
macroeconomía del desarrollo

Normas laborales y mercados de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad

Adrián Goldin

División de Desarrollo Económico

Santiago de Chile, diciembre de 2008



Este documento fue preparado por Adrián Goldin, Consultor, de la División de Desarrollo Económico, de la CEPAL, en el marco de las actividades del proyecto CEPAL/Dinamarca: "Labour Markets, Workers' Protection and Lifelong Learning of the Labour Force in a Global Economy: Latin America and Caribbean Experiences and Perspectives" (BDE/07/001)

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN versión impresa 1680-8843

ISSN versión electrónica 1680-8851

ISBN: 978-92-1-323258-3

LC/L.2985-P

N° de venta: S.08.II.G.91

Copyright © Naciones Unidas, diciembre de 2008. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
I. Introducción	7
II. Normas laborales y mercado de trabajo: seguridad y flexibilidad	9
1. La complejidad de las normas laborales: sus tres dimensiones	9
2. La revisión de las normas laborales y los mercados de trabajo	11
3. Flexiguridad y la experiencia danesa, ¿un modelo de referencia?	14
4. Evolución reciente de la situación ocupacional en Argentina	16
III. Las relaciones individuales de trabajo	21
1. Flexibilidad externa; contratación laboral, despido y “outsourcing”	21
2. Sobre los mecanismos de flexibilidad interna	37
IV. Sobre las relaciones colectivas de trabajo	47
1. Los sindicatos	47
2. La negociación colectiva	50
3. El diálogo social	58
4. El conflicto	60
V. Brecha entre las normas y su real grado de aplicación	65
1. Introducción.....	65
2. El contexto institucional, regional y culturas	65
3. El desempleo como factor de ineffectividad del ordenamiento	67
4. El trabajo no registrado.....	68

5. La inspección del trabajo	72
6. La justicia del trabajo.....	75
VI. A modo de conclusión.....	79
Bibliografía	81
Serie macroeconomía del desarrollo: números publicados	83
Índice de cuadros	
CUADRO 1 MERCADO DE TRABAJO – EPH	17
CUADRO 2 EVOLUCION DE LOS OCUPADOS SEGUN CATEGORIA OCUPACIONAL.....	19
CUADRO 3 INDICADORES DE MOVILIDAD LABORALES DE LOS OCUPADOS ASALARIADOS REGISTRADOS POR EMPRESAS PRIVADAS	31
CUADRO 4 REGULACION DE LA ORGANIZACION DEL TRABAJO A TRAVES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA	39
CUADRO 5 REGULACION DE LA JORNADA LABORAL A TRAVES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.....	43
CUADRO 6 SINDICATOS CON PERSONERIA GREMIAL Y SIMPLE INSCRIPCION	49
CUADRO 7 APORTES CONVENCIONALES OBLIGATORIOS ESTABLECIDOS EN LA NEGOCIACION COLECTIVA.....	52
CUADRO 8 INDICADORES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA	53
CUADRO 9 CANTIDAD DE EXPEDIENTES INGRESADOS POR RECLAMOS.....	76
Índice de gráficos	
GRAFICO 1 TASA DE DESEMPLEO CON Y SIN BENEFICIARIOS DEL PJJHD TOTAL DE AGLOMERADOS RELEVADOS.....	18
GRAFICO 2 CRECIMIENTO DEL EMPLEO CON O SIN BENEFICIARIOS DE PLANES DE EMPLEO	18
GRAFICO 3 VARIACIÓN INTERANUAL DE LOS ASALARIADOS REGISTRADOS Y NO REGISTRADOS	19
GRAFICO 4 COMPOSICION DE LAS ALTAS DEL AÑO 2006 SEGUN TIPO DE CONTRATO.....	20
GRAFICO 5 INDICES DE SALARIO REAL	20
GRAFICO 6 CANTIDAD DE ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS HOMOLOGADOS ANUALMENTE 1991-2007.....	54
GRAFICO 7 NEGOCIACION COLECTIVA 2002-2006 SEGUN TIPO DE NEGOCIACION	55
GRAFICO 8 EVOLUCION DEL SALARIO DE CONVENIO Y DEL SALARIO DECLARADO. PERIODO 2001-2008	57
GRAFICO 9 CONFLICTOS LABORALES SEGÚN AMBITO PÚBLICO Y PRIVADO (2006-2007)..	62
GRAFICO 10 INTERVENCION SINDICAL EN CONFLICTOS SEGUN TIPO DE ORGANIZACION	62
GRAFICO 11 CONFLICTIVIDAD LABORAL SEGUN AMBITO DE DESARROLLO	63
GRAFICO 12 DISTRIBUCION TERRITORIAL DE LA CONFLICTIVIDAD LABORAL.....	63
GRAFICO 13 CONFLICTIVIDAD LABORAL SEGUN CAUSAS PRESENTES EN EL RECLAMO ...	64
GRÁFICO 14 EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES 2006-2007.....	64
GRAFICO 15 EVOLUCION TRABAJADORES REGISTRADOS Y NO REGISTRADOS, 2003-2007 .	70
GRAFICO 16 EVOLUCION DE LA TASA DE EMPLEO NO REGISTRADO.....	71
GRAFICO 17 TOTAL DE EXPEDIENTES RESUELTOS DE 1997 AL 2001	76
GRAFICO 18 EXPEDIENTES JUZGADOS NACIONALES EL TRABAJO RECIBIDOS ENTRE 1980-2006	77
GRAFICO 19 JUZGADOS NACIONALES DEL TRABAJO. COMPARACION DE DURACION 1980-2006.....	77
GRAFICO 20 JUZGADOS NACIONALES DEL TRABAJO. CAUSAS EN TRAMITES 1980-2006	78
GRAFICO 21 JUZGADOS NACIONALES DE TRABAJO. COMPARACION EN TRAMITE- EJECUCION 1980-2006.....	78

Resumen

Con el objeto de contribuir a la reflexión emprendida acerca de la pertinencia en América Latina y el Caribe del modelo danés de la “flexiguridad”, en este caso desde la perspectiva de la experiencia argentina, se considera en primer lugar la compleja relación entre las instituciones laborales, sus procesos de revisión y el funcionamiento de los mercados de trabajo.

A continuación, se examinan críticamente esas instituciones desde la lógica del *standard* de la “flexibilidad”, en sus vertientes externa e interna. En relación con la primera de esas vertientes, se contemplan los instrumentos normativos de la contratación laboral, el despido y las restantes formas de extinción de los contratos de trabajo, la descentralización productiva; el outsourcing y otras formas de tercerización, y los de la así llamada “deslaboralización”, entendida como el tratamiento legal de vínculos de trabajo dependiente como si no lo fueran. Seguidamente, se abordan los mecanismos mediante los que se manifiestan las estrategias de flexibilidad interna y, en particular, las categorías profesionales, la polivalencia y la movilidad funcional, el régimen legal de los salarios, la jornada de trabajo y los acuerdos novatorios del contrato individual. El documento aborda también el espacio de las relaciones colectivas de trabajo en razón de que una de sus funciones principales es la de operar como una instancia de producción de normas, prácticas y conductas; en ese cometido, se examinan en especial, los sindicatos y su régimen organizativo, la negociación colectiva, el diálogo social y el conflicto laboral.

Finalmente, se considera la brecha entre las instituciones laborales y su real grado de aplicación, los factores que la determinan y los modos de tratamiento de los problemas de ineffectividad de las normas.

I. Introducción

El proyecto al que se adscribe este documento toma como referencia institucional el modelo danés designado como de flexiguridad, y propone interrogarse acerca de su relevancia para la introducción de reformas institucionales en América Latina y el Caribe.

Para considerar la cuestión desde la perspectiva de Argentina, he de dedicar este primer documento a un examen de las normas laborales y de las restantes instituciones que junto con aquellas configuran el sistema de protección de los trabajadores dependientes en sus puestos de trabajo, dejando el tratamiento de los instrumentos de la seguridad social y de las políticas activas de mercado de trabajo (incluso de las que se refieren a la formación) así como las conclusiones de síntesis que procurarán ensamblar estas y aquellas dimensiones, a una segunda publicación (Goldin, 2009).

De ese modo, se dedica la próxima sección (II) a una reflexión acerca de las normas laborales, su revisión, su compleja relación con el funcionamiento de los mercados de trabajo y a la consideración de la experiencia danesa como modelo de referencia.

En la sección siguiente (III) se aborda el marco normativo de las relaciones individuales de trabajo que, para facilitar su referencia al esquema de la flexiguridad, se trata en dos diversos apartados dedicados sucesivamente a los instrumentos de la flexibilidad externa (A) y a los mecanismos propios de la flexibilidad interna (B). Entre los primeros, los de la contratación temporal, el despido, las diversas formas de tercerización y la denominada “deslaborización”; entre los restantes, los de la polivalencia y la movilidad funcional, la variabilidad de los salarios y las formas de modulación de la jornada

de trabajo. La sección IV, a su vez, se ocupa de las relaciones colectivas de trabajo; en especial, de los sindicatos (A), de la negociación colectiva (B), del diálogo social (C) y del conflicto (D).

Tras esa presentación de normas e instituciones, la que sigue (V) procura revisar su grado de efectividad, los factores contextuales que lo determinan, las formas que asume y, finalmente, los órganos a los que compete garantizar su aplicación efectiva. El documento concluye con una brevísima reflexión acerca de eventuales emprendimientos reformistas por venir (VI); conclusiones prospectivas de mayor detalle se incluirán en el segundo documento anunciado líneas arriba, en el que será posible articular la dimensión institucional contemplada en esta primera publicación con las que ofrecen los instrumentos de la seguridad social y los de las políticas de mercado de trabajo.

II. Normas laborales y mercado de trabajo: seguridad y flexibilidad

1. La complejidad de las normas laborales: sus tres dimensiones

La experiencia comparada, las expresiones más consistentes de la teoría y la propia evidencia empírica dejan hoy poco espacio para sostener que el funcionamiento de los mercados de trabajos internos y externos sea indiferente al modo en que se forman y sancionan las normas laborales, a las características de su diseño, a la extensión de sus contenidos. A partir de esa casi perogrullesca comprobación, hay que admitir también que es mucho menos obvia (y, desde luego, menos pacífica) la determinación de la incidencia de las diversas opciones normativas, los efectos inmediatos y secundarios de cada una de ellas, las consecuencias que, cualitativa y cuantitativamente, pueden esas normas proyectar sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo en el contexto de cada concreto ordenamiento jurídico. Dicho en menos palabras, esa relación entre las normas laborales y el modo en que funcionan los mercados de trabajo – se ha dicho hace ya bastante – no es, en todo caso, automática ni sencilla (de Neubourg, 1991).

