

puesto que se infiere claramente que los aportes y contribuciones deben ser las que corresponden a un trabajador a tiempo completo. Por una elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), el trabajador a tiempo parcial deberá recibir las mismas prestaciones de las cuales es beneficiario el trabajador a tiempo completo.

VII. Negociación colectiva

El apartado 5 del art. 92 ter L.C.T., con la modificación introducida por la ley 26.474, determina que *"Los convenios colectivos de trabajo determinarán el porcentaje máximo de trabajadores a tiempo parcial que en cada establecimiento se desempeñarán bajo esta modalidad contractual. Asimismo, podrán establecer prioridad de los mismos para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeran en la empresa"*. Se trata de una norma indicativa y no imperativa que define su concreción a la autonomía colectiva (14). La redacción anterior sólo habilita a las partes colectivas para establecer la prioridad de los trabajadores a tiempo parcial en la ocupación de vacantes. ♦

(14) Como bien señala FERNANDEZ MADRID, esto nunca estuvo reglado ni prohibido y siempre fue materia disponible tanto en el marco de las negociaciones colectivas de la ley 14.250 como en los acuerdos de parte individuales o plurindividuales; FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, "Tratado práctico de derecho del trabajo", Editorial La Ley, 3ª edición, Buenos Aires, 2007, t. I pág. 891.

Deposte De Maruella Comisión Trabajo 20/05/09

Orden público laboral (Segunda parte)

HORACIO H. DE LA FUENTE

SUMARIO: V. Renuncia de derechos del trabajador. — VI. La forma de los acuerdos modificatorios.

V. Renuncia de derechos del trabajador

16. A). EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD. Es sabido que en el derecho privado rige el principio de que todos los derechos son renunciables, salvo los casos especiales en que se encuentre interesado el orden público (art. 872, Cód. Civil). En principio se considera irrenunciables a los derechos que tienen contenido extrapatrimonial (p. ej. derechos de la personalidad, de familia) mientras que, también en principio, se consideran renunciables a los que tienen contenido patrimonial, de los cuales su titular puede disponer de la forma más amplia, según convenga a sus intereses, y aunque provengan de normas imperativas, como ser, p. ej., en los casos de prescripción, o de derechos provenientes de las leyes de locaciones, o de seguros, o de transporte o de protección al consumidor (las leyes son imperativas y los derechos que consagran son renunciables).

En cambio, en el derecho del trabajo rige el principio contrario, en cuanto se consideran irrenunciables los derechos adquiridos por el trabajador, a pesar que la gran mayoría de ellos tienen contenido patrimonial, precisamente porque se considera que interesa al orden público que los mismos sean conservados y gozados por su titular (18). Desde que nació el derecho del trabajo se admitió pacíficamente la vigencia del principio de la irrenunciabilidad de derechos, aun cuando, como ocurrió en nuestro país, no existió una norma que lo consagrara, ya que nuestras leyes laborales, salvo alguna excepción como la ley 9688 de accidentes de trabajo (art. 13), atribuirán imperativamente derechos al trabajador pero no hacían ninguna referencia a su irrenunciabilidad (19). A pesar de esta omisión, nuestra doctrina y jurisprudencia, tanto civil como laboral, se adhirió, junto con otros argumentos, a la postura —errónea a nuestro juicio— según la cual la irrenunciabilidad deriva necesariamente de la imperatividad, y por lo tanto el trabajador no podía renunciar válidamente a los derechos adquiridos provenientes de normas imperativas (20).

Con anterioridad criticamos esta posición que considera que la irrenunciabilidad deriva necesariamente de la imperatividad, demostrando que ambos conceptos son en realidad autónomos e independientes, por lo que un derecho asignado por una norma imperativa, una vez adquirido por su destinatario, puede ser en definitiva tanto renunciable como irrenunciable,

(18) Como dijimos en otra oportunidad, "el derecho del trabajo no podría cumplir los fines protectorios que son propios si se permitiera al trabajador renunciar a los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce, teniendo en cuenta el estado de necesidad y evidente situación de desigualdad social en que el mismo normalmente se encuentra. Es por demás sabido que la irrenunciabilidad de los derechos es uno de los principios básicos que estructuran nuestra disciplina, constituyendo un medio o técnica de vital importancia para garantizar al trabajador el efectivo goce de las ventajas jurídicas establecidas en su beneficio" (Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo, L.T., XXXIV, p. 1).

