (art. 30, LCT). Del mismo modo extiende la responsabilidad solidaria a las empresas madres respecto de sus subordinadas, y a las relacionadas dentro de un mismo conjunto económico, *"cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria"* (art. 31, LCT). También condena el abuso de la personalidad jurídica, mediante la cual se intenta evitar la responsabilidad adoptando formas societarias aparentes. Con el fin de evitar las apariencias en fraude a la ley y revalorizar el principio de realidad, haciendo uso de la teoría del abuso de la personería (clean hands), prescindiendo de su inscripción, se las puede declarar personas ficticias o interpuestas con carácter fraudulento.

5. Principio de buena fe.

Es un principio y un deber de conducta recíproco de las partes que si bien no es específico del derecho del trabajo, adquiere esencial relevancia, ya que el contrato no sólo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta. El art. 63, LCT dispone que *"las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo"*. Comprende el deber de actuar con fidelidad y adoptar conductas adecuadas en el cumplimiento de sus obligaciones, aplicándose durante toda la relación laboral. De tal manera, que en el Derecho del Trabajo el principio vive, en el marco del contrato, en la etapa previa a él, como, por ejemplo, en el caso de selección de personal, donde el principio puede violarse por una discriminación hostil o por el desconocimiento de las capacidades que se ofrecieron reconocer para la elección. Es evidente que también en el transcurso del contrato ambas partes están obligadas a una conducta acorde con el mismo. El trabajador en cuanto a su prestación de hacer, a su respeto debido, a su subordinación y disciplina, y el empleador en cuanto al pago de la remuneración, a las condiciones dignas y equitativas de labor, a la seguridad, etcétera. Y en cuanto a la extinción del

contrato, sobrevuela el principio en el respeto por el plazo indeterminado de dicho contrato y, llegado el caso, por la extinción adecuada a derecho. En todas las etapas debe existir ausencia total de fraude, dolo o culpa, que son los tres grandes enemigos del principio en estudio. El tema tratado se desarrolla en el Capítulo "Derechos y deberes de las partes.

6. Principio de no discriminación e igualdad de trato

Por un lado, el art. 16, CN consagra el principio de igualdad ante la ley y hace alusión a la *"igualdad entre iguales y en igualdad de situaciones"*. Se extiende al plano salarial con lo dispuesto en el art. 14 bis, CN, al establecer el principio de igual remuneración por igual tarea. Este principio, cuyo antecedente se remonta a uno de los principios de la OIT ("salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor"), fue acogido en el plano internacional en la Declaración de Montevideo de 1991. En distintos artículos la LCT se refiere a este principio que comprende la obligación del empleador de no discriminar por razones de sexo, religión, estado civil, raza, ideas políticas, razones gremiales, edad, etc. (arts. 17, 70, 72, 73, 81, 172 y 187, LCT), lo cual también se puede hacer extensivo al aspecto físico y a la discapacidad.

Cabe recordar que el art. 11, ley 25.013 (derogado por la ley 25.877), creaba la figura del despido discriminatorio. El art. 17 bis, incorporado por la ley 26.592 (BO del 21/5/2010), prevé que *"las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación"*. La norma reconoce una realidad ampliamente receptada por los tribunales que fue uno de los principales motivos de la escisión de nuestra disciplina del derecho civil: la existencia de una disparidad negocial entre las partes, que fue compensada progresivamente por normas protectoras de los derechos de los trabajadores. Según Grisolia (2011) *"...constituye un avance hacia la intención de volver a la redacción original de la Ley de Contrato de Trabajo, restableciendo así el texto del originario art. 19 de la ley 20.744, neutralizado por la ley 21.297 del gobierno militar del año 1976 (...) dando un marco adecuado de interpretación a la regla en que se funda el principio in dubio pro operario: la discriminación inversa. En efecto, como lo ha establecido la jurisprudencia de modo inveterado, la igualdad entre las partes contratantes (premisa basal del derecho común) no está presente en el ámbito laboral, donde existe diferencia*

negocial, de poder e intereses, y también —en ocasiones— de nivel de instrucción entre los que son parte del contrato de trabajo."

Justamente, la incorporación del art. 17 bis, LCT, implica el reconocimiento normativo del poder estatal para introducir desigualdades jurídicas, como mecanismo de nivelación de la disparidad negocial existente entre las partes de la relación jurídica contractual laboral. Con la reforma de la Constitución de 1994 adquirieron rango constitucional los tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica que prohíbe la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social (art. 1.1). Asimismo, la OIT puso en marcha una política activa para combatir la discriminación y la desigualdad en materia laboral; como ejemplos cabe citar el convenio 111, sobre la discriminación en el empleo y en la ocupación, y el convenio 100, sobre igualdad de la remuneración. También adquirió jerarquía constitucional la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75, inc. 22, CN). El dec. 254/1998 (BO del 11/3/1998) dispuso que se acuerden propuestas entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Ministerio de Trabajo a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones en el ámbito del trabajo. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe dejar aclarado que lo que prohíbe la ley son las discriminaciones arbitrarias entre el personal, es decir, distinciones infundadas; no impide que el empleador otorgue un trato desigual en situaciones desiguales: el principio se refiere a identidad de situaciones.

Por un lado, el trabajador que invoca la existencia de un trato discriminatorio debe acreditarlo, pero, a su vez —de existir un tratamiento distinto—, la empresa puede excepcionarse demostrando que ese trato desigual no es arbitrario ni discriminatorio, sino que responde a causas objetivas. El criterio de otorgar igual trato a los trabajadores en igualdad de situaciones y la posibilidad del empleador de premiar los méritos de un trabajador por encima de la remuneración establecida en el convenio colectivo fue sostenido por la Corte Suprema en la causa "Ratto, Sixto, y otros v. Productos Stani SA" (28/6/1966) —luego incorporado al art. 81, LCT—, y posteriormente en el caso "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA" (23/8/1988). En esa inteligencia, se ha resuelto que el criterio del principio de "igual remuneración por igual tarea", radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado también reiteradamente al decidir que frente a circunstancias disímiles nada impide un

trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios —Corte Sup., Fallos 265:242, "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA", 25/8/1988— (sala 2ª, 23/8/2004, "Kury, Mario Oscar v. Argencard SA"). También sostuvo la Corte que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (Corte Sup., 2/6/2000, "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo nacional s/empleo público", Fallos: 313:1513, consid. 57 y sus citas). Lo que la ley castiga es la discriminación arbitraria. Resulta claro que no implica violar el principio de igualdad, si por causas objetivas —por ejemplo, mayor laboriosidad— el empleador abona una remuneración mayor a determinados dependientes y no a otros, siempre que se respeten los salarios mínimos del convenio colectivo de aplicación. Se ha señalado en doctrina que el principio de no discriminación no sólo rige desde el inicio, durante el desarrollo del contrato y hasta su extinción, sino también antes, o sea en la etapa de selección de postulantes; es precisamente allí donde se advierten más claramente los efectos de una cultura discriminatoria. Por tratarse el estadio precontractual de una "zona gris" donde resulta dificultoso dilucidar cuáles son los derechos que le asisten a la persona discriminada frente al abuso de que es objeto, son escasas las ocasiones en las que este tipo de casos llegan a los tribunales. Ello obedece principalmente a dos motivos. El primero reside en la dificultad probatoria de los actos de discriminación emanados de particulares. En este sentido, Kiper (2011) —en criterio que compartimos— ha sostenido que *"teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probando pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe"*. Esta posición se sustenta en lo que en doctrina y jurisprudencia se conoce como principio de carga dinámica de la prueba. (Citado en Grisolia, 2011, pág. 83).

El segundo se basa en la circunstancia de que el damnificado no es "trabajador" en el sentido estricto de la expresión (todavía no ha sido incorporado, y consecuentemente no existe contrato de trabajo), y no está alcanzado por las leyes

especiales y protectorias en materia laboral, pese a que indubitablemente se encuentran vulnerados los derechos consagrados en los arts. 14, 14 bis y 16, CN, y aquellos plasmados en los tratados internacionales con rango constitucional incorporados a partir de la Reforma de 1994 en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna. La traba que supone la dificultad probatoria puede salvarse efectuando una correcta interpretación de la normativa reseñada, que permitirá en muchos casos, alcanzar soluciones más justas. En este sentido, fallos de la Cámara Nacional en lo Civil como "Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA s/daños y perjuicios" (sala H, 4/9/2000, DT 2001-A-784) y "Asociación Mujeres en Igualdad v. Freddo SA s/amparo" (sala H, 16/2/2002) —ambos con votos de Kiper (2011)— han destacado en forma detallada la correcta interpretación de la normativa vigente, al hacer lugar en el primer caso, a una indemnización por daños y perjuicios por la no incorporación al empleo de una trabajadora diabética, y en el segundo a un amparo promovido por una asociación de mujeres (Mujeres en Igualdad), tendiente a que la empresa procediese a incorporar a futuro a su plantel sólo trabajadores de sexo femenino hasta compensar la desigualdad producida por la toma casi exclusiva de personal de sexo masculino, debiendo, a tal fin, presentar un informe anual y permitir el acceso a la información correspondiente, bajo apercibimiento de multas, previa audiencia de las partes. Cabe destacar que si bien la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también hay que tener en cuenta que los derechos que ella ampara no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamentan. La prohibición de discriminar constituye, en este caso, un límite a dicha libertad, obligando al empleador a mantener un criterio neutro predicable por igual tanto para el hombre como para la mujer. (Citado en Grisolia, 2011, pág. 83).