Asumiendo el riesgo de incurrir en una simplificación excesiva (en este caso parece inevitable), podría decirse que los modos en que se perciben las normas laborales desde la ciencia económica convergen, a salvo relevantes matices intermedios, en dos matrices paradigmáticas de obvia y respectiva pertenencia. Desde una primera perspectiva, los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto

más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis. En ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

Desde otra perspectiva, las normas laborales, junto a su específico cometido protectorio, suplen otras funciones relevantes en el sistema productivo (superación de métodos productivos tayloristas, compromiso y motivación de los trabajadores y habilitación de formas de gestión participativa y cooperativa, aliento de la inversión en formación, aumento del nivel de calificaciones y mejora del capital humano, elevación de los criterios de calidad, estímulo a la diversificación productiva y a la incorporación de nuevas tecnologías y modernización consecuente, etc).

Como queda dicho y fluye de su misma enunciación, ambas perspectivas traducen modos de contemplar las normas y otras regulaciones laborales desde la ciencia económica y, en su caso, desde la de las relaciones laborales. Otra es, por cierto, la orientación prevalentemente social que inspira al Derecho del Trabajo como rama jurídica especial y autónoma, así como la de ciertas expresiones del pensamiento económico-social que sin embargo, hay que decirlo, encuentran en la segunda de aquellas perspectivas los argumentos económicos de convalidación de la viabilidad de sus "standards" de protección laboral.

La perceptible (y previsible) circunstancia de que quienes participan de cada una de esas orientaciones del pensamiento económico vuelcan sus énfasis sobre aquellos efectos de las normas laborales que constituyen la natural derivación de sus respectivas concepciones, tiende a ocultar la compleja significación práctica de esas regulaciones, así como el carácter también complejo del modo en que ellas actúan sobre los mercados de trabajo.

Habría, en efecto, que decir que al mismo tiempo que en determinadas condiciones las normas laborales y los costos que de ellas derivan pueden interferir reacciones de los mercados tendientes a ajustarse en precios o en cantidades o en ambos, de otro lado la inadecuación, insuficiencia o ausencia de determinados "standards" normativos pueden degradar el funcionamiento de los mismos mercados o, en su caso, de los procesos de producción, en tanto aquellas carencias desalienten la introducción de mejoras y diversificación de las calificaciones, relaciones laborales cooperativas, atenuación de la conflictividad, incorporación de tecnología y, en consecuencia, ganancias en términos de calidad, productividad y aptitud competitiva; fenómenos estos que, como es obvio, revierten sobre los propios mercados de trabajo en términos de cantidad y calidad del empleo disponible.

Esa compleja textura de las normas laborales sugiere que las decisiones relativas a su instalación, diseño o supresión, deben tener en cuenta sus variadas - a veces hasta contradictorias - implicaciones en términos de su significación económica, de sus proyecciones sobre el mercado de trabajo y el empleo y, en último lugar pero no en el menos importante, de las necesidades de seguridad, protección laboral y de equidad social; estas últimas, obvio parece recordarlo, expresan el finalismo histórico de las normas laborales que de ningún modo ha devenido anacrónico ni trivial.

Se trata, en suma de reconocer lo que podría caracterizarse como la triple dimensión desde la cual considerar las normas laborales, de resultas de la cual cada institución jurídica laboral debe expresar el punto óptimo de equilibrio entre su faceta de protección y seguridad, sus modos diversos - a veces tendencialmente contradictorios - de vincularse con la economía y el sistema productivo, y su incidencia sobre el mercado de trabajo y el empleo¹; baste, en efecto, considerar de a pares las categorías involucradas - eficiencia productiva, protección laboral, empleo - para advertir en cada uno de esos binomios tendencias alternativamente convergentes o antagónicas (v.g., la elevación de los standards de productividad puede en ciertas condiciones derivar en mayor inversión y nuevos puestos de trabajo y en otras, por el contrario, en lisa y llana supresión de parte de los existentes).

¹ Tal la perspectiva que asumí en mi aporte sobre regulaciones laborales y empleo al Libro Blanco del Empleo en la Argentina, elaborado por una comisión independiente presidida por Adolfo Canitrot e integrada por Juan Luis Bour, Alfredo Monza, Rodolfo Díaz y el suscripto (MTySS, Buenos Aires, 1995).

Con el único objeto de ilustrar alguna de las consideraciones precedentes, podría afirmarse que los "standards" normativos de seguridad en el empleo deben ser tan flexibles como para no obstaculizar el ajuste de los planteles a la evolución de los mercados de productos, pero también tan consistentes como para satisfacer las necesidades de seguridad de los trabajadores, sostener su compromiso y motivación, reducir los costos de transacción, estimular la inversión en formación profesional y el desarrollo de los mercados internos y poner límites al desempleo friccional propio de la excesiva rotación de la mano de obra.

Afinando la misma perspectiva, había que agregar que los procesos de modernización productiva requieren cierta seguridad en el empleo que - además de su significado tutelar, de suyo significativo - justifique inversiones y esfuerzos de formación y capacitación, y al mismo tiempo cierta flexibilidad que - además de su aptitud de ajuste - permita reclutar en los mercados externos calificaciones de las que internamente no se dispone.

En ese marco necesariamente tridimensional, el enfoque de la flexiguridad - que da ocasión a este informe - propone algún grado de "desresponsabilización" de ese rol tutelar de las regulaciones laborales - luego, algo más de flexibilidad - buscando compensación y hasta mejor desempeño en términos de seguridad para el trabajador en instituciones externas a la propia relación de trabajo, en particular en aquellas provenientes del orden de la seguridad social y de las políticas de mercado de trabajo. Como se señala hasta el hartazgo en la literatura el diseño de ese alternativo esquema compensatorio no responde a la concepción de que "one size fits all", sino que será aquél que en cada específico contexto nacional pueda ser compatible, entre otros factores, con cada concreto régimen institucional, con su cultura y con sus relaciones de consenso y poder. Dicho de otro modo, cada espacio nacional debe construir su propio esquema de protección, flexibilidad, compensación y seguridad.

2. La revisión de las normas laborales y los mercados de trabajo

Desde esa caracterización compleja de la fenomenología que atienden las normas laborales y de los efectos que de ella se derivan, este documento se enrola en la idea de que el desempeño del mercado de trabajo obedece a un conjunto concurrente de circunstancias de diversa potencialidad causal.

Admitido que fuere en ese marco que las normas del trabajo no son necesariamente el factor de mayor incidencia (mucho menos, el excluyente) de causación de las distorsiones que pueden aquejar a los mercados de trabajo y al empleo, hay que decir (una vez más) que también las normas laborales tienen una incidencia apreciable (de compleja valencia) sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo externos e internos, y que los sistemas de instituciones y regulaciones del trabajo - el argentino, entre ellos - exigen una constante consideración tan profunda como equilibrada. Los cambios constantes y en aceleración creciente que se proyectan sobre los mercados de trabajo - entre ellos, los de la base técnica de los procesos de trabajo, las formas de organizar el trabajo, las de ordenar la producción, la evolución de los mercados de productos, las apetencias y necesidades sociales - requieren una atención correlativamente sostenida sobre las instituciones concebidas en el marco de escenarios inevitablemente móviles.

La tarea no es simple (como no lo es el objeto sobre el que debe materializarse) y rechaza por ello todas las formas de reduccionismo maniqueo, desde las que no advierten otro trayecto a recorrer que el de la desregulación indiscriminada, hasta las que no expresan más que un culto acrítico y hasta fetichista hacia las normas vigentes.

Tras reconocer que las normas laborales son punto de intersección del complejo entramado de fenómenos económicos y sociales que procurara ilustrar en los párrafos anteriores (para el cual, insisto, deben diseñarse equilibrios adecuados), todo emprendimiento reformista debería contemplar además otros aspectos que, a mi juicio, determinarán los niveles de acierto técnico, eficacia económica y legitimación social de los nuevos productos normativos. Son, entre otros, los siguientes:

- a) El tipo de opciones que se activen en el proceso reformista del sistema de regulaciones e instituciones laborales incidirá sobre el modo en que se orienten los movimientos de estructuración social de la población. Habrá que prestar atención no sólo a la cantidad sino también a la calidad del empleo que se propone crear, de modo de evitar la multiplicación y cristalización de nuevas "fallas" de segmentación social entre empleados y desempleados, trabajadores de empleo estable y precarios, trabajadores de sectores con empleo dinámico y trabajadores adscriptos a sectores con desempleo endémico, trabajadores eficientemente formados y trabajadores irrecuperablemente descalificados, trabajadores con salarios suficientes y otros con remuneraciones que no permiten superar índices de pobreza o de indigencia, etc. Implicaría casi una contradicción en los términos, que el rediseño de las regulaciones laborales que parta de la necesidad de fortalecer el funcionamiento y ajuste de los mercados de trabajo, se sustraiga a una responsable reflexión sobre los graves problemas sociales y morales que suscitan las diversas situaciones de marginación social, sobre los riesgos de profundizar las brechas entre sectores sociales impulsados "a dos velocidades", sobre la afectación en esas hipótesis de los niveles de consenso y cohesión política y social de la sociedades nacionales, sobre los efectos inmediatos y secundarios del ajuste de los mercados de trabajo en términos de desempleo abierto, o de ampliación del impacto del subempleo, o de la generalización de niveles salariales insuficientes. Estos interrogantes deben estar presentes en el momento en que se adoptan las decisiones, y merecen encontrar respuestas consistentes. Naturalmente, es legítimo habilitar el interrogante acerca de si el esquema de la flexiguridad reúne aptitudes para afrontar ese complejo desafío.
- b) La flexibilidad normativa no es un concepto absoluto, ni susceptible de "medirse" exclusivamente en términos de su literalidad jurídica. Las normas laborales no tienen un "óptimo abstracto de flexibilidad", ni pueden compararse en puros términos de su contenido prescriptivo, sino en relación concreta a diversos factores del contexto en el que operan (llamaríamos a esto "flexibilidad contextual"). Las mismas normas "son" más flexibles o más rígidas, en primer lugar, según cuáles sean las normas que regulan las otras instituciones laborales en el mismo concreto ordenamiento que esté bajo consideración. Además, según cuál sea la cultura industrial vigente, cuales la tradición sindical y las relaciones de fuerza que suscita, el estilo de sustanciación de las relaciones laborales (básicamente, en términos de cooperación o de conflicto) y de los productos normativos (los convenios colectivos) que ese espacio de autonomía genera, cuáles los criterios empresarios de gestión de los recursos humanos (esquema de comunicaciones, tipo de estructura jerárquica, criterios de integración y sistemas de recompensas, etc), sus propias flexibilidades estratégicas de tecnología y de producto, sus opciones de organización de la producción. Inciden también de modo destacable el grado de cumplimiento efectivo de las normas y la profundidad de las acciones de contralor administrativo (presto especial atención a esta cuestión en ulteriores secciones de este documento), las tasas de conflictividad judicial, el comportamiento de los protagonistas del litigio y de los jueces, los criterios de interpretación de las normas y el sentido en que evolucionan, las relaciones entre las diversas fuentes de producción normativa. Definen igualmente el grado de "flexibilidad contextual" de las normas factores tales como la eficacia del sistema educativo y del aparato institucional de formación profesional (en el empleo y fuera de él), la calidad del medio ambiente laboral, la existencia y calidad de los servicios de salud, el funcionamiento de las instituciones de la seguridad social (nivel y suficiencia de las prestaciones sustitutivas del salario, edad jubilatoria, condiciones para la vuelta a la actividad, etc.) y el contenido y alcances de las políticas sociales. Resulta pues insuficiente (por pecar de una suerte de abstraccionismo literal) toda evaluación o cotejo de normas o sistemas regulatorios que pretenda efectuarse al margen de esa imprescindible consideración contextual².