(19) Así, p. ej. la ley general 11.729, de 1934, disponía textualmente que "será nula y sin valor toda convención de partes que reduzca las obligaciones determinadas en los tres artículos anteriores" (reforma art. 158, Cód. de Comercio).

(20) Comp. BUSSO, Código Civil anotado, t. I, p. 209, n.º 160. Este autor cita un fallo de la Cámara 2ª Córdoba, la que consideró que "la prohibición de renunciar a los beneficios del art. 158, Cód. de Comercio (ver nota 19) impide la renuncia formulada cuando el empleado ya había adquirido el derecho" (L.A. LEY, 6-471). En el mismo orden de ideas, la doctrina civil siempre consideró que los derechos del trabajador eran irrenunciables —antes de dictada la L.C.T.— basándose en la existencia de normas imperativas que los consagraban. Ver, por todos, LLAMBLAS, Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. III, p. 160, texto y nota 375.

señalado que este precepto es de aplicación más restringida que el resultante del art. 203 L.C.T. que impone la obligación de trabajar horas extras también "por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa" (9).

La finalidad perseguida por la norma al establecer la prohibición de realizar horas extraordinarias en esta modalidad contractual se ha visto en la necesidad de desalentar el reemplazo masivo de trabajadores a tiempo completo por trabajadores a tiempo parcial, en aquellas actividades con requerimientos de prestación variable entre jornadas y de no posibilitar el fraude a la ley de jornada N° 11.544 (10).

La modificación normativa dispuesta por la ley 26.474, que sustituye la expresión "horas extraordinarias" por "*horas suplementarias o extraordinarias*" suscita el interrogante sobre si la intención del legislador al duplicar la denominación de las horas trabajadas en exceso de la jornada tiene también proyecciones conceptuales—y consecuentemente efectos jurídicos específicos—o se trata simplemente de designaciones equivalentes.

No existe en nuestra legislación una definición legal que distinga ambos conceptos. El art. 5° de la ley 11.544 y los arts. 201 y 203 L.C.T. se refieren a "horas suplementarias". El Convenio 1 de la O.I.T., sobre las horas de trabajo (industrial, 1919, menciona las "horas extraordinarias" (art. 81.c.) y el Convenio 30 de la misma organización internacional, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, se refiere a las "horas de trabajo extraordinarias" (art. 11.2.c.). Sólo en doctrina, CABANELLAS formuló la conveniencia de distinguir entre "trabajo suplementario", el que, aun excediendo de la jornada ordinaria de trabajo, no llega a superar el máximo legal y "horas extraordinarias", las trabajadas sobre el máximo legal autorizado. De acuerdo a esta distinción el "trabajo suplementario" se regiría por normas convencionales y las horas extraordinarias, por normas legales (11). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina no acompaña esta distinción conceptual (12). Por nuestra parte y con referencia concreta al art. 92 ter L.C.T. nos inclinamos a pensar que el legislador ha utilizado ambas denominaciones como equivalentes sin que, a nuestro juicio, dicha mención redundante tenga ninguna relevancia jurídica.

La ley no determina los efectos de la realización de horas suplementarias en infracción a la ley. Deben, entonces, aplicarse los principios generales en materia de prohibición de ciertas condiciones de labor (arts. 40 y 43 L.C.T.) (13), puesto que la Imposición legal está dirigida al empleador y otra solución podría afectar los derechos adquiridos por el trabajador en el curso de la relación y configurar un enriquecimiento sin causa en desmedro del trabajador.

c) violación del límite de la jornada parcial. La última parte del apartado 2 del art. 92 ter L.C.T., determina: "*La violación del límite de jornada establecido para el contrato a tiempo parcial, generará la obligación del empleador de abonar el salario correspondiente a la jornada completa para el mes en que se hubiere efectivizado la misma, ello sin perjuicio de otras consecuencias que se derivan de este incumplimiento*". Este párrafo del texto del artículo ha sido agregado por la ley 26.474.