7. Principio de equidad.

Se puede definir la equidad como la justicia del caso concreto. El principio está consagrado en el art. 11, LCT. La equidad cumple dos funciones esenciales en la formación de la norma particular: la interpretación del derecho positivo y la función integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico. Resulta de trascendental importancia cuando la aplicación de una norma a un caso determinado produce una situación "disvaliosa" o no querida por el propio legislador. Al interpretar la norma usando como filtro el principio de equidad se humaniza su aplicación y se corrigen los resultados injustos. Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco*, la concibe como

una corrección de la generalidad de la ley; no la considera algo distinto por esencia de la justicia, es decir, no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general. Ese carácter general de la ley la torna imperfecta o de difícil aplicación a casos particulares. Es allí donde juega un papel trascendente la equidad: no interviene para juzgar a partir de la ley sino de la justicia que la ley misma está dirigida a realizar. La Corte ha descalificado fallos por la iniquidad del resultado, persiguiendo una solución justa en cada caso, más allá del contenido normativo rigurosamente estricto. Ha buscado así legitimar sus decisiones mediante la invocación de principios que, al adecuarse a cada caso concreto, han provisto la solución de equidad necesaria para que la función judicial no se extravíe en el camino que llevaría a una arbitrariedad más peligrosa aún, si sustituyese el juez al legislador bajo el pretexto de que la ley es injusta. Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 241:277). La equidad posibilita que el juez ante una solución disvaliosa en un caso concreto por aplicación "estricta de la norma" no se transforme en un "esclavo" de la letra de la ley y deba aceptar el *summum ius, summa iniuria*, sino que se aparte de la letra para aplicar el espíritu de la ley para lograr una solución más justa. Para decidir, el juez no debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo ya que eso constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en el que está engarzada la norma. Cuando la aplicación literal de una norma lleva a un resultado absurdo, inequitativo, arbitrario, es preciso recurrir a la equidad, que humaniza la aplicación del derecho y corrige los resultados injustos (justicia del caso concreto). En la función integradora del derecho el criterio de equidad tiene una amplia influencia: los jueces están facultados para aplicar los principios generales del derecho —entre ellos la equidad— tomando en cuenta las circunstancias del caso, si la cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por los principios de leyes análogas. La Corte Suprema tiene establecido (Fallos 249:37 y sus citas) que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la Justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la ratio legis y del espíritu de la norma, ello así por

considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa, como de la judicial. La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, o arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o desemboque en consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. Aplicar la ley, en modo alguno puede devenir en una tarea mecánica, porque ello es incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley, con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros, no se compadece con la misión de administrar justicia (Fallos 234:482; 249:37, entre otros). Es decir, que la "dichosa rectificación de la justicia estrictamente legal" —al decir de Aristóteles— debe aplicarse si se evidencia un resultado notoriamente injusto y disvalioso, de cumplimiento oneroso, nocivo o perjudicial al bien común. Fallar de otro modo en causas en que el bien jurídico tutelado, por ejemplo, es la salud, la vida, viola, además del principio de igualdad, los principios consagrados en el propio Derecho del Trabajo (art. 11, LCT): los principios de equidad —que humaniza la aplicación del derecho y corrige los resultados injustos— y de justicia social —dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común, respetando la dignidad del trabajador como persona humana (principio protectorio, art. 9º, LCT)—. La equidad es la solución que tiene el derecho para subsanar sus imperfecciones, suplir y armonizar la ley positiva cuando resulta insuficiente. De allí que, siguiendo a Aristóteles, considero que la equidad —dichosa rectificación de la justicia estrictamente legal— no es en esencia algo distinto que la justicia: no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se produce en el caso particular al aplicarse el esquema genérico y abstracto de la norma general.

Si partimos del presupuesto de que administrar justicia es la misión específica de los jueces, y que éstos son la "justicia viva y personificada" (los hacedores de la justicia en el caso singular), también habremos de convenir que justicia significa la recta determinación de lo justo en concreto. En tal sentido, el llamado legalismo literal, que consiste en aferrarse incondicionalmente a las palabras de la ley en el entendimiento de

que la ley positiva agota el derecho y éste se circunscribe a aquélla, constituye un vicio por defecto de la equidad-virtud. En definitiva, el juez laboral debe desechar la interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos (una sentencia "formalmente" justa), e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. Siguiendo a Aristóteles, la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se produce en el caso particular al aplicarse el esquema genérico y abstracto de la norma general. Por todo ello, para aplicar la equidad, el magistrado no debe buscar otros fundamentos que la propia justicia: *"Obra en fraude de la ley el que, respetando las palabras de ella, elude su sentido"* (Paulus)

8. Principio de justicia social.

Es un concepto amplio y consiste en dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común. Se vincula con la protección de la dignidad del trabajador como persona humana plasmada esencialmente en el principio protectorio y, en el plano colectivo, con la libertad sindical. También está consagrado en el art. 11, LCT, al establecer que "cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe". Para Vázquez Vialard (2011), el concepto de justicia social no sólo actúa como uno de los criterios a utilizar para cubrir las lagunas de la ley, sino que constituye una idea directriz de todo el ordenamiento jurídico laboral. Por lo tanto, su papel no se limita a constituir un elemento al que debe recurrir el juzgador en forma subsidiaria, sino que, además, como principio general del Derecho del Trabajo, tiene la función de orientar la tarea interpretativa. Sin duda de que buen respaldo de lo antedicho lo encontramos en los propios términos de la Ley de Contrato de Trabajo; es ella quien menciona a la "justicia social" como uno de los principios del derecho, que no ve cómo podría disociarse de los que son propios del Derecho del Trabajo, como tampoco podría excluirse a la "equidad" y a la "buena fe", por más que en el art. 11, LCT se las

mencione como pautas de interpretación y de aplicación de la ley en forma separada. (Citado en Grisolia, 2011, pág. 87).

Por otra parte, en los distintos supuestos en que pueda o deba ubicarse el operador jurídico, sea para interpretar o integrar la ley, el concepto de justicia social no deja de ser un criterio de orientación obligado (arts. 91 y 11, LCT.). Tiene cierta aproximación con la justicia distributiva, donde no hay precisamente equivalencia entre las prestaciones debidas, sino más bien proporcionalidad, que se busca en función de la situación de cada cual. La "justicia social" es aquella que se interesa por dar satisfacción a un sistema de repartos en donde el valor solidaridad juega un papel preponderante. La justicia social proyecta sus efectos sobre el legislador y su intérprete y fue receptada en la Ley de Contrato de Trabajo como principio orientador.

9. Principio de gratuidad.

Es el principio que garantiza el acceso gratuito de los trabajadores a la justicia para reclamar por sus derechos. Se materializa en la eximición a los trabajadores del pago de la tasa de justicia, y en la etapa prejudicial en la posibilidad de remitir intimaciones telegráficas y hacer denuncias en sede administrativa sin costo alguno. Con esta protección se trata de evitar que los trabajadores resignen sus derechos por falta de recursos económicos. Esta gratuidad se extiende también a los procedimientos administrativos. El art. 20, LCT dispone que *"el trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno. En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre las partes y el profesional actuante"*. La ley 23.789 (BO del 31/7/1990) establece para los trabajadores dependientes (y para los jubilados y pensionados) un servicio de telegrama y carta documento gratuito para el remitente. Este servicio puede ser utilizado para cualquier comunicación, vinculada con el contrato de trabajo, dirigida a un empleador. El gasto que demanda el sistema se carga en una cuenta del Ministerio de Trabajo. La ley 24.487 (BO del 27/6/1995) regula el servicio de telegrama del trabajador al empleador y establece que el empleador condenado en costas está obligado a pagar el importe de los telegramas y cartas documento enviados por el trabajador que hubiere obtenido

sentencia favorable. El principio de gratuidad no debe confundirse con el beneficio de litigar sin gastos. El principio de gratuidad, como quedara dicho, implica desde una perspectiva protectora la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas, pero no impide la condena en costas. Es decir, que no desplaza las normas contenidas en el art. 68, CPCCN respecto de la imposición de las costas, por lo que no incluye la eximición de su pago cuando el trabajador resulte vencido en el juicio y el fallo le imponga esa condena accesoria. El beneficio de litigar sin gastos está expresamente destinado a eximir total o parcialmente de las costas a aquellos que carecen de recursos o de la imposibilidad de procurárselos y debe ser formalmente solicitado, exigiéndose determinados requisitos para la solicitud (arts. 78 y 84, CPCCN). El beneficio de gratuidad establecido por el art. 20, LCT, sólo opera a favor del "trabajador o sus derechohabientes". Por lo tanto, si cuando se discute la existencia del contrato, no se prueba la relación laboral subordinada y la sentencia es desfavorable en tal sentido, dicho beneficio no se aplica. Su objeto fundamental es establecer la igualdad económica de las partes en juicio que resultaría afectada por si, ante las inevitables desigualdades de fortuna entre las mismas, una de ellas se encontrara en situación de no poder hacer valer sus derechos por la carencia de bienes para solventar su actuación judicial, siendo una de las instituciones que tiende a hacer efectiva la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el art. 16, CN. Su fundamento radica, en última instancia en la inviolabilidad de la defensa en juicio.

10. Principio de razonabilidad.

Es un principio general del derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones "disvaliosas" de una norma o de determinadas situaciones. Se trata de un accionar conforme a la razón y a determinadas pautas de conducta que resultan lógicas y habituales. En el art. 65, LCT, hace referencia al carácter funcional con que el empleador debe ejercer las facultades de dirección, y el art. 66 dispone que el ejercicio del *ius variandi* no debe importar "un ejercicio irrazonable de esa facultad", y también en el párr. 2º del art. 242, expresa que la valoración de la injuria "*debe ser hecha prudencialmente por los jueces*". Señala Velasco que el fundamento de este principio es que el comportamiento de las partes de la relación laboral es el de un hombre común, actuando normalmente. Es importante en los casos de abuso, ilicitud, incumplimiento, tanto por parte del empleador como del trabajador y en el aspecto individual o

colectivo. Asimismo, aclara el autor mencionado que este principio no tiene un contenido concreto, lo que le permite una gran elasticidad, ya que la "razonabilidad" o "racionalidad" varía con el tiempo y el espacio, y, además, es netamente subjetivo. Diversos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo han tenido en consideración este principio, en especial en el art. 29 ("Interposición y mediación"), siendo otros de los artículos que también lo receptan el 68 y el 69; es decir que tanto las facultades de dirección, la de reglamentación, la de alterar las formas y modalidades del trabajo y las de aplicar sanciones disciplinarias se encuentran conferidas para satisfacer la organización del trabajo en la empresa. Por eso el negocio laboral no admite el antojo o capricho del empleador. Sus actos deben ser funcionales, es decir, estar justificados en el fin común de la empresa. Los salarios son otro de los tópicos alcanzados por este principio que regula el art. 114, LCT, delegando la facultad de su determinación en los jueces, quienes deberán fijarlos razonablemente de acuerdo con *"...la importancia de los servicios, y además condiciones en que se presten los mismos, al esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos"*. Su última proyección la encontramos en el cap. IV —"De la extinción del contrato de trabajo por justa causa"— art. 242, LCT, que en su párr. 2º al hablar de la "injuria" sostiene que *"la valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley y las modalidades y circunstancias personales en cada caso"*. "Prudencialmente" significa proceder razonando, es decir, aplicando el principio citado.