² Carencia que probablemente sea una de las que explican el carácter divergente y hasta contradictorio y recíprocamente inconsistente entre los diversos índices concebidos para la medición del grado de flexibilidad de las instituciones laborales y de la seguridad social, según lo constataran Meller, Juren y van Beldaren, Michael en "Flexibilidad de los mercados de trabajo: las variables laborales frente al crecimiento económico" en "Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina", Graciela Besasen Coordinadora, UAM - Porrúa, México 2006, páginas 45 y sgtes.

- c) Esa valencia contextual de las regulaciones laborales expresa la intransferible singularidad de cada ordenamiento nacional, y sugiere en consecuencia la necesidad de afirmar el carácter también singular de todo emprendimiento reformista, que debe considerar escrupulosamente las características de partida de la sociedad nacional, sus opciones político-sociales y éticas, sus fenómenos y tendencias estructurales (distinguiéndolas con cuidado de sus situaciones de coyuntura), el funcionamiento global de su economía y su sistema productivo, y demás elementos que definen aquella caracterización contextual. También, por cierto, las experiencias reformistas recientes y la valoración social que ella haya merecido. Esa perspectiva no niega, desde luego, la relevancia orientadora de la experiencia comparada, pero previene contra su valoración acrítica o descontextuada. La evaluación así circunstanciada del modo en que las normas laborales inciden en el funcionamiento del mercado de trabajo exige, además de otras formas institucionales de aproximación a esos fenómenos, la cuantificación objetiva - y homologable con la experiencia internacional - de determinadas variables (en lo que se refiere a la caracterización del ordenamiento nacional en términos de rigidez/flexibilidad, sirvan sólo como ejemplo, y entre muchas otras, rotación en el empleo, permanencia en el puesto específico de trabajo, incentivos, motivaciones o disposición para el cambio de empleo o puesto de trabajo, movilidad geográfica, diferenciales salariales por sectores e intersectoriales y otras "medidas" de flexibilidad salarial, dificultad de cobertura de puestos por escasez de calificaciones, etc). Si ese conocimiento no está disponible, los juicios - propiciatorios o de rechazo - sobre flexibilidad de la oferta y de la demanda, sobre flexibilidad numérica, funcional y externa y, en suma, sobre flexibilidad de los mercados de trabajo externos o internos, son susceptibles de sufrir en exceso la influencia de diversas formas de preconceptualización ideologista. La insuficiencia de esos estudios en la Argentina explica visibles inconsistencias del debate técnico y político, y revela la urgente necesidad de recuperarse desde déficit tan notorio.
- d) La contextura tradicional de las regulaciones laborales en la Argentina expresa un cierto equilibrio entre las demandas sociales de protección y las necesidades económicas de eficiencia productiva adecuado, entre otros factores, al modelo de acumulación y las expectativas sociales prevalecientes hasta comienzos de los años '70. Las profundas transformaciones que se exteriorizan a partir de entonces en los mercados imponen formular un rediseño de las normas laborales capaz de traducir un nuevo equilibrio estructural que tendrá esta vez que dar respuesta a aquellas tres dimensiones de la norma laboral - protección laboral y seguridad, eficacia productiva, empleo - que hoy encuentra en esas regulaciones su punto de intersección. En ese marco, habrá que procurar que los nuevos diseños normativos se correspondan con aquellas imperfecciones de los mercados de trabajo que sean real derivación de las interferencias regulatorias, evitando, como más de una vez se postulara en la literatura, reaccionar en exceso ante los cambios a corto plazo en la competitividad de precios³. Un exceso reformista articulado para dar respuesta inmediata a distorsiones de la coyuntura, desviaría la atención del conjunto de políticas sustantivas en verdad apropiadas para mejorar la capacidad de la economía para generar empleo productivo (incluso de políticas específicas de mercado de trabajo), degradaría esas reformas en perfiles de injustificable inequidad, y despojaría de legitimación social al propio modelo económico en cuyo marco se les instala.
- e) Como se ha señalado desde las mejores expresiones de la doctrina científica, la inadecuación que hoy denota a algunas de las instituciones normativas laborales se expresa en un proceso de "huida del Derecho del Trabajo"⁴ que se materializa en los hechos y que en algunos casos, llega incluso a alentarse desde el propio Estado. Entre sus manifestaciones conspicuas se señalan diversas hipótesis de fraude o evasión como el "trabajo negro", la interposición de personas o la simulación de otras figuras contractuales; más recientemente, se incorporan la generalización de formas de trabajo atípico, la individualización de las relaciones laborales (huida del derecho colectivo), ciertas

³ Los excesos reformistas de los '90 expresaron, entre otros fenómenos, precisamente ése, el de la reacción ante las distorsiones inmediatas del sistema de precios relativos.

⁴ Expresivo modo de caracterizar una cierta conducta ante las instituciones laborales propuesto hace ya muchos años por Rodríguez Piñero, Miguel, en , "La huida del derecho del trabajo" en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 pág. 85

manifestaciones del fenómeno de la descentralización productiva o el recurso al trabajo autónomo o independiente. Entre nosotros, cabe agregar (y sólo a modo de ejemplo) la "desalarización" de diversas prestaciones accesorias, así como el recurso normativo a mecanismos como las becas y pasantías, vales y "canastas" de alimentos⁵, etc., técnicas de "abaratamiento de la laboralidad" a las que nos referiremos en el desarrollo de este estudio. Más allá de la valoración crítica que pueda suscitar cada una de esas concretas alternativas fácticas o normativas, parece necesario prevenir al aparato de protección laboral de contribuir a la formación de un sector superprotegido e hipoproductivo y un nivel hipoprotegido de máxima aptitud productiva, fenómeno cuya disfuncionalidad anticiparía la virtual bancarrota del derecho de protección⁶. Debe pues reflexionarse sobre la necesidad de formular una afinada ordenación de las prioridades y un eficiente reparto y, en su caso, reasignación de los recursos de protección; la omisión de abordar responsablemente desde las políticas públicas la cuestión de la funcionalidad productiva de las normas laborales podría derivar en formas de flexibilidad resueltas unilateralmente desde los propios mercados - inaplicación, informalización, "huida" en suma - menos satisfactorias tanto desde el punto de vista económico, cuanto desde las perspectivas del empleo y la protección laboral.

- f) Conviene reconocer la "multidireccionalidad" de las normas laborales en relación al modo en que inciden sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo internos y externos. Mientras unas normas operan sobre la oferta, otras, según su diseño, estimulan o desalientan la demanda de trabajo. Unas inciden directamente sobre los costos nominales del trabajo, mientras otras se proponen revertir, en términos de ganancias de productividad, sobre los costos por unidad producida (y los efectos sobre el empleo de estas y aquellas no son siempre convergentes). Unas sustentan su funcionalidad para la creación de nuevos puestos de trabajo en su aptitud para acompañar positivamente el crecimiento de la inversión, mientras otras (v.g., limitación de horas extras o reducción de las jornadas máximas) se promueven como instrumentos para el "racionamiento" (o reparto del trabajo disponible, etc. Si esto es así, una reformulación atinada del sistema de regulaciones laborales no puede prescindir de considerar y categorizar esas diversas orientaciones de los mecanismos normativos; el producto final - el marco jurídico renovado - no es sólo, en términos de sus efectos sobre los mercados de trabajo y el empleo, la sumatoria lineal de las nuevas normas, sino el resultado sistémico de la combinación y dosificación de los diversos instrumentos normativos. Un tratamiento desaprensivo de esa diversidad instrumental puede derivar en una neutralización de sus efectos o hasta en una resultante contradictoria con sus propios fines.

3. Flexiguridad y la experiencia danesa, ¿un modelo de referencia?

Como se expresara en la introducción, el proyecto en el que se inserta este documento toma como referencia institucional el modelo danés designado como de flexiguridad, y propone interrogarse acerca de su relevancia para la introducción de reformas institucionales en América Latina y el Caribe. Si se le vincula con el modo de considerar la compleja condición de las instituciones laborales propuesto en las secciones precedentes, el modelo danés podría ser entendido como uno de los trayectos de realización del equilibrio allí descrito, mediante un conjunto sistemático de políticas que de un lado exaltan la flexibilidad del mercado de trabajo, de las formas de organización del trabajo y de las relaciones laborales y, al propio tiempo, la seguridad laboral y social de los trabajadores en el mercado de trabajo y fuera del mismo⁷. Se trataría, en otras palabras, de un modelo que se propone facilitar el ajuste de los mercados de trabajo y al tiempo fortalecer la seguridad del trabajador en la continuidad de sus ingresos y en su inclusión social, mediante el desarrollo de políticas activas de mercado de trabajo, la puesta en práctica de un sistema de "life long learning" (formación "de por vida") compensaciones suficientes en caso de desempleo, servicios adecuados para asegurar compatibilidad entre el trabajo y la vida familiar y un régimen de cobertura de la

⁵ Estos últimos recientemente "resalarizados".

⁶ Conf. Rodríguez Piñero, en op. y loc. cit en nota 4.

⁷ Conf. "Comparing Flexicurity in Denmark and Japan", by Thomas Bredgaard & Flemming Larsen, Centre for Labour Market Research at Aalborg University (CARMA), con citas de Wilthagen et al, en www.jil.go.jp/profile/documents/Denmark_final.pdf

salud que no sufra interrupciones motivadas por variaciones en la situación ocupacional del trabajador. Visto una vez más desde aquella lógica inicial, la menor responsabilidad en clave de seguridad puesta “en cabeza” de normas laborales más flexibles, se traslada a modo de compensación sobre instrumentos de política ajenos a la relación de trabajo en sí, como lo son las políticas de seguridad social y de mercado de trabajo.

Para la reflexión que se propone, habrá que tener en cuenta que en el modelo danés se ha alcanzado un cierto equilibrio que parte de una alta flexibilidad en la contratación y el despido, de la que fungen como contrapartidas un régimen de alta protección social, enérgicas políticas activas de mercado de trabajo, aseguramiento de la continuidad en los ingresos, significativa redistribución intergeneracional, sindicatos fuertes, variados actores empresarios con significativa presencia de las pequeñas y medianas y una práctica de diálogo social consistente y sostenida. En ese marco, la carga tributaria alcanza al 50% del PIB y se verifica el máximo nivel de cobertura y compensación en materia de asistencia social y desempleo de la OECD⁸.

