

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)

**EL ART. 223 BIS DE
LA LEY DE CONTRATO
DE TRABAJO
Y SUS CIRCUNSTANCIAS**

Confalonieri, Juan A. (h.)
El art. 223 Bis de la Ley de Contrato de Trabajo y sus
circunstancias / Juan A. Confalonieri (h.). - 1a ed.-
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2020.
272 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4031-7

1. Ley de Contrato de Trabajo. I. Título.
CDD 348.024

© Juan Ángel Confalonieri (h), 2020
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2020
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 500 ejemplares

ISBN 978-987-03-4031-7

SAP 42821272

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las
emiten.

A Juan José y Camila María, nuestros hijos

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas.....	XIX
Agradecimiento	XXIII
Introducción.....	XXV

PRIMERA PARTE. EL ART. 223 BIS. TEXTO Y CONTEXTO PRE-COVID-19

CAPÍTULO I

LOS ACUERDOS SUSPENSIVOS CON FUNDAMENTO EN LOS ARTS. 222 DE LA LCT Y 103 DE LA LNE

I. Admisibilidad.....	3
II. Realidad de la causa y conocimiento por el trabajador	4
III. El plazo de la suspensión	5
IV. La prestación económica durante la suspensión	6
V. Las reglas procedimentales	6
VI. El régimen de protección por desempleo.....	8

CAPÍTULO II

EL ART. 223 BIS

I. Una tesis sobre su génesis.....	11
II. Las reglas.....	11
II.1. Primera: el pago “en dinero” efectuado durante el lapso de cumplimiento efectivo del contrato por causas económicas es una “prestación no remunerativa”	13

II.2. Segunda: necesaria homologación del acuerdo suspensivo por la autoridad de aplicación competente.....	17
II.3. Tercera: inactividad total del trabajador	19
II.4. Cuarta: las únicas contribuciones que debe efectuar el empleador son las previstas en las leyes 23.660 y 23.661.....	19
II.4.1. Una reflexión sobre la cotización a que alude el art. 23 de la ley 24.557	20
III. Las fuentes formales competentes	25
III.1. ¿Qué tan amplia es la competencia normativa de los acuerdos individuales y colectivos?	27

SEGUNDA PARTE. EL CONTEXTO NORMATIVO DURANTE LA COVID-19

CAPÍTULO I

NORMAS VINCULADAS Y CLASIFICACIONES

I. Las normas vinculadas.....	33
II. Las clasificaciones derivadas de las normas vinculadas	36

CAPÍTULO II

LA PRIMERA ETAPA. EL PRIMER ASPO. DE LA RES. MTEYSS 178/2020 A LA RES. MTEYSS 279/2020

I. Caracteres de las medidas implementadas y sus destinatarios.....	41
I.1. Gradualidad. De la permanencia voluntaria a la permanencia obligatoria en los hogares. De las personas que ingresaron al país procedentes del exterior, a todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria.....	42
I.2. Excepcionalidad y temporalidad	43
I.3. Parcialidad.....	43
I.4. Intangibilidad de los ingresos del trabajador aislado sin trabajar	44
II. Naturaleza jurídica de las medidas adoptadas. De la “licencia” excepcional a la “dispensa” del deber de asistencia al lugar de trabajo, previo paso por la “suspensión” de ese deber.....	44
III. El primer ASPO. El DNU 297/2020 y la res. MTEySS 219/2020.....	51

IV. Las alternativas para las empresas	52
IV.1. Trabajo “desde el lugar de aislamiento”. La necesaria conformidad del trabajador. La condición de trabajador a domicilio	52
IV.2. Reorganización de la jornada de trabajo. Limitación	53
IV.3. Contratación temporal.....	54

CAPÍTULO III

LA SEGUNDA ETAPA. LA PRÓRROGA DEL PRIMER ASPO (DNU 325/2020). EL SEGUNDO Y EL TERCER ASPO (DNU 355/2020 Y DNU 408/2020)

I. La prórroga del primer ASPO. El segundo y tercer ASPO. Una nueva categoría de trabajadores: los exceptuados, no esenciales.....	57
II. Las prohibiciones de suspender y despedir. Alcances.....	61
II.1. La prohibición de las suspensiones “por causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo” (art. 3°). Interrogantes que plantea	62
II.2. La prohibición de los despidos “sin causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor”	70
II.2.1. ¿La prohibición se proyecta solamente sobre el despido <i>ad nutum</i> o también sobre los despidos en los que el empleador invoca una injuria grave del trabajador, cuestionada por este, y que, a la postre, no es considerada tal en una sentencia?	76
II.2.2. ¿Por qué deben anularse los despidos sin causa dispuestos durante el período de prueba? Selección de los argumentos principales de la jurisprudencia y la doctrina.....	81
II.2.3. ¿Por qué no deben anularse los despidos sin causa dispuestos durante el período de prueba? Selección de argumentos de la jurisprudencia y la doctrina.....	82
II.2.4. ¿Están prohibidos los despidos por causas tecnológicas? No, no lo están.....	87
II.2.5. ¿Es posible despedir por causas organizativas?	88
II.2.6. ¿Es posible despedir por causas de mercado?.....	100
II.2.7. ¿Podría el empleador ampararse en la frustración del fin del contrato para justificar su resolución?	101
III. Habilitación de las suspensiones 223 bis.....	105

