

**CRISIS Y RECONVERSIÓN DEL MODELO DE
RELACIONES LABORALES Y FUTURO DEL
DERECHO DEL TRABAJO**

*Comunicación del doctor Julián A. de Diego,
en la sesión del Instituto de Ética y Política Económica,
el 30 de junio de 2014*

CRISIS Y RECONVERSIÓN DEL MODELO DE RELACIONES LABORALES Y FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Por el Dr. JULIÁN A. DE DIEGO

I. Prólogo

El *status quo* actual refleja un importante estancamiento del modelo de relaciones individuales y colectivas del trabajo, que se ha refugiado en las fuentes de la posguerra, y no se han *aggiornado* con el curso y evolución de los sistemas productivos, las nuevas tecnologías y las nuevas formas de organizar el trabajo.

El modelo de relaciones laborales es arcaico en gran medida por la regresión experimentada a través de reformas “Recalde” que retrotrajeron la Ley de Contrato de Trabajo a los textos originales, y en parte por la total ausencia de iniciativas que modernicen el modelo o que se apliquen a las nuevas tecnologías.

Las motivaciones de los pocos cambios operados en estos diez últimos años han sido ideológicos, y carecieron del pragmatismo que imponen las circunstancias y la dinámica de la realidad y de los mercados. Bajo el pretexto de supuestos mecanismos de

protección a favor del trabajador produjeron efectos contradictorios en materia de desempleo, trabajo no registrado y precarización del empleo.

Han contribuido a esta crisis que –a mi juicio– nos enfrenta con una verdadera encrucijada, la jurisprudencia con neto corte “garantista” y ultra protector, generada por una fuerte tendencia obrerista imperante en la mayoría de los fallos de nuestros magistrados.

También, en una serie de fenómenos vinculados a la llamada “corriente flexibilizadora de los recursos humanos”, se produjeron diversas situaciones de abuso y, en algunos casos puntuales, como en el proceso de tercerización, desencadenaron fisuras en el sistema que precarizaron el empleo y le restaron calidad y transparencia.

La “hiposuficiencia” del trabajador se ha utilizado como “excusa” y no como principio de naturaleza tuitiva, y se afectaron principios fundamentales como el de colaboración recíproca, buena fe, equidad y de justicia social.

Las Relaciones Colectivas han mantenido un Modelo Sindical antidemocrático con verdaderas “monarquías hereditarias”, con obras sociales y sistema de salud cautivas, en un proceso de degradación de la libertad sindical, individual y colectiva, con un manejo arbitrario y hasta extorsivo del ejercicio del derecho de huelga, transformando a muchas de las reivindicaciones colectivas en actos de abuso con serios daños a la producción, a la productividad y, en especial, con un creciente deterioro de la competitividad de nuestra producción de bienes y de servicios.

Los convenios colectivos se utilizaron como instrumento político y con medios de presión ilegales, y el amparo de la huelga salvaje e ilegal, como medio de coerción y de coacción contra los empleadores, logrando a menudo conquistas que luego llevaron a la crisis y descolocaron a las empresas en el marco de la competencia local e internacional.

II. Reformas estructurales

El derecho del trabajo está conformado por el marco regulatorio, la interpretación de los jueces y la doctrina, y en gran medida refleja del pasado los usos y costumbres, y debe afrontar del futuro las reformas estructurales que exigen la nueva dinámica de los mercados, y en especial el avance incontenible de las nuevas tecnologías y las nuevas formas consecuentes de organizar el trabajo. En este modelo juega un papel importante el cliente, sus deseos, necesidades y expectativas, y en especial los nuevos hábitos de consumo.

El nuevo modelo debe partir de la necesidad de dar respuesta a una serie de datos que objetivamente nos provee la realidad, y que son:

- **Nuevas formas de organizar el trabajo:** las empresas buscan denodadamente atender los deseos y las necesidades de los clientes, no solo en función de ellos sino sobre todo en las nuevas formas y modalidades de intercambio y de relacionamiento, y los nuevos hábitos de consumo y de compra de bienes y de servicios, como por ejemplo la compra y venta por Internet, el marketing a través de las redes sociales, el empleo del tiempo de ocio para las compras, y otros.
- **Multiplicidad de oportunidades:** cualquiera sea el modelo que se formule desde la legislación, lo cierto es que la ley no produce nuevos puestos de trabajo ni genera empleo digno. El crecimiento y el desarrollo son las bases de la creación real de trabajo sustentable, que a la vez genere para el trabajador ingresos satisfactorios. El trabajador dependiente debe disponer de opciones y la libertad de elegir alguna de ellas, y debe contar con alternativas de crecimiento y empleabilidad en base a la educación de libre acceso, la capacitación y entrenamiento permanentes;