Dinamarca cuenta de ese modo con un mercado de trabajo flexible, con una fuerza de trabajo reeducada y mejorada en sus calificaciones durante la situación de desempleo, y con un régimen de prestaciones por desempleo que presupone la obligación de aceptar las ofertas formativas para asegurar su rápido retorno al empleo. En ese marco, se verifica actualmente un alto nivel de empleo a pesar del alto costo del sistema (los gastos en políticas de bienestar son ciertamente muy significativos), de la importante carga impositiva y de los altos salarios. Hay que decir además, que esa situación del mercado de trabajo no es autosuficiente y que encuentra sustento también en una satisfactorio desempeño de la economía (crecimiento, competitividad estructural, políticas de inversiones y de investigación y desarrollo), en la voluntad compartida de la realización de reformas políticas inclusivas y en la provisión de bienes públicos fundamentales, como el cuidado de niños y mayores, buena educación formal, infraestructura adecuada y funcionamiento satisfactorio de las instituciones públicas⁹.

No conviene ignorar, por fin, que el modelo danés cuenta con un prolongado anclaje histórico, El régimen (tan permisivo) del despido data de fines del siglo XIX, en tanto el beneficio por desempleo reconoce una tradición de casi 100 años. El modelo, que se perfecciona y enriquece en las últimas décadas con la introducción de políticas activas de mercado de trabajo, es mucho más el desarrollo de una tradición histórica que una construcción voluntarista de los últimos tiempos¹⁰. El modelo danés de la flexiguridad conlleva, además, una suerte de contrato no escrito (o compromiso histórico) entre los empleadores, los asalariados y el estado, que “without the approval of all the three parties, flexicurity does not work”¹¹, una de cuyas constataciones de sustento reposa en la idea de que no son las restricciones estrictas en la contratación y el despido, sino las mejores calificaciones y mayor adaptabilidad de cada trabajador, la mejor estrategia para asegurar empleo permanente¹².

¿En qué medida es relevante la experiencia danesa – tan sintéticamente descrita - para su consideración en Argentina? El informe se propone ensayar sobre el final una respuesta, luego de examinar el conjunto de prácticas e instituciones del país que pueden entenderse vinculadas con aquella concepción; baste señalar, por ahora que, como es criterio unánime en la reflexión europea en torno de la idea de la flexiguridad, no hay un modelo único apto para todas las experiencias nacionales, que compete a cada

⁸ Del Danish position paper, presentado en la conferencia sobre “Reconciling labour flexibility with social cohesion”, Strasbourg, noviembre de 2005, en <http://www.bm.dk/sw6490.asp>.

⁹ Del documento citado en nota anterior.

¹⁰ Conf. Madsen, Kongshøj (University of Aalborg), EEO Autumn Review 2006 “Flexicurity” www.eu-employment-observatory.net/resources/reports/Denmark-FlexicurityAR06.pdf.

¹¹ De “Flexicurity-System and the Public Employment Service”, Introductory paper by Mr. Jesper Harvig Pedersen, Director, The National Directorate of Labour, Denmark, documento presentado en “Innovations in Labour Market Policies; Challenges in times of globalization”, Viena, 16 y 17 de Febrero de 2006, ver en <http://www.ambantiago.um.dk/NR/rdonlyres/3397B3A6-354E-448E-9682-358E40FB78F5/0/InnovationsinLabourMarketPolicies.doc>.

¹² De un documento conjunto sobre el concepto de flexiguridad preparado por la Confederación Dinamarquesa de Sindicatos, la Confederación de Empleadores Daneses y el Ministerio Danés de Empleo. <http://www.ambathen.um.dk/da/menu/OmOs/Nyheder/ConferenceMaterial/JointPaperOnTheFlexicurityConceptPreparedByTheDanishConfederationOfTradeUnionsTheConfederationOfDani.htm>

sociedad explorar y establecer cuál es la óptima combinación de los contenidos de flexibilidad y seguridad apropiados para su propia realidad nacional y cuál el trayecto adecuado desde su punto de partida. Entre quienes reconocen la validez de la “movilidad asistida”, de las políticas activas de mercado, de la presencia militante de la seguridad social y del papel insustituible de los actores y del dialogo social en su concepción y desarrollo, hay extendido consenso en el sentido de que la dosificación de los instrumentos y el equilibrio consiguiente es intransferible producto de cada realidad nacional.

4. Evolución reciente de la situación ocupacional en Argentina¹³

Crecimiento económico y evolución del empleo

A comienzos de 2003, tras la aguda crisis desatada a partir de fines de 2001, la tasa de desempleo alcanzaba al 20,4 %, ¹⁴ si no se computaban como desempleados las personas incluidas en el Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados (PJJHD) (computándoles como desempleados, llegaba al 24,3 % o al 26,6%, según cual fuera la metodología empleada para practicar ese cómputo). Cuatro años después (al primer trimestre de 2007), esa tasa se había reducido 11 puntos porcentuales, implicando de ese modo la reducción a la mitad del número desocupados; para entonces, la tasa de desempleo era del 9,8%, que se incrementaba al 10,5 % o al 11,1 % ¹⁵. Esa caída del desempleo se prolonga en los trimestre ulteriores: según la Encuesta Permanente de Hogares, en el trimestre II-07 el desempleo se reduce al 9,8%, y al cabo del año 2007 llega al 7,5 % (8,1 %, si se computan como desempleados las personas incluidas en el PJJHD). Esa evolución favorable de la situación de empleo se corresponde con un sostenido proceso de crecimiento del PIB, a tasas superiores al 8 % anual a partir del año 2003

La elasticidad producto-empleo, que sin considerar los planes sociales (fundamentalmente, el Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados) era en la década de los '90 de 0.35, ascendía a fines del 2007 a 0,57.

También la productividad del trabajo en la Economía evoluciona favorablemente a partir del segundo trimestre de 2003 – llevaba al cabo del segundo trimestre de 2007 16 trimestres seguidos de crecimiento en tanto la productividad por hora en la industria acumulaba también por entonces 10 subas trimestrales consecutivas y se encontraba un 28,3 % por encima de los valores de 1998

El cuadro y gráfico que siguen ilustran esa tan notable evolución del empleo y desempleo anunciada al comienzo de esta sección; en el primero de ellos se muestran también las tasas de actividad y subocupación. Esta última, que refiere la incidencia de los ocupados que trabajan jornadas inferiores a 35 horas, también experimenta una significativa evolución a la baja se redujo 8,4 puntos porcentuales; en I-03 era del 17,7%, y en III-07 había llegado al 9,3 %.

¹³ Seguimos en lo fundamental el informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad, relativo a la Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) elaborado al II trimestre de 2007, pues nos permite una aproximación muy sintética.

¹⁴ Y que a su vez prolonga las elevadas tasas de desempleo que se fueran instalando en el mercado de trabajo argentino a lo largo de la década de los '90, desde el 8,6 % con el que concluyera la década previa, pasando por el 18,4 % que registra la medición de mayo de 1995, su ulterior reducción al 13,8 % (última medición de los 90), y el subsiguiente trayecto incremental hasta los valores que como se señala en el texto, asumiera a comienzos de 2002.

¹⁵ Como se advierte, la incidencia del cómputo de los incluidos en el PJJHD se redujo sensiblemente, como consecuencia de la significativa baja del número de quienes eran aún beneficiarios de ese plan.

CUADRO 1
MERCADO DE TRABAJO – EPH. EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN OCUPACIONAL

Tasas (total de aglomerados relevados)

	Actividad	Empleo	Desocupación	Subocupación
I Trim 03	45.6	36.3	20.4	17.7
II Trim 03	45.6	37.4	17.8	17.8
III Trim 03	45.7	38.2	16.3	16.6
IV Trim 03	45.7	39.1	14.5	16.3
I Trim 04	45.4	38.9	14.4	15.7
II Trim 04	46.2	39.4	14.8	15.2
III Trim 04	46.2	40.1	13.2	15.2
IV Trim 04	45.9	40.4	12.1	14.3
I Trim 05	45.2	39.4	13.0	12.7
II Trim 05	45.6	40.1	12.1	12.8
III Trim 05	46.2	41.1	11.1	13.0
IV Trim 05	45.9	41.3	10.1	11.9
I Trim 06	46.0	40.7	11.4	11.0
II Trim 06	46.7	41.8	10.4	12.0
III Trim 06	46.3	41.6	10.2	11.1
IV Trim 06	46.1	42.1	8.7	10.8
I Trim 07	46.3	41.7	9.8	9.3
II Trim 07	46.3	42.4	8.5	10.0
III Trim 07	46.2	42.4	8.1	9.3
Var. III Trim.07 / III Trim.06				
Absoluta	-0.1	0.8	-2.1	-1.8
Relativa	-0.2%	1.9%	-20.6%	-16.2%

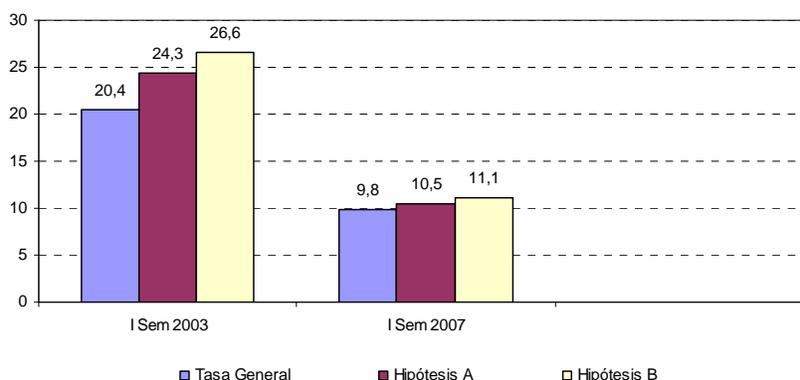
Población (total urbano - en miles de personas)

	Población total	PEA	Ocupados	Desocupados
I Trim 03	33,649	15,081	12,073	3,008
II Trim 03	33,745	15,065	12,439	2,627
III Trim 03	33,845	15,139	12,753	2,387
IV Trim 03	33,945	15,292	13,139	2,153
I Trim 04	34,045	15,261	13,076	2,185
II Trim 04	34,141	15,477	13,261	2,216
III Trim 04	34,242	15,494	13,506	1,988
IV Trim 04	34,343	15,456	13,650	1,806
I Trim 05	34,445	15,297	13,398	1,899
II Trim 05	34,544	15,457	13,678	1,780
III Trim 05	34,647	15,659	13,988	1,672
IV Trim 05	34,751	15,648	14,125	1,522
I Trim 06	34,855	15,650	13,930	1,720
II Trim 06	34,956	15,980	14,374	1,607
III Trim 06	35,061	15,955	14,384	1,571
IV Trim 06	35,166	15,921	14,606	1,315
I Trim 07 *	35,272	15,998	14,501	1,497
II Trim 07*	35,367	16,072	14,720	1,332
Var. II Trim.07 / II Trim.06				
Absoluta	411	92	346	-275
Relativa	1.2%	0.6%	2.4%	-17.1%

Fuente: MTEySS-Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales-Dirección General de Estadísticas y Estudios Laborales, en base a EPH (INDEC)

Nota: 1/ Recálculo para los 31 aglomerados relevados realizado por el INDEC. 2/ Datos provisorios.