11. Principio de progresividad.

El llamado "principio de progresividad" está inserto en el diseño del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en particular, según el cual todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (art. 2.1). Implica la "obligación positiva" de los Estados de *"garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares"*. Este principio apunta a que las garantías constitucionales de los trabajadores en virtud de la protección establecida en el art. 14 bis, CN, no se vean condicionadas por eventuales normas regresivas que atenten contra el orden público laboral. Por un lado,

impone el deber de que ante cada cambio normativo en materia laboral, se vaya progresivamente ampliando el nivel de tutela y no se disminuya; y por otra parte, implica la recuperación de los derechos de los trabajadores, reformando la legislación, incorporando mayores beneficios laborales en las leyes y los convenios colectivos de trabajo, y compatibilizando la jurisprudencia con los principios y garantías del carácter de protectorio. El principio de progresividad de los derechos del trabajador también sustenta la adquisición de los derechos consagrados por la constitución nacional y provincial, los tratados y convenios de la OIT, estatutos profesionales, y demás fuentes normativas por las que los trabajadores obtengan mayores derechos. Establece que una vez adquiridos revisten el carácter de obligatorios, inderogables e irrenunciables, bajo pena de la nulidad de los actos que se contrapongan, ya que disponer de los beneficios del trabajador una vez obtenidos configura un comportamiento ilícito. Su esencia es el sentido prospectivo de las normas constitucionales, que deben direccionarse en idéntico sentido que las declaraciones, convenciones y tratados sobre derechos humanos a los cuales nuestro país ha adherido. Que el principio se haya visto fortalecido por las normas contenidas en los instrumentos citados anteriormente no es un dato menor, dado que las obligaciones concretas asumidas por el Estado resultan exigibles judicialmente, dando origen a obligaciones positivas. En el PIDESC —del que la Argentina es Estado contratante— se comprometieron a adoptar mejores medidas en forma progresiva —gradual—, y la obligación mínima es no regresividad, esto es: abstenerse de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos sociales y culturales vigentes al momento de adoptar el tratado internacional. Este principio ha adquirido especial relevancia dentro de nuestra disciplina a partir de la expresa referencia que efectuara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA s/accidente" (Corte Sup., 21/9/2004). Consagra la directiva tendiente a que las leyes no establezcan limitaciones que, en definitiva, impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28), y se direccionen a la búsqueda de la mejora continua de las condiciones de existencia del trabajador (art. 11.1, PIDESC). El principio de progresividad, también enunciado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), fue recogido por tribunales constitucionales de diversos países. Así, la Corte de Arbitraje belga, si bien sostuvo que el art. 13.2.c, PIDESC, no tenía efecto directo en el orden interno, expresó que *"esta disposición, sin embargo, se opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto, adopte medidas que fueran en contra del*

objetivo de una instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior...". Este principio, asimismo, se manifiesta en la llamada "jurisprudencia du cliquet", que prohíbe la regresión pero no la progresión; por lo tanto, un gobierno que intentara sustraerse al programa de reformas sociales atentaría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino de que siempre se irá hacia adelante.

Además de las políticas activas de la OIT para combatir la discriminación y la desigualdad en materia laboral (Convenios 111 y 100, entre otros), con la reforma constitucional de 1994 adquirieron rango constitucional tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, que prohíben la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social. Discriminar implica ser tratado de manera distinta. En el ámbito de las relaciones laborales, la discriminación es ilegal cuando el tratamiento diferenciado sea además, injusto. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se base en características personales o estado, tal como el sexo o la raza, por citar sólo algunos. La discriminación puede tomar distintas formas, y no es indispensable que sea intencional para que sea merecedora de reproche y reparación.

3- CONTRATO DE TRABAJO. DEFINICIÓN.

El Artículo 4° de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone que *“constituye trabajo, a los fines de esta Ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta Ley.”*

Luego en el Artículo 21 de la misma ley encontramos la definición de Contrato de Trabajo:

“Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”.

4.- CARACTERES.

Los principales caracteres del Contrato de trabajo son:

1. **Consensual**: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
2. **Personal**: es personalísimo tanto respecto del trabajador con del empleador.
3. **Carácter dependiente del trabajador**: existe una triple subordinación (técnica, jurídica y económica) entre el trabajador y empleador.
4. **De tracto sucesivo**: es un contrato de ejecución continuada y no instantánea, que se desarrolla a lo largo del tiempo.
5. **No formal**: no se exigen formas determinadas para su celebración, por el contrario hay libertad de formas.
6. **Oneroso**: característica particular del contrato de trabajo la onerosidad, tiene contenido exclusivamente patrimonial, el contrato de trabajo se presume oneroso establece el Art. 115 LCT.
7. **Bilateral y sinalagmático**: hay reciprocidad entre los derechos y obligaciones del trabajador con los del empleador y viceversa.
8. **Conmutativo**: existe equivalencia en las prestaciones.
9. **Típico**: está regulado en la LCT que admite distintas modalidades del contrato.

5.- RELACIÓN DE DEPENDENCIA Y TIPOS DE SUBORDINACIÓN.

La relación de dependencia es uno de los elementos fundamentales dentro del contrato de trabajo, sin este elemento no podemos hablar de su existencia.

El trabajador, persona física, quien presta su fuerza de trabajo al empleador a cambio de una remuneración, se caracteriza por trabajar en una organización ajena a él mismo y sujeto a las instrucciones que se les dicten, además de trabajar bajo el riesgo de otro, no asumir ningún tipo de riesgo económico, y por sobre todas las cosas se caracterizan por estar protegido por la Constitución Nacional (art. 14 bis) y por la Legislación de fondo (LCT y demás).

Hablar de relación de dependencia, no debe confundirnos y pensar que es un vínculo de esclavitud, ni de servidumbre entre empleado y empleador. A lo que nos referimos es al Trabajo Dirigido y a la facultad de impartir directivas.

Es una forma de relación jurídica en la cual, el trabajador presta su fuerza de trabajo y se somete a órdenes, directivas e instrucciones, y el empleador se compromete a abonar la remuneración acordada y garantizarle condiciones dignas de labor.

La relación de dependencia podemos encontrarla en triple sentido de subordinación.

1. **Técnica**: la subordinación técnica podemos entenderla como la facultad del empleador de dirigir el trabajo de acuerdo a sus pareceres y objetivos, cuanto menor sea la calificación de los trabajadores encontraremos mayor grado de subordinación técnica, y por el contrario, cuando mayor sea la calificación de los trabajadores menor es el grado de subordinación técnica.
2. **Económica**: el trabajador en principio a cambio de su fuerza de trabajo recibe una remuneración y es ajeno al riesgo económico del empresario, no se beneficia ni perjudica por las ganancias o pérdidas de la empresa.
3. **Jurídica**: Se traduce en la facultad del empleador de dirigir a sus empleados, podemos traducirla en la facultad de dirección, control y de poder disciplinario.

Nuevas perspectivas.

Según expone Grisolia (2005), en Italia se desarrolló la noción de parasubordinación y en Alemania se creó legislativamente la figura de los “casi asalariados”, los cuales no dejan de ser trabajadores independientes, pero al ser económicamente dependientes, no obstante están excluidos de la protección contra el despido, se benefician con ciertas disposiciones del derecho del trabajador relativas a los conflictos laborales, al descanso y las condiciones de trabajo e incluso podrían tener derecho a negociar las condiciones de trabajo colectivamente.

6.- TRABAJO AUTÓNOMO.

Como se dijo en el comienzo, el trabajo que al Derecho del Trabajo clásico le urgía regular no era todo tipo de actividad productiva sino la prestación masiva de trabajo por cuenta ajena bajo dependencia y a cambio de un salario. Y ésta no era una elección caprichosa del legislador, era producto de la necesidad de encauzar la actividad económica del sistema industrial de producción de bienes y servicios.

Respecto del trabajador autónomo, en cambio, no se verifica aquella necesidad, ese tipo de tareas sólo ocupaba la periferia del mundo productivo. Sin embargo, el incremento paulatino y la significación económica de las diversas expresiones del trabajo en autonomía, así como el creciente proceso de proletización de los trabajadores que se ocupan en estas formas de actividad, han sacado al trabajo autónomo de bambalinas y lo han traído al centro de la escena generando una justificada preocupación motivada en la necesidad de brindar protección social a esas personas.

Teniendo en cuenta aquellos binomios tipológicos de prestaciones de servicios a los que se ha hecho referencia más arriba, pueden identificarse las notas que caracterizan al trabajo autónomo. En primer lugar, con relación a la titularidad de los resultados del trabajo, el autónomo es un trabajador que desarrolla su actividad por cuenta propia ya que adquiere de modo originario los resultados de su labor, cuyo destino final en el mercado se articula a través de negocios jurídicos diversos (a diferencia del trabajador por cuenta ajena respecto de quien, como se ha visto, los frutos de su actividad se trasladan a una persona distinta desde el mismo momento en que se producen). En segundo término, el trabajador autónomo es independiente, en el sentido

de que no se somete a las órdenes y directivas que emanan del poder de dirección y organización de otra persona.

Esas particularidades han sido suficientes para que el trabajo autónomo fuera excluido del ordenamiento jurídico laboral que se articuló sobre la base de una relación contractual en virtud de la cual efectividad de las normas laborales depende de que un empleador las cumpla, sujeto este último que, valga decirlo, no existe por definición en el caso de trabajo autónomo propiamente dicho.

7.- TRABAJO “PARASUBORDINADO”.

La categoría de la dependencia, al igual que la de la “autonomía laboral”, no es homogénea. Conforme sostiene Jorgelina Fulvia Alimenti (2008), la denominación autónomo le cabe tanto al trabajador cuentapropista que es titular de una organización productiva (y aun al que tiene trabajadores a su cargo, es decir, que es a la vez empresario) como al que sólo posee su capacidad de trabajo.

Lo cierto es que sólo a un segmento cada vez más acotado del amplio espectro del trabajo humano le cabe sin lugar a duda la categoría de trabajo dependiente y por cuenta ajena o, en el otro extremo, la del trabajo independiente y autónomo.

Advertimos que cada vez con más frecuencia el paisaje se puebla de numerosas manifestaciones de la actividad productiva protagonizadas por personas que, al margen de sus diversa situación jurídica, provienen de una posición socioeconómica semejante. Hablamos de prestadores de servicios que, aunque no sujetos a órdenes y directivas del dador de trabajo, necesitan de la incorporación a la organización productiva de aquel para poder subsistir, es decir, de trabajadores que si bien no dependen jurídicamente del titular de aquella organización sí lo hacen económicamente.

Sin lugar a dudas, se trata de personas que, sin estar comprometidas en virtud de un contrato de trabajo, prestan colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de inferioridad económica, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad.

La evidente desigualdad negocial de los trabajadores autónomos que se encuentran en esa situación ha sido objeto de particular atención por parte de la doctrina extranjera desde hace ya algunas décadas. Así los italianos desarrollaron el concepto de

la *parasubordinazione* aunque, en términos generales, no como criterio sustitutivo del de la dependencia a los fines de determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajador. Por el contrario, más allá de reconocer la necesidad de protección de los trabajadores para subordinados, no afirman que esa tutela deba provenir necesariamente del ordenamiento laboral.