- **Reformulación del modelo de relaciones individuales** sustentada en función de mecanismos de protección legales que generan abusos, es un medio artificial que conduce al crecimiento del desempleo y a generar inseguridad en los que tienen empleo.
- **El trabajo y las nuevas tecnologías** –informática, telemática, robótica y automatización–; las TICs y la sustitución de puestos de trabajo por los sistemas, los equipos informatizados y la robotización nos impone el desafío de desarrollar un nuevo arquetipo de trabajador, ligado a la informática como lenguaje de contacto y formado en las tecnologías que conducirán nuestros sistemas, equipos, maquinarias y cualquier forma de producción de bienes y servicios.
- **Home office** –teletrabajo, trabajo virtual–; es decir, el trabajo fuera del marco físico del llamado “establecimiento del empleador”, en la medida que el trabajador cuente con las herramientas telemáticas, se puede brindar literalmente, desde cualquier lugar. Es más, el trabajador puede elegir el lugar desde donde preste su servicio, y muchos de los deberes del empleador como el de seguridad e higiene en el trabajo sufren una suerte de trasbasamiento. El teletrabajador, en gran medida, es custodio de su propio destino a través de acciones, medidas y prácticas que debe asumir por sí.
- **Capacitación y entrenamiento**; empleabilidad y todo lo que sea necesario para adquirir los conocimientos seguramente estará a disposición de todos en forma prácticamente gratuita, como de hecho ya ocurre, a pesar del problema de la calidad de lo que se informa, se enseña y se trasmite a través de la web.

Derecho Colectivo

El derecho colectivo está enmarcado en tres grandes institutos que son los gremios, los convenios colectivos y la huelga.

La tradición, las raíces históricas y la convalidación del poder sindical a través de los gobiernos de facto, de los democráticos y de los no justicialistas demuestra el poder de adaptación a los distintas etapas y la incuestionable habilidad política para obtener ventajas y para consolidarse en el partido, influyendo en distintos ámbitos, apoyando o respaldando candidatos, líderes y gobiernos. Sin embargo, resulta claro que no se trata de una estructura democrática y que no existen garantías de que se respeten la libertad sindical individual y colectiva.

Podemos resumir el cuadro como sigue:

- Reformulación del modelo de relaciones sindicales; pluralidad sin atomización, democracia sindical, libertad afiliación, tutela sindical y sin espacio para abusos de derecho ni para la corrupción.
- Los CCT como herramientas de la modernización –salarios + productividad– y no como una fuente de acumulación de derechos y de reivindicaciones irrestrictas que no se compadecen con un razonable equilibrio entre las prestaciones, ni con la vigencia de reglas y de las mejores prácticas que impone las exigencias del mercado.
- La necesidad de reglamentar el derecho de huelga, y en especial la huelga en los servicios esenciales, en virtud de que la Constitución Nacional convalida un derecho que legitima un daño que debe reglamentarse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, dejando de lado las medidas extorsivas y las acciones salvajes que comprometen bienes jurídicamente protegidos de igual o mayor jerarquía.

III. Reformas Fundamentales I

Los elementos esenciales de una reforma integral parten de los siguientes cambios en los institutos:

- **Contratación:** Resolver la integración al mercado de trabajo de los beneficiarios de los planes sociales, de modo que se avance en nuevas modalidades adecuadas a las necesidades y a las nuevas formas de desarrollar el trabajo, como por ejemplo, el que demandan el empleo de las nuevas tecnologías, como el teletrabajo. Es un elemento clave de cualquier futura reforma la articulación de los puentes que permitan generar oportunidades para los grupos excluidos o aislados del mercado, que ahora están desempleados o empleados en forma precaria, para que reciban educación, capacitación y entrenamiento, y a la vez las empresas cuenten con incentivos para contratarlos, en una carrera que les brinde el dominio de un arte oficio o profesión, y a la vez, que les confiera un futuro dentro de las reglas del mercado.
- **Jornada de trabajo:** Volver a hacer operativas las distintas formas de organizar la jornada y los descansos en un contexto de las nuevas tecnologías, y el empleo de los medios telemáticos. Se deberán integrar las llamadas jornadas elásticas, partidas o intensivas, ligadas a la prestación efectiva o al tiempo de disponibilidad efectivo.
- **Remuneración e impuestos al trabajo:** Prohibir las prestaciones No Remunerativas para el sector privado y para el sector público, y reformar íntegramente el régimen de aportes y contribuciones, y el régimen de impuesto a las ganancias, de modo que restablecer la equidad fiscal y la razonabilidad del sistema en función a la atribución contributiva de cada persona.