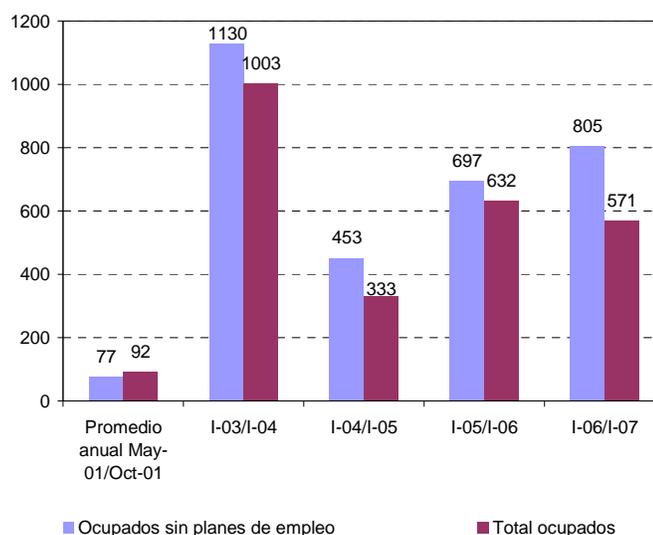
GRÁFICO 1
TASA DE DESEMPLEO CON Y SIN BENEFICIARIOS DEL PJJHD
(Total de aglomerados relevados)



Fuente: SSPTyEL, en base a EPH (INDEC)

En ese período se habían creado alrededor de 3,1 millones de puestos de trabajo, volumen que no solo permitió reducir la desocupación, sino también absorber a los trabajadores que se incorporaron al mercado de trabajo, expresando el aumento de la tasa de participación, de aproximadamente 0,7 puntos que se puede advertir en el cuadro precedente. El gráfico siguiente muestra el crecimiento del empleo en número de ocupados, según se consideren o no los beneficiarios del PJJHD.

GRÁFICO 2
CRECIMIENTO DEL EMPLEO CON O SIN BENEFICIARIOS DE PLANES DE EMPLEO
(En miles de personas. total urbano)



Fuente: DGEyEL, SPTyEL, en base a EPH (INDEC).

Tan notable incremento del empleo (y consiguiente caída del desempleo) se explica básicamente por la dinámica de creación de puestos de trabajo registrados y la irrupción de nuevos empleadores.¹⁶ La

¹⁶ Según información elaborada por el Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial, entre los años 2003 y 2006 se habrían creado unas 90000 empresas formales, de las cuales un 6% de grandes y medianas, un 31% de pequeñas y un 63% de microempresas ("Dinámica del empleo y rotación de empresas", informe del 4to trim de 2006).

cantidad de estos últimos creció en el período un 51,6 %, lo que significó unos 223.000 nuevos ocupados. El cuadro siguiente ilustra la evolución del número de trabajadores ocupados, según categoría ocupacional.

CUADRO 2
EVOLUCIÓN DE LOS OCUPADOS SEGÚN CATEGORÍA OCUPACIONAL
(Total urbano en miles de personas)

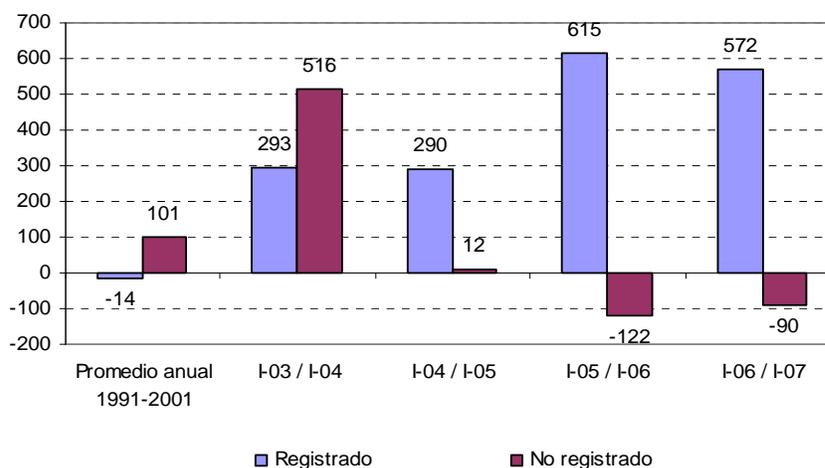
	I trim 2003	I trim 2007	Variación	
			Abosoluta	Relativa
Total Ocupados	12.073	14.501	2.428	20.1%
Categoría ocupacional				
Empleadores	431	654	223	51.6%
Cuenta propia	2.539	2.694	155	6.1%
Obrero o empleado	8.892	10.979	2.087	23.5%
Registrado	4.649	6.419	1.770	38.1%
No registrado	4.243	4.560	316	7.5%
Trabajador familiar	211	174	-37	-17.4%

Fuente: DGEyEL, SPTyEL, en base a EPH (INDEC).

Como se advierte en el cuadro precedente, el empleo asalariado registrado es la categoría ocupacional que más influye en el crecimiento de los ocupados durante el período bajo consideración (casi 1,8 millones de puestos de trabajo, lo que representa un incremento porcentual del 38,1 %). Durante la vigencia del régimen de la convertibilidad, en cambio, se creaban unos 101 mil empleos no registrados por años, en tanto se destruían unos 16000 empleos registrados por año, dinámica que daría lugar a la crítica situación del mercado de trabajo – la altísima incidencia del trabajo no registrado o en negro presente a comienzos de 2003.

En el gráfico que sigue podrá advertirse de qué modo evoluciona la relación entre la creación de puestos de trabajo registrados y no registrados; entre el trimestre I-03 y el I-04 se advierte que se empieza a crear empleo registrado, aunque aún prevalece en términos relativos el empleo no registrado. En los períodos siguientes, se acelera la creación de puestos de trabajo registrado, en tanto la creación de empleo no registrado se reduce, y a partir de I-05 comienza a arrojar saldo negativo.

GRÁFICO 3
VARIACIÓN INTERANUAL DE LOS ASALARIADOS REGISTRADOS Y NO REGISTRADOS.
(Miles de personas, total urbano)



Fuente: DGEyEL, SPTyEL, en base a EPH (INDEC).

Para ilustrar la tipología de contratos prevalecientes en ese proceso de crecimiento del empleo registrado, consignamos a continuación la información provista por la Encuesta de Indicadores Laborales anualizada para 2006, que da cuenta de que el 79,7 % de las incorporaciones de ese año se realizaron bajo la modalidad de contratación a tiempo indeterminado, el 14,5 % a tiempo determinado y el 5,8 bajo otras modalidades de contratación¹⁷. Desde el punto de vista de la calificación de la tarea, el 55% de las altas de 2006 fueron de empleados y operarios con calificación operativa, el 30% sin calificación y el 15% restante corresponde a profesionales y técnicos.

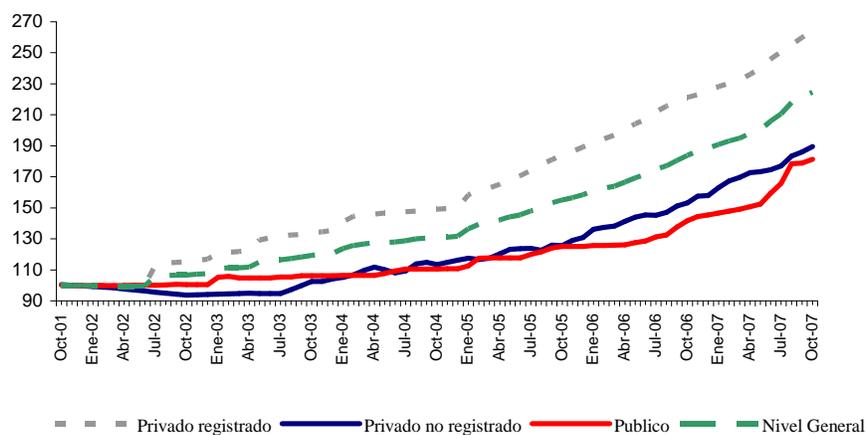
GRÁFICO 4
COMPOSICIÓN DE LAS ALTAS DEL AÑO 2006 SEGÚN TIPO DE CONTRATO
(Total de aglomerados)



Fuente: Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) MTEySS

También el salario real evoluciona positivamente desde comienzos de 2003, conforme da cuenta en base al siguiente cuadro, elaborado en base a información proporcionada por el INDEC.

GRÁFICO 5
ÍNDICES DE SALARIO REAL
(Deflectado por IPC)



Fuente: Elaboración propia en base a INDEC.

¹⁷ La Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) elaborada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es mensual y permanente, y se realiza a empresas privadas formales de más de 10 trabajadores. Tiene por objetivos conocer la evolución del empleo y su estructura, aportar información sobre necesidades de capacitación y sobre las normas que regulan el mercado de trabajo. En el informe anualizado de la Encuesta 2004/2005 no se registra información sobre la tipología contractual; tampoco en el informe anualizado de 2007. Por esa razón, ilustramos el tema con la información contenida en la EIL del 2006, aunque agregamos que en el 2do trimestre de 2006, los de tiempo indeterminado para los varones alcanzan el 84,3%, mientras que esa proporción baja al 78% en el caso de las mujeres.

III. Las relaciones individuales de trabajo

1. Flexibilidad externa; contratación laboral, despido y “outsourcing”

La contratación laboral y el despido

Una breve relación de la historia reciente

La captación del grado de flexibilidad externa de las instituciones laborales requiere la conjunta evaluación de las normas vinculadas con las modalidades de contratación, duración del contrato y el régimen de estabilidad en el empleo en vigencia. Es que si es cierto que las modalidades de contratación laboral por tiempo determinado tienen por objeto neutralizar resistencias a la contratación de personal derivadas de las incertidumbres vinculadas a la continuidad de la demanda de bienes en los mercados de productos y al desconocimiento de las aptitudes y calificaciones de los nuevos trabajadores, su utilidad será directamente proporcional a la intensidad de las restricciones a los despidos previstas para la variante contractual típica (la de tiempo indeterminado). En otras palabras; cuanto menos limitativas o menos onerosas sean las restricciones que el régimen de despidos opone a la capacidad del empleador de reaccionar frente a los indicados factores de incertidumbre, menos necesarias resultan las alternativas de contratación por tiempo determinado para estimular decisiones de contratación laboral.¹⁸

¹⁸ Conf. MARSHALL, Adriana, "Consecuencias Económicas de los regímenes de protección de los trabajadores en América Latina", en Revista Internacional del Trabajo (OIT) CXIII 1 pág. 59.