CAPÍTULO IV

LA TERCERA ETAPA. LOS CONDICIONAMIENTOS A LAS SUSPENSIONES 223 BIS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TERCER ASPO Y SUS PRÓRROGAS

I. El AT-CGT-UIA-MTEySS-MDP. Su incidencia en las suspensiones 223 bis	109
I.1. Primer consejo: dictado de una norma instrumental. Delimitación de su ámbito de aplicación personal. Suspensión del contrato de trabajo en los términos del art. 223 bis de la LCT	110
I.2. Segundo consejo: duración y modalidad de la suspensión	112
I.3. Tercer consejo: “Los empleadores podrán disponer la aplicación de las suspensiones en forma simultánea, alternada, rotativa, total o parcial, según sus respectivas realidades productivas” .	113
I.4. Cuarto consejo: el deber de un pago mínimo al trabajador	113
I.5. Quinto consejo: los aportes y las contribuciones obligatorias	114
I.6. Sexto consejo: homologación “automática” y “mecanismo abreviado”	115
I.7. Séptimo consejo: inalterabilidad de la dotación de personal.....	118
II. Los acuerdos sectoriales	118
II.1. El acuerdo 796/20, del 17 de abril, entre la Federación de Trabajadores Pasteleros, Servicios Rápidos, Confiteros, Heladeros, Pizzeros y Alfajoreros y la Cámara Argentina de Establecimientos de Servicio Rápido de Expendio de Emparedados y Afines, homologado por la res. ST 546/2020, del 12 de mayo	119
II.2. El acuerdo Faecys-CAC-CAME-UDECA (27/4/2020), titulado “Convenio de emergencia por suspensión de actividades para el sostenimiento de los puestos de trabajo y la actividad productiva”, homologado por res. ST 515/2020, del 7 de mayo ..	119
II.3. El acuerdo FATSA-Cadime-CEDIM (27/4/2020), homologado por res. ST 553/2020, del 14 de mayo	121
II.4. El acuerdo UOMRA-Adimra-Fedehogar-Camima-Afarte (28/4/2020)	121
II.5. El acuerdo Utghgra-Fehgra (29/4/2020). “Acuerdo de suspensión remunerada art. 223 bis Ley Contrato de Trabajo”	123
II.6. El acuerdo Asimra-Adimra-Fedehogar-Camima-Afarte-Caiama (30/4/2020)	123
II.7. El acuerdo Utedyc-Fededac-AREDA (19/5/2020).....	123
II.8. Resumen comparativo y observaciones a los acuerdos colectivos 223 bis seleccionados	125

II.8.1. Los plazos	125
II.8.2. Los montos por percibir por el trabajador durante la suspensión	125
II.8.3. Los importes para ingresar en concepto de contribucio- nes, aportes o cotizaciones.....	126
II.8.4. Los trabajadores que podían ser suspendidos en esta etapa.....	127

CAPÍTULO V

LA CUARTA ETAPA. EL PAÍS DIVIDIDO EN ZONAS DISPO Y ASPO. EL PLAZO MÁXIMO PARA LAS SUSPENSIONES 223 BIS

I. Las zonas ASPO y DISPO	133
II. La prórroga de las prohibiciones de despidos y suspensiones por falta o disminución de trabajo y por razones de fuerza mayor. La pró- rroga de la prohibición de despidos sin causa. La prórroga de la permisión de las suspensiones 223 bis y el problema que generó el DNU 529/2020	137
III. La prórroga del agravamiento indemnizatorio por despido sin causa	138
IV. La resolución conjunta MTEySS/MMGyD 3/2020, del 24 de junio. ¿Cómo repercute esta norma sobre los acuerdos colectivos 223 bis? ...	139
IV.1. ¿Cómo repercute esta resolución conjunta en los acuerdos colec- tivos 223 bis?	140
V. La jurisprudencia ante los acuerdos colectivos 223 bis.....	142
V.1. El caso “Barattucci”	142
V.2. El caso “Mareco”	145
V.3. El caso “Martínez”	145