- **Descansos:** Establecer cronograma de adecuación y revisar feriados, feriados puente, fechas conmemorativas, feriados locales, días del gremio y otros días improductivos, para adecuarlos a las necesidades y a los imperativos del mercado y de la productividad;
- **Extinción y despido:** Reformular el régimen de multas y recargos a la indemnización por despido que, lejos de conformar un subsistema contra el empleo no registrado, ha sido una fuente de abusos y deformaciones a través de las interpretaciones de la jurisprudencia.
- **Alternativa a la indemnización por despido pagado por el empleador:** Fondo de despido/desempleo, contributivo, en donde se construye una reserva para la extinción del vínculo, de modo que el mismo no esté sujeto a las vicisitudes de la solvencia del empleador y permitan generar otros beneficios suplementarios. Es también una solución para el teletrabajador, ya que el empleador pagaría su aporte al fondo de despido a un banco que lo resguarda, junto con la retribución del dependiente, y así cada empleador hace su aporte en forma proporcional al salario.
- **Modelo sindical:** Reformular los mecanismos legales para asegurar la democracia interna, y el pleno ejercicio de las libertades sindicales individuales y colectivas que le aseguren al trabajador: a. constituir las entidades sindicales sin otro requisito que la simple inscripción en un registro especial; b. participar libremente de la vida interna del gremio; c. elegir y ser elegido; d. participar de la negociación colectiva; e. participar de las medidas de fuerza legales apoyadas en la entidad representativa y f. contar con mecanismos administrativos y judiciales que lo habiliten a resguardar sus derechos individuales y colectivos.

IV. Reformas fundamentales II

Otras reformas no menos importantes son complementarias de las precitadas, a saber:

- **Administración de las obras sociales:** reformular el sistema de modo que asegure la cobertura de salud garantizada por la legislación vigente por medio de la libre elección del prestador de servicios. Ver modelos de transición que aseguran la libre competencia en la oferta de servicios de salud ponderando la calidad de la atención y asistencia.
- **Conflictos de encuadramiento:** reglamentar un procedimiento claro que no traslade el conflicto a la empresa. Evita extorsión y coacción por vía de medidas de fuerza ilegales.
- **Reglamentar el derecho de huelga:** en especial respecto del modo de ejercicio, de los procedimientos y de las sanciones por incumplimiento. Huelga en los servicios esenciales: reglamentar especialmente en forma eficiente la huelga, cuando afecta la vida, la salud, la seguridad y la integridad física de los ciudadanos, con sistemas de guardias sin que los servicios se interrumpan.

V. Reformas fundamentales III

Complementariamente, existen temas dentro de cada instituto que han generado no pocos conflictos, y que merecen atención especial. Entre ellos tenemos los siguientes:

- La negociación de los CCT: reformulación de los principios de ultractividad, del efecto *erga omnes*, y habilitación de la negociación “in peius” –de crisis– y de la “disponibilidad colectiva”.

- Revisión y sustitución de los contratos promocionales por otros que aseguren la promoción del empleo digno y estable.
- Revisión de los sistemas de lucha contra el trabajo “no registrado” diferenciar “trabajo en negro” de casos fronterizos de relaciones autónomas/dependientes.
- Revisión del Impuesto a las Ganancias y del régimen de aportes y contribuciones a la seguridad social y a los sindicatos.
- Promoción de las actividades con mano de obra intensiva: creación de modelos contractuales “*tailor-made*” para estas actividades.
- Creación de normativa especial para contratos de trabajo de las nuevas tecnologías: teletrabajo, trabajo virtual, home office, sistemas telemáticos, el trabajo mixto (tradicional y telemático) y otros.

