

## Régimen legal del teletrabajo

Coordinador: Nahuel N. Espinillo



### Doctrina

#### 2 Régimen legal del teletrabajo

*Ignacio Funes de Rioja*

#### 4 El teletrabajo en Argentina

Comentarios sobre la ley 27.555. Un fenómeno de visos tecnológicos con alcance jurídico y contractual

*Claudio Aquino - Nahuel N. Espinillo*

#### 7 La jornada laboral y el derecho a la desconexión en la ley 27.555 de Teletrabajo

*Gabriela F. López - Mariángeles Fernández*

#### 8 Derecho del trabajador de adecuar su jornada para cumplir las tareas de cuidado a su cargo y derecho a preservar su intimidad

*Daniel Orlansky - Leila V. De Luca*

#### 11 Teletrabajo. Voluntariedad y reversibilidad

Los derechos colectivos y las cuestiones de higiene y seguridad

*José María Llano - Walter Mañko*

#### 15 Prestaciones transnacionales y teletrabajo

*Diego S. Kelly - Martín E. Guala*

#### 18 Teletrabajo entre dudas y certezas

Su aplicación en la subcontratación

*Lucas J. Battiston - Gonzalo Ruiz Díaz*

## Doctrina

## Régimen legal del teletrabajo



## Ignacio Funes de Rioja

Abogado (UCA). Master in Laws, Duke University School of Law. Socio de Funes de Rioja & Asociados. Especialista en Derecho Individual y Colectivo del Trabajo. Asesor de empresas y cámaras empresarias. Negociaciones paritarias en diversas actividades. Vice Chair for International Institutions del Global Employment Institute, Londres. Fue representante empleador argentino y portavoz del grupo empleador ante el Foro de Diálogo Mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones y financiero. Profesor titular de Derecho del Trabajo, Política Laboral y Seguridad Social y Miembro del Consejo Superior de la Universidad del CEMA.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El contexto en que se sanciona la ley 27.555.— III. El Régimen Legal del Teletrabajo (ley 27.555).— IV. Comentario final.

## I. Introducción

La pandemia del COVID-19 ha acelerado ciertos cambios en el mundo, entre ellos, ha generado un mayor aprovechamiento de las tecnologías ya existentes, su perfeccionamiento y su rápida adopción por quienes, de otro modo, quizá no se hubiesen acercado a ellas.

Estos cambios en usos y costumbres, en formas de organización del trabajo, el comercio, el entretenimiento, la comunicación, la negociación, en gran medida trascenderán la pandemia, y se quedarán formando parte habitual de la vida de los ciudadanos.

Las tecnologías se han simplificado, la conectividad digital registraba ya un gran potencial por su expansión y reducción de costos, así como las mejoras exponenciales en su confiabilidad y velocidad.

Sin embargo, la utilización de esta tecnología en el mundo del trabajo estaba, en términos generales, limitada, minimizada, salvo casos excepcionales.

A pesar de los tiempos perdidos en traslados (*commuting*), que eran evitables, del impacto ambiental de los mismos, de sus costos, existía cierta resistencia en muchos ámbitos a creer en la capacidad de autogestión por parte del trabajador, en el trabajo en equipo sin presencialidad, en la motivación o capacidad de concentración en las tareas, cuando las mismas se realizaran en un lugar remoto.

En algún caso se consideraba que el viernes era el único día en que podía adoptarse una modalidad flexible en beneficio del trabajador, casi como una forma de extender o anticipar la llegada del descanso de fin de semana.

La rápida incursión de los efectos de la dolorosa pandemia ha servido para derribar muchos mitos y plantear nuevos desafíos.

El teletrabajo, por su parte, ha servido para mantener muchas fuentes y puestos de trabajo, para posibilitar encarar de una mejor manera la pandemia, disminuyendo la necesidad de traslados y consecuentes riesgos de mayor contagio, y permitiendo también dar mayor espacio a la contención de la familia y los afectos.

Fuimos incorporando las reuniones virtuales, a la vida familiar, laboral, académica, social, e incluso, a la administración de justicia.

Las herramientas de trabajo colaborativo en documentos pasaron a reemplazar miles de impresiones en papel y revisiones presenciales. Hasta las consultas médicas a través de reuniones virtuales hoy parecen una obviedad, cuando para muchos eran impensables antes de la pandemia.

Sin dudas, sin el teletrabajo, los efectos de la pandemia en la salud y la economía

hubiesen sido aún mucho más devastadores.

Está claro a esta altura que no es válido plantear a nivel generalizado una disyuntiva entre salud y economía, y también queda claro el impacto de la adopción del teletrabajo en ambas.

Queda por saber hasta qué punto estas nuevas formas de organizarse, de convivir, pasada la pandemia, permearán o se irán diluyendo.

## II. El contexto en que se sanciona la ley 27.555 (1)

La pandemia encontró a la Argentina en una transición política, con el retorno de un gobierno proveniente del Partido Justicialista, y con una situación económica delicada, derivada de una larga recesión y la falta de solidez macroeconómica, y habiendo declarado ya antes de la pandemia una situación de emergencia laboral que debía regir hasta el 9 de junio de 2020 inclusive (decreto 34/2019) (2).

A criterio de muchos, entre quienes me incluyo, la Argentina lleva años postergando las reformas de fondo que podrían permitirle encarar de otra manera su realidad productiva.

Alto costo financiero, vinculado a la inestabilidad macroeconómica e inseguridad jurídica, pesadísima carga impositiva derivada de un muy alto gasto público y una altísima informalidad, y un mercado de trabajo muy poco dinámico derivado, entre otros factores, de una regulación laboral desactualizada ya por mucho tiempo.

Todo ello pone a la economía argentina en un círculo vicioso que no se ha sabido o podido cortar, con independencia de quien gobierne.

Si ponemos el foco en la regulación laboral, encontramos infinidad de normas vigentes, aunque muchas tengan escasa aplicación práctica (entre otras causas por los escandalosos niveles de informalidad), tenemos un régimen que se supone fomenta la negociación colectiva, cuando en la realidad los convenios colectivos están mayoritariamente vigentes desde hace más de 40 años y hace mucho tiempo se negocia casi exclusivamente para recomponer salarios contra la inflación.

También podemos observar un sector público que sigue expandiéndose a costas de un sector privado, que lleva décadas sin crear empleo formal sostenible.

Mirando números objetivos, encontramos en definitiva un PBI *per cápita* estancado por décadas, que nos muestra que, en lugar de generar y distribuir riqueza, para sí mejorar las oportunidades y calidad de vida de su población, la Argentina se va sumergiendo estructuralmente en la pobreza y la informalidad.

La economía y las normas que la regulan, alejan cada vez más a la Argentina de los modelos de los países desarrollados, que son justamente los que distribuyen mejor la riqueza mediante la creación de oportunidades por diversas vías.

Para que un país se desarrolle integralmente, algunos conceptos que parecen básicos no pueden estar ausentes: La seguridad y justicia en todos sus aspectos, que van desde la eficacia en el acceso y la administración de justicia hasta la estabilidad de la moneda, pasando por la existencia de normas claras y previsible. El acceso equitativo a la mejor educación posible. La promoción de la innovación mediante herramientas regulatorias y financieras. Un sistema de salud sólido, eficiente y moderno.

Para que todo ello sea posible, la economía y la regulación deben ir coordinadas, con coherencia y realismo.

La regulación en sí misma no alcanza, sin dudas, pero el crecimiento económico solo tampoco, para que un país pueda llegar a desarrollarse, a mejorar las oportunidades y calidad de vida de su población.

Quizá el peor defecto de la Ley de Teletrabajo sancionada por el Congreso de la Nación es que, en lugar de legislar para el empleo y crear oportunidades, legisla para restringir oportunidades.

Es una norma que avanza en la línea de crear derechos para pocos. Generar empleo privado en la Argentina es más difícil y litigioso luego de la sanción de la ley 27.555.

Lamentablemente es la fórmula que nuestra legislación laboral viene aplicando por mucho tiempo, y que, como resultado, genera cada vez más exclusión y menos empleo de calidad, es decir, registrado y socialmente protegido.

En definitiva, el empleo privado formal es para pocos, cada vez para menos.

Un derecho laboral cada vez más exclusivo y excluyente, que de este modo es puesto en lentamente en vías de extinción. Son cada vez proporcionalmente menos los que están dentro del sistema o pueden aspirar a estarlo. Son cada vez más los excluidos.

Con solo mirar las cifras alcanza.

No se crea empleo privado formal de modo sostenido en la Argentina por décadas. Para evitar una crisis social se recurre a los subsidios y al empleo público.

Difícil crear empleo, si se ignora la necesidad de diálogo sobre la competitividad, la productividad y la de innovación.

Existen prejuicios contra la flexibilidad. No puede ser mencionada, aun si es para el beneficio del trabajador.

Eludiendo siquiera tratar estos temas, se pone a los trabajadores en una situación real cada vez más precaria.

Argentina se queda sumergida en un modelo laboral anacrónico, que asfixia a empleadores y consecuentemente arrastra a los trabajadores.

Un modelo laboral que destruye empleo formal privado en tanto no permite adaptarse,

y, que, en consecuencia, se resquebraja con cada crisis.

Un modelo laboral en el que ya pocos creen, pero sobre el que nadie quiere asumir el costo de enfrentar la realidad y su necesidad de cambio

Y se dice que cuando las normas ignoran la realidad, la realidad busca revancha.

Quizás eso explique por qué Argentina no logra corregir sus niveles de informalidad y no genera empleo privado formal.

## III. El Régimen Legal del Teletrabajo (ley 27.555)

El Régimen Legal del Teletrabajo introducido por la ley 27.555 dista mucho de las reformas necesarias y deseables en la Argentina.

No hay dudas, que al menos en materia laboral, existen aspectos mucho más urgentes para tratar, que lo que implicaba regular el teletrabajo, y menos aún, hacerlo de este modo.

Aun así, tomada la decisión de regular el teletrabajo, lamentablemente se ha desperdiciado una oportunidad de aprovechar una crisis para dar un salto de calidad en materia laboral.

Crisis es oportunidad para los que saben adaptarse.

En un apuro inexplicable, se ha legislado mal. El apuro pasa, la mala regulación va a quedar. Las consecuencias se van a poder medir en el mediano y largo plazo.

El teletrabajo no es un fenómeno nuevo.

El teletrabajo existe hace varias décadas en el mundo (sus inicios se remontan a la crisis del petróleo en la década del '70 en los Estados Unidos); y claramente hace casi dos décadas se viene trabajando seriamente sobre el tema en la Argentina.

Existieron múltiples iniciativas en el propio Ministerio de Trabajo de la Nación, con un exitoso programa de promoción del teletrabajo (PROPET), una regulación en materia de higiene y seguridad (res. conjunta 1552/2012 del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo), un observatorio tripartito del teletrabajo y algunos proyectos de ley que fueron discutidos (incluso en comisiones en el Congreso de la Nación), a lo largo de estos años.

Sin embargo, al legislar durante la cuarentena y bajo los efectos de la pandemia COVID-19, se ignoró esta realidad y se avanzó sin escuchar realmente a los actores sociales y —en particular— a los que dan empleo privado.

El diálogo social implica escuchar al otro, tener en cuenta las posiciones y hacer lo posible por encontrar consensos. La ley de teletrabajo fue todo lo contrario.

Como consecuencia, se sancionó una norma que tiene múltiples deficiencias y es criticada por los actores sociales.

La ley 27.555 pretendía establecer según su artículo primero, los “presupuestos legales mínimos para el teletrabajo”. Aparecía inicialmente como una norma promotora de la negociación colectiva.

Sin embargo, a lo largo de su articulado, terminó avasallando la negociación colectiva. Como ya ha ocurrido antes con la legislación laboral en la Argentina. Se dice que se pretende una cosa, pero se hacen las cosas de modo tal que ocurre todo lo contrario. A través de normas voluntaristas, se terminan logrando efectos totalmente contrarios al supuestamente buscado. Este sería también el caso.

En efecto, la nueva ley se inmiscuye en detalles de la relación laboral como ningún otro proyecto de regulación antes había hecho. Poco espacio queda entonces realmente para la negociación colectiva.

El teletrabajo, o trabajo conectado remoto, es a mi criterio intrínsecamente bueno. Entendemos que eso hoy en el mundo ya pocos lo discuten.

Mediante el uso de la tecnología, el teletrabajo lleva el trabajo al lugar donde esté el trabajador, en lugar de llevar al trabajador al trabajo.

Desde hace ya más de veinte años se considera al teletrabajo como una herramienta muy útil para generar oportunidades más allá de las distancias, evitar o minimizar la necesidad de desarraigo, con un impacto ambiental y social positivo.

Asimismo, en la mayoría de los casos, el teletrabajo genera oportunidad de mejora de la calidad de vida del trabajador, evitando las contingencias de los traslados desde y hacia el establecimiento del empleador y por supuesto, poniendo a disposición del propio trabajador el tiempo que se deja de perder en viajes que pasan a ser innecesarios.

Volviendo a la ley 27.555, la norma se pierde inicialmente, en su artículo segundo, en la definición de una “modalidad de contrato de trabajo”, cuando en realidad se trata simplemente de una forma de ejecución de las prestaciones, de organización del trabajo, que se da dentro de las modalidades ya existentes en la ley. Es entonces que termina creando un nuevo colectivo de trabajadores en relación de dependencia, a los que luego asigna algunos derechos que pueden ser entendidos, por quienes teletrabajen, como privilegios, pues no existe razón objetiva que los justifique.

Esa confusión tiene como consecuencia que la norma pareciera caer en el absurdo de considerar “teletrabajo” a cualquier relación laboral que incluya un mínimo de trabajo en lugar ajeno al establecimiento del empleador, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. La reglamentación introducida por el decreto 27 de 2021 (3), publicado el 20/01/2021, debió aclarar que la ley no es aplicable “en casos en que la labor se realiza en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional”.

Es entonces que consideramos que la ley partió de una definición imprecisa, que la reglamentación tuvo que esmerarse en corregir.

Aun cuando la reglamentación acota y da al menos una mínima razonabilidad a la aplicación de la norma, fue necesaria una aclaración adicional, esta vez de la mano de la Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que aclarara que la ley 27.555 no resulta aplicable a las situacio-

nes de teletrabajo resultantes de las medidas preventivas que debieron adoptarse como consecuencia de la pandemia COVID-19 (resolución MTEySS 142/2021) (4).

En su artículo tercero la norma incurre en una grosera contradicción, en tanto incorpora como artículo 102 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (5) una garantía de una igualdad supuestamente irrestricta en los derechos y obligaciones entre los trabajadores presenciales y quienes estén bajo la modalidad de teletrabajo. Sin embargo, omite aclarar, y ello no fue reglamentado, que esta igualdad debe limitarse a los derechos y obligaciones que sean compatibles con la modalidad de prestación. Parece que el legislador no reparó en situaciones en que al trabajador presencial se abona reintegro de gastos por viáticos, se brinda servicio de transporte, se provee de ropa de trabajo o existe comedor de la empresa, etc. Por otra parte, la propia ley pasa más adelante a crear una serie de derechos exclusivos para el teletrabajador, como la desconexión digital o las tareas de cuidados, que no se otorgan del mismo modo al trabajador presencial. No se entiende entonces la amplitud casi irrestricta que pretende la literalidad del artículo tercero, que luego contradice con los artículos quinto o sexto, por ejemplo.

En el cuarto artículo la ley entra quizá uno de los mayores desafíos de la legislación laboral de nuestro tiempo, que es la regulación (o no) de la jornada de trabajo.

En este aspecto la norma ya nace conceptualmente antigua, al aferrarse a la idea de jornada (cantidad de horas trabajadas), que en muchos casos no existe cuando se desarrollan las tareas a distancia, fuera del ámbito de control de empleador, y donde suele darse que el trabajador tiene total autonomía en este aspecto, y que el empleador solo puede medir resultados. Si bien pareciera que de inicio la norma, tuvo en cuenta esta realidad, el incorporar la posibilidad de medir “objetivos” al final del primer párrafo del artículo que comentamos, lo cierto es que luego se cierra sobre el concepto jornada y casi también sobre un supuesto “horario” que en el teletrabajo suele no existir, dando mayor flexibilidad del trabajador.

Se trata de una oportunidad perdida de introducir algún concepto más actual y acorde con los tiempos y la realidad de muchas, aunque no todas, prestaciones laborales en forma de teletrabajo.

Aquí debemos recordar que el teletrabajo permite lo que otras actividades, como la de los viajantes de comercio, por ejemplo, ya permitían, que es la prestación de la tarea requerida por el empleador desde fuera del ámbito de sus establecimientos, y fuera de su órbita de control o injerencia, tanto en materia de jornada como de horario. Ello no implica que no pueda existir teletrabajo con jornada y horario. Sin embargo, creemos hubiera sido saludable incluir claramente la posibilidad de teletrabajo sin horario y sin jornada, medido por objetivos o resultados, y consecuentemente excluido del segundo párrafo del artículo cuarto, del artículo quinto, y naturalmente, del artículo sexto de la ley 27.555.

Nuevamente el artículo cuarto, en su último párrafo parece crear derechos exclusivos y probablemente irrealizables para el teletrabajador, al ordenar que el sistema informático inhiba al trabajador de la posibilidad de conexión fuera de su jornada de trabajo. Omite aquí que puede ser en interés del propio teletrabajador el conectarse fuera de su jornada, sea para completar o adelantar un trabajo puntual, sea para terminar de concertar un negocio o un proyecto, que en muchos casos le puede ser especialmente redituable. Este es un ejemplo claro de rigidez normativa que olvida que hoy es el trabajador quien en muchos casos demanda flexibilidad del empleador.

En materia de derecho a la desconexión digital, en el artículo quinto, y sin reglamentar,

en el primer párrafo parece adoptar un modo más cercano a la realidad, y se opta por generar un derecho, que el trabajador puede ejercer o no, en lugar de una obligación, que resulte en perjuicio del propio trabajador. Habría que ver luego como convive este artículo con la última parte del anterior, ya que podrían ser contradictorios. Sin embargo, en el segundo párrafo de este artículo genera una prohibición el empleador, respecto de la remisión de comunicaciones por cualquier medio fuera de la jornada laboral, pudiendo nuevamente esta prohibición ser en muchos casos perjudicial para el propio trabajador.

Asimismo, y siguiendo con organización de la jornada y horarios, en el artículo sexto, reglamentado por el decreto 27/2021, se obliga al empleador a asumir obligaciones totalmente inexistentes en la relación laboral presencial.

Se trata del cuidado de menores de 13 años, personas con discapacidad o adultos convivientes que requieran asistencia específica, en donde el empleador que posibilitó el teletrabajo debe adaptar horarios o interrumpir la jornada de acuerdo a las necesidades del trabajador. La reglamentación intenta introducir razonabilidad el tema, mediante una obligación de información fehaciente por parte del trabajador, y la posibilidad de acordar la reducción de la jornada de trabajo en caso de imposibilidad de adaptar los horarios. No se aclara que ocurre de no haber acuerdo al respecto, ni si el empleador tiene facultades de control, o como debe ejercerse este derecho en caso de haber más de un trabajador que compartan el cuidado de otra persona.

En el último párrafo de la reglamentación de este artículo se requiere que el empleador se inmiscuya que la vida privada del trabajador, promoviendo la participación de los “varones” en las tareas de cuidado. Es una inclusión que sorprende, y nuevamente, llama la atención que se incluya en una norma de teletrabajo, cuando se ser un tema que corresponda al empleador, cuestión que dudamos, debería en todo caso ser de aplicación general. Parece ser más una declamación voluntarista que una norma laboral, y dudamos que pueda tener algún efecto práctico, o que sea esta la manera de corregir inequidades de género en la Argentina.

El artículo séptimo recepta el principio básico de voluntariedad bilateral, para el empleado y el empleador, salvo casos de fuerza mayor. Este artículo no fue reglamentado, y sigue experiencia internacional y los principios establecidos en los distintos proyectos anteriores de regulación del teletrabajo, incluyendo el Programa Piloto de Promoción del Teletrabajo (PROPET).

En el artículo octavo se establece una inexplicable reversibilidad unilateral ilimitada en el tiempo. Ello implica que, luego de haber acordado pasar a teletrabajar, solo una parte, el trabajador, pueda unilateralmente exigir a la otra revertir y volver a la situación de trabajo presencial, en cualquier momento, es decir, sin que, a partir de determinado plazo, el cambio a la modalidad de prestación de tareas de teletrabajo quede consolidado y sea necesario un nuevo acuerdo para cambiarla. Ello contradice sin fundamento convincente alguno anteriores proyectos en el ámbito nacional, legislación internacional y la propia experiencia local en el PROPET. Otros autores ya han comentado en extenso sobre el impacto de esta previsión, que hace imprevisible el desarrollo de la relación laboral con el trabajador que pasa a teletrabajar. La reglamentación de a través del decreto 27/2021, introdujo la referencia a los principios de buena fe y evitar la situación de abuso de derecho, citando el Código Civil y Comercial de la Nación y la propia Ley de Contrato de Trabajo. Más allá de las cuestiones prácticas en cuanto a plazos y circunstancias que deben evaluarse en cada caso, y que se establecen en la reglamentación, lo cierto es que en este aspecto se ha generado una situación de innecesaria incer-

tidumbre, agravado por la expresa inclusión, entre los remedios legales, de la posibilidad de accionar por el restablecimiento de condiciones anteriores, lo cual puede llegar a ser de cumplimiento imposible o excesivamente gravoso.

En materia de elementos o herramientas de trabajo, la norma prevé la obligación de parte del empleador de proporcionar el equipamiento (*software* y *hardware*), haciéndose cargo de su soporte, instalación, mantenimiento y reparación. Como alternativa, se deja abierta la posibilidad de que el empleador compense económicamente al trabajador, en caso de utilización de las herramientas propias de este último. La reglamentación deja aclarada que esta compensación es de naturaleza no remunerativa a todos sus efectos, y que las partes pueden acordar las pautas para determinar o cuantificar esta compensación. Considero un acierto que se incluyera, siguiendo las tendencias actuales, la posibilidad de que el teletrabajador utilice sus propios equipos y pueda acordar una compensación no remunerativa por ello.

También es acertado en este artículo noveno que se incluyera expresamente la obligación del correcto uso y mantenimiento de los elementos y herramientas de trabajo provistas por el empleador, así como la restricción a su uso por parte de terceras personas.

El artículo décimo aborda la compensación de gastos derivados del teletrabajo. Si bien esta cuestión estaba ya prevista en el PROPET, llama la atención que la ley se fije en los eventuales mayores costos para el trabajador, pero omite totalmente los ahorros, incluyendo costos y tiempos de viaje, y desconociendo que en muchos casos los servicios de conectividad tienen tarifas planas, y que existe el pluriempleo. La reglamentación aclara, acertadamente, que esta compensación de gastos es de naturaleza no remunerativa, aun cuando sea sin comprobantes.

En materia de capacitación llama nuevamente la atención que se generen derechos para los teletrabajadores, yendo quizá más allá de los derechos de los trabajadores presenciales, a los que se pretendía igualar.

En los artículos doce y trece no se entiende bien con qué fin se reproducen cuestiones en materia de derecho sindical y colectivo que resultan totalmente repetitivas en innecesarias. Nos referimos al derecho a la representación sindical, cuya aparición en esta norma no se llega a comprender, pues es obvia, por estar reconocida por la propia Constitución Nacional, tratados internacionales, legislación laboral general, etc.

Sin embargo, tal vez esta inclusión pueda eventualmente servir para aclarar que la representación estará dada por el mismo sindicato que representa a los trabajadores presenciales de la empresa y será en consecuencia aplicable el mismo convenio colectivo que responde a la actividad principal del empleador, conforme plenario *Química Estrella*.

En materia de higiene y seguridad la reglamentación aclara que es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo el organismo que debe incorporar, de corresponder, enfermedades profesionales relativas al teletrabajo, si las hubiere, al listado previsto en el art. 6° inc. 2° de la ley 24.557.

Llama la atención que la ley otorgue participación, sin aclarar con qué alcance, a la entidad sindical en el control de la normativa en materia de higiene y seguridad.

Del mismo modo que se hacía ya en el PROPET, se deja aclarado con acierto que los accidentes acaecidos en ocasión del teletrabajo se presumen accidentes en los términos del art. 6° inc. 1 de la ley 24.557 (6).

(3) AR/LCON/856N  
(4) AR/LCON/8TSH

(5) AR/LCON/8Q6K  
(6) AR/LCON/1UUVQ

En el artículo quince sobre sistema de control y derecho a la intimidad, llama la atención que se “deba” contar con la participación de la entidad sindical para salvaguardar la intimidad del teletrabajador. Esta materia parece debería ser reservada a la autoridad laboral u otros órganos de control públicos, y que no puede ser delegada ni total ni parcialmente en las asociaciones sindicales. La reglamentación pareciera advertir esta situación y otorgarle un perfil técnico a través de sistemas de auditorías conjuntas a estos efectos, debiendo garantizar la confidencialidad. Si bien ello es una mejora respecto del texto abierto de la ley, lo cierto es que la confidencialidad de la información y el resguardo de la intimidad son aspectos muy sensibles, y creemos que merecían un tratamiento diferente, preservando de mejor manera a la intimidad del trabajador y la confidencialidad de la información y procesos del empleador. En este sentido el artículo 16 de la ley parece un acierto, en tanto el software del empleador no debe violar la intimidad del trabajador.

En materia de las ahora denominadas “Prestaciones transnacionales” no podemos dejar de mencionar y criticar el tema de la aplicación extraterritorial del derecho laboral, remitiendo a la norma más favorable al teletrabajador, y estableciendo el requisito de autorización previa para contratar a extranjeros no residentes e incluso ordenando tope a estas contrataciones a través de los convenios colectivos de trabajo. Esta materia no ha sido reglamentada por el decreto 27/2021, y parece avasallar diversos derechos constitucionales.