(10) GRISOLLA, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", LexisNexis - Depalma, 6ª edición, Buenos Aires, 2002, pág. 254.

(11) CABANELLAS, Guillermo, "Tratado de Derecho Laboral", Editorial Heliasa, 3ª edición, Buenos Aires, 1980, t. II vol. 2, pág. 425.

(12) FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, en LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ediciones Contralibros Moderna, 2ª edición, Buenos Aires, 1987, t. II pág. 918; CARAVALLÓ, Hugo, en VAZQUEZ VIALARD (Director), "Tratado de derecho del trabajo", Editorial Asurta, Buenos Aires, 1983, t. 4 pág. 76; ZURETTI (h), Mario E., en RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (Director), "Ley de Contrato de Trabajo—comentada, anotada y concordada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, t. III pág. 755.

(13) MACHADO, en VAZQUEZ VIALARD (Director), "Ley de Contrato de Trabajo—comentada y concordada", t. I pág. 666.

La ley prevé una sanción para el caso de violación por el empleador del límite de la jornada parcial. Se trata de una sanción tasada legalmente que se fija en el importe de la diferencia entre la remuneración que corresponde contractualmente al trabajador a tiempo parcial y la que le correspondería si se desempeñara a tiempo completo. La sanción no es necesariamente proporcional a la violación cometida por cuanto corresponde la totalidad del importe de la remuneración a tiempo completo aunque el trabajador se hubiera desempeñado, por ejemplo, las tres cuartas partes (3/4) de la jornada completa.

La sanción se limita al mes en que se verificara dicha violación. La ley no aclara si la mención del "mes" es referida al mes "contractual" o al mes "calendario". Como no se trata del cómputo de la antigüedad ni de un plazo lo que haría aplicable el modo de cálculo del art. 25 del Código Civil, sino del período de pago de la remuneración, debe interpretarse que el legislador se ha referido al "mes calendario" (art. 23, Código Civil), cualquiera fuera el período de pago convenido, mensual, quincenal o semanal (art. 126 L.C.T.).

El mismo apartado 2 del art. 92 ter se refiere a "*otras consecuencias que se derivan de este incumplimiento*". La violación del límite de la jornada parcial, además de un incumplimiento en el plano contractual, configura una infracción al ordenamiento sancionatorio laboral, que en el orden nacional está graduada como una infracción "grave", por tratarse de una violación en materia de duración del trabajo o tiempo de trabajo (art. 3° inciso d), Anexo II, ley 25.212).

VI. Efectos en el ámbito de la seguridad social

En el ámbito de la seguridad social, la contratación a tiempo parcial trae aparejados efectos en dos aspectos: a) las cotizaciones; b) las prestaciones.

a) las cotizaciones. La ley, a los efectos de determinar las cotizaciones del trabajador contratado a tiempo parcial, distingue entre las cotizaciones a la seguridad social en general y las cotizaciones específicas al subsistema de obras sociales.

La ley establece que "*las cotizaciones a la seguridad social y las demás que se recaudan con ésta, se efectuarán en proporción a la remuneración del trabajador y serán unificadas en caso de pluriempleo*" (art. 92 ter, apartado 3, L.C.T.), lo que significa que la cotización es única aunque el trabajador tenga otros empleos en relación de dependencia.