Dos dilemas se presentan como articulaciones recientes de fallos dictados por la Corte Suprema, que nos llevan a la encrucijada de que se revise como se ha hecho con otros institutos, la legislación integral en materia de Asociaciones Gremiales con la opción de si debe mantenerse el sistema del unicato o sindicato único, o se debe reformular la ley hacia un sistema más abierto de pluralidad sindical o si se debe transitar un sistema mixto de transición.

Unidad y pluralidad sindical

La Corte Suprema dictó tres fallos que cuestiona el modelo sindical en el sentido de que no garantiza la libertad sindical individual y colectiva, y en su caso, no permite que los trabajadores

gocen de un sistema que asegure la democracia interna, haciéndose eco de las denuncias realizadas por la CTA ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que generó numerosas observaciones en el sentido expuesto sobre nuestro régimen legal vigente de la ley 23.551, que fue aprobada por el Parlamento en un contexto en el cual, los sindicatos lograron un sistema cuestionable que impone una revisión. Los fallos son **“ATE c/ Ministerio de Trabajo” CSJN 11/11/2008**, **“Rossi c/ Estado Nacional” CSJN 09/12/2009**, y **“ATE s/ Acc. de Inconstitucionalidad” CSJN 18/06/2013**, en los cuales se establece:

1. El sistema de Unidad Sindical discrimina en forma arbitraria a los sindicatos meramente inscriptos privilegiando a los sindicatos con personería gremial.
2. Ambos gremios tienen en consecuencia los mismos derechos y deberes.
3. Dos o más gremios pueden coexistir dentro de una misma empresa y hasta dentro de un mismo ámbito o actividad.

Otro de los ejes de los conflictos laborales y judiciales es el de la aplicación del principio de igualdad, y los medios y recursos legales para luchar contra todas las formas de discriminación.

Discriminación y reinstalación

En la búsqueda de preservar y custodiar el principio de igualdad, uno de los componentes arquitectónicos de nuestra Constitución Nacional (art. 16 CN), se dictó el fallo **“Alvarez, Maximiliano c/ Cencosud” CSJN 07/12/2011**, en el que se resuelve la reincorporación de 6 empleados jerárquicos que estaban recolectando firmas para crear un nuevo sindicato aplicando la Ley 23.592 contra la discriminación. El fallo ordenó el reingreso de los despedidos por tratarse el despido de un acto de discrimina-

ción antisindical, dispuso también el pago de los salarios desde el despido hasta el reingreso, y la no devolución ni compensación de las indemnizaciones por despido.

Por la minoría se propuso no reincorporar a los 6 empleados y pagar la indemnización de los arts. 178/182 del despido por causa de maternidad (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay). En efecto, aplican la ley 23.592 desechan la ley 23.551 y los fallos ATE c/ MTSS y Rossi c/ Estado Nacional. Este fallo está abriendo la posibilidad de resolver otros casos de reinstalación a saber:

- Discriminación a los activistas gremiales.
- Casos de enfermedades terminales (HIV).
- *Mobbing* y acoso: Opción de reinstalación/indemnizaciones por daños y perjuicios.
- Discriminación por sexo o género: salarios/beneficios/carrera profesional.

VI. Los subsidios y el desempleo

Los planes sociales liquidados a través de subsidios como el Plan Jefes y Jefas de Hogar, la Asignación Familiar Universal, y otros planes creados para cubrir la ineficiencia de nuestro seguro nacional de desempleo, cubren una población significativa, que ha sido aislada de la cultura del trabajo, y a la vez, que no cuenta con educación, capacitación y entrenamiento para insertarse o incorporarse al mercado laboral.

En el Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina se ha constatado que alrededor de diez millones de personas viven dentro del nivel de pobreza, cuando una porción importante de ellos cuenta con trabajo registrado o no registrado.

El Estado debe brindar cobertura a todos los sectores de la sociedad, en especial a los grupos más vulnerables, y a los que tienen mayores dificultades para incorporarse al mercado.

Un sistema de subsidios como el vigente ha demostrado ser ineficaz para resolver los problemas de empleo, de salario suficiente, y de transformación que la sociedad necesita para mejorar la condición social y económica de los grupos excluidos o postergados.