Por su parte, el Derecho alemán concibió la categoría de los “*cuasiempleados*” y, en España, a partir de la habilitación legislativa contenida en la disposición final 1a. del Estatuto de los Trabajadores se ha iniciado un camino de “*laborización parcial*” del trabajo autónomo.

La nueva realidad que se describe también llegó a la Organización internacional del Trabajo y fue tema de significativos debates y encuentros científicos.

Lo cierto es que el desplazamiento del trabajo independiente desde los suburbios al centro de la actividad productiva aviva la preocupación y la necesidad de dar respuesta en el terreno de la protección a ese colectivo de trabajadores provenientes de realidades laborales diferentes pero no por ello inmunes a los males del “mercado de trabajo”.

Se entiende que fue con el objetivo de ensanchar el ámbito de aplicación de Derecho del Trabajo -más allá de su ejido tradicional- que se crearon aquellas nociones fronterizas -de *cuasilaboralidad*- concebidas sobre la base de una nueva noción de dependencia económica como fenómeno perceptible de la desigualdad negocial determinante; en definitiva, de la necesidad de aplicación de algún estatuto protector.

Con respecto del estado de situación, en materia legislativa y jurisprudencial, de las categorías del trabajo autónomo y cuasidependiente en nuestro país, son prácticamente inexistentes las normas del ordenamiento laboral que contemplan la categoría de los trabajadores autónomos. Podemos mencionar en este caso a la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo que en su artículo 2° prevé la posibilidad de extender el sistema de seguridad social cobertura por ella regulado a los trabajadores autónomos y a los vinculados “por relaciones no laborales”.

Por otra parte dentro del ámbito gremial no se encuentra limitado ni restringido el derecho a sindicalizarse por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, donde establece la protección del trabajo “en todas sus formas”.

CAPÍTULO II

“LOS SERVICIOS DE CADETERÍA URBANA”

SUMARIO: 1- INTRODUCCIÓN. 2- CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO DE CADETERÍA URBANA. 3- FUNCIONAMIENTO. 4- REPARTIDOR DEPENDIENTE Y SUS CARACTERES. LOS DISTINGOS ENTRE DEPENDIENTES Y AUTÓNOMOS. LAS TRES POSTURAS DOCTRINARIAS DE LA ACTUALIDAD.

1- INTRODUCCIÓN.

No podemos negar que la revolución digital, tecnológica y de internet está cambiando radicalmente los modos y formas en las que se desarrollan trabajos, industrias, oficios, contratos, intermediaciones y prestaciones de servicios.

De la mano de las aplicaciones de los teléfonos móviles y equipos con acceso a internet, siguen permanentemente apareciendo nuevas herramientas para el mundo de los negocios y del intercambio de bienes y servicios que evidencia un cambio de paradigmas de las relaciones comerciales tradicionales.

Surgen así éstos nuevos servicios de mensajería mediante las aplicaciones en dispositivos móviles que consisten en la conexión e interacción de individuos, que previamente no estaban relacionados entre sí, gracias a la tecnología de las aplicaciones a las que se accede a través de cualquier dispositivo con conexión a internet.

Es el caso de muchas aplicaciones que marcan tendencias hoy, como *Rappi* y *Glovo*, que son empresas que hacen de intermediarios entre usuarios que realizan un pedido de *delivery* de un producto o servicio determinado y usuarios que toman ese encargo y lo trasladan a destino

Según dicen sus defensores, como ser el doctor Casiano Highton, y además también desde las empresas, la función de éstas aplicaciones es conectar la oferta y la demanda de productos vendidos por terceros, facilitando la concertación de negocios.

Muchos llaman a la actividad que dicho sea de paso se encuentra en expansión y en aumento exponencial, “trabajo a demanda” o “vía *app*”, es decir, el trabajo tradicional solicitado a través de la web utilizando datos de geo referenciados o de geo localización.

La Ley 5.226 - Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires introduce una modificación por la cual consagra una regulación específica para los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio, a los que define taxativamente, en el primer caso como aquél que “*comprende el retiro y entrega de elementos varios de pequeña y mediana paquetería y/o la realización de gestiones desde su solicitud y hasta el o los domicilios que sean indicados, son tratamiento o procesamiento, utilizando como medio de transporte en motovehículo o ciclomotor en*

un plazo menor a las 24 horas y en un ámbito urbano acotado” y en el segundo como el que “abarca el transporte de sustancias alimenticias desde el domicilio de su proveedor hasta su entrega en el domicilio que el cliente indique, utilizando como medio de transporte un motovehículo o ciclorodado”. Dicha norma se trata de una norma de orden público que dispone que la actividad de los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio de sustancias alimenticias se encuentra sujeta al control de la Secretaría de Transportes de la Subsecretaría de Trabajo, aspecto no menor a tener en cuenta para un posterior análisis jurídico de la situación.

Este fenómeno se expande por las principales ciudades de América Latina, de manera silenciosa, casi imperceptible, pero en poco más de un año ha llenado de repartidores en bicicleta el centro de las capitales.

La modalidad consiste en pedir lo que se le antoje al consumidor y que llegue en tiempo récord al lugar que el mismo escoja.

Estas modalidades de servicios nacieron hace menos de tres años y ya han revolucionado el envío de comida y/o cualquier objeto a domicilio. Nótese que ya casi no se pide por teléfono, sino a través de una *app*, el envío se rastrea por celular y el cliente puede ponerse en contacto con su repartidor.

Las personas interesadas en cumplir dichas funciones solo deben bajar la aplicación en sus dispositivos móviles, aceptar los términos y condiciones, comprar los elementos de trabajos que son exigidos como la ropa identificativa y la caja para llevar los pedidos, deben poseer algún medio de transporte sea bicicleta o ciclomotor. Desde la empresa promocionan ésta actividad laboral sin horarios rígidos diarios a cumplir, ellos eligen el horario en el que trabajan, conectándose cuando quieran estar operativos.

2-CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO DE CADETERÍA URBANA.

Podemos decir que son compañías tecnológicas, cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica mediante la cual, a través de una aplicación móvil o de una web llamada APP, permite a determinadas tiendas locales de algunas ciudades, en diferentes territorios, ofertar sus productos a través de la misma, y en su caso, si los usuarios de la APP y consumidores de las citadas tiendas locales así lo solicitan a través de la APP, de forma accesoria, intermedia en la entrega inmediata de los productos.

Así cuentan con una Plataforma mediante la cual diferentes comercios, con los que pueden mantener un acuerdo comercial por el uso de la plataforma, ofrecen una serie de productos y servicios. El Cliente tiene la posibilidad de solicitar la adquisición de productos y servicios de estos comercios mediante el mandato que confiere a un tercero al solicitar un pedido a través de la Plataforma, en cuyos casos actúan como mero intermediario y por lo tanto, no puede asumir ni asume responsabilidad alguna sobre la calidad de los productos o la correcta prestación de los servicios ofrecidos directamente por los comercios ni por dichos terceros.

Asimismo, son una Plataforma de intermediación “*on demand*” de mensajería express. La misma pretende facilitar que aquellas personas que necesiten ayuda con sus mandados o sus compras en comercios asociados, puedan realizar sus mandados mediante dichos terceros, dispuestos a llevar a cabo voluntariamente el mandato que le confieran los Clientes.

Los mensajeros por lo tanto, son una red de repartidores que son profesionales independientes que colaboran con éstas empresas, cuando éstos están interesados en realizar la prestación de servicios de mensajería, se conectan a las Plataformas y en un tiempo determinado se comprometen a realizar el servicio de mensajería/reparto/entrega que le encomiende el Cliente mediante el mandato mencionado.

El acceso a la Plataforma, y la creación voluntaria de un perfil por parte del Usuario, implica el conocimiento y la aceptación expresa e inequívoca de las presentes Condiciones Generales y la Política de Privacidad y la Política de Cookies por parte de todos los Usuarios.

3-FUNCIONAMIENTO.

Conforme puede extraerse de las páginas Webs de las plataformas de estos servicios de cadetería urbanas existentes en nuestro país en la actualidad, cuando un Usuario registrado como Cliente necesite ayuda con un mandado, deberá dirigirse a la plataforma web o a la correspondiente aplicación y solicitar el servicio mediante dichos medios. El servicio de mensajería básico consiste en la recoger un producto y su posterior entrega, ambas direcciones establecidas por el Cliente siempre que se encuentren exclusivamente dentro del territorio de actuación de la empresa. Asimismo, el Cliente puede solicitar al repartidor que compre presencialmente productos en su nombre, los recoja y los entregue en las direcciones consignadas, a través de mandato se compromete a adquirir los productos encomendados por el Cliente en su nombre, y según las indicaciones y especificaciones brindadas por este último.

En muchas ciudades operan y están disponibles las 24 horas, todos los días. Sin embargo, todas las tiendas tienen sus propios horarios, por lo que podrían estar cerradas, aunque el servicio de cadetería esté disponible.

Los repartidores usan motocicletas o bicicletas para poder llevar lo que le indiquen, siempre y cuando pese menos de 9 kg (de 3 a 4 bolsas de compras en volumen) y entre en una caja de 40x40x30 cm. Transportan lo que necesiten siempre y cuando se respeten estas dimensiones. No trasladan ni transportan animales.

El Cliente es el único responsable en la correcta consignación de las direcciones de entrega y recogida en la Plataforma, por lo que exime a las empresas y al repartidor de cualquier negligencia o error en la recogida o entrega del pedido derivada de la consignación errónea de las direcciones de entrega y recogida. Como consecuencia de ello, será el Cliente quién deba asumir el costo derivado de la incorrecta consignación de las direcciones de entrega y recogida en la Plataforma.

El Cliente deberá proporcionar toda la información, lo más detallada posible, respecto al servicio objeto del encargo, y en su caso, en relación con el producto que solicite comprar al mensajero en su nombre en las tiendas físicas. Para ello, podrá introducir los comentarios que considere útiles en el apartado “comentarios”, así como en su caso, podrá compartir con el repartidor una fotografía para identificar el pedido. El Cliente tendrá comunicación constante con el mensajero, pudiéndose dirigir en todo

momento hacia el repartidor a los efectos de que éste ejecute el mandato conferido según las propias indicaciones del Cliente.

El Cliente exime a la empresa y al mensajero de cualquier negligencia o error en las indicaciones que consigne para la compra del producto que solicite comprar en su nombre a las tiendas físicas. Como consecuencia de ello, será el Cliente quién deba asumir el costo derivado de la incorrecta consignación de las indicaciones de los productos en la Plataforma.