Por último, se destaca en el artículo dieciocho la obligación de llevar un registro de empresas que recurran al teletrabajo, incluyendo detalles de *software* o plataformas, que debe actualizarse mensualmente, con remisión de información confidencial de las empresas y datos personales de los trabajadores a la entidad sindical. Este registro parece una carga burocrática inútil, excesiva, y de cumplimiento casi imposible, además de invadir la intimidad del trabajador y confidencialidad de la empresa. Resulta totalmente anacrónico pretender seguir llevando registros e invadiendo la esfera privada. La reglamentación ha intentado morigerar levemente los efectos sobre las empresas, al aclarar que la información no debe alcanzar al giro comercial del empleador. Sin embargo, quiérase o no, toda información al respecto hace al giro comercial del empleador, y no se entiende por qué, o con qué fin, se pretende llevarla a un registro en el ámbito del Estado, y más aún, obligar a participar de ella a las organizaciones sindicales.

Si bien la norma establecía que entraría en vigencia a los 90 días de la finalización del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio, por resolución 54/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, del 05/02/2021, se estableció que esos 90 días debían computarse modo retroactivo y que la norma entraría en vigencia el 01/04/2021.

Por supuesto, como ya dijimos, fue necesario luego que la resolución 142/2021 aclarara los alcances de esa entrada en vigencia.

Todo ello demuestra que no había ninguna necesidad de sancionar la ley del modo en que se lo hizo, sin realmente tener en cuenta la realidad del tema y ni las opiniones de quienes generan trabajo formal en la Argentina.

La reglamentación, que debió esmerarse para morigerar los efectos de esta norma, y acercarla a la realidad para minimizar el daño que la misma causa a los propios trabajadores, pues normas como esta no hacen más que limitar las oportunidades reales de más y mejor trabajo formal en nuestro país.

#### IV. Comentario final

Hay mucho por hacer en materia laboral en Argentina. La ley de Contrato de Teletrabajo no era prioritaria ni necesaria.

De la mano de un diálogo social efectivo y realista la Argentina debe construir una agenda laboral mirando al futuro.

Una agenda que presenta desafíos tales como transformar planes y subsidios en oportunidades de empleo mediante el reentrenamiento y la capacitación. Que debe modificar la forma en que se resuelven los conflictos colectivos, que no pueden seguirse dirimiendo a través de mecanismos que generan daños irreparables.

Deben dejarse de lado ciertas políticas anti-empleo. Se debe promover el empleo formal, mejorando la productividad y reduciendo los costos laborales indirectos.

Se debe repensar la indemnización por despido, garantizando derechos al trabajador, fomentando el ahorro privado mediante un sistema eficiente de seguro como en tantos otros países.

Se debe volver a atraer a quien genera empleo e innova, a quienes invierten.

También es parte del desafío retener en el país a los talentos, que se ven tentados a emigrar a buscar en otras latitudes, las oportunidades que nuestros abuelos vinieron a buscar aquí.

Debemos escucharnos más, reconocer nuestra realidad, que no es la de hace cien, setenta o cuarenta años, y desde esa sinceridad repensar nuestro modelo laboral, para que deje de ser exclusivo y excluyente, y abra el camino del crecimiento del empleo privado genuino y sostenible.

Con una regulación laboral moderna no alcanza, es necesario corregir los desórdenes macroeconómicos. Sin embargo, sin una legislación laboral moderna, aun cuando la economía vuelva a crecer, no se solucionarán los vicios que viene arrasando el “modelo argentino”, que está completamente agotado, en clara extinción, como lo demuestran los niveles alarmantes de pobreza, informalidad y desempleo.

Cita on line: AR/DOC/882/2021

# El teletrabajo en Argentina

## Comentarios sobre la ley 27.555. Un fenómeno de visos tecnológicos con alcance jurídico y contractual



### Claudio Aquino

Abogado (USal), asesor legal de pymes, obras sociales, y sindicatos. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Docente de grado en la Universidad Católica de Salta, San Isidro, UBA y de posgrado, en las Maestrías en Derecho del Trabajo de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, y en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Subdirector del Área Académica del Colegio de Abogados de San Isidro. Vicepresidente del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de la República Argentina.



### Nahuel N. Espinillo

Abogado (UCA), maestrando en Derecho del Trabajo (UCES - tesis pendiente) y en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (UA - actualmente en curso). Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro. Profesor de posgrado (UCEMA-UBA). Se desempeña en el Departamento de Derecho del Trabajo & Seguridad Social del estudio Bruchou, Fernández Madero & Lombardi.

**SUMARIO:** Introducción.— II. Ámbito de aplicación.— III. Jornada y derecho a la desconexión.— IV. Tareas de cuidado.— V. Voluntariedad y reversibilidad.— V. Elementos de trabajo y compensación de gastos.— VI. Los sindicatos y las empresas en el teletrabajo.— VII. Prestaciones transnacionales.— VIII. Conclusión.

#### I. Introducción

El objeto del presente artículo es realizar un análisis crítico de la ley 27.555 que creó el Régimen Legal del Contrato de Trabajo (en adelante, “RLCT”) y su decreto reglamentario (21/2021). Lo más importante del nuevo Régimen, más allá de las particularidades que más adelante se analizarán, es que implicó un verdadero cambio de paradigma en el concepto del Teletrabajo, puesto que anteriormente se lo consideraba como un beneficio que el empleador le concedía a sus trabajadores.

Por el contrario, el nuevo RLCT introdujo dentro del Título III, denominado “de las Modalidades del Contrato de Trabajo”, el capítulo VI, titulado “del Contrato de Teletrabajo”, es decir que, en virtud de la nueva normativa, el Teletrabajo dejó de ser un beneficio, para pasar a ser una modalidad del contrato de trabajo, con consecuencias prácticas muy importantes.

Sin perjuicio de la novedad legislativa, el Teletrabajo no es nuevo en el país, puesto que ya en el año 2003 se creó dentro del ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (en adelante, “MTEySS”), una Comisión de Teletrabajo, cuya idea principal fue discutir la elaboración de un proyecto de ley sobre la temática (que fue elevado al Congreso Nacional en el año 2007).

Asimismo, en el año 2008 se creó, mediante la resolución 428, la Coordinación de Teletrabajo que dependía de la “Unidad Ministro” del MTEySS, y cuyo objetivo era la promoción y desarrollo normativo en materia de teletrabajo.

En el mismo sentido se dictó la resolución 147/2012, que dispuso que la Coordinación pasaría a formar parte de la estructura organizativa del MTEySS, y amplió sus competencias. Sin dudas, el hito más importante fue la creación, mediante la resolución

595/2013, del Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET), del cual participaron grandes empresas dedicadas a las telecomunicaciones y energía, además de empresas informáticas, cuyo objeto fue promover, facilitar y monitorear la aplicación de la modalidad de Teletrabajo en empresas del sector privado, y del que se extrajeron importantes conclusiones.

Esta brevísima reseña histórica, tiene por objeto destacar que hace varios años la regulación del teletrabajo era un tema pendiente en el país, pero que, por motivos ajenos al presente, nunca se lo discutió como política de estado.

La desgraciada situación sanitaria y social que ha generado la pandemia provocada por el COVID hizo que todos los países hayan tomado medidas (1) destinadas a disminuir los contagios, entre las que se destaca fuertemente la promoción del teletrabajo.

resoluciones del MTEySS que dispusieron múltiples dispensas de asistir a sus lugares de trabajo, de trabajadores cuya actividad no pueda considerarse esencial, o que se encuentren dentro de los denominados “grupos de riesgo”.

#### II. Ámbito de aplicación

Uno de los temas que más dudas había despertado antes de la sanción del RLCT era qué condiciones debería reunir el trabajador para que pueda considerarse que es un “teletrabajador”, y que, en consecuencia, resulte aplicable la nueva normativa.

Hoy en día no caben dudas de que cualquier persona que preste tareas “total o parcialmente” en su domicilio, “o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador”, mediante la utilización de tecnología, será un teletrabajador. Sin perjuicio de destacar que la “definición”, parece ser un poco amplia, entendemos que en la práctica no habrá dudas respecto a quienes se aplicará el RLCT.

En el marco de serias restricciones a la circulación de las personas, se dictaron diversas

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre el particular, se puede ver: ESPINILLO, Nahuel, “Medidas adoptadas en materia laboral en España, Italia y

Chile a causa del COVID-19”, *Revista de Derecho Laboral - Actualidad*, “El impacto del Coronavirus en las relaciones laborales”, *Dossier* Nro. 2, Rubinzal Culzoni Editores, ps. 79/84.

la "labor se realice en forma esporádica y ocasional", o por alguna "circunstancia excepcional". Es decir, en la medida en que la prestación no sea "esporádica", el RLCT resultará aplicable, independientemente de la cantidad de días que el trabajador preste tareas bajo esta modalidad.

### III. Jornada y derecho a la desconexión

El artículo 4 del RLCT, establece que la jornada deberá pactarse "previamente" por escrito, de conformidad con "los límites legales y convencionales". Una novedad es la obligación de que "las plataformas y/o software utilizados por el empleador... deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral... impidiendo la conexión fuera de la misma".

Este último punto resulta ser sumamente complejo, por cuanto pareciera disponer la imposibilidad de prestar tareas fuera de la jornada antes preestablecida, en franca contradicción con lo dispuesto respecto a las tareas de cuidado, pero también al deber de colaboración del trabajador (2) y, especialmente, a la posibilidad de que este realice horas extraordinarias, como tal vez hacía mientras desarrollaba tareas presenciales, lo que también conllevaría a una contradicción con lo dispuesto en el artículo 3 del RLCT. Entendemos que la mención a que el software deba impedir "la conexión fuera de la" jornada, no impide la realización de horas extraordinarias, en primer lugar, porque es una situación amparada por la normativa general, que puede beneficiar considerablemente al trabajador, pero a su vez, por cuanto el propio artículo hace referencia a los "...límites legales".

Consideramos que la correcta interpretación es que el software deberá prever un régimen especial para la realización de horas extraordinarias, debiendo ingresarse algún código especial que habilite el ingreso al Sistema, con la previa autorización por parte del empleador.

A su vez, hubiera sido necesaria la articulación del derecho a la desconexión, con las tareas de cuidado, por cuanto hoy en día el trabajo en equipo es muy común, al igual que también lo es el hecho de que un trabajador deba confirmar su trabajo con alguien de mayor *seniority*, que no necesariamente pueda considerarse su empleador, y que, en consecuencia, se encuentra amparado por el mismo régimen que él.

En este supuesto, qué ocurre si un trabajador suspende su jornada para abocarse a tareas de cuidado, mientras que aquel con quien deba reportarse, continúa trabajando y en consecuencia finaliza su jornada antes de que el primero la reinicie, este último ¿le puede remitir un correo electrónico con el trabajo pendiente? Si la respuesta es que no, se acabaron el trabajo en equipo, las líneas de reporte y el trabajo colaborativo en el país. Por el contrario, si la respuesta es que sí, la situación tampoco mejora demasiado, puesto que la demora en la respuesta, atenta seriamente contra la competitividad de los trabajadores con tareas de cuidado respecto a los demás y, en última instancia, de la empresa en general, que no podrá dar pronta respuesta a la demanda de sus clientes.

Idéntico comentario nos merece la coordinación entre teletrabajadores y trabajadores presenciales: ¿cómo se articula el derecho a la desconexión o a las tareas de cuidado con trabajadores que no tienen derecho a suspender su jornada?

### IV. Tareas de cuidado

El artículo 6 del RLCT introdujo en el país, bajo la denominación "tareas de cuidado", lo que en España se conoce como jornada "a la carta", aunque con una limitación funcional, y únicamente para los trabajadores comprendidos en la nueva normativa.

En efecto, aquellos trabajadores que acrediten "tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada".

Esta disposición es similar a la establecida en España (3), aunque con las limitaciones antes mencionadas, respecto a que se debe acreditar tener alguna persona a cargo y que aquí únicamente se aplica a aquellos sujetos comprendidos en el RLCT.

Durante los conocidos ASPO/DISPO se dictaron distintas Resoluciones de aristas similares (4), que tenían sentido mientras existiesen restricciones a la circulación, o a la concurrencia a establecimientos educativos o a instituciones dedicadas al cuidado de personas mayores, pero su inclusión como un derecho del teletrabajador, seguramente traerá aparejadas una serie de discusiones de difícil solución.

En efecto, cabe advertir que mientras la concurrencia a los establecimientos educativos se encontrase limitada o prohibida, resultaba evidente que la realidad de los trabajadores (y todos los habitantes del país), había sufrido un cambio muy importante, que necesitaba una pronta respuesta legislativa. Ahora bien, las restricciones antes mencionadas, algún día terminarán, pero el RLCT continuará vigente.

Es por esto que, resulta extraño que se cree un derecho para los teletrabajadores, que los trabajadores presenciales no tienen, cuando la idea, era garantizar la igualdad de derechos entre ambos tipos de trabajadores.

Lamentablemente, esta cuestión seguramente desalentará la implementación del teletrabajo por parte de los empleadores, puesto que implica una renuncia muy marcada al poder de dirección y organización (5), por cuanto deberá adaptar su jornada a las necesidades de cada trabajador en particular, lo que implicará un notable esfuerzo por mantener la cohesión en la prestación de servicios por parte de la empresa.

Asimismo, la normativa indica que "cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592", generándose de esta manera una presunción *iuris tantum* en contra del empleador, por cuanto el trabajador ni siquiera deberá demostrar indicios de haber sido objeto de un acto discriminatorio, por cuanto la misma ley lo presume.

Por último, también resulta interesante que la reglamentación haya dispuesto que las partes "...deberán velar por un uso equitativo, en términos de género, de las medidas dispuestas en este artículo, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado". Más

allá de que difícilmente el empleador pueda (y deba) entrometerse en el seno familiar de sus dependientes, no deja de ser loable que la normativa ratifique la importancia de la participación equitativa de ambos progenitores en las tareas de cuidado o del hogar.

En la misma inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente descalificó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, afirmando que "...exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad..." (6).

Actualmente, no puede hablarse de roles preestablecidos en las parejas, puesto que se entendió (afortunadamente), que el varón no "colabora" con los quehaceres domésticos o el cuidado de los menores, sino que los reconoce como propios, dejando de lado prejuicios que mucho daño le han hecho a la sociedad.

### V. Voluntariedad y reversibilidad

El art. 7 del RLCT establece que "el traslado de quien trabaja en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo, salvo casos de fuerza mayor debidamente acreditada, debe ser voluntario y prestado por escrito".

Como no podía ser de otra manera, el ingreso de las partes al RLCT debe ser voluntario. En esa inteligencia, pareciera innecesario que el propio artículo establezca que en "casos de fuerza mayor debidamente acreditada", no se configuraría la voluntad exigida, por cuanto el propio art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que "el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad..."

Es por esto, que entendemos que no podría considerarse que las empresas que se vieron obligadas a cerrar sus establecimientos por la grave situación sanitaria, o que decidieron adoptar medidas de idéntica índole para proteger la salud de sus trabajadores, hayan adoptado voluntariamente la situación del teletrabajo.

Por el contrario, nos encontramos evidentemente en situación de fuerza mayor, que sorprendió al mundo entero. En esta inteligencia, la resolución 142/2021 (7) dispuso que: "...mientras se mantengan las restricciones y/o recomendaciones sanitarias dictadas por las autoridades nacionales, provinciales o locales...", la circunstancia de que los trabajadores y las trabajadoras se vean impedidos de cumplir con el deber de asistencia al lugar de trabajo y realicen las tareas en su domicilio... no podrá ser considerada como sustitutiva del acuerdo escrito que exige el art. 7º del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo como expresión de voluntad de las partes".

En consecuencia, y sin perjuicio de entender que la solución debería ser la misma, queda claro que hasta tanto no se normalice la situación sanitaria en el país, no podrá considerarse que la situación de teletrabajo "de hecho" o "a palos", pueda considerarse voluntaria, por lo que las partes, eventualmente, deberán manifestar su intención de someterse al RLCT.

Obviamente, habría que aclarar que la obligación de celebrar el contrato por escrito, está dirigida al empleador, que no podrá ampararse en la ausencia de esta formalidad para no aplicar el RLCT. Además, resulta evidente que, en este punto, resulta de plena aplicación el principio de primacía de la realidad (8), por lo que habrá que estarse a los hechos, independientemente del cumplimiento o no de la formalidad antes mencionada por parte del empleador.

Ahora bien, una vez que las partes hayan acordado su intención de registrarse por el RLCT, el art. 8 establece que: "el consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación".

En primer lugar, resulta extraño que el RLCT, haya dispuesto que únicamente el trabajador pueda revocar su consentimiento, y que el empleador, en ese supuesto, "le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas", por cuanto no hay justificación válida para que no se haya hecho mención a que el empleador pueda revocar su voluntad de someterse a un régimen, aun imponiéndosele la carga de dar las explicaciones del caso, o cumplir con las disposiciones del art. 66 de la LCT.

La redacción del artículo y su reglamentación, implican una renuncia al poder de dirección por parte del empleador, que una vez que haya manifestado su voluntad de someterse al RLCT, quedará inmerso en él mientras dure la relación laboral. Nada impediría que ambas partes, de común acuerdo, pactasen una novación en la "modalidad", y la consecuente vuelta a la presencialidad total o parcial, pero con la redacción del art. 8 y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 12 de la LCT, en la práctica resultaría harto difícil sostener esta posición.

Sin perjuicio de lo expuesto, entendemos que aunque el RLCT no haya dispuesto nada, el empleador conserva las facultades de dirección y organización, que claramente no pueden ser desconocidas ni desnaturalizadas, en tanto hay derechos y garantías constitucionales que implican un mayor tratamiento que el que se le ha dado (9), y no requieren de un reconocimiento expreso de una normativa especial, por lo que entendemos que el empleador también podrá revocar unilateralmente (10) su decisión de adoptar el RLCT, aunque obviamente con las limitaciones del párrafo anterior. En este punto, cabe recordar que, como exige la LCT, "las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador" (11).

En virtud de las críticas muy fuertes que recibió este artículo, la reglamentación realizó dos aclaraciones: (i) que el derecho a la reversibilidad y la "obligación resultante" por parte del empleador, deberán ajustarse al principio de buena fe, y que, con la solicitud del trabajador "con la sola invocación de una motivación razonable y sobreviniente", el empleador deberá cumplir "con su obligación en el menor plazo que permita la situación del o de los establecimientos al momento del pedido", pero que "en ningún caso dicho plazo

(2) Conforme artículo 203 de la LCT.

(3) El apartado 8 del art. 34 del real decreto-ley 6/2019 establece que: "las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la organización del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral".

(4) En tal sentido, ver las resoluciones 207/2020 y 60/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

(5) En este punto, adviértase que la LCT establece que "Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción..." situación que le es vedada en un punto tan central

como es la distribución de la jornada.

(6) CIDH, "Atala Riffo y Niñas Vs. Chile". fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 24/02/2012 AR/JUR/13845/2012.

(7) BO. 34.612 del 19/03/2021.

(8) Al respecto, se recomienda: GUIZADO, Héctor, "El principio de primacía de la realidad en el derecho del trabajo", DT 2020 (noviembre), 5, AR/DOC/

3279/2020.

(9) En tal sentido, se recomienda: RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "O la LCT ya no sirve o los jueces quieren superarla", DT 2012 (febrero), 173, AR/DOC/245/2012.

(10) En idéntico sentido: PICO, Jorge - DILLON, Nicole, "Comentarios preliminares a la regulación del teletrabajo", DT 2021 (enero), 53, AR/DOC/3644/2020.

(11) Art. 65 de la LCT.

podrá ser superior a treinta (30) días”. Asimismo, se dispuso que a “los efectos de evaluar la imposibilidad de cumplir con esta obligación se tendrá especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se dispuso el cambio de la modalidad presencial hacia la modalidad de teletrabajo”, y (ii) que las aquellos trabajadores que “...hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales”.

Por último, y en una solución compleja y no libre de críticas, el RLCT dispuso que el incumplimiento de la obligación del empleador de aceptar la reversión decidida por el trabajador, se considerará un incumplimiento al deber de deber de ocupación (art. 78 de la LCT), que le dará al trabajador el derecho de considerarse despedido o “accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas”.

## V. Elementos de trabajo y compensación de gastos

Los arts. 9 y 10 del RLCT establecen la obligación del empleador de proporcionar el equipamiento y las herramientas de trabajo necesarios para la prestación de tareas bajo esta modalidad, y asumir todos los gastos asociados a la “instalación, mantenimiento y reparación de las mismas”, o “la compensación por la utilización de herramientas propios de la persona que trabaja”. Asimismo, se establece que el teletrabajador tendrá derecho a la “compensación por los mayores gastos de conectividad y/o consumo de servicios” que implique esta modalidad.

Por su parte, la reglamentación agrega que la “provisión de elementos de trabajo” y “la compensación de gastos, aún sin comprobantes” no se considerarán remuneración.

Esta regulación, no es más que una manifestación del principio de indemnidad, regulado en el art. 76 de la LCT, que dispone que “El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por este para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo”.

Si bien podría aceptarse que la reglamentación de la Ley incurrió en un exceso al establecer el carácter no salarial de estos rubros, la realidad es que la discusión carece de efectos prácticos, por cuanto nuestro Máximo Tribunal ha afirmado que “La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doctrina de “Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación”, Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional (Fallos: 329:3680)” (12).

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha mantenido ese criterio en el caso de decretos que establecieron el carácter no salarial de aumentos (13), e incluso de convenios colectivos homologados por la autoridad de aplicación (14).

Ahora bien, conforme el criterio antes mencionado de la Corte, para analizar el carácter salarial o no de un determinado rubro, debemos atender a sus elementos, por lo que entendemos que en la medida en que los elementos de trabajo entregados al trabajador, y los reintegros de gastos efectuados por el empleador guarden relación con la modalidad del teletrabajo, no constituyen salario, por cuanto, reiteramos, esto no es más que una manifestación del principio de indemnidad.

Respecto a la compensación de gastos, se estableció mediante la reglamentación, que “...aun sin comprobantes, no se considera remuneratoria”. Sobre el particular, cabe recordar que el art. 106 de la LCT, establece que “los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo”.

Sin perjuicio de que no se haga mención de ninguna otra fuente más que los estatutos y las convenciones colectivas de trabajo, haciendo una interpretación (15) armónica o, incluso, teleológica cabría concluir que no hay inconveniente alguno en que los trabajadores no acrediten mediante comprobantes los mayores gastos, por cuanto es una norma que en definitiva los termina beneficiando, y no se advierte un fraude en la disposición legal que así lo establece.

Siguiendo a Maza, mediante el Plenario 247 (16) la Cámara arribó a la conclusión “con una razonable flexibilidad conceptual... que los convenios colectivos pueden dispensar al empleador del requisito legal de la rendición documentada de los gastos” (17). Entendemos que, sin perjuicio de la expresa autorización de la reglamentación del RLCT, las conclusiones del Plenario Aiello resultan de plena aplicación al presente caso, por cuanto será muy difícil para el trabajador acreditar los “mayores gastos” de esta nueva modalidad, por lo que, en la medida en que estos sean razonables, no hay inconveniente en que no se acrediten mediante comprobante.

## VI. Los sindicatos y las empresas en el teletrabajo

Desde luego, deviene nuclear destacar en el contexto fáctico, social y jurídico que se construye en el marco de esta reciente modalidad contractual normativizada, la trascendencia inequívoca la labor de los actores sociales en la dimensión estructural de la negociación colectiva.

Naturalmente, este escenario revela una de las medulares expresiones del principio universal y derecho humano fundamental de la libertad sindical (18), tanto en su ex-

presión individual cuanto en su matriz colectiva.

Basta con leer el RLCT para advertir la marcada impronta que se le ha dado a la negociación colectiva, otorgándole facultades respecto a las tareas de cuidado, reversibilidad, jornada, cuestiones relativas al control en materia de seguridad e higiene, entre otras.

Indudablemente, en el estado actual de la situación, será un desafío ver cómo los actores sociales enfrentan los conflictos de intereses (19), y la recepción que el reciente fallo ADEMUS (20) les merece, respecto a la legitimación para negociar colectivamente (21).

Otro tema importante, es que muy probablemente los teletrabajadores no se encuentren representados por ningún sindicato, por lo que las empresas deberán articular estas situaciones.

## VII. Prestaciones transnacionales

Uno de los puntos más relevantes de la nueva normativa, es la regulación de las prestaciones transnacionales que, si bien no son definidas, se entiende que son aquellas prestadas por personas que no vivan en el país.

En efecto, una de las consecuencias de esta modalidad de prestación de tareas, es que el trabajador puede realizarlas desde cualquier lugar del mundo, con el único requisito de que tenga conexión a internet. Esta situación, bastante novedosa, conlleva una serie de cuestiones que no encuentran debida respuesta en la normativa actual, y que deberá ser objeto de mayores precisiones.

En primer lugar, cabe destacar que el RLCT, como ha observado gran parte de la doctrina, se apartó del principio general establecido en el artículo 3 de la LCT, por cuanto dispone que, además del lugar de ejecución de las tareas, “se aplicará al contrato de trabajo... la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja”.

Esta disposición recibió severas críticas, por entender que resultaba un apartamiento del principio general de la LCT (22), y un desconocimiento profundo respecto al derecho internacional privado del trabajo (23).

En primer lugar, no vemos ningún inconveniente en este “apartamiento”, por cuanto se trata de una modalidad con aristas especiales, que hacen que pueda aplicarse criterios distintos que los del régimen general. Resulta evidente que lo que buscó el legislador es evitar que empresas locales, con el único fin de evitar la aplicación de la LCT, contraten a trabajadores de otros países, con regímenes menos favorables para ellos.

Sin perjuicio de ello, tampoco compartimos las críticas, por cuanto la interpretación que merece la palabra “ejecución” contenida en el artículo 3 de la LCT, está lejos de ser pacífica. En efecto, la jurisprudencia reciente (24) y no tanto, realizó una interpretación amplia del concepto, extendiéndolo al principal lugar de

ejecución (25), al lugar donde se producen los efectos de la prestación laboral (26) y algunos más dudosos, como el beneficiario último de la prestación (27), todos estos criterios independientemente del lugar físico donde el trabajador prestaba sus tareas.