Desde esa lógica, las normas sobre seguridad en el empleo que no extremen (por excesivas) la incitación a sustraerse a sus prescripciones, no sólo contribuyen a evitar la exacerbada rotatividad de los planteles que alimentan las modalidades contractuales temporales - tan negativas desde las expectativas sociales como desde las necesidades de motivación laboral y de adquisición y aprovechamiento de calificaciones - sino que previenen también la degradación del funcionamiento de los mercados internos en los que la temporalidad de los contratos parece tendencialmente proclive a sustituir los mecanismos institucionales de flexibilidad funcional (se reemplazan trabajadores por tiempo determinado, en lugar de reasignarles tareas, proveerles formación o rediseñar sus jornadas)

Hay que decir, pues, que el modo en que se regulen las modalidades contractuales temporales y el régimen típico de duración indeterminada (y extinción) del contrato de trabajo se determinan recíprocamente y, a su vez - pero de esto nos ocuparemos luego - que la configuración consecuente del esquema de rigidez/flexibilidad externa debe establecer un equilibrio adecuado con los mecanismos de movilidad o flexibilidad funcional. La construcción de este sistema no podrá, de todos modos, sustraerse a determinados parámetros de partida: el grado mínimo de seguridad en el empleo y en la estabilidad de las condiciones contractuales que se consideren impostergables en los términos de las normas constitucionales (art. 14 bis C.N.) y de los valores.

Desde esa perspectiva, la reconocida flexibilidad del régimen argentino del despido¹⁹ (sin exigencias causales, ni instancias administrativas ni judiciales previas²⁰, ni condicionamiento a pagos previos, ni formas sacramentales, ni otra condición que la simple expresión de la voluntad extintiva) encontraba, a mi modo de ver, un factor distorsivo en el tope indemnizatorio mínimo (dos meses de remuneración) al que se accedía en caso de despido tras tres meses de antigüedad en el empleo. Este mínimo, sumado a la indemnización sustitutiva del preaviso y, en su caso, a la integración del mes del despido, podía constituir un resarcimiento (y un costo) excesivo para un vínculo que hubiera de extinguirse pocos meses después de su formalización, lo cual no haría sino exacerbar la incidencia de los factores de incertidumbre que operan al tiempo de la contratación²¹.

Vigente ese tratamiento normativo del contrato por tiempo indeterminado y en ejercicio de las políticas de flexibilidad laboral que signaran el mandato del presidente Menem, durante los '90 se introdujeron en el régimen legal argentino una serie de modalidades contractuales temporales que, a diferencia de las actualmente vigentes, no requerían la acreditación de causas justificatorias objetivas; de ese modo, esas modalidades contractuales pretendían facilitar la *elusión legítima* del contrato por tiempo indeterminado, poniendo a disposición del empleador alternativas contractuales más flexibles y menos costosas²².

¹⁹ Que fuera tempranamente destacada por Caro Figueroa en Caro Figueroa, J.A. "Contratación Laboral y despido", en LT, XXXIV A 321, 1986. mucho antes del comienzo del proceso reformista que tuvo lugar en la Argentina durante los '90.

²⁰ Con la excepción de los despidos colectivos sujetos al régimen del Procedimiento de Crisis regulado en los artículos 98 y sgtes de la Ley Nacional de Empleo 24013, al que haré referencia en las próximas líneas.

²¹ Esa fue la posición que sostuve en mi ya citada contribución al Libro Blanco del Empleo en la Argentina (MTySS, 1995).

²² En el marco de un ordenamiento que aún por entonces señalaba - cuanto menos teóricamente - su preferencia por el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, uno de los campos en los que el proceso reformista alcanzó mayor intensidad fue el de la introducción de modalidades contractuales por tiempo determinado. Hacia fines de 1991, la Ley Nacional de Empleo incorporó cuatro de esas modalidades. Dos de ellas eran sólo para jóvenes menores de 24 años en busca de su primer empleo y alegan una finalidad formativa: contrato de trabajo "en prácticas", para jóvenes con título profesional y contrato de "trabajo-formación", para jóvenes sin formación previa alguna; las dos restantes son las del contrato de "fomento del empleo" (destinado a trabajadores desempleados) y del contrato para el "lanzamiento de nueva actividad". Esas cuatro modalidades de contratación por tiempo determinado, que la Ley Nacional de Empleo llamaba "modalidades promovidas" y para las que fijaba plazos diversos, no generaban derechos indemnizatorios al tiempo de su extinción (o daban, en algún caso, derecho a indemnizaciones menores), acordaban al empleador que las utilizara exenciones (totales o parciales, según los casos) sobre las contribuciones a su cargo con destino a los sistemas de la seguridad social, y presentaban ciertas restricciones reglamentarias para su utilización. Por otra parte, su utilización no habría de ser posible en aquellas actividades, sectores o empresas en que no fuera habilitada por medio de la negociación colectiva aplicable en esos ámbitos. La utilización de esas modalidades contractuales fue muy reducida, tal vez, se adujo, debido al exceso de restricciones reglamentarias. Por esa razón, en marzo de 1995 las leyes 24.465 y 24.467 operarían una nueva "vuelta de tuerca" en el proceso de generalización de los contratos temporales: en la primera de ellas se introdujo una nueva modalidad ("especial de fomento del empleo"), que facilitaba la contratación de mujeres, discapacitados, trabajadores mayores de 40 años y ex-combatientes de Malvinas, también favorecida por exenciones contributivas y con escasos requisitos reglamentarios; en la segunda, se suprimieron para las pequeñas empresas (las que emplean menos de 40 trabajadores y no superan un cierto tope de facturación anual) buena parte de los requisitos que la Ley Nacional de Empleo fijaba para sus modalidades

Aquella valoración relativa al costo excesivo del despido en instancias tempranas de la vida del contrato de trabajo²³, pareció inspirar la ley 25013 de Octubre de 1998), que suprimió ese tope indemnizatorio y lo sustituyó por una lógica de estricta proporcionalidad entre indemnización y tiempo de servicio. La indemnización para vínculos de corta duración se redujo así de modo abismal; Vg., un despido de un trabajador de 4 meses de antigüedad no habría en lo sucesivo de costar ya el equivalente a dos meses de sueldo (tal la indemnización mínima vigente hasta entonces) sino sólo a las 4/12 partes de un mes de sueldo, esto es, a apenas 10 días. Simultáneamente, la evocada ley 25013 suprimió todas las modalidades contractuales temporales recordadas en nota 22, que habían sido concebidas como instrumento de flexibilidad, subsistiendo a partir de entonces sólo las que, aún hoy vigentes, responden a necesidades causales objetivas de la empresa.

Sobrevino después la monumental crisis desencadenada a fines de 2001, en cuyo contexto se sancionó la ley “de emergencia” 25561 que, que tuvo por objetivo limitar el por entonces incontenible crecimiento del desempleo desalentando los despidos, para lo cual estableció la duplicación de la indemnización por despido. Una posterior modificación, introducida por la ley 25972 hacia fines de 2004, estableció que esa duplicación habría de suprimirse cuando el índice de desempleo quedara por debajo del 10 % (ese índice, que había llegado a superar el 20 % al tiempo de la sanción de la ley 25561, se había reducido ya al 12, 1 % cuando se sancionara la posterior ley 25792). Esa condición – desempleo por debajo del 10 % - se verificó al cabo del segundo trimestre del 2007, período para el cual el índice de desempleo fue estimado en el 8,5 %, por lo que aquel incremento indemnizatorio fue finalmente suprimido mediante decreto 1224 del 10 de Septiembre de 2007. Por consiguiente, a partir de ese día, se entendió superada la emergencia en materia de empleo y la indemnización por despido injustificado recuperó su monto histórico equivalente a un mes de salarios por cada año de antigüedad en el empleo

En tanto del modo indicado evolucionaba hasta su agotamiento aquél régimen de duplicación indemnizatoria motivado en la emergencia económica y social en curso, el régimen indemnizatorio ordinario había sido objeto de una nueva reforma tras el advenimiento del Presidente Kirchner. Durante los primeros tiempos de su mandato se sancionó la ley 25877, por medio de la cual se suprimió el criterio de estricta proporcionalidad consagrado por la evocada ley 25013, y se reinstaló el criterio del tope indemnizatorio mínimo, aunque reducido a la mitad del que había sido otrora: la indemnización mínima por despido no sería ya en lo sucesivo equivalente a dos meses de la mejor remuneración normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año de la relación laboral, sino sólo a un mes. Las modalidades temporales “flexibilitatis causa” no fueron repuestas.

Tal la historia reciente del régimen argentino de la contratación laboral y el despido que derivara en el que se encuentra hoy en vigencia y se describe en las próximas líneas.

Un sistema de estabilidad relativa impropia

El despido arbitrario o carente de causa justificada merece reproche constitucional en Argentina y es por lo tanto ilícito, pero sin embargo válido; ello significa que el empleador puede poner término al contrato de trabajo en cualquier momento, aún sin invocar o acreditar una causa justificada, decisión que, aún ilícita, pone término al contrato y, como consecuencia legal de aquella ilicitud, obliga a aquél a pagar

promovidas. La ley 24.465 introdujo también el período de prueba en los contratos por tiempo indeterminado – inexistente hasta entonces - así como algunas disposiciones tendientes a alentar la utilización de contratos de trabajo a tiempo parcial.

²³ Cabe recordar que en agosto de 1996, el gobierno había elevado al Parlamento un nuevo proyecto de ley en el que proponía el reemplazo del régimen tradicional del despido (donde el despido sin causa se indemniza con el pago de un mes de sueldo por cada año de antigüedad en el empleo) por otro integrado por las siguientes prestaciones: a) una indemnización única por despido sin justa causa, equivalente a uno o dos sueldos, dependiendo de si la antigüedad del trabajadores es menor o mayor a cinco años; b) una cuenta de capitalización de antigüedad - prestación por cesantía - basada en una contribución a cargo del empleador equivalente al 4 % de los salarios del trabajador, fondos a los que el trabajador habría de acceder al momento de extinguirse el contrato de trabajo. Este régimen, que sólo habría de aplicarse a los trabajadores que ingresaran después de su sanción, implicaba la supresión, para ellos, del seguro por desempleo; se preveía no obstante, que ciertos trabajadores (jefes de hogar con bajas remuneraciones) tendrían derecho a una prestación mínima que si no alcanzara a ser cubierta por su cuenta de capitalización, se completaría con recursos de un "Fondo Solidario" financiado mediante una parte (5 %) de los aportes que los empleadores deben efectuar a dichas cuentas de capitalización individual. El régimen fue objeto de resistencia sindical por limitar el derecho de protección contra el despido arbitrario que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y también por los empresarios, quienes sostenían que el aporte mensual del 4 % del salario era excesivo y declaraban estar dispuestos a aportar hasta un máximo del 2,5 % mensual. El proyecto no prosperó.

una indemnización que, en gruesas líneas, es equivalente a un mes de salario por cada año de antigüedad en el empleo. De tal modo, el régimen laboral argentino adscribe básicamente al sistema de la estabilidad relativa impropia. Sistema tal supone una decidida preferencia del ordenamiento por el contrato de duración indeterminada en cuyo marco el empleador, como queda dicho, conserva la genérica facultad de despedir al trabajador aún sin invocar una justificación para ello (o aún cuando la invoque y no logre acreditarla), previéndose la correlativa obligación cuando así procede – cuando despide sin invocar o acreditar una “justa causa de despido” – de pagar una indemnización por tal causa. En otras palabras, y a diferencia de lo que es propio de los regímenes denominados de “estabilidad absoluta”²⁴, el empleador (también el trabajador, naturalmente) posee durante toda la vida del contrato de trabajo un efectivo poder de disposición sobre el mismo que le permite decidir en cualquier momento su extinción bastando para ello que comunique esa decisión al trabajador; el contrato se extingue de inmediato y nace como consecuencia de ello su correlativa obligación de pagar las indemnizaciones por despido. Salvo situaciones particulares, que veremos luego con más detalle, el trabajador despedido sin causa carece del derecho de reclamar su reinstalación en el empleo y sólo puede, en principio, perseguir el cobro de las indemnizaciones por despido, si las mismas no le son abonadas en tiempo oportuno.