El precio del servicio se optimiza en función de la distancia, por lo tanto, cuanto menor es la distancia, menor es el precio. La aplicación calcula la distancia entre el punto de recogida y la dirección de entrega, y te muestra únicamente el costo total de la entrega.

En la medida que en la plataforma no conste el precio del producto/y o servicio, el Cliente podrá fijar un precio aproximado. En este caso, el servicio o producto podrá ser adquirido presencialmente por el repartidor de acuerdo con lo que el Cliente haya estimado y nunca por una cantidad superior al 30% de dicha estimación. En el caso que el precio sea más alto, el mensajero se comunicará con el Cliente para informarle de esta situación y será éste último quién tome la decisión final de proceder o no con la compra presencial en tienda.

Si el producto y/o servicio no se encuentra disponible, el repartidor deberá llamar al Cliente para exponerle las opciones. En caso de que el Cliente no se encuentre de acuerdo con ninguna de las opciones expuestas por el mensajero y, consecuentemente, no esté interesado en las opciones alternativas, deberá asumir la política de cancelación. Si el Cliente no responde a las llamadas, el repartidor esperará 10 minutos antes de marcharse.

En los supuestos en los que el Cliente no se encontrase en el lugar consignado para la entrega, el repartidor conservará el producto durante 24 horas, o 10 minutos en el caso de productos perecederos. Asimismo, el Cliente deberá asumir el 100% del costo del servicio de mensajería básico así como del precio del producto en el caso de que se haya adquirido o contratado alguno a través del repartidor por encargo del Cliente, y deberá volver a pagar otro servicio para recibir los productos no entregados. El mensajero en ningún caso será responsable del deterioro o de la caducidad del producto objeto del encargo.

Una vez finalizado el encargo, en el caso de que se haya solicitado la adquisición presencial de un producto, el repartidor entregará al Cliente el recibo físico correspondiente a dicho producto. Si el recado tiene por objeto la mera entrega de un producto, el mensajero se lo entregará al Cliente en el lugar y momento exacto en que éste último le indique. Todo ello sin perjuicio del recibo electrónico por el servicio que recibirá el Cliente en la dirección de correo asociado a su cuenta. (Ver páginas Web: <https://glovoapp.com/es/mad/>; <https://www.rappi.com.ar/>).

4- REPARTIDOR DEPENDIENTE Y SUS CARACTERES. LOS DISTINGOS ENTRE DEPENDIENTES Y AUTÓNOMOS. LAS TRES POSTURAS DOCTRINARIAS DE LA ACTUALIDAD.

En la actualidad, el mundo debate la naturaleza de las relaciones en cuestión y se advierten tres posturas principales e incompatibles: Por un lado, quienes sostienen que se trata de un vínculo de naturaleza civil y comercial, de carácter colaborativo o asociativo. En la postura opuesta, se encuentran quienes afirman que se trata de una relación de dependencia, siéndole aplicable lisa y llanamente el orden público laboral. Y por último, quienes sostienen que son nuevas modalidades de contrataciones laborales no reguladas por nuestro ordenamiento que, ya sea dentro de la dependencia o fuera de esta, denuncian la necesidad de una protección mínima.

1. PRIMERA POSTURA - Casiano Higton - (2018): Los empresarios de estas Apps, se muestran como meros intermediarios entre el consumidor y quienes llevan a cabo la prestación efectivamente que se demanda. Indican que son empresas informáticas de Software, que programan algoritmos por los que logran crear un ecosistema de negocios de intermediación entre el oferente y el demandante de servicios. Con tales argumentos, manifiestan que la relación con sus repartidores o choferes, es de carácter colaborativa y asociativa, pues entre todos se prestan sus servicios en forma de colaboración para que, cada uno de los intervinientes, obtenga su rédito comercial. Sostienen que quienes se "asocian" colaborativamente con las Apps lo hacen en forma ocasional, bajo

libre autonomía, sin exclusividad, con sus propios medios y herramientas, no sometiéndose a un régimen disciplinario ni horario. Desechan, en definitiva, toda relación de dependencia. Esta postura la expresan desde importantes y costosas campañas publicitarias, dirigidas tanto al consumidor como a quienes quieren captar para desarrollar la prestación que ofrecen al primero. Sus CEOs expresan que el mundo ha cambiado y que nos encontramos ante nuevas relaciones humanas de colaboración, la economía colaborativa 4.0. (Recuperado de Diario Digital. Ver en www.infobae.com)

2. SEGUNDA POSTURA - Juan Pablo Chiesa - (2019): En sentido opuesto, encontramos quienes sostienen la existencia de relación de dependencia. A consecuencia del principio rector de la realidad, se concluye que el verdadero objeto comercial de estas Apps no es la simple intermediación, sino la efectiva prestación de los servicios de transporte de personas o de mercaderías -según el caso-, con una novedosa organización de medios de producción propios, virtuales y físicos, en los que insertan a una importante cantidad de personas en situación de trabajo, generalmente desocupados, extranjeros o estudiantes. Se advierte la clara ausencia de una mera intermediación por parte de las Apps, toda vez que las mismas intervienen activamente en todo el proceso, desde el pedido del usuario hasta la efectiva entrega de la mercadería, controlando todo el proceso.
3. TERCERA POSTURA - Madariaga, Buenadicha, Molina y Christoph - (2019): La tercera postura en definitiva y con variantes, pregona la necesidad de reforma de los distintos ordenamientos laborales a los fines de garantizar un nivel de protección adecuado a estas personas en situación de trabajo. Se dividen, entre los que consideran que la protección debe darse por dentro de la noción de dependencia y los que sostienen que debe darse por fuera de esta. Los primeros procuran una reforma de la normativa laboral que permita abarcar las particularidades de estas actividades, mientras que los segundos, sin considerar a estos vínculos dependientes, ven la necesidad de brindar protección a quienes lo desarrollan a través de nuevas categorías que resulten suficientes y reguladoras de este fenómeno. Una experiencia en tal sentido presenta Alemania, quien fue el primero de los regímenes europeos de ocuparse de estas categorías bajo lo que

dieron en denominar "cuasitrabajadores" o bien España con la regulación del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE) a través de la Ley 20/2007 que creó el Estatuto del Trabajo Autónomo por la cual, fuera de la dependencia y excluyéndolos del Estatuto de los Trabajadores, reconoce a los mismos un piso mínimo de protección, vacaciones y licencia por maternidad, indemnización ante extinción sin causa, acceso a la jurisdicción en lo social, sindicalización, negociación colectiva y beneficios de la seguridad social. En definitiva, esta tercera postura, en sus distintas acepciones, denuncia una crisis de abarcatividad del Derecho del Trabajo centrado en la noción clásica de dependencia, sobre estas nuevas modalidades.

CAPÍTULO III

“VÍNCULO LABORAL: NATURALEZA DEPENDIENTE”

SUMARIO: 1.- DESLOCALIZACIÓN DEL EMPLEADOR. 2.- INDICIOS FÁCTICOS DE DEPENDENCIA LABORAL.

1.- DESLOCALIZACIÓN DEL EMPLEADOR.

Luego del desarrollo de nuestro trabajo de investigación, arribamos a la conclusión que, detrás de cada Apps existe una empresa y empresarios de carne y hueso que, estando en cualquier lugar del mundo, utilizan la fuerza de trabajo de personas físicas para lograr sus fines económicos a través de la explotación de dicho servicio de cadetería; y en tanto dicha relación se ejecute en nuestro país, le cabe el orden público laboral argentino, conforme al principio de territorialidad, siendo imperante su respeto para proteger no solo a quien presta su fuerza de trabajo en estas relaciones sino también para resguardar las fuentes laborales genuinas otorgadas por empleadores que sí cumplen con nuestra normativa.

Quienes se encuentran en situación de trabajo para estas empresas no tienen contacto físico con su empleador, ni acuden a un establecimiento laboral en los términos clásicos, lo cual impide identificar con claridad quiénes son los empresarios que reciben su fuerza de trabajo, pues éste, o éstos, se encuentran detrás de pantallas digitales en distintos lugares del mundo.

Como resulta de toda lógica, detrás de estas plataformas digitales que ofrecen comida o transporte al consumidor, hay personas humanas que las dirigen y organizan para lograr sus fines empresariales y económicos. Sin embargo, la primera impresión falsa que se tiene de estas relaciones es que el trabajo se presta para una determinada App, sin pensar que detrás de la misma hay una empresa que recibe dicha fuerza de trabajo humano y lucra con el mismo.

Cuando investigamos, nos encontramos que tras bambalinas digitales existen empresas jóvenes pertenecientes a capitales extranjeros. De conformidad a la norma del art. 3 de nuestra LCT, de la que emana el principio de territorialidad, en tanto éstas ejecutan relaciones laborales en nuestro país, su calidad trasnacional no representa un problema para la aplicación de nuestro orden público laboral. Se aplica entonces la ley del lugar de ejecución (*lex loci executionis*), principio que a su vez encuentra su correlato en el artículo 38 del Tratado de Montevideo de 1940 y su refuerzo en el artículo 2600 de nuestro Código Civil y Comercial, en tanto repele a cualquier norma de derecho extranjero que sea incompatible con los principios fundamentales del orden público. La aplicación de tal principio resulta independiente del lugar donde se haya

celebrado el contrato, por lo que no existe necesidad alguna de ingresar a una discusión estéril sobre cuál sería el lugar de celebración al efectivizarse la contratación por medios digitales.

Por lo expuesto, consideramos que corresponde al Estado, a través de su poder de policía del trabajo, la identificación del capital empleador y el control sobre la aplicación del orden público. Todo lo cual -a la fecha de este Trabajo- se encuentra en falta, existiendo un neutralismo sorprendente ante la problemática, sobre todo lo cual volveremos.

Al mismo tiempo, al Estado también le corresponderá, el uso del poder de policía derivado de la Inspección General de Justicia (IJG) controlando que estas empresas cumplieren con el Capítulo I, sección XV de la Ley de Sociedades, pues estas APPS son explotadas por sociedades constituidas en el extranjero. Al operar comercialmente en nuestro país, deben hacerlo dando cumplimiento a la normativa referida, ya sea en forma directa, fijando domicilio en la República y cumplimentando los demás requisitos del art. 118, LS, o bien, constituyendo Sociedades en nuestra República, de conformidad al art. 123, LS. En uno u otro caso quedarán bajo el poder de policía de la IJG. De no llevar adelante el Estado este control difícilmente podrá aplicar su poder de policía permitiendo lo que hoy se permite.