Como habrá advertido el lector, los últimos criterios conllevarían a la aplicación del derecho nacional, aún en el supuesto en que el RLCT no hubiese dispuesto nada al respecto. Asimismo, y en ese hipotético caso, entendemos que también resultaría aplicable el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto establece que “...El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Ninguna duda cabe que la LCT es una norma imperativa, en tanto obliga a las partes vinculadas por un contrato de trabajo a sujetarse a sus mínimos inderogables. En este sentido, si una empresa con sede en nuestro país decide contratar a una persona de otro país, para que preste servicios que producirán efectos en la Argentina y dirigidos a satisfacer a su propio objeto social, debe entenderse que lo hizo con el único fin de evitar la aplicación de la LCT, en busca de una legislación más permisiva.

Consecuentemente, dicha situación conllevaría la aplicación de la “norma imperativa que se trata de eludir”, conforme la normativa civil antes mencionada. Nada impide que la empresa decida contratar al trabajador domiciliado en otro país, pero deberá a tal efecto, cumplir con la normativa laboral y registrarlo como su dependiente.

Por esto, entendemos que la tan criticada disposición del RLCT sirve para otorgar seguridad jurídica sobre el derecho aplicable a este tipo de relaciones, frente a planteos como los antes mencionados.

En contra de este artículo, se ha afirmado que, en el supuesto de empresas multinacionales, “...el domicilio de las mismas se encuentre en el exterior, y los trabajadores contratados para prestar servicios en la Argentina se regirán por la ley de este país. Ello así, sea cual sea el derecho más favorable para el trabajador” (28), omitiendo valorar la primera parte del artículo 16, que expresamente establece que el derecho aplicable será el del lugar de ejecución. En el caso de un trabajador que preste servicios desde este país, no caben dudas que será aplicable el derecho argentino, independientemente del domicilio de la “multinacional” (salvo el supuesto de que el derecho del domicilio de la empresa sea más favorable, situación de difícil ocurrencia). Además, al respecto cabe destacar que no está en discusión cual es el derecho aplicable a las prestaciones que se desarrollan en el país (29).

En relación con las críticas respecto a la competencia judicial, no advertimos ninguna difi-

(12) CS, “Pérez, Anibal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, 01/08/2009, Fallos: 332:2043.

(13) CS, “González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y Otro s/ Despido”, 19/05/2010, Fallos: 333:699. En la misma inteligencia, y respecto al reciente decreto 14/2020, se puede ver: “ESPINILLO, Nahuel”, “Volvieron los aumentos por decreto. Algunas cuestiones relativas al decreto 14/2020”, ADLA 2020-2, 73, AR/DOC/189/2020.

(14) CS, “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ Despido”, 04/06/2013, Fallos: 336:593.

(15) ETALA, Carlos Alberto, “Interpretación y aplicación de las normas laborales”, Astrea, 2007, 1ª reimpr. de la 1ª ed.

(16) CNTrab., en pleno, “Aiello, Aurelio c. Transportes Automotores Chevallier S.A.”, 28/08/1985, AR/JUR/1497/1985.

(17) MAZA, Miguel Ángel (dir.), “Colección plenarios. Derechos del trabajo”, La Ley, 2011, t. I, p. 987.

(18) Sobre el particular, se puede ver ESPINILLO, Nahuel, “El estado actual de la libertad sindical y a protección del derecho de sindicalización en el centenario de la OIT”, DT 2019 (noviembre), 87, AR/DOC/3656/2019.

(19) Se recomienda, AMBESI, Leonardo, “A propósito de las conductas particulares y las intervenciones estatales en los conflictos de intereses”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, t. 2014, 951, ED.

(20) CS, “ADEMUS y Otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y Otro s/ Amparo Sindical”, 03/09/2020, Fallos: 343:867.

(21) Sobre el particular, se recomienda TOPET, Pablo, “El caso ADEMUS: El derecho a intervenir en negociaciones colectivas”, Rubinzal Online; DE DIEGO, Julián Arturo “La potestad del sindicato con simple inscripción en negociar un convenio colectivo”, LA LEY 05/11/2020, 1, AR/DOC/3446/2020; y MUGNOLO, Juan Pablo, “El fallo ADEMUS y las ruinas circula-

res del modelo sindical argentino”, LA LEY 05/11/2020, 1, AR/DOC/3103/2020.

(22) Por ejemplo: PICO, Jorge - DILLON, Nicole, ob. cit., y FOGGLIA, Ricardo “Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo”, punto XI, LA LEY, 2020-E, 464, AR/DOC/2928/2020.

(23) DE DIEGO, Julián Arturo, “Régimen legal del teletrabajo para trabajadores dependientes”, Ed. Erreius, 2020, 1ª ed., p. 280.

(24) Sobre el particular, se puede ver: ESPINILLO, Nahuel, “Interpretación actual del artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual”, DT 2019 (mayo), 1057, AR/DOC/498/2019.

(25) CNTrab., sala VIII, “Mazzei, Humberto Rubén c/ ENDESA International S.A. y Otros s/ Despido”, 06/12/2012, AR/JUR/72617/2012.

(26) CNTrab., Sala VII, “Espinoza, Gustavo Carlos c/ Ma-

rítima Maruba (antes Maruba SCA) y Otros s/ Despido”, 22/12/2015, AR/JUR/76465/2015 (modificada por la CS el 29/08/2019, pero no en este punto). En idéntico sentido: CNTrab., sala VIII, “Morales Perez Dumas, Leonardo c/ LS4 Radio Continental S.A. s/ Despido”, Sentencia Definitiva del 13/03/2015.

(27) CNTrab., sala V, “Carrillo, Ricardo César c/ Inversora de Eventos S.A. y Otros s/ Despido”, 18/05/2010. En idéntico sentido CNTrab., sala X, “Guevara, Daniel Alberto c/ Degremont S.A. y Otro s/ Despido”, 15/03/2015.

(28) LASTRA, Mónica, “Régimen legal del contrato de teletrabajo”, ED Trabajo y Seguridad Social, octubre de 2020, p. 1714.

(29) Además de la Ley de Teletrabajo, se puede ver el art. 3 de la LCT, y los incs. 5 y 6 del art. 7, y el inc. a) del art. 12 de la ley 24.241, y también el art. 7 de la ley 24.013.

cultad, por cuanto cabe recordar que aquella resulta ser improrrogable para la inmensa mayoría de las normas procesales (30). Como consecuencia de ello, alcanzará con que se cumplan con las disposiciones allí establecidas para que el juez resulte competente (31). En el marco de la Justicia Nacional, el art. 24 de la ley 18.345 establece que será competente “el juez del lugar del trabajo (32), el del lugar de celebración del contrato, o el del domicilio del demandado”.

Respecto de la limitación en la contratación de extranjeros no residentes en el país, entendemos que “se encuentra comprendida en el ejercicio de facultades conferidas al Poder Ejecutivo para determinar la política económica y social, a las que corresponde reconocer una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran, sin que se advierta, en la especie, que concurran circunstancias que autoricen a descalificar la legislación impugnada” (33), y no advertimos ninguna violación al orden constitucional, como se ha pretendido esbozar en algunos comentarios doctrinarios, por cuanto simplemente se limita la contratación de personas extranjeras que no habiten en el país. De hecho, el propio artículo 20 de la Constitución Nacional, establece que los extranjeros gozan “en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”. No pareciera, en este sentido, que el tope a la limitación de la contratación de extranjeros no residentes en el país, pueda considerarse discriminatorio. Asimismo, y sin perjuicio del estado actual de la situación migratoria, producto del COVID, Argentina se encuentra abierta para recibir a “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Simplemente, tendrán que venir.

Tampoco vemos objeciones a que se haya delegado en la negociación colectiva el cupo

máximo de este tipo de contrataciones, por cuanto se encuentra en juego derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos (34), y nuestro Máximo Tribunal (35) ya reconoció que a los sindicatos “además de la representación que ejercen en virtud del mandato constitucional en los casos de incidencia colectiva en general (art. 43 de la CN), le incumbe encargarse de representar, frente al Estado y los empleadores, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (arts. 1, 2, 3, 4, Y 31 de la ley 23.551)” (36).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, creemos que la escueta regulación de esta modalidad de prestación de tareas la hará de muy difícil aplicación práctica.

En efecto, según la normativa vigente (y como no podría ser de otra manera), los empleadores deben denunciar a las ART contratadas los domicilios de los trabajadores que presten servicios mediante la modalidad de teletrabajo, y según la resolución 21/2020 de la SRT, este domicilio “será considerado como ámbito laboral a todos los efectos de la ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo”.

Ahora bien, ¿a qué comisión médica acudirán los trabajadores que presten tareas fuera del país? ¿qué tipo de control podrán ejercer las ART sobre el domicilio del trabajador? En caso de un accidente, ¿cómo hará la ART para brindar las prestaciones en especie o indicar tratamientos de rehabilitación?

Asimismo, el pago del salario que debería ser en cuenta sueldo, ¿indefectiblemente se deberá abonar en una cuenta abierta en un banco nacional? ¿en qué moneda se pagará? En caso de que el costo de vida de un país, sea

mayor que otro, ¿esa diferencia en el pago de las remuneraciones de trabajadores domiciliados en distintos países, se considerará que vulnera el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea? (37).

Todas estas interrogantes hacen que, salvo que se regule con mucho mayor detalle, este tipo de prestaciones difícilmente tengan una acogida favorable por parte de las empresas.

#### VIII. Conclusión

Sin perjuicio de las particularidades reseñadas en los acápite anteriores, y a pesar de la loable voluntad de, por fin, regular un tema trascendental para la prestación de tareas, como es el teletrabajo, coincidimos con que el Legislador ha incursionado de lleno en un tema que debería ser mucho más flexible, puesto que esta flexibilidad se encuentra en su propio concepto.

Claramente, luego de la entrada en vigencia de la ley 27.555 el teletrabajo ha dejado de ser un “beneficio” que algunas empresas les otorgaban a sus trabajadores, como una liberalidad, o una manifestación de su política de relaciones laborales o “gestión del talento”, para pasar a ser una modalidad contractual, como da cuenta el propio art. 102 bis de la LCT.

Esto no es un tema menor, por cuanto la normativa de la ley 27.555 funcionará como un piso mínimo (38) sobre el cual el empleador deberá elaborar su política de teletrabajo, pero sobre la que no podrá innovar demasiado, en virtud de la rigurosidad de la legislación.

Si bien algunas de estas críticas realizadas por la doctrina y parte el sector empresario

nos parecen un tanto desproporcionadas, hay otras que no dejan de tener sentido, como por ejemplo la necesidad de los empleadores de adaptar su jornada en el caso de que el/la trabajador/a tenga a su cargo tareas de cuidado. Esta nueva exigencia, no tiene ningún correlato con las tareas prestadas de manera presencial (39), lo que implica indefectiblemente un cambio en la jornada y el servicio que brinda el empleador, y la necesaria cohesión de toda su matriz productiva.

Asimismo, la referencia a “mayores costos”, como se afirmó, hubiera merecido un mayor detenimiento, por cuanto el teletrabajo no necesariamente implica mayores gastos para el trabajador, que por lo pronto (en la inmensa mayoría de los casos) se ahorrará los costos asociados al traslado hasta y desde el lugar de trabajo a su hogar. A su vez, salvo en casos de trabajadores que no hubieran contado con conexión a internet o una computadora, el resto de los trabajadores tampoco vio incrementados sus costos por empezar a “teletrabajar”, puesto que ya contaban con estas herramientas.

Ojalá las cuestiones delegadas a la negociación colectiva, puedan servir para que los representantes de las partes discutan seriamente un marco normativo a los fines de una conciliación entre la vida personal y laboral, y la productividad empresarial, converjan para hacer de este un país productivo, donde las empresas decidan invertir y generar más, y mejor empleo, pero parece realmente difícil, de no mediar una intensa capacitación de los actores sociales, que es el apotegma basal e insoslayable de la libertad sindical como principio universal y derecho humano fundamental (40).

Cita on line: AR/DOC/892/2021

(30) Conf. SC Buenos Aires, “Souto, María Elena Clara c/ Preminens S.A. y Otros s/ Despido”, Sentencia Definitiva del 04/11/2009, AR/JUR/52990/2009.

(31) En tal sentido: CNTrab., Sala II, “Curci, Jorge Alberto c/ Confederación Sudamericana de Fútbol y Otro s/ Despido”, Sentencia Interlocutoria del 28/04/2018 y CNTrab., Sala IV, “Sucari, Elías Martín c/ Teletech Argentina S.A. y Otro s/ Despido”, Sentencia Interlocutoria del 29/12/2015.

(32) Sobre este supuesto hay dos sentencias muy interesantes: TTrab. N.º1, San Miguel, “Romero, Sharon Patricia c/ MM Directa S.A. s/ Reinstalación (sumarísimo)” Sentencia Interlocutoria del 27/07/2020, y CNTrab., Sala II, “Arguelles, Lucía c/ Amercon S.A. y Otro s/ Despido”, Sentencia Interlocutoria del 23/02/2018.

(33) CS, “Ullman, Miguel A. c/ V.A.S.A s/ Despido”, 11/09/1984, Fallos: 306:1311, entre muchos otros.

(34) Conforme: CS, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111.

(35) Sobre el fallo, y el tema en general, se recomienda: FERA, Mario S., “La legitimación colectiva de las asociaciones sindicales en las acciones de amparo y su expreso reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *El Derecho, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, t. 2003, ED, y AQUINO, Claudio, “La representación sindical y el ejercicio de derechos de incidencia colectiva”, DT 2016 (mayo), 1113, AR/DOC/710/2016.

(36) CS, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares S.A.DO.P. c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de Amparo”, Sentencia Definitiva del 04/07/2003.

(37) En tal sentido, basta con observar la jurisprudencia relativa a diferencias entre establecimientos del mismo empleador, como por ejemplo CNTrab., sala VII, “Cáceres, Jorge Gabriel c/ Galeno Argentina S.A. s/ Diferencias de salarios”, 17/12/2019; sala IX, “Carral, Carmen Rosa c/ Galeno Argentina S.A. s/ Diferencias de salarios”, 21/02/2019; sala X, “Moreira, Patricia Mirta c/ Galeno A.R.T. s/ Diferencias de Salarios”, 18/09/2019; sala V, “Robledo, Walter Rodolfo c/ Galeno Argentina S.A. s/ Diferencias de Salarios”, 19/06/2019; entre muchos otros.

(38) Conforme art. 7 de la LCT.

(39) Sobre el particular: FUNES de RIOJA, Ignacio, “Régimen legal del Teletrabajo”, *Trabajo y Seguridad Social*, octubre de 2020, p. 1684.

(40) Ver tratamiento del principio de libertad sindical en AQUINO, Claudio, “Las organizaciones sindicales frente a los principios y valores de libertad y democracia”, LA LEY, 2019-D, 657, AR/DOC/2332/2019 y; AQUINO, Claudio, “Intervencionismo estatal versus autonomía gremial. Las ponderaciones judiciales a la luz del principio de libertad sindical”, DT 2020 (septiembre), 52, AR/DOC/2248/2020.

# La jornada laboral y el derecho a la desconexión en la ley 27.555 de Teletrabajo



Gabriela F. López

Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires, con una especialización en Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Argentina. Gerente de Legales en Unilever.



Mariángeles Fernández

Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires, con una especialización en Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Argentina. Gerente de Legales en Directv Latin America.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Jornada de trabajo.— III. Derecho a la desconexión.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La Ley de Teletrabajo, sancionada bajo el número 27.555 (1) —nos atrevemos a decir— es una de las consecuencias más relevantes en el marco normativo laboral al que ha dado lugar la Pandemia COVID-19.

No nos adentraremos aquí sobre su efectiva aplicación y alcance, limitándonos a mencionar, que, a las discusiones relativas a dichos aspectos, se ha sumado el reciente dictado de la

resolución 142/2021 del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (19/03/2021) (2) que en estos días ha dado lugar a una discusión entre los expertos sobre dichos aspectos.

Sobre el contexto de dictado de la norma mencionada diremos que si bien era una ley esperada y exigida durante años, sobre todo considerando los avances tecnológicos que permitían estar conectados a distancia, la misma fue dictada en un

contexto extraordinario como lo fue (y sigue siendo) la emergencia sanitaria por COVID-19 y por imposición y la urgencia de los acontecimientos, lo que permite comprender por qué, aún luego de su reglamentación [decreto reglamentario, 27/2021 (PEN)(3)], , varias de sus disposiciones resulten de difícil y/o dudosa implementación.

En este artículo abordaremos el análisis de la jornada de trabajo y el derecho a la desconexión previstos en los arts. 4 y 5 de la ley 27.555, respectivamente, y decreto reglamentario.

## II. Jornada de trabajo

El reconocimiento de los derechos del trabajador requirió de años para que puedan verse consagrados en una ley sobre todo lo relativo a la jornada de trabajo que es uno de los derechos más importantes en materia laboral.

Es así que en nuestro país solo en 1929 con la ley 11.544 (4) se establecieron pautas sobre la jornada de trabajo que tenían que ver con ciertos límites diarios, semanales y mensuales sobre las horas en las que el empleado podía trabajar.

Le sucedieron la ley 11.726 (5) en el año 1933, mediante la cual Argentina ratifica el Convenio N° 1 sobre Jornada de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, el decreto-ley 10.375/56 (6) que reglamentó la Ley sobre Jornada de Trabajo y, finalmente, la ley 20744 que prevé el Régimen Legal del Contrato de Trabajo.

En efecto, la Ley de Teletrabajo, en su art. 4º, establece que la jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo entre las partes que lo conforman (entiéndase, empleado y empleador), considerando las pautas mínimas legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos.

Esta disposición permite que entre empleado y empleador se pueda convenir cuáles serán el lugar, los días, el horario y la habitualidad en la cual el empleado estará a disposición del empleador cumpliendo su jornada laboral, a efectos que este último tenga conocimiento del momento en los que puede contactarse con el empleado y exigirle alguna tarea en particular o bien armar reuniones, etc.

Un cambio interesante que introduce esta ley —y que se adecua a las nuevas exigencias impuestas en los puestos de trabajos— es la posibilidad de pactar la jornada no solo por horas, sino por objetivos. Esto permite incentivar que el empleado pueda focalizarse más en el cumplimiento de los resultados buscados por las compañías y fijados por los superiores que a cumplir una jornada laboral rígida, como es estar durante un determinado tiempo de trabajo u horario a disposición del empleador o prestando tareas.

Asimismo, se establece que las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados conforme lo dispuesto en la ley de teletrabajo, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral pactada, impidiendo la conexión fuera de esta.

Queda aún pendiente de creación el registro a que hace referencia la ley en comentario en su art. 18, propugnando desde aquí, que su implementación prevea requisitos y procesos que determinen la factibilidad de cumplimiento para todos los sujetos obligados y al mismo tiempo alcance el objetivo de fiscalización previsto en la misma. No debe perderse de vista que la mayoría de las empresas podrían no contar con la tecnología exigida por la ley o tener reales dificultades de adhesión a la norma, toda vez que la estadística expone que la moda-

lidad de teletrabajo ha sido implementada de manera masiva por las empresas como consecuencia de la pandemia y en muchos casos mantenidas en la actualidad por cuestiones de prevención únicamente.

### III. Derecho a la desconexión

El avance tecnológico ha generado nuevas formas de relacionarse con el trabajo, por lo que ya no se requiere la presencia física del trabajador en un establecimiento para realizar determinadas tareas, para estar presente en una reunión o bien para comunicarse con los pares en el trabajo y los superiores, por ejemplo; todo lo cual nos llevaría a pensar que podríamos trabajar desde cualquier lugar en la medida que se cuente con una computadora y acceso a internet, permitiendo de esta forma que el trabajador cuente con mayor flexibilidad en la forma de desarrollar su actividad laboral.

Sin embargo, existe una parte negativa en esta nueva forma de trabajar, que es la dificultad que se plantea para el trabajador de establecer límites horarios o temporales para realizar su trabajo ante la incesante demanda de requerimientos por diversos dispositivos tecnológicos, lo que se traduce generalmente en una jornada laboral extendida más allá de los límites legales, comprometiendo el tiempo destinado al descanso del trabajador.

La Ley de Teletrabajo ha reconocido al trabajador que desarrolle tareas en la modalidad de teletrabajo el derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnológicos de la información y comunicación fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencia (artículo 5º): esto es lo que llamamos *derecho a la desconexión*.

Francia ha sido uno de los primeros países en regular este derecho al incluirlo en su Código de Trabajo en el año 2016 y, si bien no lo define como tal, expresa que su finalidad es asegurar el tiempo de descanso y de vacaciones, como de su vida personal y familiar. Por su parte, España lo incluyó recientemente, en septiembre de 2020, a través del decreto ley 28/2020 sobre Trabajo a Distancia.

El derecho a la desconexión constituye una consecuencia lógica de la limitación de la jornada de trabajo, del derecho al descanso, del derecho al goce de las licencias, ya regulados específicamente en nuestro país por la normativa general laboral, en sus distintos estratos legales.

Al mismo tiempo la normativa vigente consagra el deber de prevención impuesto al em-

pleador, a partir del cual este debe adoptar las medidas y precauciones tendientes a evitar que el trabajador sufra daños en sus personas y/o bienes como consecuencia de la prestación de tareas. Se trata de proteger la integridad del trabajador en su persona.

Entonces, ¿podríamos sostener válidamente que aun cuando el legislador no hubiera regulado específicamente el derecho a la desconexión en el marco de la ley en análisis, implícitamente las consecuencias del derecho a la desconexión se hubieran alcanzado? La respuesta afirmativa parece imponerse.

Es por ello que compartimos la posición de aquellos que consideran que el derecho a la desconexión no constituye un nuevo derecho. En efecto, este viene a enfatizar la no obligatoriedad de la puesta a disposición del empleador fuera de su jornada de trabajo, salvo supuestos de excepción del derecho al descanso en el sentido amplio (descanso entre jornada, licencia anual ordinaria, descanso semanal, etc.), ya previstos expresamente por la normativa legal.

Entonces, ¿por qué el legislador entendió necesario incorporar esta regulación, específicamente, como lo han hecho otras legislaciones comparadas al regular el teletrabajo?

Entendemos que ello encuentra su justificación en el cambio de paradigma, en el cual el control pasó de ejercerse en determinado momento y lugar específico (modelo panóptico), con la presencia de empleados y empleadores en un mismo espacio, a un paradigma de hiper conectividad, interconexión, con espacios físicos de prestación disímiles. Este cambio de paradigma entendemos determina la razonabilidad de establecer reglas específicas, con el fin de reforzar la plena vigencia y garantía de los derechos laborales consagrados en distintos niveles de jerarquía legal, considerando nuevas realidades.

Asimismo, se establece una obligación para el empleador que consiste en no exigirle al trabajador realizar tareas o remitirle ninguna comunicación por fuera de su jornada de trabajo, salvo que la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o exista una razón objetiva indispensable. Sin embargo, en esos casos el trabajador no estará obligado a responder hasta el inicio de su jornada laboral salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa (art 203 LTC).

Si bien resulta sobreabundante, la misma ley establece que el trabajador que haga uso

de este derecho no podrá ser sancionado. Es claro que, si el empleado ejerce el derecho a la desconexión, no estaría incumpliendo ninguna obligación contractual o cometiendo alguna falta contra su empleador, por lo cual sería ilógico pensar que este pudiera ser sancionado por ejercer un derecho que le es lícito. No obstante, el legislador entendió que era necesario agregar dicho párrafo con la finalidad de que no se pueda someter al trabajador a amenazas de sanciones por desconectarse.

La regulación, privilegiando el efectivo ejercicio del derecho al descanso en sentido amplio, expresamente veda el pago de un mayor estímulo económico al trabajador a cambio de que este no ejerza su derecho a desconectarse. Así lo prevé expresamente el Decreto Reglamentario cuando dispone que: "No se podrán establecer incentivos condicionados al no ejercicio del derecho a la desconexión". Esta solución viene a replicar el espíritu y finalidad de otras normas referidas al descanso en la normativa general que vedan o desalientan la compensación en dinero del tiempo destinado al descanso (ej.: francos compensatorios, vacaciones).

En efecto, con el *derecho a la desconexión* se trata de resguardar la integridad física y psíquica del trabajador pues es sabido del incremento de casos de stress laboral o síndrome de *burn out* o "cabeza quemada", reconocido en los últimos tiempos por la Organización Mundial de la Salud.

### IV. Conclusiones

El teletrabajo es un hecho y ha venido para quedarse. Si bien era una modalidad utilizada por algunas empresas como beneficio para sus trabajadores de contar con mayor flexibilidad para trabajar dicha modalidad cobró mayor importancia a partir del COVID-19 y el aislamiento generalizado en nuestro país y el resto del mundo durante el año 2020.

La Ley de Teletrabajo era una deuda pendiente en nuestro país y si bien podemos tener algunos reparos misma su respecto, vino a dar respuesta a una realidad que se vio acelerada.

Su efectiva implementación requerirá, pues, una interacción constructiva entre los distintos actores involucrados (empleados, empleadores, entidades sindicales, autoridad de aplicación, etc.), a fin de permitir el resguardo y pleno respeto de derechos laborales de los trabajadores, y al mismo tiempo, alcanzar los objetivos necesarios que permitan un desarrollo sostenible y sustentable de las empresas.

Cita on line: AR/DOC/893/2021

# Derecho del trabajador de adecuar su jornada para cumplir las tareas de cuidado a su cargo y derecho a preservar su intimidad



**Daniel Orlansky**

Abogado (UBA), Socio en Baker McKenzie. Integrante de la Comisión de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.



**Leila V. De Luca**

Abogada (UBA), Asociada en Baker McKenzie. Profesora Adjunta de la Materia Derecho Laboral Aplicado en Posgrado "Dirección Estratégica de Recursos Humanos" (UBA).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Derecho del trabajador de adecuar su jornada para poder cumplir con tareas de cuidado a su cargo.— III. Derecho del trabajador a preservar su intimidad.

## I. Introducción

La intención de regular el teletrabajo no es nueva, pues hubo proyectos presentados

en el Congreso desde el año 2002. Pero fue en el marco de esta lamentable pandemia que se multiplicaron estas iniciativas y se aceleró este debate. Según los registros de

sesiones del Congreso de la Nación, se habría trabajado sobre alrededor de treinta proyectos, 20 en Diputados y 10 en el Senado.