Para las relaciones de empleo público, en cambio, la constitución consagra “la estabilidad del empleado público”, que según la ley se adquiere luego de un período de prueba de doce meses de prestación de servicios, lo que determina la consiguiente invalidez de la cesantía cuando no obedece a una justa causa de naturaleza disciplinaria de las fijadas en la ley, acreditada en un sumario previo que asegure al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa. Se prevé también el supuesto de la adopción de medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones asignadas y consiguiente eliminación de los respectivos cargos, supuestos en que se prevé un procedimiento tendiente a la reubicación del agente y, si ello no fuere posible, la terminación del contrato mediante el pago de una indemnización.

Contratación laboral y despido en el ordenamiento vigente

El contrato por tiempo indeterminado y el despido

Como se deja dicho, en el marco de un régimen de estabilidad relativa impropia como el que se viene de describir del modo más sucinto, el ordenamiento argentino consagra al contrato por tiempo indeterminado como la forma típica, normal preferida y hasta presumida de contratación laboral. En los términos del artículo 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, el contrato de trabajo “se entenderá celebrado por tiempo indeterminado...”, esto es, que las partes que se proponen celebrar un contrato de trabajo deben necesariamente hacerlo por tiempo indeterminado salvo que concurran causas objetivas que justifiquen la celebración de un contrato temporal.

La celebración de un contrato por tiempo indeterminado implica:

- a) Que el mismo perdurará indefinidamente hasta que cualquiera de las partes (o ambas de común acuerdo) decidan ponerle término, con justa causa o sin ella, o que sobrevenga una causal no imputable a ninguna de las partes que provoque su extinción (entre otras, muerte, inhabilitación o incapacidad absoluta del trabajador, muerte del empleador irremplazable, quiebra, falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, fuerza mayor, etc.).
- b) Que en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por su voluntad, y en ausencia de justa causa, el empleador está obligado a pagar las indemnizaciones por despido, condición ésta que perdura hasta que el trabajador se encuentra en condiciones de acceder al beneficio jubilatorio ordinario. Cuando esto último sobreviene, el empleador queda habilitado para disponer la extinción del contrato de trabajo sin obligación indemnizatoria alguna, previo otorgamiento al trabajador de un preaviso documentado de un año de extensión, durante el cual el trabajador debe gestionar su

²⁴ Que prohíben el despido sin justa causa que, de producirse, se reputa nulo y da derecho al trabajador de tal modo despedido a reclamar judicialmente su reinstalación en el puesto de trabajo del que se le intentara desplazar. En algunos casos, la justa causa de despido debe acreditarse antes de la adopción de la medida ante una instancia administrativa o judicial que, por consiguiente, tiene la atribución de autorizarla o denegarla.

beneficio jubilatorio. El empleador debe en esa oportunidad entregar al trabajador la correspondiente certificación de los servicios prestados durante la vigencia del contrato hasta ese momento y los aportes ingresados al régimen de la seguridad social, de modo de hacer posible que el trabajador lleve a cabo la aludida gestión. Obtenido el beneficio (o agotado el plazo anual indicado), el contrato se extingue sin obligación indemnizatoria para el empleador.

- c) Que los primeros tres meses de vigencia del contrato por tiempo indeterminado constituyen el “período de prueba”, tiempo durante el cual el empleador puede prescindir de los servicios del trabajador sin obligación de invocación de causa alguna ni de pago indemnizatorio, debiendo preavisar esa decisión con un plazo mínimo de 15 días (o en su defecto, pagar una indemnización sustitutiva equivalente a esos 15 días de salario, por omisión del preaviso). Durante el período de prueba el empleador debe registrar al trabajador e ingresar aportes y contribuciones a la Seguridad Social, pues de lo contrario, y sin perjuicio de las consecuencias que derivan de esa omisión, no podrá prevalerse de los efectos propios del período del que se trata. Las partes tienen durante el período de prueba todos los demás derechos y obligaciones fijados por la ley y los convenios colectivos y, en particular, el derecho a la cobertura contra los riesgos del trabajo y a las prestaciones por accidente o enfermedad inculpable, limitadas en este caso al tiempo de duración del período de prueba, si el empleador decide extinguir el contrato durante ese plazo.
- d) Superado el período de prueba, el empleador que despide al trabajador sin justa causa debe otorgarle un previo aviso de un mes, si la antigüedad del trabajador no excede a 5 años y de dos meses si es superior, plazo que corre a partir del día siguiente al de la notificación del despido. Si el despido, en cambio, se lleva a cabo sin preaviso, el empleador está obligado a pagar una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que le correspondería al trabajador durante ese plazo (1 o 2 meses), más una suma igual a los salarios de los días restantes del mes en que se notifica el preaviso (integración del mes del despido),
- e) Despedido sin justa causa, el trabajador tiene derecho, además al cobro de una indemnización por tal causa equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios a favor de su empleador o fracción mayor de tres meses, tomando como base indemnizatoria la mejor remuneración normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si este fuere menor. Dicha base – dicho mes, tomado como módulo indemnizatorio - no puede exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario promedio del convenio aplicable al trabajador, tope que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social establece para cada convenio y publica periódicamente junto con las escalas salariales de ese convenio. Se trata pues de un tope que no afecta a la indemnización en su conjunto sino sólo al importe del salario mensual tomado como base o módulo indemnizatorio. En cualquier caso, la indemnización – esta vez sí en su conjunto o monto total – no puede ser inferior a una suma equivalente a un mes de la mejor remuneración normal y habitual devengada durante el último año de prestación del trabajador, mínimo este que, como ha señalado la jurisprudencia, no tiene el tope o límite que, como se explicó antes, sí afecta a la base mensual.
- f) A los trabajadores excluidos del convenio colectivo – entre ellos, trabajadores jerárquicos o de confianza – se les aplica como tope de la base indemnizatoria (de la mejor remuneración normal y habitual tomada a tal efecto), el tope correspondiente al convenio aplicable al establecimiento en el que presta servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. No obstante, en el fallo “Vizzotti”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la inconstitucionalidad de la norma que establece ese tope toda vez que implique una reducción de más del 33 % del importe que resultaría de calcular directamente, esto es, sin tope alguno, la indemnización a razón de un mes de la mejor remuneración normal y habitual por año de antigüedad.
- g) Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se extingue por causas no imputables a las partes – muerte del trabajador o del empleador irremplazable²⁵, incapacidad absoluta o inhabilidad del trabajador, quiebra del empleador, falta o disminución de trabajo no imputable al empleador o fuerza

²⁵ Se trata del supuesto en que las condiciones personales o legales del empleador, su actividad profesional u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral, sin las cuales esta no podría proseguir. (art. 249 LCT)

mayor - la ley obliga al empleador a pagar una indemnización equivalente a la mitad de la prevista para el supuesto de despido injustificado, esto es, a medio mes de sueldo por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses. Esta indemnización, habida cuenta de las causales que determinan su pago, parece detentar la naturaleza de una prestación afín a las propias de la seguridad social, cuyo pago queda puesto en este caso en cabeza del empleador²⁶.

- h) La reducción indemnizatoria en caso de despido por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador o fuerza mayor expresa el limitado espacio de flexibilidad adicional previsto para el supuesto de despido individual por causas económicas. En ambos supuestos se requiere que la decisión no sea imputable al empleador, lo que significa que el hecho que la determina debe ser imprevisible para aquél o, en el supuesto de su previsibilidad, en todo caso inevitable; enriéndose que el supuesto de fuerza mayor torna imposible la prestación del trabajador (que no se puede hacer efectiva o no se puede recibir), en tanto que la falta o disminución de trabajo implica que aquella prestación deviene más gravosa para el empleador. La jurisprudencia es sumamente restrictiva en la aceptación de estas causales, en especial de su hipotética no imputabilidad al empleador, en el entendimiento de que las situaciones de falta o disminución del trabajo forman generalmente parte del espacio del riesgo que la empresa debe asumir como condición de desempeño del emprendimiento lucrativo.²⁷
- i) Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se extingue por renuncia del trabajador o por la mutua y concurrente voluntad de ambas partes, no se devenga “ope legis” indemnización alguna a favor del empleador. Tampoco cuando el empleador despide al trabajador con invocación (y posterior acreditación) de una justa causa (injuria laboral), entendiéndose por tal un incumplimiento del trabajador suficientemente grave que lesione de tal modo la confianza entre las partes que no tolere la prosecución de la relación. Si quien incurre en injuria es el empleador, es esta vez el trabajador quien tiene derecho a “colocarse en situación de despido indirecto” y poner en su consecuencia término al contrato de trabajo; en este caso, obviamente equivalente a un despido “directo” sin justa causa, el empleador debe pagar la indemnización por tal causa. En estos casos – despido directo o indirecto con invocación de justa causa – la decisión debe comunicarse por escrito y contener de modo suficientemente claro la expresión de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.
- j) Como se señaló antes, el régimen para el despido sin invocación de causa no impone en Argentina transitar instancias administrativas ni judiciales previas, ni se encuentra condicionado a pagos previos, ni a formas sacramentales, ni a otra condición más que la de la simple expresión de la voluntad extintiva. Hace excepción a tan notable grado de flexibilidad jurídica el supuesto en que el empleador se propone adoptar despidos o suspensiones colectivas por razones de fuerza mayor o causas económicas o tecnológicas que afecten a un número importante de sus dependientes²⁸. En tal caso, los despidos o suspensiones no podrán adoptarse hasta tanto no se hubiere sustanciado el procedimiento preventivo de crisis, que tramita ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y supone entablar allí un proceso de negociación del que participará el empleador y el sindicato actuante por un plazo de 10 días. Al cabo del mismo, si no se hubiere alcanzado allí un acuerdo para mitigar los efectos laborales de la crisis, el empleador quedará en libertad para adoptar las medidas de crisis que entendiere procedentes (entre ellas, los despidos o suspensiones cuyas causas, si las invoca, deberá acreditar). Antes de ello, y durante el procedimiento, el empleador no podrá ejecutar las medidas que dieran lugar a su instauración, ni los trabajadores ejercer la huelga ni otras medidas de acción sindical.

²⁶ Es precisamente por ello que más adelante se propone la sustitución de estas indemnizaciones, así como de la mitad de la indemnización por despido que se presupone debe reconocer la misma motivación, por una prestación por cesantía que se financia con aportes del empleador equivalentes, en cómputo anual, a ese medio mes por año de antigüedad del trabajador.