Con relación concreta a los aportes y contribuciones para la obra social, la modificación introducida por ley 26.474 determina que "*los aportes y contribuciones para la obra social será la que corresponda a un trabajador a tiempo completo de la categoría en que se desempeña el trabajador*" (art. 92 ter, apartado 3, L.C.T.). La reforma ha suprimido el párrafo del apartado 4 de la anterior redacción que establecía: "*Las prestaciones de obra social serán las adecuadas para una cobertura satisfactoria en materia de salud, aportando el Estado los fondos necesarios a tal fin, de acuerdo al nivel de las prestaciones y conforme la reglamentación*". Comensadamente, la modificación está dirigida a garantizar—de manera preferente—el financiamiento del subsistema de obras sociales, suprimiendo los aportes del Estado y reforzando su carácter contributivo por parte de trabajadores y empleadores al tiempo que se incrementan las cotizaciones específicas al rango de las de un trabajador de tiempo completo.

La solución suministrada por la ley, en este aspecto, trae como consecuencia la incompatibilidad con el texto legal vigente de las disposiciones reglamentarias contenidas en los arts. 7° a 9° del decreto 492/95 (B.O. 26/09/95), por lo que deben ser consideradas implícitamente derogadas.

b) las prestaciones. La determinación de las prestaciones de la seguridad social, la ley la define a la reglamentación, la que deberá tener en cuenta "*el tiempo trabajado, los aportes y las contribuciones efectuadas*" (art. 92 ter, apartado 4, L.C.T.). La ley 26.474 ha suprimido del texto normativo la mención que remitía a la reglamentación la determinación de las prestaciones de obra social que debían ser "*las adecuadas para una cobertura satisfactoria en materia de salud*". De acuerdo al nuevo sistema de cotizaciones introducido en el texto sancionado, la mención resulta innecesaria

objetivas sino simplemente a *necesidades subjetivas* de las partes expresada en su libre acuerdo de voluntades. Lo que sí requiere la ley es que las partes en sus convenciones particulares no desnaturalicen las características definitivas de este subtipo contractual para que esté en condiciones de producir sus efectos propios.

II. Definición legal de contrato a tiempo parcial

La ley define al contrato de trabajo a tiempo parcial como *"aquél en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana inferiores a las dos tercias (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad"* (art. 92 ter, apartado 1, L.C.T.) (4). Es decir, que el carácter del contrato como de tiempo parcial no tiene que ver con la duración del contrato (que puede ser por eso por tiempo indeterminado, de duración determinada, a plazo fijo, eventual, de temporada, etc. (5)) sino con la duración de las tareas que presta el trabajador, tomando como módulo de comparación la *"jornada habitual"* diaria o semanal, *"de la actividad"*.

La modalidad a tiempo parcial puede referirse a la jornada diaria (reducción de horas en el día de trabajo), o bien en la asignación de tareas en horario completo sólo ciertos días a la semana, dando lugar en este caso a prestaciones discontinuas. Nada impide que se combinen ambas alternativas (reducción de horario y de días de labor) siempre que no se supere el límite máximo que la ley considera definitivo de la modalidad contractual (6).

El concepto de *"jornada habitual de la actividad"* no se confunde necesariamente con el de *"jornada legal de la actividad"* aunque sucede normalmente en la mayor parte de las actividades que la *"jornada habitual"* coincide con la *"jornada legal"*. Sin embargo, podría suceder que por estatuto particular o convenio colectivo de trabajo se fijara para la actividad una jornada *"normal"* (sea diaria o semanal) inferior a la fijada por la ley general. En este caso ésta será la *"jornada habitual"* para la actividad de que se trate.

La ley utiliza como módulo de comparación la jornada habitual *"de la actividad"* sea que ésta surja de estatuto profesional o convenio colectivo. Por tal razón debe estimarse que de existir un convenio colectivo de empresa que estableciera una duración de tareas inferior, ésta sería irrelevante a estos efectos, manteniéndose como módulo de comparación sólo la *"jornada habitual de la actividad"*.

La regulación legal no establece una jornada mínima, lo que permite la utilización de esta figura aun para jornadas muy reducidas (7).