La ley 27.555 de Teletrabajo fue sancionada con la intención de regular una modalidad de trabajo que se impuso y popularizó

con el aislamiento producto de la pandemia, con la perspectiva de que esta modalidad continuará o se comenzará a implementar cuando concluyan las restricciones de circulación y de aforo en las empresas.

La discusión parlamentaria nos permite entender mejor el trasfondo de esta ley. En la sesión especial del 30 de julio de 2020, el senador Recalde planteó que esta ley era necesaria, más allá de que la Ley de Contrato de Trabajo aplicaba a quienes se trabajan en relación de dependencia, ya que no regulaba en forma específica la modalidad. Expuso que, así como esta modalidad de trabajo tiene muchas ventajas, tanto para trabajadores como para empleadores, también tiene desventajas o situaciones que merecen ser contempladas. Respecto del proyecto de ley, el senador Recalde expuso que el proyecto de ley debía ser aprobado sin modificaciones, pues contaba con un amplio consenso, siendo que en la Cámara de Diputados la votación fue de 225 a 1, con 29 abstenciones. El senador reconoció que todos tenían agregados y sugerencias que proponer, pero que se quiso preservar el consenso logrado en Diputados. Planteó que esta no es una ley perfecta, que no siempre se logra unanimidad y que se debe legislar en función de los consensos políticos, por lo cual consideró que era una muy buena ley, al mejorar la regulación de esta modalidad de trabajo.

A su vez, el senador Lovera planteó la necesidad de dar comienzo a un proceso de actualización normativa, incorporando un nuevo marco legal para una nueva modalidad laboral. Destacó la bondad de esta ley porque ampliaba derechos.

## II. Derecho del trabajador de adecuar su jornada para poder cumplir con tareas de cuidado a su cargo

Efectivamente, el art. 6 de la ley 27.555 amplía derechos y marca un hito en nuestra legislación. Consagra un derecho de los teletrabajadores, que no tiene correlato en los trabajadores presenciales.

El mismo establece que las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultos mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. El artículo agrega que cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592. Finalmente, establece que mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

El decreto 27/2021 reglamenta las tareas de cuidados del art. 6, estableciendo que la persona que ejerza el derecho a interrumpir la tarea por razones de cuidado, deberá comunicar en forma virtual y con precisión el momento en que comienza la inactividad y cuando esta finaliza. Agrega que en los casos en que las tareas de cuidado no permitan cumplir con la jornada legal o convencional vigente se podrá acordar su reducción de acuerdo a las condiciones que se establezcan en la convención colectiva. Además, establece que no se podrán establecer incentivos condicionados al no ejercicio del derecho indicado en el párrafo anterior. Los empleadores y los trabajadores deberán velar por un

uso equitativo, en términos de género, de las medidas dispuestas en este artículo, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado.

El origen de esta norma se encuentra en las resoluciones 207, 219 y luego 279 del MTEySS dispusieron que los trabajadores alcanzados por el ASPO, dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo, debían realizar sus tareas u otras análogas (cuando puedan ser realizadas) desde el lugar de aislamiento, en el marco de la buena fe contractual, debiendo establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada. En el marco de la emergencia, se resolvió también que, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo progenitor o persona responsable, por hogar.

Hacia fines de junio de 2020 se conoció un proyecto de Resolución Conjunta entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y el Ministerio de Mujeres, Género y Diversidad que establecía los derechos laborales de los trabajadores que tienen a su cargo tareas de cuidado durante el período de ASPO, con la finalidad de garantizar una organización social del cuidado con enfoque de igualdad y equidad entre los géneros. En el mismo, se dispensaba del deber de cumplir tareas, ya sea de forma presencial o remota, a aquellos trabajadores, personas adultas responsables a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado de menores de 6 años (solo una persona por hogar). Los trabajadores, ya sea que presten tareas en forma presencial o desde su domicilio, que acrediten estar a cargo del cuidado de menores, de entre 6 y 12 años, de personas con discapacidad o de adultos mayores dependientes, tendrán derecho a pautar horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo o de solicitar hasta dos interrupciones por jornada, siempre que ello no afecte el cumplimiento de sus tareas o de la jornada legal o convencional. A tales efectos, se disponía el goce íntegro de haberes, rigiendo mientras estén vigentes el aislamiento social, preventivo y obligatorio y la suspensión total o parcial de clases presenciales en las escuelas, en la localidad donde resida el trabajador que la solicita. Por último, se promovía que los empleadores y los propios trabajadores, deberán velar por un uso equitativo, en términos de género, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado, a fin de evitar una mayor feminización de este trabajo en el contexto de aislamiento social y preventivo. El proyecto de resolución conjunta llevaba el número 3/2020, y luego de haber tomado estado público, no llegó a ser publicado en el Boletín Oficial.

En julio de 2020 se publicó el documento "Hablemos de cuidados. Nociones básicas hacia una política integral de cuidados con perspectiva de géneros", de la Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado, integrada por los organismos del Estado Nacional que tienen incumbencia y competencias en el tema, asumiendo el compromiso en el diseño de una estrategia integral para redistribuir y reconocer el cuidado como una necesidad, como un trabajo y como un derecho. Se planteó allí que la coyuntura de la pandemia pone en evidencia lo esencial de los cuidados en nuestras vidas y la importancia de que haya políticas públicas en la materia. Se dijo que la organización de los cuidados constituye un vector de reproducción de desigualdad para las mujeres en particular, pero también para otras personas (1).

Es en este contexto de pandemia y de replanteo de las políticas públicas que se debatió la ley de teletrabajo.

El debate parlamentario de este tema fue muy interesante. Señalamos algunos comentarios, que resumen las diferentes visiones.

El senador Lovera dijo que, con la incorporación expresa de las tareas de cuidado, comenzamos a transitar un camino que también era una deuda pendiente desde hace años: visibilizar, reconocer a las tareas de cuidado como un trabajo. Planteó que se trata de una ley con una perspectiva de género, ya que establece que la jornada laboral de quien tiene niñas, niños o adultos mayores a cargo debe adecuarse a esa situación. Expuso que, si bien quedan muchos derechos por conquistar, se empiezan a saldar deudas y a garantizar derechos que hacía tiempo debían hacerse realidad.

La senadora Almirón planteó que las tareas de cuidado requieren de protección especial, tanto para estos tiempos en los que todos debemos quedarnos en nuestras casas, como una vez pasada la pandemia. Sostuvo que este derecho pasará a ser fundamental exclusivamente para las mujeres, que además de decidir ser madres también deciden llevar adelante su desarrollo profesional. Planteó que antes de que saliera la media sanción en Diputados había muchas iniciativas sobre este derecho de protección y si debía o no incluirse en forma amplia, dentro de la Ley de Contrato de Trabajo. Por ello, planteó que es positiva su incorporación en esta ley, y que debía analizarse su inclusión en forma más amplia. Dijo que las trabajadoras hoy merecen una Ley de Contrato de Trabajo que, de principio a fin, esté atravesada por la perspectiva de género, en donde se contemplen los nuevos modelos de familia, en donde se contemplen las nuevas concepciones de maternar, de paternar, que estén adaptadas a la nueva ley de identidad de género.

La senadora Durango expresó que la inclusión de las tareas de cuidado no fue un hecho aislado, ni una incorporación surgida "de la nada", ni producida sin debate, sino el resultado de planteos de los movimientos feministas que hace décadas vienen impulsando acciones para visibilizar la injusta organización social de los cuidados, y la necesidad de que las políticas públicas reconozcan el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, como un componente fundamental del desarrollo económico y del bienestar social. Destacó la importancia de tener un derecho que permita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Valoró que el derecho al cuidado sin distinción entre los géneros, porque hay varones y otros géneros que también cuidan, hay diversidad de familias, y también tienen derecho a la compatibilización de las tareas de cuidado con las laborales. Por ello, celebró que se incluyera el derecho al cuidado, aunque reconociendo que solo abarca a quienes trabajan bajo esta modalidad. Señaló la dificultad de articular las tareas de cuidado y el teletrabajo, pues no siempre las tareas de cuidado pueden ser ejercidas al mismo tiempo que el trabajo. También señaló que el teletrabajo puede ser una modalidad elegida en un momento determinado de la vida personal y familiar de las personas o de una familia, pero puede no serlo en otro, o puede resultar complejo por las necesidades de cuidado.

Desde la perspectiva contraria, la senadora Tapia coincidió que era importante dar tratamiento a la ley, dado el contexto que transitamos en el país y en el mundo. Expuso que en nuestro país el teletrabajo hace más de diez años que existe, en particular en todo lo que tiene que ver con la industria del software, que es uno de los sectores más dinámicos y de mayor crecimiento, por lo que lamentó que no se haya podido escuchar al sector empresario, ni arribar a un texto consensuado, que suprima

la rigidez del formato del proyecto de ley, que incentive su uso, que fomente la inclusión y que genere más y mejor empleo. Planteó que la diferencia fundamental radica en la mirada, porque el dictamen de minoría era un verdadero régimen de promoción y de fomento del teletrabajo, mientras que el proyecto de ley no fomenta el trabajo y cuenta con ciertos elementos que no incentivan su implementación y desprotegen realmente a los más vulnerables. En ese sentido, explicó que el art. 6º no va a garantizar el cumplimiento de las tareas de cuidado, labores que en la mayoría de las ocasiones son realizadas por las mujeres, ni mucho menos a promover la corresponsabilidad parental. ¿Por qué? Porque interrumpir una jornada laboral de manera unilateral y que, encima, eso implique una discriminación —como lo presume la norma—, claramente va a conllevar una resistencia en la contratación de ese empleado. El empleador va a optar por contratar a alguien que no tenga esas responsabilidades: ¿Y esto qué implica? Una gran inequidad, desigualdad e inferioridad de los trabajadores presenciales, quienes también ejercen tareas de cuidado. Agregó que la cuestión de la compatibilización de las tareas de cuidado es algo que tenemos que intentar tratar pronto en el Congreso, y que en el Senado hay varias iniciativas muy interesantes, teniendo en cuenta que el trabajador merece preferencia y tutela; pero y para su cometido no se debe descuidar a quienes crean trabajo, porque las empresas y los empleados son, en su conjunto, el motor del progreso de nuestra sociedad y del país, financiando al Estado a través de sus impuestos.

La senadora Crexell también expuso que se crea una discriminación respecto de los trabajadores presenciales que no tienen igual derecho. Al respecto, cabe destacar que la adecuación de las tareas de cuidado deben ser materia de pacto dentro del marco de la relación, sea para el trabajador presencial o remoto. Es más, planteó que, en los hechos, el teletrabajador goza de mayor capacidad de atención de tareas de cuidado, ya que la modalidad le permite, naturalmente, hacer esas tareas que en forma presencial no podría. Por ello, esta es una de las principales razones por las que solicita disponer parte de su jornada en modo teletrabajo. Por ello, al imponer mediante una ley, de manera rígida lo que hoy se da libremente, redundará en perjuicio del solicitante. Agregó que no es razonable ni practicable que el empleador deba adecuar todo su funcionamiento operativo a estas necesidades, sin su consentimiento. Contrariamente, a lo que pretende titular, esta disposición podría desincentivar a las empresas a contratar a personas que presten tareas de cuidado. Concluyó que, así como está redactado, el art. 6 no va a garantizar el cumplimiento de las tareas de cuidado, ni promoverá la corresponsabilidad parental, tareas que en la mayoría de los casos realizan las mujeres. En especial porque la interrupción o los cambios en la jornada laboral unilaterales, y la imputación de discriminación que presume la norma "resistirá su contratación". Claramente, el empleador optará por contratar a un trabajador que esté libre de esa responsabilidad. Además, deja en una profunda desigualdad e inferioridad a los trabajadores presenciales, quienes también ejercitan tareas de cuidado.

Como alternativa al texto del art. 6, la senadora planteó que podría preverse la autorización en términos generales para la modificación del horario correspondiente a la jornada de trabajo, en situaciones sobrevinientes que determinen las tareas de cuidado. De ese modo, se garantizaría cierta regularidad de la jornada, en términos similares a un trabajador presencial, y de modo coherente con el art. 3º del proyecto, que establece que quienes ejerzan el teletrabajo gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajen presencialmente. También podría preverse la posibilidad de compensar las horas que aplique el trabajador, que tenga personas a cargo para su cuidado, para el supuesto

que interrumpa su jornada laboral por dichas circunstancias.

Como consecuencia de la visión crítica, el dictamen de la minoría en la Comisión de Trabajo y Previsión del Senado propuso suprimir el artículo 6. Fueron muchas las opiniones que sostuvieron que esta norma era absolutamente inconveniente, inclusive para las personas que se encuentran en esas condiciones de tener personas a su cargo que cuidar, ya que no se les ofrecerá teletrabajar si ya son empleados presenciales; y también para quienes no lo son, afectando su empleabilidad y perdiendo así el carácter inclusivo que se le reconoce como valor al teletrabajo. En tal sentido, que esta modalidad de trabajo debe ser fruto del acuerdo entre ambas partes. Esto fue planteado por diversas cámaras empresariales y asociaciones.

Coincidimos con María Eugenia Oliver, que esta disposición resulta práctica y adecuada solo en tiempos de pandemia, en virtud de lo cual todas las asistencias con las que normalmente cuenta el trabajador se ven reducidas y cerrados los establecimientos educativos donde normalmente están gran parte del día los menores de 13 años en edad escolar. Fuera de este supuesto, la situación del teletrabajador que tiene a su cargo el cuidado de manera única o compartida de las personas a las que alude la norma, no se diferencia con la del trabajador presencial que se encuentra en la misma situación. Así planteada, la norma logrará el efecto contrario al buscado. Es decir, inducir a prácticas discriminatorias consistentes en evitar contratar, al menos para cumplir tareas bajo esta modalidad, a trabajadores que tengan las cargas a las que refiere la norma, en virtud de la menor flexibilidad horaria que podrían plantear para cumplir sus tareas. De igual modo, los trabajadores presenciales podrían considerarse discriminados al no contar con un mismo derecho (2).

También coincidimos con Carlos Sánchez Clariá, quien expone que esta norma puede dar lugar a innumerable cantidad de conflictos, más aún, teniendo en cuenta que se podría pretender encasillar como discriminatorio cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización que lesione el derecho de horarios compatibles y/o a la interrupción de la jornada, sin advertir que —conforme la propia ley 23.592— solo habría discriminación si la represalia u obstaculización para gozar de este derecho estuviera motivado por cuestiones de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, y no por inconveniencia económica u organizacional (3).

Recordemos que aun cuando la prestación de tareas se realice bajo modalidad de teletrabajo, el empleador es quien tiene la facultad de organización y de dirección del trabajo (arts. 64 y 65 LCT), incluyendo la facultad de indicar qué especie de trabajo requiere, cómo hacerlo, horarios, objetivos, etcétera.

Aun cuando hay normas que regulan o limitan esta facultad, el marco legal ha sido hasta ahora el de un pleno reconocimiento al derecho de organizar y dirigir el trabajo. Esta ley ha conferido al trabajador un poder de dirección que no tenían hasta ahora.

Alejandro González Rossi, al comentar el derecho de reversión, hace reflexiones que

son extensibles al caso que aquí analizamos. El poder de dirección del empleador es claramente una facultad de este, limitada, es cierto, pero del empleador en exclusiva, y derivada de su posición contractual en la relación laboral. En otras palabras, el determinar el horario en que se prestan las tareas, al igual que el lugar en que se prestan, constituye sin ninguna duda parte de lo que se ha denominado poder de dirección del empleador, y ello obedece a que claramente por su posición contractual, en la cual asume el riesgo de la actividad, debe por supuesto tener la potestad de dirigir diversas facetas de la prestación laboral. Entonces, los cambios en el contrato de trabajo derivados de su poder de dirección pueden ser efectuados en forma unilateral por parte del empleador, pero no por parte del trabajador, aunque esta facultad debe ser ejercida siempre dentro de límites (4).

Lo dicho hasta aquí sobre el derecho de organización y dirección del empleador se ciñe a la normativa en comentario, que otorga al trabajador el derecho a exigir horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada, en lugar de ser una decisión bilateral, consensuada con el empleador, imponiendo al empleador una obligación de dación de tareas en horario distinto al previamente establecido.

Esta imposición unilateral del trabajador, de exigir una modificación de la jornada laboral, afecta una modalidad que en la jurisprudencia se ha considerado esencial del contrato de trabajo. Bajo el supuesto inverso, la imposición de un cambio de horario por parte del empleador podría dar lugar a una situación de agravio. Por el contrario, en el caso bajo examen, se admite que el trabajador pueda imponer unilateralmente el cambio de horario que había sido previamente estipulado e incorporado a los términos y condiciones del contrato laboral.

Surge de los comentarios parlamentarios que este derecho de adecuación de la jornada, a cargo de los trabajadores, es parte de una intención de cambio de paradigma en las relaciones laborales.

Ricardo Foglia plantea que la norma dispone, expresamente, que esas personas deben convivir “con la persona trabajadora”, con lo cual parecería que quedan excluidos de esa posibilidad los trabajadores no convivientes con aquellas personas. Considera que se trata de un error de redacción de la norma ya que debería comprender ambos supuestos. También plantea la incertidumbre por la definición de adultos mayores, ya que es un concepto variable. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores define en su art. 2º, como “Persona mayor” a aquella de sesenta años o más, salvo que la ley interna determine una edad de base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los sesenta y cinco años (5).

Por último, señalamos que este nuevo derecho que se ha consagrado no tiene correlato en la legislación comparada de Latinoamérica.

### III. Derecho del trabajador a preservar su intimidad

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los derechos fundamentales de la per-

sona humana en el capítulo 3, denominado “Derechos y actos personalísimos”, dentro del Título I (Persona humana) del Libro primero, Parte general.

Los derechos personalísimos se sitúan en el peldaño más alto de la pirámide normativa (están reconocidos por normas constitucionales o de rango constitucional). Pertenecen a esta clasificación los derechos al honor (comprendivo de la honra y la reputación), a la intimidad y a la propia imagen, que son los que menciona el Código Civil y Comercial (6)

El trabajador —en tanto persona humana— goza de estos derechos. Sin embargo, al ingresar al ámbito del trabajo deben congeniarse con los derechos y deberes propios de la relación laboral (7).

La Ley de Contrato de Trabajo otorga al empleador diversas facultades de control que hacen a sus derechos patronales de propiedad y libertad de industria, derechos que encuentran un límite en su ejercicio en los derechos personalísimos del trabajador: el derecho a la intimidad del trabajador.

La función del derecho a la intimidad es la de la protección frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida familiar y personal, que el trabajador desea excluir de todo conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (8).

La ley 27.555 expresamente prevé que se resguardará especialmente el derecho que tiene el teletrabajador a la intimidad de su vida personal y de su grupo familiar. El art. 15 establece los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

A su vez, el art. 16 mezcla el concepto de protección de datos personales procesados por el trabajador en su domicilio, con el derecho a su intimidad. El artículo establece que el empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a *software*, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de *software* de vigilancia que viole su intimidad. El derecho a la protección de datos personales de la ley 25.326 tiene como objetivo el garantizar a las personas humanas un poder de control sobre sus datos personales, su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico lesivo para la dignidad humana. El empleador debe velar por la protección de los datos personales cuando el empleado, en el cumplimiento de su trabajo, procesa datos personales de terceros. El artículo enfatiza que este deber de velar por la protección de los datos no puede ser ejercido de un modo que viole la intimidad del trabajador.

Todo este marco de protección se encuentra en concordancia con lo establecido no solo en el Código Civil y Comercial de la Nación, así como también en nuestra Constitución Nacional al garantizar a todos los habitantes de la Nación la inviolabilidad de su propiedad en su art. 17 y a su privacidad, entendiéndose por

ella las “acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros” y que constituyen el principio de reserva en el art. 19.

Muchas veces suele pensarse al derecho a la intimidad como implícito en el derecho a la vida privada. El diccionario de la lengua española (DRAE) define la intimidad como la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” y la privacidad como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”.

El derecho a la intimidad tiende a resguardar el ámbito de la vida de una persona que no quiere que sea conocido por otras. Tiene por fin bogar por la reserva de cuestiones relativas a la imagen, los pensamientos, la correspondencia, y diferentes aspectos de su vida y la de su familia. Se incluyen el domicilio, las creencias religiosas, las afinidades políticas, las preferencias sexuales, etc. Este derecho referido a la facultad de repeler del conocimiento e intrusión de terceras personas diversos aspectos de su vida se encuentra disgregado en todo nuestro ordenamiento jurídico. Lo podemos encontrar en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional cuando declara la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. De la intimidad se desprende el derecho al honor, a la intimidad personal y la propia imagen, la inviolabilidad de las comunicaciones, etc.

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la palabra *intimidad* en varios artículos (9).

En cambio, la palabra *privacidad* no se encuentra mencionada en el Código Civil y Comercial de la Nación. En la Ley de Contrato de Trabajo, se utiliza la palabra dignidad.

Como dijimos precedentemente, la Ley de Contrato de Trabajo otorga al empresario las facultades de control que se relacionan directamente con la potestad de organización y dirección. Es así que en los arts. 70 y 71 la LCT consagra al empleador la facultad de ejercer dos clases de controles: 1) los destinados a la protección de sus bienes y 2) los relativos a la actividad del trabajador.

En el primer caso, el ejercicio suele tener una finalidad preventiva, supervisar el correcto uso y prevenir daños a sus bienes; mientras que, en el segundo de los supuestos, referido al control de las actividades de los trabajadores, se relaciona con las tareas realizadas por el trabajador cuando se encuentra en situación de trabajo.

Aplicados estos conceptos de prevención y fiscalización a la modalidad del teletrabajo, nos encontramos, por un lado, con la posibilidad del empleador de inspeccionar el correcto uso de los equipos, así como las condiciones de seguridad e higiene del lugar de trabajo, para lo que necesariamente deberá consensuar con el trabajador, fijando día, horario y persona que se apersonará en su domicilio.

Por otra parte, desde la fiscalización, nos encontramos con la posibilidad de monitorear los tiempos de conexión a la red interna de la empresa, con la posibilidad de exigir que informe la puesta a disposición de su fuerza laboral, pero al mismo tiempo con no poder utilizar cámaras u otros sistemas invasivos de la intimidad. Obviamente que en ambos casos el fin

(2) OLIVER, M., “Teletrabajo en la argentina: el marco regulatorio tan esperado”, DT 2020 (noviembre), 125.

(3) SÁNCHEZ CLARIÁ, C. - CIANCIARDO, F., “La regulación del teletrabajo en la ley 27.555: síntesis de sus aspectos centrales y de sus deficiencias”, DT 2020 (noviembre), 178.

(4) GONZÁLEZ ROSSI, A., “Aproximación a la ley de teletrabajo: el “poder de dirección” del trabajador”, DT 2021 (enero), 63, R/DOC/3814/2020.

(5) FOGLIA, R., “Algunas consideraciones sobre los as-

pectos más relevantes de la ley de teletrabajo”, LA LEY, 2020-E, 464.

(6) CONFALONIERI, J. A., “Los derechos personalísimos del trabajador en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en Rodríguez Mancini, Jorge (ir.): “Código Civil y Comercial de la Nación y su proyección en el derecho del trabajo”, LA LEY, p. 162.

(7) NIETO, J., “Derecho a la intimidad y derecho a la privacidad en el ámbito del trabajo”, Temas de Derecho Laboral y Seguridad Social, diciembre 2017, p. 577.

(8) MILLÁN, S., “Breve análisis del proyecto de ley de teletrabajo”, DLE, tomo XXIV, julio 2020.

(9) El art. 52, al tratar las afectaciones a la dignidad, incluye a la intimidad: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1º”. El artículo 1770, al tratar la protección de la vida privada, es-

tablece “el que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad (...)”. El 1740, al tratar la reparación plena, dice que “en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

último debe ser la protección de los bienes del empleador, siempre y cuando su implementación no resulte injuriosa para el trabajador.

Volviendo sobre el concepto de prevención, y en concordancia con la LCT, el art. 15 de la ley 27.555 faculta al empleador a inspeccionar el lugar de trabajo, previo consentimiento del trabajador. La finalidad de la inspección consiste en evaluar las condiciones en las cuales el trabajador desarrollará sus tareas. La ley 27.555 expresamente prevé que se resguardará especialmente el derecho que tiene el teletrabajador a la intimidad de su vida personal, de su grupo familiar y de su domicilio.

Pero lo novedoso aquí es la posibilidad que tendrá el trabajador de contar con la participación sindical para salvaguardar su intimidad, lo cual no está previsto en la LCT; en esta última se establece únicamente la facultad del empleador de poder realizar controles sobre el trabajador para salvaguardar sus bienes siempre que aquellos no avasallen la dignidad del trabajador, se practiquen con discreción y se hagan por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal.

En este sentido, hay que dejar en claro que el art. 15 de la ley de Teletrabajo no establece

un nuevo sistema de control distinto al previsto en la LCT, pero si el empleador quisiera inspeccionar el domicilio del teletrabajador a los efectos de determinar si el mismo es apto desde el punto de vista de la seguridad e higiene (y cumplimiento de normas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo) o simplemente para velar por el cuidado de los equipos provistos para el cumplimiento de las tareas, la visita al domicilio deberá consensuarse y además mediar participación sindical.

En cuanto a la fiscalización del trabajo, la ley 27.555 expresamente prevé la imposibilidad de que el empleador utilice *softwares* de vigilancia que pudieran violar la intimidad del trabajador. Es lo que se suele denominar "intimidad digital".

El empresario tiene derecho a que la información comercial se encuentre protegida, pero deberá arbitrar medios que sean contes-tes con el derecho a la intimidad del trabajador. En este orden, entendemos que será conveniente comunicar al teletrabajador sobre restricciones en el uso de equipos o servicios como el de internet y las sanciones a aplicarse en caso de incumplimientos.

Este derecho al resguardo de la intimidad se encuentra contemplado en

algunas legislaciones de países latinoamericanos tales como México, Panamá, Chile, Paraguay y Costa Rica al regular el Teletrabajo; nuestro legislador, entonces, optó por seguir la tendencia de su regulación, aunque ha sido deficiente en su reglamentación.