Esta problemática de deslocalización del empleador, no solo se da en nuestro país sino también a nivel internacional, al punto que ha sido abordada por la Organización Internacional del Trabajo en el marco de la creación y funcionamiento de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Durante el año 2018 dicha Comisión se reunió en cuatro oportunidades y emitió el 22-01-2019 un informe y recomendaciones sobre la temática. En dicho informe, entre otras cosas, surgió la de establecerse un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas. Se advierte entonces la necesidad a nivel mundial de adoptar políticas tanto nacionales como internacionales para garantizar que estas empresas transnacionales no afecten el futuro del trabajo y respeten derechos y protecciones de estos trabajadores.

2.- INDICIOS FÁCTICOS DE DEPENDENCIA LABORAL.

Si existe una fuente normativa a tener en cuenta para establecer la naturaleza laboral de una relación, esa es -sin dudas- la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo. En dicho instrumento la OIT recomienda a sus Estados parte, una serie de "indicios" a considerar para establecer la existencia de una relación laboral. A continuación desarrollaremos cómo los mismos se dan en estos trabajos con Apps.

a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona: estos trabajadores son capacitados al comienzo de su contratación, se le otorgan precisas instrucciones sobre cómo proceder ante determinadas situaciones frente al consumidor y los clientes asociados de la empresa – locales gastronómicos-; ya capacitados, las instrucciones son traducidas en el encargo que se transmite por la aplicación bajada en el teléfono móvil del trabajador, controlados por la misma Apps a través de algoritmos creados a tal fin y con el GPS instalado en dicho teléfono conectado a la aplicación, más a su vez el control no lo hace solamente el software sino también por supervisores de carne y hueso que tiene por tarea supervisar el servicio. Este indicio ha sido acreditado en distintos fallos judiciales del derecho comparado. A modo de ejemplo, en una excelente sentencia del Juzgado en lo Social nro. 33 de Madrid, España, de fecha 11-02-19, luego de haber desmenuzado el magistrado actuante toda la relación dada entre *Glovo* y sus repartidores, establece que el límite de 40 minutos para realizar un encargo, la prohibición de uso de distintivos corporativos propios, el deber de comunicarse con la empresa por correo electrónico o la existencia de un total de 13 causas justificadas de resolución del contrato por parte de la empresa relacionadas con incumplimientos contractuales del repartidor, son rasgos demostrativos de sumisión de este a las instrucciones de la empleadora. (Asociación Española de Dirección y Desarrollo de Personas 2019 .Noticias. Ver en www.eadipe.es)

b) que el propio trabajo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; ninguna duda cabe que, si a una persona la uniformamos con nuestra marca, otorgándole prendas y una caja gigante con su estampa para que la utilice por las calles de la ciudad cada vez que tenga que realizar una prestación, la estaremos insertando en nuestra organización. El consumidor no requiere a la Apps que sea determinado trabajador quien le realice el servicio, sino que sea la empresa quien le

preste el mismo, de modo tal que no importará si fuera tal o cual quien le lleve el pedido, sino la organización empresarial a la cual se lo solicitó. El indicio refiere a estar integrando la organización sin referir, necesariamente, a un espacio físico, no requiriendo por tanto una noción de establecimiento o que el trabajo sea prestado dentro de una línea fabril de producción. En el fallo español referido *supra*, el juez destacó la inviabilidad para el repartidor de que, con sus propios medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, careciendo su trabajo de todo sentido si no se integra en la actividad empresarial de *Glovo*.

c) que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, para ejecutar las tareas se necesita estar “logueado” a la aplicación, con un usuario y clave que ha suministrado la misma empresa, utilizando el propio teléfono móvil. Estas empresas prohíben expresamente la sustitución de la persona, tal como ha sido acreditado en distintos precedentes judiciales del derecho comparado. A modo de ejemplo, en la causa tramitada ante un Tribunal de Brasil contra *Uber* el magistrado a cargo, declaró la existencia de relación laboral entre las partes, y entre sus argumentos destacó el carácter *intuitu personae* y la imposibilidad del conductor de colocar a otro en su lugar, existiendo una sola cuenta para conectarse por persona y la prohibición de que el vehículo utilizado no puede serle cedido a un tercero no registrado como conductor en la plataforma. Debe tenerse presente que estas aplicaciones no intermedian entre el consumidor y las empresas de cadeterías o de choferes profesionales, sino que ofrecen sus servicios de transporte a través de personas humanas sin agrupación o asociación alguna con otras, revistiendo los servicios de estas últimas el carácter de personales y directos, por lo que difícilmente -aún en la hipótesis que no estuviere prohibido- se haga sustituir por otra persona, ya que perdería su ganancia y carecería de todo interés y, en tal evento, la aplicación remitiría el pedido a cualquiera de las otras innumerables personas logueadas con las que cuenta. (Ver Proceso No 0011359-34-2016.5.03.0112, "Rodrigo Leonardo Silva Ferreira c/ Uber do Brasil Tecnología Ltda.", del Tribunal Regional del Trabajo de la 3a Región, 33a Vara de Trabajo de Belo Horizonte, 13-2-2017)

d) que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; dentro de un horario determinado. Estas empresas alegan que las relaciones con los repartidores o choferes se dan sin exclusividad, pudiendo trabajar para otras aplicaciones, que los mismos no tienen un horario determinado para cumplir sus funciones ni así tampoco un lugar preciso de desarrollo de los servicios que prestan.

Veamos cada nota de no laboralidad alegada. Exclusividad: Debe tenerse a ésta como un indicio de dependencia positivo, más de no darse no debe considerársela en sentido inverso, atento que, nuestro ordenamiento positivo, no exige exclusividad alguna para determinar la naturaleza laboral. Claro está, que debemos distinguir si la no exclusividad refiere a prestar servicios para otras empleadoras de cualquier rubro, de aquellas que compiten entre sí en el mercado; en el primer caso no existe impedimento alguno para prestar la fuerza de trabajo para distintos empleadores, mientras que en el segundo se podría afectar el principio de no concurrencia establecido en el art. 88, LCT, salvo autorización del empleador. En los casos de las relaciones bajo análisis son las mismas aplicaciones las que públicamente alegan que no exigen la exclusividad, habilitando expresamente a los dependientes a trabajar para otras Apps. Horario determinado. Jornada. Quizás pueda ser éste el elemento con que se intente poner más en crisis la naturaleza laboral de estas relaciones. En él, estas empresas concentran su defensa para sostener la naturaleza asociativa civil con sus repartidores o choferes. La jornada implica afectar la libertad; en tanto bien inmaterial preciado que el trabajador le intercambia al capital, sometiéndose a sus órdenes por una importante fracción de tiempo, cada día, a cambio de una renta que le garantice su supervivencia. El intercambio de libertad por remuneración constituye la concepción clásica del trabajo asalariado o bajo dependencia, y es allí donde pregonan los defensores de la postura de la naturaleza asociativa que, en este tipo de relaciones, no hay un intercambio de libertad por remuneración pues los repartidores o choferes profesionales pueden conectarse o desconectarse a la aplicación cuando ellos lo deseen. La realidad indica que si no se conectan a la aplicación durante una determinada e importante fracción de tiempo, tienen consecuencias que repercutirán en sus ingresos económicos futuros y en la misma continuidad del vínculo. Los algoritmos de estas Apps suspenden temporal o definitivamente al usuario del trabajador ante determinadas cantidad de rechazos de servicios por no estar logueado, o bien, por no aceptar los mismos. Debemos preguntarnos entonces, ¿En qué se diferencia estas suspensiones o bajas informáticas con las suspensiones o bajas comunicadas por notas o cartas documentos a los trabajadores de una fábrica? En ambos casos, el trabajador pierde el acceso a su puesto de trabajo y no devenga remuneración, entonces no hay tal libertad. Por otro lado, desde que es la misma Apps la que elige, conforme sus algoritmos, a quién, de todo su ejército de repartidores o choferes, adjudicar el servicio se diluye la supuesta libertad. De modo tal que aun cuando se quisiera estar a disposición una extensa jornada de trabajo, de nada serviría ejecutar tal parcela de libertad, puesto que, en definitiva, será la Apps

quien otorgue o no la ejecución del servicio. La crisis que supuestamente manifestaba este elemento y que anunciaba párrafos arriba es aparente y superficial, puesto que a modo que profundicemos la realidad subyacente se diluye la misma.

e) "en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo". Los repartidores o choferes ejecutan su trabajo en los lugares indicados por la empleadora, siendo éste, el domicilio a donde deben recoger la mercadería o, en su caso, la persona transportada y el destino a donde deben trasladarse. El hecho que no exista un establecimiento donde deba presentarse el trabajador no implica que no se dé la nota, pues el indicio refiere a lugar "indicado" y éste es el que le ordena la Apps. Sin perjuicio de ello, todas estas empresas tienen un establecimiento en alguna parte del mundo, tanto fuera de nuestras fronteras como dentro de las mismas, de hecho, todas ellas tienen oficinas en nuestro País desde donde trabajan sus empleados administrativos en relación de dependencia. Existen diferentes figuras laborales que no requieren la comparecencia personal del trabajador al establecimiento, pensemos simplemente en el viajante de comercio o en cualquiera de los trabajadores que desarrollan tareas fuera del establecimiento de su empleador, tales como quienes realizan mantenimiento, vigilancia, limpieza, o servicios en general en establecimientos de otras empresas; situaciones todas ellas en las que nadie discutiría su naturaleza dependiente. Incluso aún, porque no pensarse a la misma App como un establecimiento virtual en los términos del art. 6, LCT, en tanto fue creada por el empresario con los algoritmos apropiados a sus fines y desde que constituye por sí sola una unidad técnica de ejecución destinada a lograr los fines de la empresa. Notemos que la norma no refiere a espacio físico alguno, sino, a una unidad técnica de ejecución, siendo indiscutiblemente que la App la constituye.