La ley 26.474 eliminó del texto originario del artículo al *"mes"* como referencia del número de horas por debajo del cual se configura el *"trabajo a tiempo parcial"*. La modificación es ajustada por cuanto la legislación sobre jornada establece los límites horarios diarios y semanales de su duración máxima, con lo que conociendo estos límites es posible realizar el cálculo que define el carácter de la jornada como completa o parcial. Igualmente, si la jornada habitual de la actividad no fuera igual a la legal, la referencia debería basarse al número de horas fijado por el respectivo estatuto particular o convenio colectivo de trabajo.

(4) El Convenio 175 contiene una definición mucho más amplia puesto que determina que *"trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable"* (artículo 1 a. Convenio citado).

(5) También podría concertarse trabajo a tiempo parcial en un contrato de trabajo de equipo (arts. 47 y 101 L.C.T.).

(6) MACHADO, José Daniel, en VAZQUEZ VIALARD (Director), *"Ley de Contrato de Trabajo - comentada y concordada"*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2005, t. I, pág. 663.

(7) LIVELLARA, Carlos, en ACKERMAN (Director), *"Tratado de derecho del trabajo"*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2005, t. II págs. 511 y 512; RUPRECHT, Alfredo, *"Las nuevas leyes laborales"*, Zavallá, Buenos Aires, 1995, pág. 25.

Sentado que el módulo de comparación del contrato a tiempo parcial es la *"jornada habitual de la actividad"*, no cualquier prestación de tareas inferior a la jornada habitual permite configurar un contrato de trabajo a tiempo parcial, sino que la ley determina imperativamente que el número de horas trabajadas al día o la semana debe ser inferior a las 2/3 partes de esa jornada habitual. Una duración de las tareas, aunque fuera levemente superior al límite fijado por la ley, no permitiría hacer aplicable los efectos del contrato a tiempo parcial.

III. Carga de la prueba

A diferencia del art. 92 L.C.T. que determina que la carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado (contrato a plazo fijo o eventual) está a cargo del empleador, el artículo específico sobre el trabajo a tiempo parcial nada establece a este respecto.

Del texto del art. 198 L.C.T. del que surge que *"la reducción de la jornada máxima legal" sólo procede —entre otras— conforme a estipulación particular de los contratos individuales de trabajo, puede desprenderse que la carga de su acreditación estará a cargo de quien invoque la existencia del contrato celebrado bajo esta modalidad específica de contratación. Por tal razón la necesidad de instrumentar esta modalidad bajo la forma escrita no emerge de ninguna imposición legal sino que simplemente responde a una regla de conveniencia de las partes (8)*

IV. Efectos del contrato de trabajo a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial produce efectos en dos ámbitos diversos: a) en el ámbito laboral; b) en el ámbito de la seguridad social.

V. Efectos en el ámbito laboral

En este ámbito, el contrato de trabajo a tiempo parcial, produce efectos sobre tres aspectos: a) la remuneración; b) las horas suplementarias o extraordinarias; c) violación del límite de la jornada parcial.

a) **Remuneración.** En cuanto a la remuneración del trabajador a tiempo parcial ésta *"no podrá ser inferior a la proporcional que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo"* (art. 92 ter, apartado 1, L.C.T.). Establece, entonces, la ley, el principio de la *"proporcionalidad"* en la fijación del salario mínimo del trabajador a tiempo parcial en función de la duración de las tareas con relación a la remuneración que fija la ley (salario mínimo vital) u el convenio colectivo —salario básico— para el trabajador a tiempo completo, al que deben sumarse los respectivos adicionales remuneratorios si se dieran los requisitos a los que el pertinente convenio colectivo subordina su percepción. Desde luego, ese salario mínimo determinado de tal modo por la ley, puede ser mejorado, por convenio de partes, a favor del trabajador.

b) **Horas suplementarias o extraordinarias.** Los trabajadores a tiempo parcial tienen vedado laborar horas suplementarias o extraordinarias, salvo el caso del art. 89 L.C.T., es decir, con excepción de las situaciones en que el trabajador deba prestar al empleador ayudas extraordinarias por *"peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa"*. Se ha

(8) MACHADO, en VAZQUEZ VIALARD (Director), *"Ley de Contrato de Trabajo - comentada y concordada"*, t. I, pág. 664.