Cuando se debatió la Ley de Teletrabajo en la Cámara de Senadores, únicamente el senador Luenzo hizo mención del derecho a la intimidad, pero no ahondó en su tratamiento. Solo señaló que "la norma procura evitar nuevos avasallamientos de derechos, ya sea impidiendo la extensión ilegítima de la jornada laboral o la violación del domicilio y de la intimidad del trabajador, y que tal vez habría que analizarlo en otro contexto. Porque no es tan sencillo; no es tan fácil mezclar las tres dimensiones en las que habitualmente se maneja el ser humano: el mundo del trabajo, el mundo de la familia y el mundo el tiempo libre. Cuando todo esto se fusiona y nada es claro, las consecuencias también pueden ser letales para la calidad de vida de una familia. Entonces, en esto también tenemos que ser muy cuidadosos. Como decía, otro de los objetivos de esta norma es proteger la intimidad del trabajador y condenar fundamentalmente los modernos sistemas de vigilancia a los que algunos están muy acostumbrados en la República Argentina y

tienen un ejercicio que ya ha quedado claramente demostrado".

Como puede observarse, se podría generar una suerte de tensión entre el deber de prevención y el derecho del empleador de ejercer su poder de vigilancia y contralor, por un lado, y por el otro el derecho del trabajador a su derecho a la intimidad.

Con el fin de armonizar esos derechos y deberes, la norma fija ciertas pautas de conducta. La Ley pone límites a la autoridad del empleador, pero eso no significa bajo ningún punto de vista la anulación de la facultad de control que la LCT le confiere, siempre y cuando los controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador sean respetuosos de la dignidad del trabajador y debiendo conocidos por él.

Las formas en que el empleador implemente mecanismos de control pueden variar en el futuro dependiendo del avance de las tecnologías. Sin embargo, queda claro que el ejercicio de la facultad de control empresarial no resulta un derecho de superior jerarquía a los derechos personalísimos del trabajador.

Cita on line: AR/DOC/894/2021

# Teletrabajo. Voluntariedad y reversibilidad

## Los derechos colectivos y las cuestiones de higiene y seguridad



### José María Llano

Abogado (UCA). Especialista en la práctica de derecho laboral. Es socio del Estudio Marval O'Farrell Mairal en el departamento de derecho laboral. Experto en litigios laborales complejos, en negociación y asesoramiento. Tiene una vasta experiencia en derecho colectivo del trabajo, y una activa participación en la negociación de convenios colectivos de trabajo con entidades sindicales, y en la negociación y solución de conflictos colectivos.



### Walter Mañko

Abogado (UB) Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UCA). Es asociado del Estudio Marval O'Farrell Mairal donde se desempeña en el área de Derecho Laboral. Especialista en el asesoramiento de empresas y en cuestiones sindicales. Ha asesorado a empleadores, cámaras empresariales, empresas multinacionales y nacionales en negociación colectiva, conflictos sindicales, y en cuestiones referidas al derecho individual del trabajo.

**SUMARIO:** I. Voluntariedad.— II. Reversibilidad.— III. Cuestiones de derecho colectivo.— IV. Higiene y seguridad en el teletrabajo.— V. Conclusión.

La ley 27.555 (Ley de Teletrabajo) fue sancionada el 14/08/2020 y entró en vigencia el 01/04/de 2021.

El 19/01/2021, mediante decreto presidencial 27/2021 (dec. 27/2021), el Poder Ejecutivo Nacional dictó la reglamentación de 11 de los 19 artículos de la ley. Luego, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación dictó, con fecha 05/02/2021, la resolución 54/2021, ordenando la entrada en vigor de la Ley de Teletrabajo con efectos a partir del 1 de abril de 2021 y, finalmente, la misma cartera laboral dictó la resolución 142/2021 de fecha 19 de marzo aclarando ciertos aspectos de la aplicación de la Ley de Teletrabajo.

Uno de los elementos esenciales del teletrabajo, es el referido a la *voluntariedad*, entendiéndose como tal a la manifestación de voluntad que debe prestar el trabajador para modificar sus condiciones de trabajo desde una prestación en forma presencial, a la modalidad de teletrabajo. Asimismo, el consentimiento manifestado por el trabajador para acceder a teletrabajar ante el ofrecimiento del empleador podrá ser revocado conforme lo prevé la Ley de Teletrabajo en el art. 8 y en el dec. 27/2021 al tratar la reversibilidad.

Más allá de las cuestiones individuales de derecho del trabajo, la Ley de Teletrabajo contempla cuestiones colectivas, y cuestiones referidas a la higiene y seguridad.

El objeto del presente artículo es analizar a la *voluntariedad* y la *reversibilidad*, como elementos propios del derecho individual del trabajo, a la luz de la normativa vigente y de los principios generales del derecho del trabajo y, asimismo, analizar las cuestiones referidas a los derechos colectivos del trabajo y las correspondientes a la higiene y seguridad en el teletrabajo.

### I. Voluntariedad

En la actualidad, el trabajo dependiente es voluntario y cada persona puede optar según sus oportunidades y opciones: cómo, cuándo, dónde y con quién trabajar.

No obstante, el derecho laboral argentino ha acotado bastante el ámbito de exteriorización de la voluntad del trabajador, sobre todo respecto de la posibilidad de renunciar a sus derechos individuales, con el fin de protegerlo de eventuales abusos por parte de su empleador.

Esta limitación aparece en nuestro derecho positivo en el año 1957 con la incorporación al texto constitucional del art. 14 bis, y el nacimiento del principio protectorio, en virtud del cual rige una presunción que establece que el trabajador se encuentra en un estado de desigualdad permanente con su empleador, cuyo trato debe ser equilibrado por ley, y se profundiza desde el año 1974 con la irrenunciabilidad consagrada en el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta premisa que establece el derecho del trabajo conocida como la hiposuficiencia del traba-

jador dependiente, encuentra su protección en una serie de normas de orden público que no pueden ser modificadas por las partes en perjuicio del trabajador, a fin de buscar cierto equilibrio entre los contratantes.

De los arts. 4, 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo se desprende que el contrato de trabajo presenta, entre sus múltiples caracteres, a la *voluntariedad* y al requisito de manifestación consensual expresa o tácita del trabajador. Según el ordenamiento positivo, el trabajador no está obligado a prestar tareas para un empleador determinado, y una vez que presta su consentimiento para realizar un trabajo en forma dependiente, cuenta con la facultad personal de extinguir el vínculo mediante la renuncia (art. 240 Ley de Contrato de Trabajo).

Los principios generales del derecho del trabajo y la normativa laboral que se dicte en consonancia con el mandato constituyente que ordena que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, protegen al trabajador de los posibles casos en los que se pueda incurrir en uno o algunos de los vicios de la voluntad (error, abuso, dolo, fraude, simulación, o de lesión subjetiva). Continuando con esta lógica, la Ley de Teletrabajo ordenó incorporar al texto de la Ley de Contrato de Trabajo dentro del Título III que regula las Modalidades del Contrato de Trabajo, al art. 102 bis. La incorporación del teletrabajo como una modalidad del contrato de trabajo, implica el respeto de las pautas vigentes para las distintas modalida-

des de contratos, y así lo ha adoptado el texto de la Ley de Teletrabajo.

El art. 7 de la Ley de Teletrabajo establece que el traslado de la persona que presta tareas en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo, salvo casos de fuerza mayor debidamente acreditada, debe ser voluntario y su consentimiento deberá prestarse por escrito. Este artículo no ha sido reglamentado por el dec. 27/2021, pero sí fue tratado para casos puntuales mediante la res. 142/2021 (MT).

Del análisis de la norma, se concluye que en el único supuesto en el que el paso de la prestación presencial de tareas a la modalidad de teletrabajo no requerirá la manifestación de voluntad prestada por escrito por el trabajador, se dará ante supuestos de fuerza mayor. Para los demás casos, la *voluntariedad* del trabajador deberá ser prestada por escrito. De esta forma, y en consonancia con lo que el legislador ha previsto como principio general para las distintas modalidades, de nuestra interpretación del art. 7 de la Ley de Teletrabajo se desprende que la exteriorización de la voluntad de la persona que teletrabaja no puede ser tácita ni consensual. La persona que preste tareas mediante teletrabajo deberá exteriorizar su voluntad de forma expresa, y esta manifestación deberá plasmarse por escrito.

Del análisis del art. 7 de la Ley de Teletrabajo se advierte cierta deficiencia legislativa en los términos utilizados que seguramente serán objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia, ya que la norma refiere al hecho de pasar de una prestación de tareas en forma presencial a la modalidad de teletra-

bajo como un “traspaso”. En rigor de verdad, en el caso bajo análisis no se configuraría un “traspaso” como enuncia la norma, sino que técnicamente nos encontraremos ante una novación contractual que justifica el requisito de manifestación de la voluntad y su constancia por escrito que debe prestar el trabajador para teletrabajar y que ordena la norma. Nótese que, al existir un cambio en el contrato mismo, este debe ser aceptado en forma expresa por el trabajador de manera voluntaria y su *voluntariedad* evidentemente deberá quedar plasmada por escrito en un acuerdo que contemple los datos del empleador, los datos del trabajador, las condiciones de la modalidad en la que comenzará a prestar tareas (que deberá ajustarse a la Ley de Teletrabajo) y finalmente la aceptación expresa del trabajador a través de su firma. Ahora bien, hubiese sido prudente agregar la posibilidad de plasmar el consentimiento mediante la utilización de firma digital, conforme los tiempos que corren y la materia que la Ley de Teletrabajo pretende regular.

De modo que conforme el texto de la Ley de Teletrabajo, para que una persona preste tareas bajo la modalidad de teletrabajo, el empleador deberá efectuar el ofrecimiento al trabajador y este deberá aceptar la propuesta manifestando su voluntad en forma expresa y por escrito. Esta conformidad será plasmada en un acuerdo de teletrabajo (en formato papel) que, conforme el texto de la Ley de Teletrabajo, deberá contener como mínimo la jornada laboral de teletrabajo (art. 4 Ley de Teletrabajo) y el consentimiento voluntario (art. 7 Ley de Teletrabajo).

Si bien no caben dudas de la entrada en vigencia de la Ley de Teletrabajo con efectos a partir del 01/04/2021, el 19/03/2021 el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (Ministerio de Trabajo) dictó la res. 142/21 (MT) que en sus considerandos establece que para la aplicación de la Ley de Teletrabajo deberán tenerse presentes los principios de *voluntariedad* y *reversibilidad* establecidos por los arts. 7 y 8 de la Ley de Teletrabajo, según los cuales el traslado a la modalidad de teletrabajo debe ser voluntario y prestado por escrito; y el consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo podrá ser revocado ella misma en cualquier momento de la relación.

Asimismo, se contempla también en los considerandos la situación de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 y por el dec. 260/2020, en virtud de las cuales se dictaron distintas medidas tendientes a disminuir la afluencia de personas en el transporte público y en los lugares de trabajo, y que la situación epidemiológica permitió el establecimiento del “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” que supone el cumplimiento de reglas de conducta y recomendaciones necesarias para evitar la propagación del virus SARS-Cov-2 y, al mismo tiempo, facilitar la realización de actividades económicas y sociales en tanto presenten un protocolo de funcionamiento aprobado por la autoridad sanitaria. Los considerandos también expresan que subsiste la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo de las personas incluidas en la resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo (cuya vigencia ha sido ratificada por el DNU 168/2021 que prorroga los efectos del DNU 125/2021), así como la recomendación establecida en su art. 4, dirigida a los empleadores con el fin de disminuir la presencia de trabajadores y trabajadoras en el establecimiento, a aquellos indispensables para su adecuado funcionamiento, adoptando las medidas necesarias para la implementación de la modalidad de trabajo a distancia.

En función de ello, la res. 142/2021 (MT) establece que la circunstancia de que los trabajadores se vean impedidos de cumplir con el deber de asistencia al lugar de trabajo y realicen tareas desde su domicilio como consecuencia de (a) las medidas dispuestas en el marco de la pandemia (dec. 260/2020 y res. 207/2020 del Ministerio de Trabajo), o (b) las medidas preventivas dispuestas por el empleador para minimizar los riesgos de contagio del virus SARS-Cov-2 que genera la enfermedad mundialmente conocida como COVID-19, no podrá ser considerada como sustitutiva del consentimiento escrito que debe prestar el trabajador para teletrabajar. Del análisis de la res. 142/21 (MT) se advierte una discordancia entre los considerandos y la parte dispositiva, ya que mientras los considerandos parecen perseguir la finalidad de enunciar la no aplicación de la Ley de Teletrabajo para aquellas personas que presten tareas desde su domicilio con motivo de la pandemia provocada por el COVID-19, la parte dispositiva establece que mientras se mantengan las restricciones sanitarias dictadas por las autoridades competentes no podrá ser considerada como sustitutiva del acuerdo escrito que exige el art. 7º de la Ley de Teletrabajo como expresión de voluntad de las partes. En consecuencia, la norma deja abierta la vía para dos interpretaciones posibles:

a. Que la Ley de Teletrabajo resultaría aplicable a todos los casos, toda vez que la res. 142/2021 no modifica expresamente la fecha de entrada en vigencia, o

b. Que la Ley de Teletrabajo entrará en vigor a partir del día 01/04/2021, salvo para las siguientes excepciones: I. Cuando el trabajador preste servicios regularmente en los establecimientos, oficinas o instalaciones del cliente de su empleador; II. Cuando el trabajador preste tareas desde su domicilio en forma esporádica y ocasional, sea por una solicitud del empleado o por una circunstancia excepcional; III. Cuando el trabajador preste servicios en forma remota durante la pandemia, mientras esta dure, y si tal situación se hubiese sostenido desde el 20/03/2020 o posteriormente con fundamento en la pandemia provocada por el COVID-19, en cuyo caso se podría considerar la situación como un supuesto excepcional por causa ajena a la voluntad de las partes, y por lo tanto excluidos de la ley.

## II. Reversibilidad

La *reversibilidad* es el derecho que tiene la persona que teletrabaja de exigir a su empleador el cese de la prestación de tareas mediante la modalidad de teletrabajo y la consecuente asignación de tareas en forma presencial, previo haber invocado un motivo razonable y sobreviniente que fundamente su pedido.

La Ley de Teletrabajo contempla la reversibilidad en el art. 8, según el cual “El consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación.

“En tal caso, el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas. Salvo que por motivos fundados resulte imposible la satisfacción de tal deber.

“El incumplimiento de esta obligación será considerado violatorio del deber previsto en el art. 78 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. La negativa del

empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas.

“En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva”.

Por su parte, el art. 8 del dec. 27/2021 que reglamenta la Ley de Teletrabajo expresa que “El derecho a la reversibilidad y el cumplimiento de la obligación resultantes deberán ajustarse a los deberes impuestos en los arts. 9º y 10 del Cód. Civ. y Com. y 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo, de acuerdo con los fines que el ordenamiento tuvo al concederlo. Recibida la solicitud de la persona que trabaja, con la sola invocación de una motivación razonable y sobreviniente, el empleador o la empleadora deberá cumplir con su obligación en el menor plazo que permita la situación del o de los establecimientos al momento del pedido. En ningún caso dicho plazo podrá ser superior a treinta (30) días. A los efectos de evaluar la imposibilidad de cumplir con esta obligación se tendrá especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se dispuso el cambio de la modalidad presencial hacia la modalidad de teletrabajo”.

De la interpretación armónica de la Ley de Teletrabajo y su reglamentación, referido a la reversibilidad, se concluyen:

a. Que las personas que teletrabajan que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral, no podrían revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales salvo que esa situación se encuentre prevista en: i. El convenio colectivo de trabajo bajo el cual se encuentre encuadrado el trabajador o el que resulte aplicable a la actividad, si el empleado fuese personal fuera de convenio; o ii. Que dicha posibilidad se hubiese previsto expresamente en el contrato individual de trabajo.

b. En segundo lugar, aparecen los casos de aquellas personas que, habiendo iniciado su relación laboral bajo la presencialidad, comenzaron a prestar tareas bajo la modalidad de teletrabajo y solicitan a su empleador retomar las tareas en forma presencial. Ante esta hipótesis y conforme lo establece la reglamentación, cabe preguntarse si el trabajador cuenta con un motivo fundado y sobreviniente (que sea posterior al momento de haber prestado la *voluntariedad* exigida por el art. 7 de la Ley de Teletrabajo). En caso de no existir un motivo fundado y/o sobreviniente, el empleador no estará obligado a otorgarle tareas presenciales al trabajador que desee hacer uso del derecho de reversibilidad previsto en la Ley de Teletrabajo. En cambio, si el motivo invocado por el trabajador fuese fundado y sobreviniente al consentimiento prestado para teletrabajar, el empleador deberá (según sus posibilidades): i. Otorgarle tareas en el mismo establecimiento donde prestaba tareas en forma presencial previo al paso a la modalidad de teletrabajo. El empleador deberá realizar este cambio en el menor plazo posible, para lo cual se aplicarán los principios consagrados en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo referidos a los deberes de colaboración y solidaridad y buena fe, respectivamente; y también resultarán de aplicación las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 9 y 10) referidos a la buena fe y a evitar el abuso del derecho, respectivamente; o hasta dentro de un máximo de treinta (30) días, o ii. Otorgarle tareas en el establecimiento más próximo al domicilio del trabajador, para lo cual deberá observar

también los principios de colaboración, solidaridad y buena fe previamente enunciados.

Del análisis normativo se desprende que el legislador parecería suponer que los empleadores cuentan con más de un establecimiento donde los trabajadores pueden prestar tareas. Respecto a la posibilidad de cambio de establecimientos que la Ley de Teletrabajo y la reglamentación establecen, nada dice la norma respecto a lo que podría ser considerado un ejercicio abusivo del *ius variandi*, si es que —por caso— el cambio de establecimiento por cierre o imposibilidad de prestar tareas en el establecimiento donde prestaba tareas el trabajador motivara como nuevo destino a un establecimiento alejado al domicilio del trabajador generándole un agravio material o moral. En este supuesto, entendemos que la Ley de Teletrabajo no puede afectar ni restringir derecho reconocidos por la Ley de Contrato de Trabajo, entre los que se encuentran las facultades de organización y dirección en cabeza del empleador (arts. 64 y 65), y ello sería en consecuencia el motivo fundado que exige la ley para no acceder al pedido de reversibilidad solicitado por el trabajador a su empleador.

Para analizar la sanción por incumplimiento del empleador ante el pedido de reversibilidad del trabajador, la Ley de Teletrabajo aporta dos elementos: i. La imposibilidad de otorgar tareas en forma presencial, que en caso de ser cierto (no simulado) no traería consecuencias para el empleador y, ii. La negativa a otorgar tareas en forma presencial ante el pedido del trabajador, implicaría una violación al deber de ocupación y daría derecho a que el trabajador se considere en situación de despido, o que accione judicialmente para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas (cuyo trámite debería ser mediante vía sumarísima).

Respecto al deber de ocupación previsto por la Ley de Contrato de Trabajo, la ley vigente establece que el empleador debe reconocer al trabajador ocupación efectiva según su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber. Estos “motivos fundados” están contemplados en la ley y son, entre otros, los casos de suspensión disciplinaria, por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor (hoy prohibidos por imperio del DNU 390/2020 y sus prórrogas), y el período de reserva de puesto. También puede surgir de causas funcionales asociadas a la imposibilidad técnica de dar ocupación efectiva, ya sea por ejemplo por desperfecto o destrucción de una herramienta de trabajo con la que el trabajador presta servicios, o por motivos de fuerza mayor. Entonces, la equiparación prevista en la Ley de Teletrabajo referida a que la negativa del empleador a otorgar tareas en forma presencial será considerada una violación al deber de ocupación, carece de sentido jurídico si el empleador continúa permitiendo al trabajador que preste tareas bajo la modalidad de teletrabajo.

No podemos dejar de advertir además que, desde la órbita administrativa, la negativa del empleador referida a no otorgarle tareas al trabajador en forma presencial podría traer aparejada una sanción de multa por aplicación del art. 3, inciso “e” referido a la violación de la normativa relativa a modalidades contractuales, lo que implicaría la configuración de una infracción grave en los términos de la ley 25.212 que ratifica el Pacto Federal del Trabajo. Al respecto, la multa que podría aplicar la autoridad de aplicación al empleador oscilaría entre el

treinta por ciento (30%) al doscientos por ciento (200%) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado.

La reversibilidad, tal como ha sido establecida en la Ley de Teletrabajo, ha recibido varias críticas por cuanto su falta de precisión y su rigidez en la forma de aplicación conllevaría a fomentar un incremento en la litigiosidad laboral, que a la fecha no es menor, y atentaría contra el principio de conservación del contrato de trabajo plasmado en el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo al otorgar como alternativa al trabajador, la posibilidad de colocarse en situación de despido indirecto. La conservación del contrato de trabajo es una materialización del principio de continuidad de la relación laboral que no ha sido tenido en cuenta por la Ley de Teletrabajo. Este principio implica una directiva a las partes del contrato para comportarse durante su ejecución de modo tal que el contrato subsista, evitando las conductas contrarias a la buena fe. La ley debe propender al mantenimiento de la fuente de trabajo, ya que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia. En consecuencia, debemos señalar que la Ley de Teletrabajo se aparta del criterio adoptado por la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 10, 90, 91, 94, 225, 227, 229) y por la legislación laboral en general (art. 27 ley 24.013).

Desde un aspecto estrictamente normativo, el legislador debería haber contemplado experiencias de legislaciones que ya habían implementado la modalidad de teletrabajo, para advertir que en la región la reversibilidad no se da ante el mero requerimiento del trabajador, sino que exige un acuerdo de partes entre el trabajador y el empleador (en este sentido se encuentran los sistemas normativos vigentes de Chile, Colombia y Perú, entre otros).

En el año 2011, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dictó el “Manual de buenas prácticas en teletrabajo”, donde se contempla que es conveniente fijar un plazo en relación con el ejercicio del derecho a retornar a la clásica modalidad presencial, y que ese plazo sea igual para la empresa y para el teletrabajador. Esta apreciación y calificación realizada por la OIT parece ser la recepción que la Ley de Teletrabajo establece al fijar el plazo máximo de 30 días previsto por la reglamentación, aunque con poca claridad y conservando el espacio para el fomento de la litigiosidad.

Como último aspecto normativo a analizar, aparece el último párrafo del art. 8 de la Ley de Teletrabajo que establece que “En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva”. Si bien ya hemos dicho cómo debe ser interpretada la norma desde un aspecto práctico, la referencia a la negociación colectiva que contiene la norma es errónea, por cuanto se entiende que su referencia no se está dirigida a la “negociación colectiva”, sino que el espíritu parece estar dirigido al convenio colectivo de trabajo como fuente normativa.

### III. Cuestiones de derecho colectivo

#### III.1. La negociación colectiva y el convenio colectivo de trabajo

La negociación colectiva es un instrumento fundamental para la mejora de las

condiciones de vida y las condiciones laborales de los trabajadores. Concretamente, es un derecho que consiste en establecer un diálogo entre la representación sindical y la representación empresarial, con el objeto de mejorar las condiciones de trabajo mediante la negociación y el acuerdo. Es una materialización del principio de libertad sindical previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como en las distintas leyes y tratados internacionales.

El convenio colectivo es el resultado del proceso que se da entre la parte empleadora y la parte sindical que negocian posiciones y diferencias para reglar y establecer condiciones de trabajo.

Tanto la negociación colectiva como el convenio colectivo del trabajo son institutos del derecho colectivo del trabajo. El resultado de la negociación colectiva deriva en el convenio colectivo, y este establece normas y condiciones aplicables a las relaciones individuales del trabajo.

La legislación argentina no contempla una definición del término “negociación colectiva” ni “convenio colectivo”. Tampoco lo aporta la Ley de Teletrabajo. La definición de negociación colectiva aparece en el Convenio 154 de la OIT referido a la negociación colectiva, el cual en el artículo 2 establece que “[...] la expresión “negociación colectiva” comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

De modo que, si como resultado de la negociación colectiva se obtiene al convenio colectivo de trabajo, debemos analizar qué consecuencias traerá el convenio: a quién o quiénes resultará aplicable y desde qué momento.

Para la legislación argentina las cláusulas del convenio colectivo de trabajo son obligatorias tanto para los afiliados como para los no afiliados que se desempeñen como empleadores o trabajadores, en la actividad respectiva que surge de su homologación por la autoridad administrativa (1). A ello deberíamos agregar que, para las partes signatarias del convenio colectivo, las normas y el contenido del convenio le son aplicables desde su firma, mientras que para las restantes partes (empleadores y trabajadores) que se encuentren bajo la órbita del convenio colectivo de trabajo negociado por los signatarios, la obligatoriedad regirá desde la homologación dictada por la autoridad administrativa del trabajo.

Y entonces aparece la discusión referida a la naturaleza jurídica del convenio colectivo de trabajo, ya sea si es considerado un contrato o una ley. Cabe recordar la definición de Carnelutti referida a que el convenio colectivo de trabajo es un “híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley” (2). Lo cierto es que, si bien desde la doctrina se podrá discutir la naturaleza jurídica del convenio colectivo de trabajo, la jurisprudencia tiene dicho que el convenio colectivo de trabajo no constituye ley en sentido formal, por lo que no resulta procedente la declaración de inconstitucionalidad de una de sus cláusulas (3).

Con esta aproximación de negociación colectiva y de convenio colectivo, podremos colegir que cuando el legislador de la Ley de Teletrabajo aplicó el término “negociación colectiva”, estaba haciendo referencia al convenio colectivo de trabajo (de actividad o de empresa), y en virtud de ello explicaremos su alcance y aplicación.

#### III.2. Los aspectos específicos

El art. 1 de la Ley de Teletrabajo establece que los aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas. Conforme lo expuesto, el término adecuado hubiese sido el de convenio colectivo de trabajo, ya que los aspectos generales que resultarán aplicables a la modalidad de teletrabajo serán los que establece la Ley de Teletrabajo, como norma de orden público laboral; mientras que los aspectos específicos resultarán del convenio colectivo de trabajo por actividad, por empresa o por ambos, que resultará del ejercicio de la libertad sindical y de la negociación colectiva (conforme el art. 2 de la Ley de Teletrabajo que ordena la incorporación del art. 102 bis al texto de la Ley de Contrato de Trabajo).