f) que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador; si nos centramos en una jornada de trabajo, es para destacar que nuestra legislación laboral no exige una duración mínima para considerar bajo dependencia al trabajo prestado, sino un tope máximo. Así lo dispone el párrafo incorporado por Decreto ley 10375 al artículo 1 de la Ley 11544, en cuanto establece que la limitación establecida es máxima y no impide una duración menor del trabajo. De hecho, nuestra Ley de Contrato de Trabajo regula el contrato de trabajo a tiempo parcial previendo entonces el legislador este tipo de contratos o relaciones laborales. En la realidad, es la misma empresa explotadora de la Apps la que administra y limita la cantidad horaria que puede desarrollar en el día el trabajador, distribuyendo conforme

su conveniencia, demanda y oferta de mano de obra, estableciendo la mejor distribución para su propia explotación y cargando el costo de espera al trabajador. Estas empresas tienen constante e ininterrumpida demanda de trabajo -lo demuestra su éxito- contando con un ejército de trabajadores precarizados para ejecutarlo, a quienes los algoritmos de la App seleccionarán para desarrollar esa tarea dejando a los otros a la espera. He aquí la importancia de la nota al terminar estableciendo el requerimiento de la disponibilidad del trabajador. En la realidad diaria se advierte que los repartidores o choferes se encuentran a la espera de una orden de trabajo que le haga alcanzar una remuneración estable y suficiente, más aún si se tiene presente los altos índices de desocupación, dónde estas Apps se han convertido en un salvataje irregular de aquellos desempleados. El empresario detrás de estas Apps logra tener a disposición a un sinnúmero de trabajadores para elegir a cuál otorgarle cada servicio, trasladando el costo de la puesta a disposición a estos trabajadores precarizados, violando en tal sentido la manda del art. 103, LCT en tanto establece el devengamiento de remuneración por el solo hecho de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. En mismo sentido, el precedente de la ciudad de Madrid, ya referenciado *supra*, ha considerado que Glovo: *"Cuenta con un elenco amplio con los que cubre, previa inicial adscripción, los repartos en los distintos días y por franjas horarias. La aplicación realiza previsiones de demanda y en función de ello determina el número de repartidores que ocuparán las distintas franjas. El tiempo de trabajo que el trabajador quedaba a disposición del empresario para realizar su actividad profesional conforme sus instrucciones, normalmente en horario continuado en el que los tiempos muertos eran tiempo de trabajo a todos sus efectos, ahora se atomiza en microtarefas sucesivas en función de la demanda. Existe una relación contractual permanente hibernada que se actualiza con cada asignación de microtarea. Ello supone un elevado ahorro de costes para el empresario que sólo retribuye el tiempo que se realiza la microtarea no aquel en que el repartidor en éste caso está en situación de disponibilidad. Se produce así una evidente traslación del empresario al trabajador del coste del tiempo de trabajo"*. En igual sentido, la OIT en el marco de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo ha manifestado y publicado su preocupación sobre la distribución arbitraria del tiempo de trabajo en estas especiales relaciones: *"Urge garantizar la dignidad de las personas que trabajan «por llamada», de manera que realmente tengan opciones de flexibilidad y control sobre sus horarios. Recomendamos que se adopten medidas de reglamentación apropiadas que establezcan un número mínimo de horas garantizadas y previsibles. Se deberían adoptar otras medidas para compensar el horario variable con una prima por un*

trabajo que no está garantizado y una remuneración por tiempo de espera para compensar los periodos en los que los trabajadores por hora están «de guardia». En cuanto a la permanencia de vocación de la relación en el tiempo, resulta de toda obviedad que quien se inserta en una organización de medios de producción ajenos, bajando a su teléfono la aplicación, capacitándose para prestar el servicio, adquiriendo en algunos casos incluso la famosa Caja Transportadora y la vestimenta exigida, lo hace con al menos una mínima vocación de continuidad del trabajo y no para hacerlo en forma esporádica. En tal sentido, se comprueba que la realidad relevada por los precedentes jurisprudenciales y las inspecciones del trabajo ya mencionadas, donde se demuestra con claridad dicha vocación, al menos en un tiempo razonable y sostenido, incluso que estas empresas se manifiestan públicamente en la búsqueda de "socios" o "asociados" todo lo cual ya de por sí requiere una vocación de continuidad en la supuesta asociación.”

g) que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; Los defensores de la postura autónoma argumentan la ausencia total de este indicio de dependencia desde que son los mismos repartidores o choferes quienes se suministran sus propias herramientas para desarrollar el servicio, pues lo ejecutan con sus propias bicicletas, motos o automóviles. Además, debemos detenernos a pensar cuáles son las reales herramientas, materiales y maquinarias que se utilizan para prestar el trabajo y quien de las partes suministra la más importante, tanto desde el costo, como desde la operatividad del servicio que se brinda al destinatario del servicio. Por un lado, tenemos a la empresa que provee la herramienta indispensable para que puedan lograrse los fines empresariales, tal es, la marca comercial y la mismísima App, pues en definitiva, la misma constituye en sí misma una unidad técnica de ejecución permitiendo y unificando todo el proceso del servicio que se presta. Y, por otro lado, tenemos a la bicicleta, moto o automóvil y el teléfono móvil con el que el trabajador lleva a cabo el servicio. De la comparación de ambas, se concluye que la aplicación informática y la marca comercial fuertemente instalada en el mercado, son las herramientas más importantes para lograr los fines empresariales. Estas Apps y sus marcas son valoradas económicamente en millones de dólares y resultan fundamentales para el proceso, mientras que, los vehículos utilizados por sus trabajadores no representan porcentaje significativo alguno frente a las primeras y son fácilmente reemplazables o sustituibles.

h) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; Los repartidores o choferes, de una y otras aplicaciones, perciben en forma periódica, generalmente cada 15 días, sus ingresos directamente desde las empresas que explotan las Apps. Son éstas quienes recaudan el pago de sus servicios a través de pagos electrónicos que realiza el consumidor en sus cuentas, estando prohibido el pago directo o en efectivo al repartidor o chofer. Efectuada la recaudación, administran dichos fondos y en determinado momento del mes abonan al repartidor o chofer los servicios prestados, conforme las tarifas fijadas unilateralmente por la misma empresa y de conformidad a los algoritmos predispuestos por la App. El chofer o repartidor no participa en forma alguna, ni en la formación del precio, ni en la liquidación de sus servicios, ni así tampoco en la recaudación. Este indicio fue tratado en el primer precedente nacional sobre la cuestión "ROJAS y otros c/ Rappi Arg S.A.S. s/ Medida Cautelar" al considerarse acreditado pagos periódicos, al menos dos veces al mes, a las cuentas bancarias de los actores desde la empresa *Rappi*, ordenando cautelarmente el cese del bloqueo de usuarios a los actores, en represalia a la conformación de una asociación sindical. En igual sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo a la hora de definir cuál era la actividad principal de la empresa *UBER* a fin de excluirla del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria relativa a los servicios de información, consideró entre otros indicios el hecho de la determinación unilateral del precio del viaje, la percepción directa del mismo por parte de la empresa y el posterior pago al conductor del vehículo. (Juzg. Nac. Nro. 37, 19/03/19, PJN, CABA.)

Igual consideración se realizó en la Sentencia Nro. 53/2019 del 11-02-19 dictada por el Juzgado Societario Nro. 33 de Madrid, estableciendo que es *Glovo* quién factura por su actividad de transporte de mercancías a proveedores y clientes integrando en el coste del servicio el precio que por la tarea luego abonará al repartidor.

i) el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador; El repartidor o chofer no invierte suma representativa alguna para comenzar a desarrollar sus tareas. Es la empresa titular de la App quien invierte sumas millonarias y corre con el absoluto riesgo financiero de frustrarse sus operaciones. A modo de ejemplo, los medios de prensa dan cuenta de cómo la aplicación *Glovo* se retira del país hermano Chileno, habiendo perdido millones de dólares durante el año 2018. Quien ha trabajado para *Glovo* en Chile, ha perdido el empleo, mas no ha tenido que soportar riesgo financiero alguno, pues nada ha invertido más que su fuerza de trabajo. Se da aquí la

ajenidad, quien lleva adelante la prestación no asume riesgo financiero alguno, el pago del servicio se ejecuta por el consumidor directamente a la aplicación quien luego abona al repartidor o chofer su comisión en un determinado tiempo, independientemente si el consumidor ha abonado o no el servicio. Asimismo, la aplicación se hace cargo de cualquier inconveniente en el servicio, tal como si la mercadería entregada ha llegado defectuosa al consumidor o si se ha incurrido en tardanza. En el precedente de Madrid ya referenciado el magistrado invocó: *"Es Glovo quien factura por su actividad de transporte de mercancías a proveedores y clientes, integrando en el coste del servicio el precio que por la tarea luego abonará al repartidor. La ajenidad en los frutos es evidente porque la empleadora hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a Glovo los riesgos del trabajo prestado"*. Otra evidencia respecto a la ajenidad, la constituye el hecho que *Uber* ha comenzado a hacerse cargo de la cobertura de seguros que protegen al chofer y a las personas transportadas, así lo ha reconocido su Jefe de Comunicaciones para el Cono Sur en la crónica periodística.

CAPÍTULO IV

“CONCLUSIÓN Y PROPUESTA FINAL”

CONCLUSIÓN.

Conforme todo lo que se ha desarrollado, en el presente trabajo, vemos a personas jóvenes que, utilizando sus propios vehículos, muchos de ellos con tracción de su propia sangre y uniformados de llamativa publicidad, transportan productos de un punto a otro de la ciudad, reposando en grupo y en lugares públicos, a la espera de una orden a ejecutar que transmitirá su teléfono celular. Prestan su fuerza laboral en forma precarizada para empresas propietarias de marcas que se han impuesto a nivel mundial a través de grandes acuerdos comerciales e importantes campañas publicitarias que las visibilizan ante el consumidor como algo novedoso y de avanzada.

Concomitantemente, en forma no tan visible, fuentes laborales genuinas que cumplen las leyes se ven afectadas por la irrupción de estas Apps que ofrecen el mismo servicio con trabajo precarizado. La precarización consiste en ofrecer sus servicios mediante el uso de personas humanas a las que no registran ante los organismos de la seguridad social, privándolas de acceso a coberturas de salud, riesgos de trabajo y derechos previsionales. Intentan cubrir así su evasión mediante el fraude, utilizando figuras no laborales, exigiendo a sus trabajadores inscribirse ante el estado como trabajadores autónomos. Al mismo tiempo, ejercitan ante la población mundial una estrategia semántica discursiva con la que intentan desterrar el orden público laboral e instalar nuevas formas de pensar al trabajo dependiente.

La problemática que se extrae del trabajo de investigación realizada se enmarca en los siguientes aspectos:

1.- En la dificultad de una identificación clara y rápida del empleador, generalmente trasnacional, que, escondido en el mundo digital, interpone pantallas virtuales al mundo de la realidad.