(9) MACHADO, en VAZQUEZ VIALARD (Director), *"Ley de Contrato de Trabajo - comentada y concordada"*, t. I, pág. 687.

El contrato de trabajo a tiempo parcial

Su modificación por la ley 26.474

CARLOS ALBERTO ETALA

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición legal de contrato a tiempo parcial. III. Carga de la prueba. IV. Efectos del contrato de trabajo a tiempo parcial. V. Efectos en el ámbito laboral. VI. Efectos en el ámbito de la seguridad social. VII. Negociación colectiva.

I. Introducción

El "contrato de trabajo a tiempo parcial" es una modalidad de contratación laboral introducida por el art. 2º de la ley 24.465 (B.O. 28/03/95), que incorporó el art. 92 ter al cuerpo de la L.C.T. A diferencia del período de prueba del art. 92 bis introducido en la LCT por la misma ley — que sufrió numerosas modificaciones —, el texto del art. 92 ter, hasta la sanción de la reciente ley 26.474 (B.O. 23/01/09), no había sido objeto de reforma alguna (1). En 1994, la O.I.T. había adoptado el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial, pero este convenio no ha sido ratificado hasta el presente por la República Argentina. También, en el mismo año la organización internacional aprobó la Recomendación 182, sobre el trabajo a tiempo parcial.

El nuevo "tipo" (más bien "subtipo") o "modalidad contractual" del *contrato de trabajo a tiempo parcial* —vigente desde tiempo atrás en otros países— fue reconocido en nuestra legislación positiva a impulso de energías políticas laborales destinadas a dar respuesta efectiva a los problemas de empleo crecientemente acuciantes. Se suele identificar esta modalidad como una de las manifestaciones de la llamada "*flexibilidad laboral*", que, a diferencia de otras, ha superado el test de perdurabilidad.

La fuente más cercana del texto originario del art. 92 ter L.C.T. debe verse en el art. 48 del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Contrato de Trabajo elaborado por Armando Caro Figueroa en marzo de 1993 y que, luego, designado el autor Ministro de Trabajo, se transformara, con algunas variantes, en el art. 2º de la ley 24.465 (2). La fuente mediatra es la legislación española de 1980, que la incluyó como nueva modalidad de trabajo siguiendo el camino marcado por el ordenamiento laboral británico que vio en esta figura un medio de inserción especialmente apto para el trabajo femenino (3).

En contraste con los contratos de trabajo *de tiempo determinado* (contrato a plazo fijo, contrato de trabajo eventual), que deben responder a *necesidades objetivas* de la actividad, explotación o empresa, la ley no exige que el contrato de trabajo a tiempo parcial responda a esas necesidades

(1) Debe enfatizarse, porque es motivo de frecuente confusión, que, a diferencia del contrato de trabajo a tiempo parcial, el período de prueba no es una modalidad contractual sino un período de carencia implícito en todo contrato por tiempo indeterminado, lapso cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plentid las normas de protección que corresponden al contrato de trabajo típico. V. ETALA, "Contrato de trabajo", Editorial Astrea, 6ª edición, Buenos Aires, 2008, t. I págs. 303; DEVYALI, Mario L., "Período de prueba y permanencia", D.T. 1946 pág. 505.

(2) CARO FIGUEROA, Armando, "La flexibilidad laboral - Fundamentos comparados para la reforma del mercado de trabajo argentino", Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993, Anexo III, pág. 389 y siguientes.

(3) BAYLOS, Antonio, "Trabajo a tiempo parcial, tipos discontinuos y contrato de relevo", en ALARCÓN, Manuel Ramón (coordinador), "La reforma laboral de 1994", Marcial Pons, Madrid, 1994.