Nótese que aquellos empleadores que apliquen un determinado convenio colectivo de trabajo de actividad, pero que no sean partes signatarias del convenio deberán aplicar las normas convencionales que resulten de la negociación entre las partes signatarias del convenio, una vez que este sea homologado.

#### III.3. Las tareas de cuidado

Respecto a las tareas de cuidado previstas en el art. 6 de la Ley de Teletrabajo, nuevamente se advierte la utilización del término negociación colectiva en lugar del término convenio colectivo de trabajo, al prever que mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

Las pautas específicas deberán surgir, una vez más, del convenio colectivo de trabajo sea de actividad o de empresa.

#### III.4. La reversibilidad

Al tratarse la reversibilidad del teletrabajo, la reglamentación del dec. 27/2021 sí introduce el término convenio colectivo de trabajo para tratar de enmendar el desacierto previsto por el art. 8 de la Ley de Teletrabajo que establece que en los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

Frente a este desacierto legal, la reglamentación estableció que las personas que trabajan que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no podrán revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales. Ante estos supuestos, será la jurisprudencia la encargada de analizar —en primer término— la constitucionalidad o no de la reglamentación; y —en consecuencia— el alcance del derecho a la reversibilidad del teletrabajo para aquellas personas que hubiesen comenzado su relación laboral mediante la modalidad de teletrabajo.

#### III.5. Los elementos de trabajo

Respecto a los elementos de trabajo, el art. 9 de la Ley de Teletrabajo expresa que la compensación por el uso de herramientas propias de la persona que teletrabaja

operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

Con el objeto de brindar claridad, la reglamentación estableció que las partes podrán acordar las pautas para su determinación, en los casos en los cuales la relación no se encuentre abarcada en el ámbito de aplicación de una convención colectiva. En rigor, si no existiera una norma convencional aplicable, la compensación sí podría pactarse mediante la negociación colectiva a efectos de regular la aplicación de la compensación por el uso de herramientas.

#### III.6. La jornada

Al tratarse la jornada de teletrabajo, la Ley de Teletrabajo confiere al sindicato la potestad de limitar la jornada mediante el convenio colectivo de trabajo. Esta potestad llega por interpretación del art. 4 que prevé que la jornada laboral deberá pactarse previamente y por escrito en el contrato de trabajo, de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes. Esta referencia a los límites convencionales da lugar a establecer una jornada mediante la negociación colectiva y su resultado: el convenio colectivo de trabajo.

#### III.7. Capacitación

El art. 11 de la Ley de Teletrabajo (aun sin reglamentar) establece que el empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. Y agrega que esta obligación (en cabeza del empleador) podrá realizarla en forma conjunta con la entidad sindical representativa y el Ministerio de Trabajo. No es intención de los autores del presente artículo entrar en la antigua discusión de qué se entiende por entidad sindical representativa, pero se espera un arduo trabajo de los actores gremiales para activar estas capacitaciones, las que, en caso de contar con la participación de la entidad sindical, deberá contar además con la participación del Ministerio de Trabajo.

Si bien la norma no ha sido reglamentada, se advierte que la función del Ministerio de Trabajo será crucial para definir el reconocimiento de la representatividad de un determinado sindicato con el cual el empleador decida llevar adelante la capacitación, ya que ese será un actor con el que luego el empleador no podrá negar ni rechazar negociar o pactar condiciones de trabajo.

#### III.8. Los derechos colectivos

Respecto a los derechos colectivos, el art. 12 de la Ley de Teletrabajo establece que las personas que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo gozarán de todos los derechos colectivos, y que serán consideradas, a los fines de la representación sindical, como parte del conjunto de quiénes trabajen en forma presencial.

Nótese que este artículo aparece como redundante, toda vez que el art. 3 de la Ley de Teletrabajo establece que las personas que trabajen contratadas bajo la modalidad de teletrabajo gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial. Se advierte un excesivo fin proteccionista o una voluntad del legislador de no privar a los gremios de sus derechos, la que no podría haber sido ni siquiera limitada por imperio del art. 14 bis (párrafo segundo) de la Constitución Nacional, de los Convenios 98 y 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y por la aplicación de las leyes 23.551 y 14.250.

(1) KROTOSCHIN, Ernesto, “Tratado práctico de derecho del trabajo”, Depalma, Bs. As., 1963, vol. II, p. 122.

(2) CARNELUTTI, “Teoría del reglamento co-

llettivo dei rapporti di lavoro”, Cedam, Padova, 1936, ps. 116 y 117.

(3) CNTrab., sala VIII, 28/9/01, DT 202-A-765.

### III.9. La representación sindical

La representación sindical apareció con una redacción defectuosa en la ley, que luego fue corregida por la reglamentación. La ley refería que la representación sindical sería ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos de la ley 23.551. Así redactada, la norma generaba confusión ya sus interpretaciones podían ser dos: si la asociación sindical de la actividad donde presta servicios era la referida al establecimiento del empleador, o al domicilio o lugar de prestación de tareas de la persona que teletrabaja, lo que traería distintos conflictos. La reglamentación estableció un esquema más claro y de fácil aplicación: La representación sindical de la persona que teletrabaja tendrá lugar en el establecimiento donde la persona prestaba servicios en forma presencial, y si se hubiese pactado la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, la representación sindical debe ser consultada con la entidad sindical.

### III.10. El control sindical de cumplimiento de cuestiones de higiene y seguridad

El artículo 14 de la Ley de Teletrabajo establece que el Ministerio de Trabajo dictará las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo. A su vez, la norma contempla que el control del cumplimiento de esta normativa deberá contar con participación sindical.

Si bien el artículo ha sido reglamentado, ni la norma ni su reglamentación expresan cómo se llevará a cabo este control sindical: si será por acciones del sindicato, o si será el Ministerio de Trabajo quien dará intervención a la entidad gremial.

Esta es una norma que debería haber previsto también el esquema de la negociación colectiva como mecanismo para definir quién y cómo llevaría a cabo el control sindical. Entendemos que la omisión no priva a las partes (parte empresaria y entidad sindical) a negociar la forma de llevar adelante el control.

Asimismo, resulta llamativo que, en materia de higiene y seguridad, la norma no prevea a los comités de higiene y seguridad como entidades legitimadas para llevar adelante las tareas de control, en virtud de la profusa legislación en la materia.

### III.11. Los sistemas de control

Respecto a los sistemas de control que el empleador quisiera implementar para proteger sus bienes y/o la información de su propiedad, el art. 15 de la Ley de Teletrabajo establece que deberán contar con participación sindical, con el objeto de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

Es decir que la participación sindical se contempla para proteger la intimidad del teletrabajador y la privacidad de su domicilio, pero no para restringir o limitar los mecanismos de control, siempre que estos no violen la intimidad o la privacidad del domicilio del trabajador.

Por su parte, la reglamentación prevé que la participación sindical tendrá lugar mediante auditorías conjuntas, compuestas por técnicos designados por la asociación sindical y por la empresa, garantizándose la confidencialidad de los procesos y

datos y limitadas a preservar los derechos establecidos a favor de las personas que teletrabajan. En consecuencia, si bien en este caso la norma no preveía a la negociación colectiva como mecanismo para establecer la labor sindical, la reglamentación sí trae a la negociación colectiva como medio para alcanzar los derechos enunciados por la ley.

### III.12. Del registro y fiscalización

La Ley de Teletrabajo establece que el Ministerio de Trabajo deberá registrar a las empresas (4) que desarrollen teletrabajo, acreditando el software o plataforma que utilicen y la nómina de las personas que teletrabajen, y esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente. La reglamentación contempló que los requerimientos de información no alcanzarán a datos propios del giro comercial de la empresa (5).

Respecto al registro previsto en el art. 18 de la Ley de Teletrabajo, hasta la fecha no se ha dictado un proceso específico para dar cumplimiento con la norma. Si se han conocido distintos proyectos de ley, entre los cuales se encuentra como más avanzado al Proyecto de ley referido al Registro Provincial, Único y Obligatorio para los teletrabajadores/as y los trabajadores/as a distancia de la Provincia de Buenos Aires (el Proyecto), el cual presenta diferencias entre los fundamentos vertidos como exposición de motivos para cumplir con el propósito de la ley, y las previsiones legales que se incluyen en su articulado. Al respecto, en circunstancias en las que se pretende verter un concepto del teletrabajo, el Proyecto invoca a la res. 1552/2012 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, sin advertir que la propia Ley de Teletrabajo contempla la definición de esta modalidad de trabajo en el art. 2, mediante el cual ordena una modificación de suma importancia al texto de la ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo. Asimismo, el Proyecto apunta a recibir como denominación la de “Registro Provincial, Único y Obligatorio para los teletrabajadores/as”, toda vez que la Ley de Teletrabajo no contempla en su definición al trabajo a distancia. Si bien el Proyecto que prevé la creación del registro aportará seguridad y tutela a los trabajadores, no podría apartarse de las normas previstas por la Ley de Teletrabajo y su decreto reglamentario.

### III.13. El caso de las prestaciones transnacionales

El art. 17 de la Ley de Teletrabajo contempla el caso de las prestaciones transnacionales.

Si bien no surge una definición ni conceptualización, por prestaciones transnacionales entendemos a la situación de las personas que teletrabajen desde el exterior del país para un empleador radicado en Argentina.

Este ha sido uno de los artículos que no ha sido reglamentado por el dec. 27/21, y cuya aplicación podrá motivar varios conflictos y la necesaria intervención jurisprudencial. Nótese que el texto de la norma prevé que los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones. De la redacción del

artículo 17 se advierte un problema a futuro, ya que en el primer párrafo se hace referencia a la aplicación de la ley del lugar de ejecución de tareas o del domicilio del empleador, pero en el segundo párrafo se contempla que los convenios colectivos de trabajo deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones. En consecuencia, el sindicato aparecería legitimado solo para negociar el tope máximo de trabajadores que podrían prestar tareas mediante la modalidad de teletrabajo en otros países, para el empleador radicado en Argentina (lo que será difícil de llevar a la práctica, ya que el personal involucrado podría tratarse de personal convencionado al cual el sindicato no podría representar si la legislación extranjera resultare más beneficiosa, o tratarse de personal fuera de convenio no alcanzado por la normativa convencional ni representado por el sindicato).

## IV. Higiene y seguridad en el teletrabajo

El teletrabajo aparece como una nueva modalidad de trabajo que no es ajena a los accidentes y enfermedades profesionales.

Los infortunios laborales se pueden plantear de diversas formas, tanto en el lugar de prestación de tareas como *in itinere*.

En el año 2020 se sancionó la Ley de Teletrabajo que, como hemos enunciado a lo largo de este trabajo, ha sido considerado como una modalidad contractual. Estas tareas que realice la persona que teletrabaje podrán dar lugar a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y/o accidentes *in itinere* (el que quedaría reservado para el ámbito de las prestaciones mixtas dadas entre teletrabajo y la presencialidad, no prohibidas por la ley).

### VI.1. Ámbito normativo

La Ley de Teletrabajo establece como hemos señalado, que la persona que teletrabaja gozará de los mismos derechos y obligaciones que la persona que presta tareas en forma presencial, de modo que en materia de accidentes y enfermedades profesionales serán aplicables las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, ley 24.557 (LRT), sus decretos reglamentarios, y las resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

Frente a esta normativa, aparece la res. 1552/2012 SRT relativa a la prevención de riesgos en el teletrabajo, que no solo fue la primera norma en aportar una definición de teletrabajo, sino que además dispuso (entre otras obligaciones) que el empleador deberá notificar a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) a la que estuviera afiliado, la localización de los teletrabajadores, indicando sus datos personales (apellido, nombres y CUIL) lugar y frecuencia de teletrabajo (cantidad de días a la semana) y posición o tareas asignadas (6). Además, la res. 1552/12 SRT establece los elementos que el empleador deberá proveer a la persona que teletrabaje, lo que ha sido motivo de duda y debate desde la promulgación de la ley (7).

Con motivo de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, el 20/03/2020 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y la presencialidad quedó limitada a aquellas actividades que resultaban esenciales. El

resto del personal “no esencial” que prestaba tareas bajo relación de dependencia, comenzó a prestar tareas en forma remota (en la medida en que estas pudieran cumplirse).

Como consecuencia de ello, la SRT dictó el 16 de marzo la res. 21/2020 tendiente a regular el teletrabajo durante la emergencia sanitaria y obligando a los empleadores a denunciar a la ART a la que estuvieran afiliado la nómina de trabajadores afectados, el domicilio donde se desempeñarían las tareas, y sus frecuencias, estableciendo que el domicilio denunciado será considerado como ámbito laboral a todos los efectos de la ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo.

Siguiendo la línea de tiempo normativo, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 367/2020 mediante el cual se estableció la presunción respecto al origen profesional del COVID-19 como una enfermedad de carácter profesional —no listada— respecto de los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales.

El DNU 367/2020 aclara además que las ART no podrán rechazar las denuncias si estuvieran acompañadas del correspondiente diagnóstico con la enfermedad emitido por autoridad competente. Asimismo, la norma dispone que la Comisión médica podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieran cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas.

Cabe destacar que previo a la sanción y promulgación de la Ley de Teletrabajo, la res. 21/2020 se eximió a los empleadores de cumplir con las exigencias de la res. 1552/2012 mientras dure la emergencia sanitaria (actualmente vigente hasta el 31/12/2021) (8).

### IV.2. Las enfermedades profesionales

El art. 14 de la Ley de Teletrabajo contiene una remisión expresa al art. 6, inc. 2) de la LRT, que adoptó el sistema de listado cerrado. El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Trabajo deberá determinar las enfermedades que serán incluidas en un listado cerrado y taxativo de enfermedades profesionales, excluyendo a todas las demás patologías no previstas de la reparación de daños ocasionados por la modalidad de teletrabajo.

El listado de enfermedades profesionales vigente fue aprobado por el laudo 156/1996 y convalidado por el dec. 658/1996 y por el 659/1996. Este listado ha sido modificado solo en dos ocasiones.

A los fines de interpretar las enfermedades profesionales bajo la modalidad de teletrabajo, el art. 14 de la Ley de Teletrabajo deberá conjugarse juntamente con el art. 40, apartado 3, de la LRT que dispone que el listado de enfermedades profesionales debe establecerse considerando la causa directa de la enfermedad con relación a las tareas cumplidas por el trabajador y por las condiciones del medio ambiente de trabajo.

(4) El término adecuado hubiese sido empleadores.

(5) Nuevamente, el término adecuado hubiese sido empleadores.

(6) Artículo 2 res. 1552/12 (SRT)

(7) Al respecto ver art. 3 de la res. 1552/2012 según el cual el empleador deberá proveer a los teletrabajadores

una silla ergonómica, un extintor portátil contra incendio (matafuego de 1 kg. a base de HCFC 123), un botiquín de primeros auxilios, una almohadilla para ratón (“pad

mouse”) y un Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo.

(8) Al respecto ver art. 1 del DNU 167/2021

## IV.3. Los accidentes de trabajo

Respecto de los accidentes de trabajo, el art. 14 de la Ley de Teletrabajo presume su cobertura dentro de los supuestos del art. 6, inc. 1), de la LRT, en la medida en que hayan acaecido en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo.

La prestación de tareas mediante la modalidad de teletrabajo se puede dar de forma total o mixta (que contempla jornadas de teletrabajo y jornada de presencialidad). En este último supuesto cabe la posibilidad de tener que analizar los denominados accidentes in itinere, ya que el teletrabajo prevé que la prestación de servicios sea efectuada "total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja o en lugares distintos al establecimiento del empleador" (9).

Lo que podría evitar la configuración de un accidente in itinere, sería la modificación o alteración del trayecto del trabajador desde su domicilio hasta el establecimiento donde debía prestar tareas. Este supuesto podría dar lugar a distintas interpretaciones de modo que resultaría conveniente tener pactado de antemano los días y horas en los que la persona prestará tareas mediante teletrabajo, y los días en los que prestará tareas en forma presencial; y comunicar estos datos a la ART (ante el supuesto de pactarse una prestación mixta).

La duda se presenta en los casos en los que el siniestro se produce en circunstancias en las que el trabajador se desplaza hacia un lugar distinto para la prestación de tareas, pero que no es el establecimiento del empleador, tales como podría darse en cualquier espacio de coworking. Es evidente que este será un aspecto que deberá definir la jurisprudencia, pero se advierte que la terminología utilizada por el legislador de la Ley de Teletrabajo al referir al "lugar de trabajo" podría ser interpretada tanto para incluir al establecimiento del empleador, como así también a otro espacio físico que el trabajador utilice para prestar tareas, siempre que no hubiese sido expresamente establecido en un acuerdo individual de teletrabajo.

Respecto a los accidentes de trabajo durante el teletrabajo, el art. 14 de la Ley de Teletrabajo establece una presunción de laboralidad respecto a las otras con-

(9) Art. 2 ley 27.555.

tingencias, señalando en la parte final que "Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del art. 6º, inc. 1º, de la ley 24.557". El art. 14 in fine de la Ley de Teletrabajo tiene por objeto facilitar la prueba de los accidentes cuando se producen dentro de un ámbito reservado, como puede ser el domicilio del trabajador, supeditando su operatividad a un criterio de tiempo y lugar. Por ende, será suficiente que el daño se produzca en dichas condiciones para presumir la relación de causalidad entre el hecho y las tareas, siendo ella una presunción *iuris tantum*.

La aplicación de la presunción de accidente de trabajo establecida en el art. 14 de la Ley de Teletrabajo para aquel ocurrido en tiempo y lugar de trabajo motiva a definir mediante acuerdo de teletrabajo, a acotar el margen de flexibilidad horaria, el tiempo y el lugar de conexión, y a restringir la posibilidad de contemplar varias residencias como lugar de teletrabajo a efectos de evitar el rechazo de la ART ante los diversos siniestros.

A los fines de analizar la aplicación de la situación presuntiva de la Ley de Teletrabajo sobre los accidentes, se deberán analizar el tipo de accidente y el horario en el que se ha producido. Si el siniestro se produce mediante la utilización de instrumentos tendientes a realizar la prestación de tareas o en beneficio del empleador, deberá ser considerado como un accidente de trabajo.

## V. Conclusión

La *voluntariedad* y la *reversibilidad* aparecen como dos de los institutos más destacados de la Ley de Teletrabajo. Desde un aspecto normativo, tanto el art. 7 como el art. 8 de la Ley de Teletrabajo podrían haber aportado mayor claridad, y adaptarse al objeto propio de la norma que era el de normar una modalidad de trabajo tendiente a regular la actividad de los trabajadores desde su domicilio o desde un lugar distinto al establecimiento del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

En el caso de la *voluntariedad*, si bien resulta necesario contar con el consentimiento del trabajador para prestar tareas mediante la modalidad de teletrabajo, el

requisito referido a que la manifestación de voluntad del trabajador deba ser prestado por escrito no se condice con los tiempos actuales, no contribuye a fomentar en la inversión en materia de tecnología, e impide que se pueda hacer uso de la firma digital algo que se ajustaría a la esencia del teletrabajo, teniendo en cuenta que como consecuencia del teletrabajo el empleador y el trabajador podrían pactar un lugar de prestación de tareas muy distante de los establecimientos del empleador, ampliando las oportunidades de contratación y de generación de puestos de trabajo a distintas regiones. Asimismo, el art. 7 de la Ley de Teletrabajo merece una reglamentación clara y específica que no aparece dada por el dec. 27/2021 y que su tratamiento en la res. 142/2021 (MT) no aporta certeza ni claridad, dos elementos necesarios para evitar situaciones conflictivas.

Respecto de la *reversibilidad*, el intento de otorgar protección al trabajador que brinda la Ley de Teletrabajo y su reglamentación se traduce en una falta de interpretación de situaciones prácticas, no contempla el criterio imperante en la región (lo que podría alentar la creación de puestos de trabajo en aquellos lugares donde las legislaciones sean similares y con condiciones claras), en detrimento de la posibilidad de generar empleo y puestos de trabajo en nuestro país.

Dos de los institutos más importantes de la Ley de Teletrabajo (*voluntariedad* y *reversibilidad*) son posibles focos de conflicto entre el empleador y el trabajador. El teletrabajo es una modalidad que venía desarrollándose en muchas compañías desde hace más de veinte años. Ha pasado por distintas etapas y su marco regulatorio ha sido escaso, pero con una conflictividad prácticamente nula. La aparición de una legislación específica no podría asomar como un foco de potencial conflicto, sino que debería propender a reglamentar por vía normativa lo que en el campo fáctico se desarrollaba con cierta normalidad. La ley especial no podría atentar ni desconocer derechos previamente reconocidos y consagrados al empleador como las facultades de organización y dirección, ni desdibujar el principio de continuidad de la relación laboral que hemos desarrollado.

En materia de derecho colectivo del trabajo, más allá de las observaciones referidas a la terminología de la Ley de Teletrabajo sobre negociación colectiva y

convenio colectivo de trabajo, se advierte una gran influencia colectiva para la reglamentación de ciertos institutos que no necesariamente serán aplicados para personal alcanzado o encuadrado bajo la órbita de un determinado convenio colectivo de trabajo. Esta situación particular podría desalentar la voluntad de los actores sindicales de proyectar una agenda para negociar colectivamente cuestiones referidas a teletrabajo, en un ámbito donde solo una escasa parte de sus representantes estarán alcanzados por dicha negociación. Recordemos que, en la práctica, las negociaciones referidas a la modificación de convenios colectivos de trabajo suelen ser negociaciones extensas que no se resuelven en días u horas, sino que demandan varios meses o años.

En materia de riesgos del trabajo, la escueta reglamentación en materia de teletrabajo hace suponer que será la jurisprudencia la que (como es habitual en la materia) irá abordando el tema y determinando la aplicación normativa y la interpretación ante la particular casuística que se presentará en esta nueva modalidad de trabajo.

En el presente trabajo hemos expuesto las nociones básicas sobre los accidentes y enfermedades del trabajo. La presunción *iuris tantum* prevista por la Ley de Teletrabajo deberá pasar también por el tamiz de la jurisprudencia a fin de analizar su aplicación, en consonancia con los acuerdos individuales de teletrabajo. Evidentemente, mientras mayor sea la información y definiciones previstas en el acuerdo individual de teletrabajo (duración de la jornada, lugar de trabajo, desconexión, etc.) menor será la exposición a contingencias derivadas por riesgos del trabajo.

Estamos ante una modalidad que ya lleva más de un año de aplicación casi plena o total, con muy poco conflicto colectivo y con una litigiosidad prácticamente nula. El 1 de abril la Ley de Teletrabajo entró en vigencia. La buena fe y los criterios de colaboración y solidaridad volverán a estar a prueba y quedará en manos de la jurisprudencia la interpretación de los institutos aquí desarrollados. Esperemos que como reza nuestra profesión y como solemos solicitar al culminar cada una de las presentaciones judiciales, sea justicia.

Cita on line: AR/DOC/895/2021

# Prestaciones transnacionales y teletrabajo



## Diego S. Kelly

Abogado (UBA) y especialista en el asesoramiento integral a empresas multinacionales y locales, en temas de derecho laboral. Es miembro de Marval O'Farrell Mairal. Especialista en Derecho Laboral (UCA), y ha formado parte del Grupo de Estudio e Investigación de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social entre 2007 y 2010. Ha sido nombrado "Leader in the Field", en la categoría Labour and Employment desde 2009 y a la fecha, de la publicación Chambers Latin America.



## Martín E. Guala

Abogado (UB) y especialista en el asesoramiento integral a empresas multinacionales y locales, en temas de derecho laboral y de seguridad social. Es miembro de Marval O'Farrell Mairal Completó sus especializaciones en derecho del trabajo (UBA) y asesoramiento jurídico de empresas (UCA).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El art. 17 de la ley 27.555.— III. Conclusión.

### I. Introducción

"El hombre corriente, cuando emprende una cosa, la echa a perder por tener prisa en terminarla" Lao-Tsé.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

Es tan habitual como desaconsejable focalizar nuestra atención exclusivamente en aquellas cuestiones que entendemos prioritarias y urgentes, dejando de lado el impacto de otras que consideramos accesorias, y que pudiendo serlas o no, no dejan de tener importancia.

Con base en tales presuntas urgencias, es que se dio vida al Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, creado por ley 27.555, vigente desde el 01/04/2021. Vale decir, que la coyuntura signada por una pandemia con pocos precedentes y muy dañina, promovió, motivó y potenció la necesidad

de regular una modalidad de prestación de trabajo (a nuestro entender, no modalidad contractual), cuando no había ninguna necesidad de acelerar tiempos, algo que ha evitado debates profundos y necesarios, y sancionar una norma con claras y evidentes falencias, entre ellas, una técnica

legislativa muy pobre. Todo ello sin mencionar que muchas de esas falencias, sino todas, fueron identificadas por los agentes de la sociedad civil y del mundo legal de un modo constructivo y con el único objetivo de ayudar a tener el mejor régimen legal posible.

Lo cierto, es que la ley 27.555 fue creada, discutida y sancionada con una rapidez innecesaria, pero muy habitual —lamentablemente— en nuestro país. Sobran ejemplos de esta práctica común, donde en muchos casos se vota a partir de una ideología y al espíritu que se cree del proyecto de norma en tratamiento, sin analizar detenidamente el contenido y cometiendo graves errores de derecho. En otras palabras, se focaliza en la necesidad de una norma que atienda una situación de hecho puntual, y la discusión rara vez lleva una detenida revisión del contenido del proyecto, y de lo que a la postre, serán los artículos de una nueva ley. Ni hablar de lo efectos sociales y de incremento de la litigiosidad que normas como esa puedan tener.

A entender de los autores del presente texto, es hartamente preferible postergar la regulación de un instituto, permitiéndose un debido y acabado análisis, que contemple (circunstancia no evidenciada en la norma bajo análisis), un examen global del plexo normativo aplicable. De lo contrario, nos toparemos inexorablemente con una nueva norma privada de claridad, y en muchas partes contrapuesta a la legislación existente, y lo que es aún más grave, a normas de jerarquía superior y hasta jerarquía constitucional.