Una solución posible es la de crear puentes por medio de los cuales:

- a. el desocupado ingresa a un plan de educación, capacitación y práctica con salida laboral como condición para mantener la percepción del subsidio;
- b. los empleadores reciban un incentivo para contratar a los beneficiarios de los planes, incentivos que se incrementan en función de la permanencia o prolongación de la contratación;
- c. el pago del subsidio se deberá mantener por un tiempo predeterminado, y el monto del mismo puede ser el incentivo que puede restar el empleador del salario bruto pagado al trabajador;
- d. estos planes deben estar complementados con acciones en los grupos urbanos excluidos promoviendo la educación de adultos, y la educación primaria y secundaria con salida laboral. Las pasantías en empresas deben complementarse con la educación dual, donde quienes estudian pueden experimentar dentro de las empresas la realidad del trabajo.

VII. Conclusiones

El derecho laboral y el modelo de relaciones laborales resultante de él han quedado en el pasado, se aplica en forma parcial y con una serie importante de deformaciones, y demanda una clara revisión integral.

El desafío está ligado también al cambio de ejes que se está experimentando en el mercado global, donde las dos potencias más importantes del orbe, los Estados Unidos de Norteamérica y China, no cuentan con la batería de recursos de nuestro sistema legal, no tienen indemnización por despido, no están legislados la mayoría de los institutos del derecho individual y colectivo del trabajo y, por ende, parten de un costo claramente centrado en la remuneración del trabajador como factor central.

El modelo vigente en nuestro país no solo es arcaico y no se adecua a los requerimientos de las nuevas formas de organizar el trabajo y a las nuevas tecnologías, sino que además está siendo operado en las amplias lagunas que se van generando por usos, costumbres, e improvisaciones. Basta con destacar que no están contempladas en nuestra legislación el teletrabajo, el empleo de los medios informáticos y de Internet en el trabajo, ni los sistemas de automatización y sistematización de procesos productivos de bienes o de servicios.

Para que la reforma sea razonable y se pueda ejecutar con cierto equilibrio sustentabilidad y equidad manteniendo los principios generales, es fundamental que se creen nuevos paradigmas a partir de los cuales habrá que adecuar todos los institutos del derecho individual y colectivo.

Para afrontar una reforma estructural, se debe partir de la vigencia plena de nuestro sistema democrático, y de que no tienen cabida dentro de él subsistemas que no respeten los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. Se debe enfrentar sin

tapujos a los tabúes que oscurecieron o desalentaron reformas profundas, aún cuando las mismas requieran, como ocurrió con alguno de los institutos, un proceso de cambio con ajustes rectificaciones y recalibrado periódico.

Nadie sabe bien hacia dónde se dirigirá un régimen de trabajo donde todos los parámetros están en un proceso de sustantivo de novación incontenible, sencillamente, porque la tecnología ha traspasado todas las restricciones territoriales, físicas y hasta temporales. Hoy Internet ha derrumbado barreras que impedían su libre acceso, y a medida que evolucionan y avanzan sus dispositivos programas y nuevos desarrollos, generan mayor accesibilidad, con una tendencia a que todo sea de libre acceso contando con los medios telemáticos que hoy parecen estar a la mano o muy cercanos a todos.

El esquema de la relación de dependencia y del trabajo por cuenta ajena que conforman los pilares del derecho del trabajo está en proceso de revisión, porque sencillamente la nota de la subordinación se volatiliza. Esto ocurre en especial, cuando el trabajador brinda su prestación fuera del ámbito del establecimiento, donde el empleador ejerce la mayoría de sus atribuciones, y deja liberado a un amplio espectro de cambios el que puede convertirse en el autotrabajo, es decir, el trabajo que dependa y surja de la voluntad del dependiente que brinda el servicio, y que en función del cual gozará de un ingreso.

Sobre ese ingreso habrá que practicar los aportes y contribuciones en forma automática, incluyendo el fondo contra el despido/desempleo. En ambos casos, como proliferará el pluriempleo y la multiplicidad de empleadores, cada ingreso que reciba el nuevo teletrabajador deberá estar acompañado bajo pena de nulidad del pago de los aportes y contribuciones al sistema.

En síntesis, no existen dudas de que para estar a la altura de los extraordinarios cambios que estamos experimentando y los que se avecinan, habrá que tener la mente abierta para crear los mecanismos que permitan el crecimiento, el desarrollo y el amparo del trabajo, como pilar fundamental de lo que nos depara el futuro.