2.- En la utilización de mecanismos fraudulentos nuevos mediante el uso de una semántica discursiva estratégica y la adopción de las nuevas figuras de colaboración, con pequeñas motas de fraudes viejos, el trabajador monotributista. La temática es de relevancia, pues, alerta el comienzo de un ataque al orden público laboral y la inmediata necesidad de revisión del futuro del trabajo. Las empresas que explotan estas Apps disfrazan las relaciones laborales que mantienen con sus empleados-choferes o repartidores- a través de ropajes no laborales. En tal sentido anteponen a sus

dependientes, como condición para prestar su fuerza de trabajo y percibir remuneración, la inscripción ante la AFIP como autónomos, bajo la categoría de monotributistas, exigiendo la emisión de facturas de sus servicios. Este fraude al orden público laboral, muy desarrollado en nuestro país en los años 90, parece ser revitalizado hoy con estas empresas.

Tal práctica contraria a la ley no sólo implica para los afectados la pérdida de derechos sociales, laborales y previsionales, sino también la desprotección toda frente al sistema de Riesgos del Trabajo, privándoselos de acceso a una atención efectiva y rápida de salud, desde que no se encuentran en la nómina de los contratos de ART si es que estas empresas tuvieran uno. Injustamente, uno de los colectivos más numerosos y de mayor exposición a riesgos del trabajo se encuentra desprotegido en materia de riesgos laborales, piénsese simplemente en el riesgo a accidentes en la vía pública que padecen estos trabajadores. De no revertirse esta grave situación, estas empresas dejarán un importante saldo de trabajadores inválidos sin cobertura alguna, todo lo cual, implica una problemática social que en algún momento u otro deberá afrontar el estado a través de sus diferentes programas de seguridad social.

3- Relevancia de la finalidad del trabajador para dar su fuerza de trabajo, como medio personal de producción empresarial ajena.

Nótese, como se desarrolló en los capítulos precedentes, que defensores de la postura de la naturaleza autónoma de estas relaciones, basan su posición en que los repartidores o choferes realizan esta actividad con la finalidad de conseguir ingresos extras a sus estudios o complementarios de otras actividades. Independientemente si dichas afirmaciones fueran ciertas o no, al orden público laboral en nada le interesa si quien trabaja para otro y bajo su dirección lo hace con la única finalidad de lograr una remuneración extra o complementaria, por más mínima que fuere, ya sea que esta tenga por finalidad cubrir gastos de estudios o, incluso aun, solamente para aplicar dichos ingresos a esparcimiento. El artículo 2 de nuestra LCT no excluye de su ámbito de aplicación a aquellos que tengan las finalidades mencionadas, ni requiere saber cuál es la misma. De hecho, el artículo 4, LCT define al trabajo como toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla y al principal objeto del Contrato de Trabajo como la actividad productiva y creadora del hombre, entendiendo que solo después de ello puede concebirse al mismo como una relación de intercambio y un fin económico en sí mismo.

En definitiva resultan irrelevantes en qué aplicará la remuneración que obtenga por su fuerza de trabajo. Más ahora bien, saliendo ya de la hipótesis, impera la realidad y, al menos en nuestro país, lo cierto es y relevado está que quienes prestan su fuerza de trabajo para las empresas dueñas de estas aplicaciones lo hacen como salida de la desocupación reinante y con la finalidad de lograr subsistencia. Nos resistimos a pensar que, con la crisis económica y de ocupación imperante en nuestra nación, pueda sostenerse seriamente que una persona tome su bicicleta y en sus espaldas coloque una caja de carga de hasta 30 kg, acatando las órdenes de una empresa la cual, a su vez, lo controla permanentemente; todo ello, sin otra finalidad que la de subsistir y cubrir sus necesidades básicas. Sin lugar a dudas, estos trabajadores recurren a estos empleos precarizados porque no pueden acceder a empleos estables y formales, dándose incluso el dato objetivo relevado que -en su mayor porcentaje- son jóvenes en búsqueda de su primer empleo o que han quedado desocupados en medio de la crisis que golpea al país.

4- El objeto empresarial de las Apps: Meras intermediarias o empresas de transporte.

Uno de los aspectos que entiendo fundamentales para atender la naturaleza dependiente de estas especiales relaciones, lo constituye el objeto empresarial de estas firmas comerciales, siempre claro está desde el principio de la realidad y no de sus presentaciones formales. En tal sentido, consideramos que el verdadero objeto de dichas empresas es el de brindar un servicio de transporte, sea este de personas o de mercaderías. No cabe duda alguna que se darán las notas típicas o indicios de una relación de dependencia respecto a aquellas personas que en forma individual presten su fuerza de trabajo para llevar a cabo la prestación en el mundo de la realidad. Ello, desde que en su propio objeto, dicha empresa deberá asumir la organización, control y dirección del trabajo, los riesgos financieros y la actividad de transporte en sí misma, dándose la ajenidad de sus trabajadores respecto a la misma.

PROPUESTA: la Negociación Colectiva como solución.

Independientemente de la postura que se adopte frente a estas especiales formas de trabajo, ninguna duda cabe que, en cualquiera de las hipótesis, las personas que prestan su fuerza de trabajo a favor de estas empresas, lo hacen bajo una relación de dependencia laboral y, por tanto, tienen derecho a sindicalizarse para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de distinto orden, en relación a sus condiciones de trabajo y calidad de vida. Consideramos que dicho derecho se les encuentra reconocido internacionalmente por el art. XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en tanto dispone que toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos, entre ellos el sindical; por la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 20.1 y 23.4, en tanto dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica, a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en tanto dispone en su art. 16.1 el derecho a todas las personas a asociarse libremente con fines laborales o de cualquier otra índole; por el PIDESC artículo 8.1., al ordenar el compromiso de los Estados-partes de garantizar el derecho a toda persona de fundar sindicatos; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto declara en su artículo 22.1 el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, fundar sindicatos y afiliarse a estos para proteger sus intereses. Tratados y Pactos internacionales, todos ellos, que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional en nuestro país, de conformidad al art. 75, inc. 22 de nuestra Carta.

En cuanto a la protección brindada por nuestro ordenamiento normativo interno, el incansablemente invocado artículo 14 bis de la Constitución Nacional, garantiza el derecho de todo trabajador a agremiarse y a la organización sindical, libre y democrática y a su reconocimiento por la simple inscripción en un registro. El Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de jerarquía constitucional en virtud de art. 8.3 del PIDESC y art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2 les reconoce a los trabajadores el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen conveniente que tengan por objeto -artículo 10- fomentar y defender sus intereses, estableciendo en su artículo 11 la obligación de todo Estado-parte de adoptar todas las medidas necesarias y

apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

Dicho esto, podemos decir que, el derecho a sindicarse y formar asociaciones en tal sentido, constituye hoy un derecho constitucional irrefutable, y por tanto, consideramos que estos trabajadores, al vincularse laboralmente bajo una relación de dependencia, podrían asociarse y constituir sindicatos con fines de defensa de sus intereses, logrando protección a través de la negociación colectiva, celebrando Convenios Colectivos de Trabajo que regulen las condiciones de trabajo de su actividad laboral y, de ser necesario, ejercer el derecho de huelga bajo las protecciones institucionales que al mismo se le reconoce.

En tal sentido, conforme y con claridad, lo sostiene Arese César (2011): *"En el común de los casos, los enfrentamientos colectivos de trabajo son la revelación más clara de la existencia de una sociedad incapaz de garantizar las condiciones vitales, mínimas y básicas de trabajo, ocupación, la actividad creadora del hombre, su integridad psicofísica, el bienestar social, etc. Como hecho traumático representa una frustración para el sistema de relaciones de trabajo"*. (Arese César, 2011, pág. 16).

Por lo expuesto, consideramos definitivamente que la problemática aquí comprobada, encontraría solución en el Derecho Colectivo del Trabajo. Ya en dicho marco, y a través de la negociación colectiva, podrían celebrarse Convenios Colectivos de Trabajo superadores de las dificultades que pueda presentar la especial actividad desde su operatoria, como por ejemplo regular en dicha norma los aspectos relativos a la jornada y a la intermitencia entre un servicio y otro (descansos), sin necesidad de tener que recurrirse a normas flexibilizadoras de la Ley de Contrato de Trabajo, la cual hoy sería la única protección para estas nuevas formas de relaciones laborales, siempre y cuando se les reconozca el carácter dependiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la Nación Argentina.
- Ley de Contrato de Trabajo N° 20744.
- Ackerman , Mario E. (2008) “*Tratado de Derecho del Trabajador*”. Tomo I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Alimeni Fulvia, Jorgelina (2008). *Tratado de Derecho del Trabajador de Mario E. Ackerman*. Tomo I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Arese, César (2011). “*Derecho de los Conflictos Colectivos de Trabajo*” pág. 16. 1°ed. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (2019). “*Trabajar para un Futuro más Prometedor*”. Organización Internacional del Trabajo
- Declaración de Panamá para el Centenario de la OIT (2018). “*Por el Futuro del Trabajo en las América*”. 19.^a Reunión Regional Americana. Panamá.
- Grisolia, Julio Armando (2005). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*” 11° ed. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis
- Grisolia, Julio Armando (2011) “*Manual de derecho laboral*”. 7^a ed. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2015) “*Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”. Buenos Aires. Ed. Infoleg.
- Madariaga Javier, Buenadicha César, Molina Erika, Christoph. (2019) “*Economía de plataformas y empleo: ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?*” Buenos Aires. Ed. BID Lab.
- Perugini , Alejandro H. (2010) “*Relación de Dependencia*”. – 2° ed. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

ÍNDICE

1.- Resumen.....	2
2.- Introducción.....	3
3.- Estado de la Cuestión.....	4
4.- Marco Teórico	5

Capítulo I

“CONTRATO DE TRABAJO”

1.- Evolución Histórica del Derecho del Trabajador.....	9
2.- Principios del Derecho Laboral.....	11
2.1- Concepto.....	11
2.2- Funciones.....	11
2.3- Principales Principios.....	12
3.- Contrato de Trabajo. Definición.....	35
4.- Caracteres.....	36
5.- Relación de Dependencia y Tipos de Subordinación.....	37
6.- Trabajos Autónomos.....	38
7.- Trabajo “Parasubordinado”.....	39

Capítulo II

“LOS SERVICIOS DE CADETERÍA URBANA”

1.- Introducción.....	42
2.- Características del Servicio de Cadetería Urbana.....	44
3.- Funcionamiento.....	45
4.- Repartidor Dependiente y sus Caracteres. Los Distingos entre Dependientes y Autónomos. Las Tres Posturas Doctrinarias de la Actualidad.....	47

Capítulo III

“VINCULO LABORAL: NATURALEZA DEPENDIENTE”

1.- Deslocalización del Empleador.....	51
2.- Indicios Fácticos de Dependencia Laboral.....	53

Capítulo IV

“CONCLUSION Y PROPUESTA FINAL”

Conclusión.....	62
Propuesta: LA NEGOCIACION COLECTIVA COMO SOLUCION.....	65
Bibliografía.....	67