En concreto, nuestra misión es abordar el art. 17 de la ley 27.555, en tanto refiere a las prestaciones transnacionales de ciudadanos argentinos o extranjeros y su derecho aplicable, y el caso puntual de empleados extranjero, esto último lo cual merecerá un enérgico reproche. Sin perjuicio del acotado análisis que nos compete, no podíamos dejar de realizar las digresiones que anteceden, por cuanto entendemos que son criterios aplicables a gran parte de la norma bajo análisis, sino a su totalidad.

## II. El art. 17 de la ley 27.555

Aun cuando el ávido lector —seguramente— habrá leído en su totalidad la ley 27.555, parece ineludible comenzar su estudio y análisis, y puntualmente de un artículo en especial, haciendo mención de su texto y contenido. En tal inteligencia, es preciso poner de relieve que el art. 17 de la norma en estudio, establece:

“Prestaciones Transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja.

En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, de-

berán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

Como podrá apreciarse, bajo el título “prestaciones transnacionales”, el art. 17 trata, por un lado, el derecho aplicable a supuestos de prestación de tareas en el extranjero bajo modalidad de teletrabajo, y por el otro, previsiones (en rigor, limitaciones), en materia de prestación de tareas de extranjeros.

A pesar de encontrarnos especialmente interesados en abordar el segundo aspecto, no necesariamente por más interesante, sino por inexplicable y preocupante en materia de derecho internacional y de relación con el mundo, el análisis seguirá el mismo orden que propone el texto del artículo en cita.

### II.1. Derecho aplicable a la prestación transnacional bajo teletrabajo

El artículo objeto de análisis, integrante del denominado nuevo Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, nos presenta una cuasi novedosa norma de Derecho Internacional Privado (DIP), aplicable —naturalmente— solo a aquellos trabajadores que presten tareas en forma remota.

Vale la disquisición sobre la aplicación exclusiva a teletrabajadores, toda vez que, como seguramente es sabido por el lector, la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) ofrece desde su primera redacción una norma de DIP contenida en su art. 3, cuanto establece: “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio”.

En consecuencia, encontramos que la principal norma regulatoria de las relaciones de empleo en Argentina se vuelca hacia el principio de *lex loci executionis* o de territorialidad. Es decir, en tanto la prestación se ejecute en territorio nacional, se aplicarán las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo, principio que solo puede ceder ante acuerdo de partes por un régimen legal más beneficioso para el trabajador.

Por su parte, la ley 27.555 elige una solución un tanto distinta, al establecer que “Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja”.

Es decir, el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo no hace una aplicación directa e irrestricta, ni a nuestro entender adecuada, del *lex loci executionis*, sino que ofrece dos alternativas: a) la aplicación del derecho correspondiente al lugar de prestación; o b) la aplicación del derecho correspondiente al domicilio del empleador, dependiendo cual resulte más ventajoso para el empleado.

No se nos escapa que la prestación bajo modalidad de teletrabajo presenta características muy propias y particulares, pero ello no necesariamente explica ni justifica

la necesidad de apartarse del principio de territorialidad. Es decir, en función del solo hecho de prestar tareas en forma remota, se goza de la posibilidad de aplicar el derecho más favorable de modo vinculante sin voluntad de las partes, prerrogativa con la que no cuentan los empleados que prestan tareas, llamémosle, presenciales. A todo lo que podemos comentar en términos de técnica jurídica, no podemos dejar de identificar un claro punto de discriminación entre trabajadores presenciales y teletrabajadores (uno de varios que contiene la ley 27.555).

Aquí nos es inevitable señalar que tampoco resulta demasiado comprensible la calificación de “contrato de teletrabajo”, cuando no deja de ser un contrato de trabajo, con la sola particularidad de la forma en la cual se prestan las tareas (o, más específicamente aun, el lugar en el que se prestan esas tareas). Probablemente ello haya permitido que el legislador entienda que había espacio para crear una norma de DIP, para el solo y exclusivo caso particular del teletrabajador. Insistimos, no se explica demasiado la necesidad de apartarse del *lex loci executionis*, uno de los principios centrales y ordenadores del régimen legal laboral argentino.

Ahora bien, al margen de las disquisiciones que anteceden, lo cierto es que se plantean otros interrogantes llamativos, en términos prácticos. La ley 27.555 nos indica que resultará de aplicación el derecho correspondiente al lugar de ejecución o del domicilio del empleador, dependiendo cual resulte más favorable al empleado.

En principio, tal análisis no pareciera presentar importantes dificultades, siempre que se trate de un lugar de ejecución, pero, ¿qué sucede en el supuesto de múltiples lugares de ejecución?

No es desconocido por los aquí autores, naturalmente, que tal interrogante también se presenta en la solución adoptada por la LCT. En efecto, en estos casos donde la aplicación del principio de territorialidad es insuficiente, distintos criterios han tenido cabida en relación al derecho a aplicar al supuesto de múltiples lugares de ejecución (1): i) principal lugar de ejecución (2) ii) lugar de extinción del contrato de trabajo (3); iii) autonomía de la voluntad (4); y (iv) jurisdicción correspondiente al beneficiario último de la prestación (5).

La intención, por espacio y objeto de análisis, no es entrar en profundidad en cada uno de los criterios, sino señalar que, ante el supuesto de múltiples lugares de ejecución de la prestación, también múltiples han sido las soluciones adoptadas por la jurisprudencia, encontrándonos lejos de un criterio uniforme, y hasta incluso mayoritario. Tanto mayor puede ser la sensibilidad del tema tratándose de trabajo a distancia. La flexibilidad y dinamismo de la prestación, con mayores facilidades para que un trabajador desarrolle sus tareas, están en el centro de las enormes ventajas que el —anteriormente llamado— *home office* tenía para los trabajado-

res (principales beneficiarios). Las dificultades en materia de derecho aplicable en materia de prestaciones transnacionales, como el excesivo encorsetamiento que la ley 27.555 le ha impuesto a la modalidad atentan seriamente contra ese mundo de beneficios que los empleados en esquemas flexibles tenían y que el nuevo régimen les limita.

La particularidad en relación con la norma de DIP que ofrece la ley 27.555, es que, para definir el derecho aplicable, es preciso establecer cuál es el régimen jurídico más favorable al trabajador, entre el lugar de ejecución y el correspondiente al domicilio del empleador. En consecuencia, si nos encontramos ante múltiples lugares de ejecución, el primer ejercicio consistirá en determinar cuál es el criterio a adoptar en tal supuesto, esto es: (i) principal lugar de ejecución; (ii) lugar de extinción; (iii) beneficiario de la prestación (parecido a la segunda alternativa prevista por la ley 27.555), entre otras posibles. Nótese que podría darse la situación que, entonces, si ante múltiples lugares de ejecución se opta por el derecho del lugar de extinción del contrato, la comparación prevista por la Ley 27.555 pasaría a ser: lugar de extinción vs. domicilio del empleador, alejándonos de lo previsto por tal norma.

Lo que pretendemos puntualizar, es que lejos de simplificar, la norma de DIP prevista en el art. 17 de ley 27.555, trae más interrogantes y dificultades prácticas en supuestos (muy habituales) como los de múltiples lugares de ejecución del contrato.

En otro orden de ideas, el comparativo entre derechos aplicables (ejecución vs. domicilio del empleador) trae aparejado otro interrogante: como llevar a cabo tal comparación. Vale decir, que no se trata de una particularidad o dificultad que se presente exclusivamente en el artículo 17 de la ley 27.555, sino que se proyecta hacia otros supuestos donde el intérprete o los jueces deben identificar la norma más favorable al trabajador (6).

Al respecto, no luce necesario abordar con detalle los dos grandes sistemas generales: conglobamiento y atomización. Sin perjuicio, y a mero modo de repaso, recordamos que el primero comprende el análisis integral de las normas, optándose excluyentemente por una de ellas *in totum*. Tal sistema de comparación es ciertamente eficaz cuando se trata de dos normas que atienden materias específicas y concretas (ej. vacaciones, jornada, etc.). Sin perjuicio, este sistema conlleva una serie de dificultades, principalmente por cuanto es complejo poder establecer con precisión que norma, en su conjunto e integridad, resulta más favorable que la otra.

Del otro lado, la “atomización”, que se evidencia como la contracara del “conglobamiento”, alejándose del estudio integral, incorporando selectivamente las ventajas de una y otra norma. El presente sistema de comparación no estudia la lógica y espíritu de la norma, e ingresa en un peligroso escenario, cual es el de descontextualizar las previsiones particulares de la misma, desatendiendo su

(1) Al respecto, recomendamos un muy interesante artículo de ESPINILLO, Nahuel N., “Interpretación del artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual”, DT 2019 (mayo), 1057.

(2) CNTrab., sala II, “Bardesson, Guillermo Marcelo c. HSBC Bank Argentina SA s/ despido”, 23/03/2017, AR/JUR/8461/2017 y CNTrab., sala VIII, 06/12/2012.

(3) TTrab. N.º 6, San Isidro, “García Maglione, Martín Oscar c. Nestlé Argentina SA s/ despido”, 16/09/2014,

confirmada por la SC Buenos Aires el 28/06/2017.

(4) CNTrab., sala V, 10 de abril de 2012, “Solano Torquinst, Fernando María c. YPF SA s/ despido”, AP/JUR/710/2012

(5) CNTrab., sala VIII, “Morales Pérez Dumas, Leonardo c. LS4 Radio Continental SA s/ despido”, 13/03/2015.

(6) Bien lo expone el prof. Adrián Goldín: “Una de las vertientes más complejas de aplicación del cri-

terio de “norma mínima” y del de “norma más favorable” a la luz del art. 7º de la ley 14.250 (t.o. 1988) y del primer párrafo del art. 9 de la L.C.T. es la que se refiere a la determinación y deslinde de la unidad concreta de comparación para definir el texto normativo más favorable” (en Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos, Cuadernos de Investigaciones 22, Universidad de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/inves->

tigacion/cuadernos\_de\_investigaciones\_22\_goldin.pdf).

coherencia interna y el juego de balances y contrapesos de esta. En definitiva, no termina aplicándose una norma, sino que crea una, convirtiendo al intérprete en legislador.

El término medio a dichos extremos, es la teoría del “conglobamiento por instituciones”. Como bien refiere el prof. Goldín: “En aquellas respuestas se reconocen preocupaciones comunes: apartarse de la unidad de comparación excesivamente amplia, pero cuidarse al propio tiempo de escindir lo inescindible (7), evitar la disociación de “... las diversas partes de las condiciones de trabajo que están relacionadas íntimamente, aun cuando se hallen separadas exteriormente...” (8), no separar las diversas “... disposiciones (que) se equilibran y se justifican las unas por las otras...” no desintegrar el conjunto compuesto...” por las normas referidas al mismo tema que no pueden disociarse sin mengua de su armonía interior (9)”.

En efecto, dicho sistema de comparación se busca una armonía entre las teorías contrapuestas de “conglobamiento” y “atomización”, incorporando el aspecto valioso de cada una de ellas. Se reduce entonces el estudio a un conjunto conceptual menor, sin llegar hacia una especificidad tal, que nos encuentre ante la “atomización”.

En principio, podríamos entender que ese sería el criterio a aplicar, en la solución contenida en el art. 17 de la ley 27.555 sobre la normativa aplicable. Sin perjuicio, aun cuando desde un punto de vista teórico luce como la alternativa de mayor equilibrio y más eficaz, no podemos desconocer que también presenta ciertas dificultades en la práctica.

En efecto, en una nueva cita obligada al prof. Goldín, el jurista bien señala: “¿qué es una institución?”; ¿cuál es “...cada una de las instituciones del derecho del trabajo”? Y, por ejemplo, “¿lo es solo el preaviso?, ¿solo la indemnización por antigüedad?, y ¿por qué no el despido sin causa? O tal vez lo sea el despido sin causa engarzado con las justas causas del despido, desde que es válida afirmar que si uno y otras están” (10).

La tarea interpretativa no será en absoluto sencilla. Y particularmente, en el supuesto de prestaciones transnacionales, la comparación deberá realizarse sobre normas de distintos países. Este dato no es menor, en tanto las dificultades que pueden presentarse en la elección sobre dos normas nacionales, se potencian sin ningún tipo de dudas en supuestos de comparación entre normativa nacional y normativa extranjera. Vale decir, que con la distinta regulación que puedan tener algunos institutos entre distintas normas locales (ej. ley vs. convenio colectivo), nos encontramos —al menos— sobre el paraguas de principios generales aplicables (en especial, el protectorio), y de un orden público laboral. En tanto, cabría preguntarse si el “conglobamiento por instituciones”, es —y será— una herramienta eficaz para acercar la solución al interrogante planteado sobre la norma más favorable, con base en el art. 17 de la ley 27.555.

En definitiva, y permitiéndonos ser reiterativos, vuelven a preguntarse los autores sobre la necesidad de incluir esta norma de DIP, y no continuar con la lógica del art. 3 de la LCT, con el fin de: (i) no generar distinciones subjetivas y riesgos de discriminación arbitraria; y (ii) no sumar más incertidumbre de la existente.

## II.2. Contratación de extranjeros no residentes

Anteriormente, señalábamos que entre las disposiciones del art. 17 de la ley 27.555, la que presentaba mayor interés —y reproche— era la contenida en su segundo párrafo, cuanto establece: “En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

De esta segunda parte del mencionado art. 17, se desprenden dos circunstancias atinentes a la contratación de personal extranjero no residente en el país:

a. Previo a su contratación, se deberá requerir autorización previa a la autoridad de aplicación.

b. Los convenios colectivos establecerán un tope máximo para estas contrataciones.

Al margen de las motivaciones que pudieron haber llevado al legislador a esta serie de requisitos y limitaciones (seguramente vinculadas a la protección del empleo local), no podemos dejar de advertir que, desde un punto de vista jurídico, este segundo párrafo del art. 17 es frondosamente inconstitucional, y violatorio de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se exige una autorización de la autoridad de aplicación para poder contratar a un trabajador extranjero, lo cual pretende sin ningún tipo de duda desalentar su contratación e indudablemente puede tener el efecto no deseado de medidas recíprocamente restrictivas por parte de otros regímenes jurídicos. Seguidamente, la norma profundiza el accionar discriminatorio al permitir que se establezcan topes máximos para dichas contrataciones.

Vale decir, que no desconocemos la existencia de normativas locales en materia de prioridad de contratación de personal local (11). Sin embargo, tales regulaciones —en general— apuntan a fomentar la contratación de personal residente de la jurisdicción, como política de empleo local, lo cual puede resultar un tanto más entendible, aunque no exento en absoluto de reproche.

Lo cierto, es que —insistimos— la previsión en análisis se contraponen con los principales tratados y convenciones sobre derechos humanos, enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por tanto, de jerarquía constitucional:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, y

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, entre otros tratados y convenciones aplicables.

Asimismo, en materia específica laboral, no puede desatenderse lo establecido por el Convenio 111 de la OIT (12): “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Además de la contraposición con normativa de jerarquía constitucional o superior a las leyes, también habrá de violar las previsiones de la ley 23.592, en tanto reza: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Como puede apreciarse, no puede soslayarse la flagrante inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 17 de la ley 27.555, al contraponerse con normas de jerarquía constitucional, supralegal, y principios rectores de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, no dejan de plantearse dificultades prácticas. En efecto, será a través de convenio colectivo de trabajo que se ponga límites a la contratación de personal extranjero. Surge por tanto el lógico interrogante, relativo a qué sucede en supuestos donde no hay convención colectiva aplicable o cómo será el mecanismo tan sensible de limitación a contrataciones extranjeras en la mesa de una negociación colectiva eminentemente local y acotada a determinada actividad. ¿Se tiene presente el impacto en las relaciones internacionales en las que el país está, inevitable y afortunadamente, inmerso?

En definitiva, esta segunda parte del art. 17 de la ley 27.555 es —seguramente—

una de las partes que merezca un mayor reproche en relación con el nuevo Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo.

## III. Conclusión

A lo largo del presente análisis, hemos tenido la valiosa, pero difícil tarea de abordar uno de los artículos más particulares de la “nueva” ley 27.555.

Al comenzar tal análisis, precisamente en la introducción, señalábamos que la innecesaria urgencia en abordar normativamente al teletrabajo, especialmente en un contexto sanitario y socioeconómico como el presente, terminó por dar nacimiento a un texto legal con serias y numerosas falencias, con una pobre técnica legislativa, con una ambigüedad y falta de claridad impropias de cualquier legislación, y lo que podría entenderse peor, con previsiones de evidente inconstitucionalidad y discriminación.

Ahora bien, en esa misma línea de atender siempre lo urgente, debemos evitar dejar a un lado el estudio de lo que se considera “accesorio”. En otras palabras, desde luego que hay previsiones de la ley 27.555 que precisan de una inmediata revisión y análisis (ej. compensación de gastos), pero ello no obsta a que se revise el impacto que, por caso, el art. 17 bajo análisis puede tener en las relaciones de empleo.

Bajo tal temperamento, es que los aquí autores han puntualizado en los aspectos dudosos de la norma, aquellos que traerán sin duda un incremento de la litigiosidad con el consecuente debate jurisprudencial, que probablemente presenten dificultades prácticas en su aplicación, y fundamentalmente, en algunos que se contraponen con normativa de jerarquía constitucional.

El art. 17 del nuevo Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, nos abre camino hacia dos materias relacionadas pero distintas entre sí: (a) determinación del derecho aplicable a prestaciones de teletrabajo transnacionales; y (b) limitaciones y requisitos a la prestación laboral de personal extranjero.

En relación con “(a)”, hemos apreciado cómo la búsqueda de la norma más favorable puede ser una tarea harto complicada, pero, además, la dificultad práctica de atender primero el escenario de “múltiples lugares de ejecución”. Allí, principalmente, es donde los aquí autores manifestamos nuestra preocupación sobre la dificultad de esta comparación de regímenes.

En tanto, con relación al ítem “(b)”, nuestra enérgica posición y reproche, al entender que nos encontramos a una previsión de evidente inconstitucionalidad. Aun entendiendo que puede tratarse de una búsqueda de protección del empleo local, no deja de resultar contrapuesto a principales reglas y principios que hacen a nuestro ordenamiento jurídico, y que pueden tener un serio impacto en las relaciones internacionales a futuro.

En consecuencia, instamos al debate, al análisis también necesario de las previsiones de este art. 17, que, sin duda, cuenta con mucho material de abordaje.

(7) En cita a CALDERA, Rafael, “Derecho del Trabajo”, El Ateneo, 1972 p. 196.

(8) En cita a KASKEL, Walter - DERSCH, Hermann, “Derecho del Trabajo” traduc. por Ernesto Krotoschin,

Depalma, 1961, p. 133.

(9) En cita a PLA RODRÍGUEZ, Américo, en ob. cit. en nota 7 p. 47.

(10) GOLDÍN, Adrián, ob. cit., p. 4.

(11) V.gr. ley 2750 de la Provincia del Neuquén; ley 3141 de la Provincia de Santa Cruz, entre otros.

(12) Aprobado por ley 17.677.

# Teletrabajo entre dudas y certezas

## Su aplicación en la subcontratación



### Lucas J. Battiston

Socio director en Amoedo, Sanguinetti & Battiston Abogados. Abogado (UCA). Posgrado en Relaciones Laborales (UCA). Maestría en Recursos Humanos (Centro de Formación Europeo Garrigues Andersen - Madrid, España). Maestrando en Derecho Tributario (UCA - tesis pendiente). Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (UA - actualmente en curso). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



### Gonzalo Ruiz Díaz

Abogado (UBA) con especialización en Derecho Empresario. Magister en Derecho Empresario (UBA). En el año 2014 obtuvo la Certificación Internacional en Ética y Compliance, de la UCEMA. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (UA). Fundador del Estudio Ruiz Díaz & Asociados. Profesor regular en la Universidad Austral, y coordinador en la Diplomatura de Compliance, dando clases tanto en grado como es posgrado.

**SUMARIO:** I. Introducción y reseña normativa.— II. Ámbito de aplicación del régimen de teletrabajo.— III. Teletrabajo y la subcontratación (art. 30 LCT).— IV. Conclusiones.

#### I. Introducción y reseña normativa

La pandemia mundial de COVID-19, además de la cuestión estrictamente sanitaria, ha sido un gran acelerador de procesos de muy diversa índole. En tal sentido, debido a las dificultades que la circulación del virus ha traído a prácticamente todos los países del mundo, las empresas han debido precipitar y apresurar la toma de decisiones adoptando cambios y profundizando tendencias que antes de la pandemia eran ideas incipientes o todavía en fase de ensayo (1).

En lo que hace a nuestro país, y en materia de relaciones laborales, el año 2020 ha sido el renacimiento del trabajo remoto, “home office” o teletrabajo. Esta modalidad de trabajo, que existía en Argentina muchos años atrás, no había tenido una regulación legal específica, salvo la resolución 595/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) que dispuso la creación del Programa de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas (PRO-PET) (2). Esta resolución, sin embargo, no tuvo gran repercusión entre las empresas y la mayoría de los empleados que cumplían sus tareas de manera remota o a distancia, lo hacían sobre la base de algún reglamento interno de empresa o directamente sin ninguna regulación específica. Incluso, en muchos casos, más que una modalidad de trabajo se implementaba a modo de “beneficio” para el trabajador, que trabajaba desde su casa algunos días a la semana.

Como todos sabemos, las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y el posterior distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO) llevaron a que —a partir del 20 de marzo de 2020— la regla fuera el trabajo a distancia o teletrabajo y la excepción el trabajo presencial. Es así que, raudamente, se desempolvieron los proyectos de ley, algunos de los cuales incluso se habían llegado a discutir en anteriores sesiones legislativas (3) y, finalmente, en fecha 14/08/2020, se publicó la ley 27.555 de “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo” (4). Si bien la propia ley disponía que debía ser

reglamentada dentro del plazo de 90 días, ello ocurrió finalmente en fecha 20/01/2021 mediante el decreto 27/2021. Por su parte, la resolución 54/2021 del MTEySS dispuso que la entrada en vigencia de la ley sería a partir del 01/04/2021 (5). Por último, unos días antes de la entrada en vigencia de la ley, el MTEySS dictó la resolución 142/2021, a través de la cual se pretendió aclarar sobre la aplicación del régimen de teletrabajo mientras se mantengan las restricciones y/o recomendaciones sanitarias dictadas por las autoridades.

Hasta aquí, el derrotero normativo del régimen de teletrabajo hasta el día de la fecha. Analizaremos a continuación el alcance y ámbito personal de aplicación de este nuevo régimen.

#### II. Ámbito de aplicación del régimen de teletrabajo

La ley 27.555 incorporó el régimen de teletrabajo como una modalidad contractual. En tal sentido se dispuso expresamente su inserción como art. 102 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en su Título III, el que se titula “De las modalidades del Contrato de Trabajo”. En dicho título se desarrollan precisamente ciertas variedades del género contrato de trabajo, formas especiales que este asume y que están referidas a su duración, discontinuidad de las prestaciones, objeto y sujeto de contrato.

En el caso del contrato de teletrabajo, se lo caracteriza como aquel en el que la prestación de servicios, realización de actos o ejecución de obras sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

De tal forma que la particularidad del contrato de teletrabajo, y que justifica su regulación específica, es el lugar de cumplimiento de la obligación y los medios para hacerlo. De allí que las notas típicas de esta nueva modalidad contractual serán: (a) el lugar donde se prestarán las tareas, que podrá

ser el domicilio de la persona que trabaja o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, y (b) la utilización de tecnologías de la información y comunicación. Esto es lo que refiere el art. 2 de la ley 27.555.

Sin embargo, el decreto 27/2021, reglamentario de la mentada ley, dispone en el art. 1 de su anexo que las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de los clientes a quienes el empleador preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional. El texto de dicho art. 1 del anexo del decreto exhibe un claro exceso reglamentario por un lado y una pobrísima técnica a la hora de reglamentar el ámbito de aplicación de la ley. Entendemos que hay un exceso reglamentario por cuanto a través del decreto se pretende restringir severamente el ámbito de aplicación del régimen de teletrabajo. Así, se excluye del ámbito de aplicación tanto a los casos en que la prestación sea llevada a cabo desde establecimientos, dependencias o sucursales de los clientes, cuando ello no fue originariamente contemplado por la ley, la que solo requiere que la prestación sea brindada desde el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación. ¿Resulta jurídicamente admisible que un decreto reglamente una ley disminuyendo de manera tan notoria su ámbito de aplicación? Consideramos que no y —más allá del análisis que haremos a continuación— ello abrirá la puerta a probables reproches constitucionales. Más aún, cuando de los considerandos del decreto no surgen las razones por las cuales se decidió recortar la aplicación del régimen de teletrabajo de esta manera.

Pero la extralimitación del art. 1 del anexo del decreto no termina ahí, ya que el régimen de teletrabajo tampoco se aplica, según este, a los casos en los cuales la labor se rea-

lice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional. ¿Qué se entiende por esporádica y ocasional? No se encuentra definido, resultando insólito que un decreto que viene a reglamentar una ley, en lugar de hacerlo en términos precisos y concretos, lo haga utilizando conceptos genéricos, vagos y ambiguos que admiten una variada interpretación. Si pareciera quedar claro, en una interpretación *a contrario sensu* de la reglamentación, que la forma esporádica y ocasional no permitiría excluirse de la aplicación del nuevo régimen, en los casos en que esta modalidad de trabajo haya sido requerida por el empleador (6). Asimismo, en el universo de contradicciones entre la ley, el decreto y las posteriores resoluciones —en el contexto de emergencia sanitaria vigente, donde la libertad para definir sin restricciones la organización y dirección del trabajo en cabeza del empleador se encuentra parcialmente limitada—, permite preguntarse si la modalidad de teletrabajo requerida por el empleador no podría ser encuadrada en el supuesto de “circunstancia excepcional” (7). Y hay más, ¿qué pasa si el teletrabajo es realizado en forma esporádica y ocasional desde otro lugar que no sea el domicilio del trabajador? Entendemos que, en este caso, tal modalidad de prestación no quedaría excluida del régimen de la ley 27.555 (8), aunque ante tal interpretación nos preguntamos cuál sería la diferencia entre la prestación esporádica y ocasional desde el domicilio del trabajador o desde otro domicilio (que no sea el de una empresa cliente) que justifique la exclusión que dispone la norma. Realmente es otro punto al que no le encontramos explicación.