CAPÍTULO VI

LOS TELETRABAJADORES. UNA CATEGORÍA PROPIA DE LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN POR DESLOCALIZACIÓN DEL LUGAR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, POTENCIADA EN LA ÉPOCA DE LA COVID-19. LA LEY 27.555

I. Aspectos generales	147
-----------------------------	-----

II. El régimen legal del contrato de teletrabajo aprobado por la ley 27.555	151
II.1. El cuestionable método del legislador	151
II.1.1. Un nuevo capítulo para el Título III de la LCT	152
II.1.2. Una remisión y una reiteración sin sentido	152
II.1.3. “Presupuestos mínimos” y “principios de orden público establecidos en esta ley”. Una tautología.....	152
II.1.4. La injustificada incorporación del art. 102 bis a la LCT	153
II.1.5. Los roles del convenio colectivo y del contrato individual	154
II.1.6. La cuestionable delegación legislativa a la autoridad administrativa (art. 14).....	155
II.1.7. La inadecuada atribución otorgada a la autoridad administrativa (art. 14).....	156
II.1.8. La sustracción de una facultad propia del Poder Ejecutivo nacional, para ser otorgada a la autoridad administrativa	156
II.1.9. La inseguridad que genera el “régimen de transitoriedad” plasmado en el art. 19.....	157
QR con información complementaria	158
III. La norma de aplicación a las prestaciones transnacionales	158
IV. El contrato de teletrabajo que reúne los componentes previstos en el art. 21 de la LCT, ¿es una modalidad del contrato de trabajo o una modalidad de trabajo?	161
V. Los rasgos estructurales del teletrabajo como modalidad de trabajo —no de contrato de trabajo—.....	162
VI. Ausencia de un parámetro cuantitativo respecto de la necesaria utilización de nuevas tecnologías de la información y la comunicación	163
VII. Ausencia del rasgo organizativo	165
VIII. El severo deterioro del elemento volitivo. De la deslocalización por teletrabajo a la relocalización por trabajo presencial: la llamada “reversibilidad”	165
IX. “Los presupuestos legales mínimos”	169
X. El derecho a la desconexión digital.....	169
X.1. ¿Derecho del teletrabajador u obligación del empleador?	171
X.2. ¿Es un derecho fundamental (instrumental)?	172
X.3. ¿El derecho a la desconexión del trabajador como manifestación concreta del derecho a la intimidad en la era digital?	180

X.3.1. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo Social, del 23/5/2013 (de resolución 3613/2013; de recurso 6212/2012).....	184
X.3.2. El precedente “Pavolotzki”	185
XI. El control del teletrabajador	188
XI.1. El sistema de control a través de instrumentos colocados por el empleador en los elementos de trabajo entregados al teletrabajador destinados a la captación de su imagen (posibilidad de afectación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen del trabajador)	189
XI.2. El control del correo electrónico del teletrabajador y del uso de internet	199
XI.2.1. La expectativa razonable de intimidad del trabajador por la inexistencia de reglas de uso del material informático y la doctrina “Halford” y “Copland” del TEDH. Su adopción por la jurisprudencia local.....	201
XI.2.2. El test de proporcionalidad y el aviso al trabajador en la doctrina del TEDH	203
QR con información complementaria	205

CAPÍTULO VII

CONSTITUCIÓN Y NORMAS DE EMERGENCIA. ¿SON CONSTITUCIONALES LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN EL DNU 329/2020?

I. El principio de proporcionalidad o debido proceso sustantivo	207
I.1. El fin de la norma	208
I.2. El test de idoneidad o adecuación de la norma para la consecución del fin propuesto	209
I.3. El test de necesidad de la prohibición de despedir y de la consecuencia en caso de violación	209
I.4. El test de proporcionalidad <i>stricto sensu</i>	209

CAPÍTULO VIII

PROPUESTAS DE REFORMA AL RÉGIMEN DE SUSPENSIONES POR CAUSAS ECONÓMICAS EMPRESARIALES Y POR RAZONES DE FUERZA MAYOR

I. Sobre la conveniencia de eliminar la dispersión normativa.....	213
II. Sobre la necesidad de establecer un procedimiento previo independiente para las suspensiones colectivas por fuerza mayor	214
III. Sobre la necesidad de establecer una sanción expresa por incumplir la obligación de iniciar el PPC.....	214
IV. Sobre la necesidad de establecer un régimen para las suspensiones por causas económicas y empresariales y por razones de fuerza mayor que les dé seguridad a las empresas y a los trabajadores.....	216
V. Sobre la necesidad de aportar elementos a fin de delimitar la noción de causa económica.....	216

CONCLUSIONES

.....	219
-------	-----

BIBLIOGRAFÍA

.....	223
-------	-----