Por si la cantidad de contradicciones y enredos fuera insuficiente, la resolución 142/2021 del MTEySS vino a agravar el panorama. Dicha resolución teóricamente tuvo por objeto aclarar que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.555, y mientras se mantengan las restricciones y/o recomendaciones sanitarias dictadas por las autoridades nacionales, provinciales o locales, la circunstancia de que los trabajadores se vean impedidos de

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En el segundo informe del mes de abril de 2020 de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ya se mencionaban los cambios estructurales en la organización de la actividad productiva que están en proceso y que se intensificarán. “La crisis ha obligado a las empresas a adecuar su funcionamiento interno a las medidas de distanciamiento social. A medida que la robótica, la automatización y el uso masivo de plataformas de teletrabajo se vuelven más eficientes, más baratas y fáciles de implementar, es probable que la automatización de algunos sectores y procesos productivos se acelere, con impactos sobre el empleo”. Para su lectura ver <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45445-dimensionar-efectos-covid-19-pensar-la-reactivacion>

(2) Cabe mencionar también la resolución 147/2012 del MTEySS —que creara la Coordinación de Teletrabajo— y la 1552/2012 de la Superintendencia de Riesgos

del Trabajo que fuera dictada para establecer parámetros en materia de seguridad e higiene con relación al PRO-PET.

(3) Al mes de junio de 2020 había más de 14 proyectos de ley de teletrabajo en condiciones de ser tratados en el Congreso. Para contextualizar el impulso dado al proyecto que finalmente se aprobó, basta referirse a las palabras del Senador Lovera (miembro informante en el Senado), quien dijo que “... lo cierto es que esta ley no busca promover el teletrabajo. Eso se tendrá que hacer con otro tipo de herramienta. Esta ley regula una actividad que, en algunos sectores, se está dando de hecho en nuestro país...”. Versión taquigráfica de la sesión, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/30-07-2020/10/downloadTac>.

(4) Cabe destacar que, a pesar de haber escuchado a especialistas y referentes de todos los sectores (los representantes de los empleadores —en particular de las PyME—, entendían en general que el proyecto pre-

sentado a votación en ambas Cámaras necesitaba ser mejorado), el proyecto fue aprobado sin ningún cambio.

(5) En otra muestra de muy mala técnica legislativa, el art. 19 de la ley 27.555 había dispuesto que la ley entraría en vigencia a los 90 días contados a partir de que se determinara el fin del período de vigencia del ASPO, lo cual resulta un contrasentido ya que se difería el inicio de vigencia de una ley de alcance nacional a un hecho incierto y que además prestaba a confusión ya que, al tener distintas realidades sanitarias a lo largo del país, podía darse (y de hecho se dio) que hubiera en un mismo momento zonas en ASPO y zonas en DISPO.

(6) La norma refiere a “... los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional...”. Es decir que, cuando la invocación de la forma esporádica y ocasional sea realizada por el empleador - en la medida que

se encuentre libre y sin restricciones para el ejercicio de los derechos de organización y dirección del trabajo - ello implicará la vigencia del nuevo régimen, mientras se extienda el teletrabajo.

(7) Son muchas las zonas grises que quedan pendientes de resolución, ante la falta de claridad y correcta técnica legislativa del nuevo régimen.

(8) Aun más, el trabajador debería informar concretamente el domicilio donde se encuentre, a los efectos que el empleador pueda denunciarlo ante la ART para obtener la cobertura respectiva. Más allá que el decreto reglamentario del nuevo régimen delega en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo la elaboración de un estudio sobre las condiciones de higiene y seguridad aplicables, entendemos que —mientras se extienda la emergencia sanitaria— el empleador deberá dar cumplimiento a la obligación establecida en el art. 1 de la res. SRT 21/20, aun cuando aquella refiere al “domicilio particular” del empleado.

cumplir con el deber de asistencia al lugar de trabajo y realicen las tareas en su domicilio en función de lo dispuesto por el decreto 260/2020, no podrá ser considerada como sustitutiva del acuerdo escrito que exige el artículo 7 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo como expresión de voluntad de las partes (9).

Entendemos que la intención del legislador fue diferenciar entre quienes presten tareas desde su domicilio con motivo de las restricciones sanitarias vigentes debido a la pandemia, de quienes lo hagan bajo el régimen de teletrabajo y cumpliendo con los requisitos que impone la norma. Pero nuevamente la técnica y el texto utilizado han dejado mucho que desear.

Ello, por cuanto una interpretación, a partir de la resolución en comentario, es que existen actualmente tres formatos de trabajo (en cuanto a la modalidad de prestación del débito laboral), que serían:

- El de trabajo presencial (10), en el que el empleado presta tareas en el establecimiento de su empleador, o en el de un cliente a quien el primero presta servicios en forma continuada o regular,

- El de teletrabajo, en el cual ambas partes han manifestado su voluntad expresa de adherir a esta modalidad,

- Un formato híbrido, que estaría compuesto por quienes trabajan desde su casa, en las mismas condiciones que el teletrabajo, pero que —en conjunto con el empleador— no han prestado su consentimiento libre y por escrito, en cuyo caso no estarían encuadrados en la ley 27.555 (11).

Sobre la base de esta interpretación literal de la resolución en comentario, tendríamos entonces tres modalidades de prestación del débito laboral. Por nuestra parte consideramos que esta posición es difícil de sostener, ya que, si hubiera sido intención del legislador excluir de la aplicación directa del régimen de teletrabajo a quienes estuvieran desarrollando tareas en su domicilio con motivo de la pandemia de COVID-19, lo lógico era que ello fuera incluido en la ley, siendo que fue sancionada cuando habían transcurrido ya varios meses de ASPO. Siguiendo dicho razonamiento, la exclusión que dispondría la resolución en comentario, podría también ser considerada un exceso reglamentario y ser tachada de inconstitucional por quien se encuentre teletrabajando con motivo del ASPO o DISPO. Incluso pensamos que ello podría hasta tener derivaciones en cuestiones relativas al principio de igualdad de trato, ya que podría darse que dos personas que cumplan sus tareas bajo la misma modalidad se les aplique regímenes legales distintos debido a la falta del consentimiento expreso que requiere la resolución. Así, por ejemplo, en cuanto a la compensación de gastos o régimen de jornada donde, el empleado que haya firmado el consentimiento expreso para que se le aplique el ré-

gimen de teletrabajo tendría los beneficios de dicha ley y quien no lo haya hecho tendría que regirse por el régimen general de la LCT. Ello pese a que ambos cumplirían sus tareas, en los hechos, bajo la misma modalidad de trabajo.

Sobre la dificultad que genera la interpretación antedicha, otra mirada de la resolución 142/2021 sería que, aun luego de su sanción, subsisten dos modalidades de prestación de tareas, es decir, el régimen de trabajo presencial y el régimen de teletrabajo. Esta postura surgiría a partir de entender que la resolución, en cuanto condiciona la efectiva aplicación del régimen de teletrabajo a que haya una aceptación expresa por escrito, resulta contraria a los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo, y por ende no debería ser atendida. En base a ello, a la luz de dichos principios, si un trabajador cumple con las características que la ley establece para encuadrar la modalidad de tareas dentro del régimen de teletrabajo, no puede una resolución disponer que la falta de acuerdo por escrito obste a su aplicación. En todo caso, si la forma y esquema bajo el cual el trabajador presta tareas resulta contemplado por la modalidad de teletrabajo, la falta de instrumentación por escrito de dicho acuerdo debería resultar en una penalización para el empleador y no para el trabajador, o al menos darle la opción a este último. De lo contrario se cae en el absurdo de negar la protección al trabajador debido a una formalización por escrito que bien podría ser una maniobra del empleador para eludir la aplicación del nuevo régimen de teletrabajo. Resulta de toda evidencia, al menos para nosotros, que, si las condiciones bajo las cuales el trabajador presta sus tareas son susceptibles de ser calificadas como teletrabajo en los términos de la ley 27.555, corresponde, sin lugar a dudas, aplicarle dicho régimen (12).

### III. Teletrabajo y la subcontratación (art. 30 LCT)

Si la falta de coherencia, claridad y precisión del régimen aquí comentado, genera múltiples interrogantes en lo que respecta a la modalidad de contrato de teletrabajo para un empleado propio, cuando queremos compatibilizar las nuevas normas con la subcontratación contemplada en el art. 30 LCT, el desafío se vuelve aún mayor (13). Es evidente que, al menos en la amplia generalidad de los casos, el legislador y el administrador no tienen en cuenta a la subcontratación para el diseño del marco normativo, por lo que la responsabilidad recae en el tercer y último poder —el juzgador— quien debe resolver la casuística compleja que se le presenta, con normas pensadas para otro modelo productivo (14).

En el caso puntual de la ley 27.555 el legislador no titubeó y con toda claridad —pese a las observaciones que se formularon— sostuvo que habrá contrato de teletrabajo cuando la prestación de servicios "... sea efectua-

da total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación..." Es decir que, como mencionamos anteriormente, cumpliéndose estos dos requisitos —lugar de prestación de tareas en el domicilio del trabajador o fuera del establecimiento del empleador, con uso de tecnología— se activa la nueva modalidad. Esta definición habla a las claras del escaso nivel de conocimiento que nuestros legisladores tienen de la realidad del mundo del trabajo. El administrador se dio cuenta del evidente error, tarde por cierto, e intentó vía reglamentaria torcer la pluma de la ley, en un claro exceso de sus facultades reglamentarias. Así, el decreto reglamentario excluyó del ámbito de la ley al supuesto en que "... la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular..." Dejemos de lado por un momento del reproche constitucional de la norma, e intentemos analizarla con sentido práctico. En los supuestos de subcontratación, es decir, cuando se "... contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito...", habrá que considerar —además— si los servicios prestados por el subcontratista a su cliente son de manera "continuada y regular". Por supuesto que no existe referencia ni criterio interpretativo alguno para intentar determinar cuándo estamos ante tales calificativos del servicio. En definitiva, las posibilidades serían las siguientes:

a. Subcontratación que se preste de forma continuada y regular: en los casos en que el trabajador de la subcontratista preste tareas en el establecimiento del cliente, aun con el uso de tecnología, según el decreto reglamentario estaría excluido del régimen de teletrabajo.

b. Subcontratación que no se preste de forma continuada y regular: el trabajador que, pese a reunir los mismos caracteres que el supuesto anterior (presta tareas en el establecimiento del cliente de su empleador, con el uso de tecnología), sería un teletrabajador.

Es decir que, para que podamos determinar —en función del decreto reglamentario— si el régimen de teletrabajo es aplicable al empleado de una subcontratista que presta tareas en el establecimiento del cliente, deberemos indagar si el vínculo comercial entre ambas empresas (principal y subcontratista) es "continuado y regular". Si la respuesta es afirmativa, entonces se podrá —en la interpretación literal— sostener que el régimen de teletrabajo no resulta de aplicación. Si fuera afirmativa, estaríamos ante la máxima incongruencia posible: en el establecimiento del cliente habría teletrabajadores (empleados de la subcontratista).

con frecuencia en sus sentencias para graficar la aplicación del principio de primacía de la realidad cuando indicaba que "... si camina como pato, nada como un pato y grazna como un pato... es pato".

(13) A los efectos del presente artículo, hemos utilizado indistintamente (como sinónimos), los conceptos de contratista y subcontratista, por un lado, y de principal, cliente o usuaria del servicio, por el otro.

(14) Tal es así que los reclamos que involucran supuestos de intermediación y subcontratación, suelen estar entre los tipos de conflicto que más expedientes genera en el Poder Judicial, al menos dentro del ámbito Nacional.

(15) El teletrabajador "...tendrá derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias..."

Pero volviendo a la ley objeto de la reglamentación, podríamos entender que esa incongruencia desaparece, ya que ese fue el supuesto definido con suma claridad por el legislador. El solo hecho de prestar tareas en un lugar distinto al establecimiento del empleador, con el uso de tecnología, tornaría aplicable la modalidad. Pero no. Como dijimos, no solo es incongruente, es contrario al espíritu mismo del teletrabajo sin importar desde que perspectiva se lo mire. Es sencillamente inentendible e impracticable.

Pero lamentablemente la confusión no termina con la definición y su alcance. Cuando avanzamos en el articulado del nuevo régimen, podemos encontrar interrogantes que deberán —como siempre— ser resueltos por las partes y dirimir los conflictos de la falta de acuerdo en los tribunales.

#### III.1. Paridad de condiciones laborales con los empleados presenciales

El art. 3º de la ley establece que el teletrabajador gozará "... de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial..." En el supuesto de la intermediación a través de una empresa de servicios eventuales (supuesto del art. 29 tercer párrafo, 29 bis LCT, 10 decreto 1694/2006), este instituto de la paridad de condiciones laborales es algo normativamente previsto. Ahora bien, esta garantía no surge específicamente del art. 30 LCT, más allá de los supuestos en que se transgreda en principio constitucional de igual remuneración por igual tarea (artículo 14 bis CN). Tras esta disquisición, ¿cuál sería el empleado presencial con quien debería compararse? ¿El del principal o el del contratista?

#### III.2. Dirección de tareas y derecho a desconexión

Si bien la redacción del art. 5 de la ley, en su primera parte, como está planteada desde los derechos del teletrabajador (15), permitiría una interpretación más genérica, cuando avanzamos en la lectura el último párrafo, dice que "... el empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral". ¿Podría entonces el cliente del empleador, es decir, la usuaria del servicio, remitirle comunicaciones fuera de la jornada laboral? En este caso, entendemos que la falencia en la redacción se resuelve desde la interpretación armónica con la primera parte antes referida, ya que no sería coherente una exégesis que permita a uno y prohíba al otro. Notamos que el decreto reglamentario, en este tema, utiliza un recurso que permitiría despejar alguno de los interrogantes, al referirse en lugar de al "empleador", a "la empresa" (16).

#### III.3. Compensación de mayores gastos

En el caso del art. 10 de la ley 27.555 (17) no nos enfrentamos a un inconveniente en la definición del obligado al pago de los mayores gastos —ya que es evidente que será el empleador—, sino que el problema

(9) En sus considerandos establece "...Que, no obstante ello, para su aplicación deberán tenerse presente los principios de voluntariedad y reversibilidad establecidos por los arts. 7º y 8º de la mencionada ley, según los cuales, el traslado a la modalidad de teletrabajo, debe ser voluntario y prestado por escrito y, el consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación... Que en virtud de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 y ampliada por el dec. 260/20 y su modificatorio, se dictaron numerosas medidas tendientes a disminuir la afluencia de personas en el transporte público y en los lugares de trabajo... Que, en función de ello, deviene necesario el dictado de la presente con el fin de establecer que tales circunstancias no podrán sustituir el acuerdo de voluntad de las partes en los

términos del art. 7º de la ley 27.555..."

(10) Independientemente de que esta modalidad no esté contemplada expresamente en la Ley de Contrato de Trabajo, sino que sería producto de una conclusión por descarte, incluyendo a todo aquel que no forma parte de ninguno de los otros dos grupos.

(11) Esta parecería ser por ejemplo la interpretación que adoptó el Dr. Julián De Diego de acuerdo con lo que surge del informe *Labornet 1223* <https://dediego.com.ar/2021/03/19/labornet-nro-1223-la-resolucion-142-2021-no-consolida-ningun-derecho-adquirido-y-no-libera-a-las-partes-de-la-firma-del-contrato-de-teletrabajo/>

(12) En este punto nos viene a la memoria una frase, que surge del denominado "Test del Pato", que el recordado Dr. Rodolfo Capón Filas, siendo juez de la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, utilizaba

(16) La que, de acuerdo al art. 5 de la LCT, es definida como "... la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos". De tal forma que, en una interpretación sistémica y a la luz de la definición del artículo citado, la prohibición de remisión de comunicaciones fuera del horario laboral abarcaría a la empresa empleadora como a la usuaria del servicio.

(17) En su texto dispone: "*Compensación de Gastos*. La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t. o. 2019) y sus modificatorias".

podría generarse a partir de la existencia de diferentes criterios para la compensación que puedan ocasionar diferencias entre los teletrabajadores del subcontratista y los del cliente. Primero, porque puede suceder que ambas empresas estén encuadradas en convenios colectivos diferentes y que, llegado el caso, vía negociación colectiva establezcan parámetros que no coincidan. Más allá de esto, y en el mientras tanto — hasta que aparezcan las primeras manifestaciones de negociación en este sentido, y las empresas deban fijar criterios autónomos— existe la posibilidad de que, si no se acuerda específicamente, los parámetros de compensación de gastos puedan variar entre ambas y eso pueda generar conflictos a futuro.

#### III.4. Cumplimiento a la obligación de informe del software

La última parte del art. 4º de la ley dice que “... las plataformas y/o *software* utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido en el artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma...”, pero nada dice de los que el teletrabajador del subcontratista pueda o deba utilizar, que no sea de su empleador, sino del cliente de este en favor de quien presta tareas.

Este tema agrega una nueva complicación, en la obligación de registrar el software establecido en el art. 18 de la ley, cuando plantea que se deberán registrar las empresas (no los “empleadores”) “... acreditando el *software* o plataforma a utilizar...”. Es decir que, para que el subcontratista pueda dar cumplimiento a la obligación legal, deberá requerir a sus clientes donde los teletrabajadores presten tareas, la información respecto del *software* o plataforma que deban o puedan utilizar, debiendo verificar que “... impidan la conexión...” fuera de la jornada laboral (cfr. art. 4º último párr. de la ley).

#### III.5. El problema del establecimiento al que debe volver el teletrabajador que haga uso del derecho a la reversibilidad

Con relación al derecho del teletrabajador de pedir la reversibilidad —es decir la vuelta a la presencialidad— la normativa insiste con la referencia al “empleador”. El art. 8 establece que “... el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas...”. ¿Cómo sería, en el caso de la subcontratación, el funcionamiento del instituto? Dejando de lado el supuesto en el que el contrato de trabajo nace bajo esta modalidad, se presentan dificultades al querer interpretar hasta dónde llegará la obligación del empleador subcontratista, ante la solicitud del teletrabajador de la vuelta a la presencialidad. ¿Bastará con acordar con su cliente la vuelta a la presencialidad del teletrabajador

subcontratado? Podría ser una alternativa considerando la referencia de la norma al “establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente”, aun sin que se trate del de su empleador. ¿Podría el empleador, en su caso, ofrecer la vuelta a la presencialidad en sus propios establecimientos? Máxime considerando que la sanción implica el incumplimiento al deber de ocupación (art. 78 LCT), y consecuentemente la configuración de un despido indirecto o el pedido de restablecimiento de las condiciones modificadas. La reglamentación ha insistido con la referencia al “empleador” (no a la “empresa”, como en otros artículos), aunque en este caso resalta —innecesariamente a nuestro criterio— la invocación a los principios de buena fe y no abuso del derecho, tanto del Código Civil y Comercial de la Nación, como de la LCT. En un exceso reglamentario, ha incorporado mayores exigencias al derecho a solicitar la reversibilidad de parte del teletrabajador, al exigir una motivación razonable y sobrevenida, mientras que del lado del empleador precisa el mayor plazo en el que debe cumplir con la solicitud (30 días), y criterios de temporalidad para evaluar el posible incumplimiento. Sin embargo, nada de esto resuelve el interrogante planteado. Esta quizás podría ser una cuestión interesante a ser abordada por la negociación colectiva, ya que, al menos en algunas actividades, los supuestos de subcontratación contienen características muy particulares.

#### III.6. Interrupción de jornada por tareas de cuidado

En nuestra opinión, este es uno de los temas más delicados del nuevo régimen, ya que su incumplimiento trae aparejada una grave sanción, como es la aplicación de la ley 23.592. El derecho del teletrabajador a exigir “... horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada...”, cuando se den los requisitos establecidos, plantea —como consecuencia ante el incumplimiento— que “... cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592...”. Por su parte, la reglamentación no hace referencia al “empleador”, al momento de incorporar el requisito de la comunicación previa, ya que lo plantea desde el ejercicio del derecho del teletrabajador. Entendemos que esta comunicación debe ser dirigida al empleador, es decir, el subcontratista. Ahora bien, no nos parece tan sencilla la readecuación de la jornada, ya que, para poder dar cumplimiento a la obligación indicada, el empleador deberá consensuarla con su cliente (la usuaria del servicio). De no ser así, podría ser pasible de la sanción antes mencionada.

#### III.7. Representación sindical del teletrabajador subcontratado

Por último, abordaremos brevemente cómo impacta el fenómeno aquí descripto

aquí ensayamos, cabría precisar que tendrán la misma representación sindical de quienes trabajen en forma presencial para su empleador, es decir, el subcontratista.

(19) Este diseño encuentra un mecanismo de excep-

en cuanto a la representación sindical. El art. 13 de la ley dispone, a nuestro criterio correctamente, que la representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios en los términos de la ley 23.551 (18). Se sigue así el criterio tradicional del esquema sindical de nuestro país, privilegiando el encuadre sindical por actividad. En el caso de personal subcontratado, ello implicaría que será representado por el sindicato que corresponda a la actividad de la empresa subcontratista. Esta interpretación resulta concordante con la que inveteradamente se ha dado en lo que hace al art. 30 LCT y los supuestos de representación sindical en los casos de responsabilidad solidaria donde, aun en caso de extenderse la responsabilidad de la usuaria del servicio, ello no implica modificar la representación sindical de los trabajadores de la contratista (19). Hasta aquí, no advertimos inconveniente de ningún tipo.

Ahora bien, el mismo art. 13 de la ley 27.555 dispone también que quienes teletrabajen deberán ser anexados por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidos, para integrar los órganos de la asociación sindical. Por su parte el decreto reglamentario dispone que “... la anexión prevista en el art. 13 de la ley 27.555 tendrá lugar en el establecimiento donde la persona que trabaja prestaba servicios presenciales con anterioridad. En los casos en que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, aquella debe llevarse a cabo previa consulta con la entidad sindical...”. Se plantea entonces, en los casos de subcontratación que puedan ser subsumidos dentro del régimen de teletrabajo, a qué establecimiento deberán ser anexados los teletrabajadores —a los efectos de la representación sindical—, siendo que evidentemente no puede considerarse como tal al de la usuaria del servicio. La respuesta sencilla sería que dicha anexión deberá ser al último establecimiento del empleador donde haya cumplido tareas presenciales. Ello en la medida en que el teletrabajador haya prestado tareas en el establecimiento de su empleador, la subcontratista, y no en el del cliente de esta. La duda surge en dos supuestos: (a) cuando se haya optado por la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral y por ende no haya habido un establecimiento del empleador en el que el teletrabajador haya cumplido tareas (hipótesis prevista por la norma); y (b) cuando el trabajador haya prestado tareas anteriormente, en forma presencial, en el establecimiento de la usuaria del servicio (hipótesis no prevista). Entendemos que la respuesta normativa para establecer el criterio de anexión dada al primer supuesto —consulta previa a la entidad sindical— podría ser utilizada en el segundo, en la medida en que no pueda determinarse el establecimiento correspondiente, utilizando la variable de mayor proximidad entre el domicilio donde se realice el teletrabajo y un establecimiento

en otro supuesto de descentralización productiva como es la intermediación que regula el artículo 29 bis LCT, en los que expresamente se indica que la representación de los trabajadores contratado por la empresa de servicios eventuales, será del sindicato que corresponda

del empleador. En definitiva, el teletrabajo en la subcontratación no plantea interrogantes respecto a la representación sindical de los trabajadores, sino solo desde el criterio a utilizar para la anexión —y consecuentemente el ejercicio de los derechos sindicales (20)—, para definir a que establecimiento del empleador debiera ser incorporado a esos efectos.

#### IV. Conclusiones

A modo de cierre, tenemos muchas más preguntas que respuestas, en un nuevo régimen que —sancionado en la emergencia— pretende regular el teletrabajo en la nueva normalidad. Una deficiente técnica legislativa, sumada a urgencias políticas inentendibles, permitió que la ley 27.555 viera la luz, plagada de zonas grises e incongruencias. La reglamentación no ha sido de gran ayuda en general, porque cuando pretendió subsanar errores, lo hizo en exceso de sus facultades o bien con un resultado no satisfactorio. La intensidad del reproche y confusión se incrementan al referirnos a las resoluciones del MTEySS.

Si el empleador directo tendrá importantes desafíos para implementar correctamente el nuevo régimen, para seguir utilizando esta valiosa herramienta —como es el teletrabajo—, aquellos se potencian cuando analizamos la normativa dentro de la subcontratación. Considerando como hipótesis la correcta utilización de este instituto, ya que en caso de fraude los interrogantes podrían tener otro abordaje, la adecuación al nuevo régimen exigirá una articulación muy cercana y al detalle entre el subcontratista y su cliente, para intentar sortear al menos algunos de los desafíos aquí referidos. Los que no encuentren una adecuada resolución, y deriven en un litigio, deberán tener que ser resueltos por la justicia, incrementándose así la conflictividad laboral.

Cita on line: AR/DOC/920/2021

#### Más información

[Devoto, Pablo A.](#), “La ley 27.555: El nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo. Una norma necesaria dictada en pos de la mejora continua del empleo y la calidad en el trabajo”, LA LEY 04/09/2020, 4, AR/DOC/2755/2020

[González Rossi, Alejandro](#), “Aproximación a la ley de teletrabajo: el ‘poder de dirección’ del trabajador”, DT 2021 (enero), 63, AR/DOC/3814/2020

#### Libro recomendado

[Actualidad en Derecho Laboral](#)

Autora: García, Nadia

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

a la empresa usuaria en la que efectivamente preste servicios.

(20) El art. 13 de la ley refiere, específicamente, “...a los efectos de elegir y ser elegidos, para integrar los órganos de la asociación sindical...”.

## TR Entrevistas | Teletrabajo:

Requisitos y voluntariedad, el Dr. [Ricardo Foglia](#) nos cuenta...

¿Cómo actúa la voluntariedad del trabajador?

En caso de modalidad mixta ¿Qué régimen legal se aplica?

Acceda a la entrevista escaneando el siguiente código QR



PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:

Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC) Bs. As. República Argentina

Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



[linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)



[thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html](https://thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html)



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444