²⁷ Para los mismos supuestos (falta o disminución del trabajo no imputable al empleador o fuerza mayor), la propia LCT prevé también la posibilidad de suspender el contrato de trabajo (en lugar de proceder al despido del trabajador) por 30 días en un año, si se trata de un evento de falta o disminución del trabajo o de 75 días en igual período si se trata de un caso de fuerza mayor. En cualquier caso, el trabajador no puede ser objeto de suspensiones por causas económicas por más de 90 días en el año.

²⁸ Mas del 15 % de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos trabajadores; a más del 10% en empresas de entre cuatrocientos y mil trabajadores; y a más del 5 % en empresas de más de mil trabajadores.

Contratación temporal

La ley sólo autoriza a concertar contratos temporales cuando las modalidades de las tareas o de la actividad para la que se contrata la prestación del trabajador, así lo justifiquen. Los contratos temporales pueden ser a plazo fijo, modalidad que se ha de utilizarse cuando, presente esa causa objetiva que justifique la predeterminación de la duración del contrato, pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato, y eventual, modalidad esta última de aplicación en los supuestos en que la actividad del trabajador tiene por objeto la satisfacción de resultados concretos en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, en todo aquel supuesto en que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (pues si pudiera prevérsele, procedería la utilización del contrato a plazo fijo). Responde también a esta modalidad – contrato de trabajo eventual – aquel supuesto en que el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución de acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador²⁹.

Si el contrato de trabajo a plazo fijo o el contrato de trabajo eventual se extinguen una vez cumplido su plazo (en el primer caso), o el objeto de la contratación (en el restante), esa extinción no obliga al empleador al pago de resarcimiento alguno, excepto del caso de que se tratara de un contrato a plazo fijo cuyo plazo hubiera sido superior a 1 (un) año³⁰. En el caso del contrato a plazo fijo, para que el plazo se entienda cumplido, el empleador deberá preavisar con una antelación no menor de un mes ni mayor de dos respecto de la fecha de expiración del plazo convenido (salvo contrato por un plazo inferior a un mes); si no lo hiciera, se entenderá que acepta la conversión del contrato en un o por tiempo indeterminado.

En caso de despido del trabajador antes del cumplimiento del plazo o del objeto de la contratación (ruptura “ante tempus”) el empleador debe resarcir al trabajador de los daños y perjuicios que esa ruptura anticipada le hubiera inferido, y además debe pagarle, en cuanto corresponda en función de la antigüedad del trabajador, la indemnización por despido.

Hay que decir, además, que la empresa que requiere la prestación de un trabajador para cubrir una necesidad eventual de su giro, conforme se le describiera párrafos arriba, puede contratar directamente bajo su dependencia un trabajador sujeto contractualmente a esa modalidad, o requerir su provisión a una de las denominadas empresas de servicios eventuales; en este último caso, el trabajador conservará su vínculo laboral con esta última, en tanto la empresa usuaria de la prestación del trabajador ejercerá durante la misión de este último (durante la eventualidad, en suma) una suerte de poder de dirección que puede entenderse le fuera delegado por la proveedora durante ese tiempo.

Despido y régimen de la construcción

El régimen de la extinción del contrato de trabajo en la industria de la construcción es muy distinto. No se prevé una indemnización por despido injustificado, sino un fondo de cesantía (Fondo de Desempleo) que se forma con aportes mensuales del empleador (el 12 % del salario durante el primer año, el 8 % en los sucesivos) que se ingresan en una cuenta bancaria abierta a nombre del trabajador. El trabajador puede retirar los recursos de ese modo acumulado con más los intereses devengados, en caso de extinción de la relación laboral por cualquier causa. No hay en la industria de la construcción un tratamiento especial agravado para el caso de despido sin justa causa³¹ ni tampoco la obligación de otorgar un preaviso y nunca los tribunales debieron pronunciarse acerca de una hipotética inconstitucionalidad del régimen, pues no

²⁹ Consagrada la figura del contrato de trabajo eventual en el artículo 99 y siguientes de la LCT, la ulterior ley 24013 (Ley Nacional de Empleo) estableció la prohibición de uso de esta modalidad contractual para sustituir a trabajadores que esté ejercitando medias legítimas de acción sindical, o para reemplazar a trabajadores suspendidos o despedidos por falta o disminución de trabajo durante los seis meses anteriores. En caso de que se recurriera a esta modalidad contractual para atender exigencias extraordinarias del mercado, deberá consignarse en el contrato con precisión y claridad la causa que lo justifique, y el contrato no podrá extenderse por más de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años (arts. 68 y setes de la ley 24013).

³⁰ En este caso, al cabo del contrato íntegramente cumplido, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a medio mes de sueldo por cada año de antigüedad en el empleo o fracción mayor a tres meses (es, no por casualidad, el mismo tipo indemnizatorio equivalente a la mitad de la indemnización por despido injustificado, que se paga en los recordados supuestos de extinción del contrato por tiempo indeterminado por causas que no se puedan reputar como imputables al trabajador ni al empleador).

³¹ Como si lo hay en el régimen de Brasil, en el que rige un fondo de despido análogo al de la industria argentina de la construcción, que retira el trabajador en caso de despido, y que el empleador debe integrar mediante el pago de un 40 % adicional cuando el despido es arbitrario.

parece garantizar especial “protección contra el despido arbitrario” (del artículo 14 bis de la Constitución Nacional). Ello obedece, probablemente, al común entendimiento de que en la construcción hay una natural proclividad a la cesación de los contratos cuando concluye cada una de las obras, lo que torna disfuncional al régimen ordinario del despido.

Los contratos formativos (aprendizaje y pasantías)

El contrato de aprendizaje

La figura histórica y tradicional de contrato formativo para jóvenes es la del contrato de aprendizaje, cuyas primeras regulaciones datan de mediados de los '40, y que se encuentra hoy regulado por la ley 25013 de octubre de 1998³². De acuerdo a las normas hoy vigentes, el contrato de aprendizaje es un contrato de trabajo que genera, en consecuencia, todos los derechos y obligaciones que son propias de tal tipo de vínculo, con excepción de cuanto allí se regula.

La primera singularidad es que es un contrato con un tiempo determinado, cuya duración no puede ser inferior a 3 meses ni superior a un año, que debe celebrarse por escrito y que sus partes son necesariamente un empleador y un joven sin empleo entre 15 y 28 años de edad. No pueden ser contratados como aprendices aquellos que hayan tenido una relación laboral previa con el mismo empleador, ni celebrarse un nuevo contrato de aprendizaje respecto del aprendiz con el que se ha agotado el plazo máximo de contratación antes indicado.

La jornada de trabajo de los aprendices no puede superar las cuarenta horas, incluidas las que corresponden a la formación teórica, y en el caso de los menores se deben aplicar las restricciones mayores a la jornada de trabajo prevista para ellos.

El contrato de aprendizaje se extingue por cumplimiento del plazo pactado; en este supuesto, no corresponde el pago de indemnización alguna. Es obligación del empleador, no obstante, preavisar con 30 días de anticipación la terminación del contrato o, en defecto de tal preaviso, pagar una indemnización sustitutiva equivalente a los salarios de medio mes de sueldo.

El número total de aprendices contratados no puede superar el 10 % de los trabajadores contratados por tiempo indeterminado en el establecimiento del que se trate. Si el establecimiento no supera los 10 trabajadores, o el empresario carece de personal en relación de dependencia, puede admitirse la contratación de un aprendiz.

Desde la sanción de la ley 24465, que había despojado al contrato de aprendizaje de su histórica condición de contrato de trabajo, hasta la restitución de esta última condición por la vigente ley 25013 se habían celebrado aproximadamente 82000 contratos de aprendizaje³³. No hay información disponible acerca del número de contratos de aprendizaje concertados a partir de la sanción de esta última ley, toda vez que el régimen que ella establece no impone un registro obligatorio del contrato ante la autoridad administrativa del trabajo.

Regímenes de pasantías

Los regímenes de pasantías tienen por objeto articular la enseñanza impartida en instituciones educativas, con la ejecución de actividades prácticas en empresas e instituciones de la economía real durante un tiempo limitado, con la finalidad de complementar los conocimientos teóricos provistos a los jóvenes estudiantes. A diferencia del aprendizaje, la pasantía no es un contrato de trabajo ni las tareas que constituyen su objeto se aplican necesariamente a satisfacer las necesidades operativas de la empresa en que se ejecutan, sino a los requerimientos de la currícula de la institución educativa en la que el pasante está realizando sus estudios. Como la define la ley 25165, “...se entenderá como “pasantía” a la extensión orgánica del sistema educativo en el ámbito de empresas u organismos públicos o privados, en los cuales los alumnos realizarán residencias programadas u otras formas de prácticas supervisadas relacionadas con

³² Que devolvió al aprendizaje la condición de contrato de trabajo, de la que había sido despojada por la ley 24465 de 1995, que le caracterizara como una relación contractual no laboral.

³³ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría de Empleo y Capacitación Laboral – Sistema único de registro laboral, 1999.

su formación y especialización, llevadas a cabo bajo la organización y control de las unidades educativas que lo integran y a la que aquellos pertenecen...”. De una forma más llana, la ley 25013, la define como la relación que se configure entre un empleador y un estudiante y tenga como fin primordial la práctica relacionada con su educación y formación.

En Argentina las pasantías están reguladas en diversas normas, cuyo ámbito procuraremos discernir en las próximas líneas.

La primera de esas normas es el Decreto 340/92, que se ocupaba originariamente de las pasantías para estudiantes de nivel medio y superior. La posterior sanción en 1999 de la ley 25165, que se ocupa de las pasantías de estudiantes de nivel superior, restringió el ámbito del decreto 340/92 a los estudiantes de nivel medio.

En los términos del decreto mencionado, las empresas e instituciones que pretendan incorporarse al mismo deben celebrar convenios con el Ministerio de Educación, que es la autoridad de aplicación del régimen, o con determinadas unidades educativas. Las pasantías no pueden exceder de los 4 años de duración, con un desempeño no menor de 2 horas ni superior a 8 horas diarias. Los pasantes no perciben salario, sino una asignación que compensa sus viáticos y gastos.

Como se expresó antes, la ley 25165 regula las pasantías de los estudiantes de nivel superior. Estas deben instrumentarse en el marco de los convenios que celebren la institución educativa y la empresa. La duración de estas pasantías es de un mínimo de 2 meses y un máximo de 4 años, con una carga horaria de 6 horas durante 5 días por semana. Se prevé también una asignación estímulo, el goce de todos los beneficios de que goza el personal de la empresa (tales como transporte, comedor, etc.) y la cobertura de los seguros de accidentes del trabajo y de salud.

En tanto norma general, resta mencionar el Contrato de Pasantía creado por la ley 25013, texto éste que le considera un contrato no laboral entre el pasante y empresas o instituciones privadas, y tiene por objeto la formación profesional de estudiantes desocupados de entre 15 y 16 años, cualquiera fuere el nivel de estudios en que se encuentre. El contrato de pasantía ha de quedar sujeto a un programa de formación que se someterá a aprobación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el que también visará los contratos y asegurará su cumplimiento. El contrato ha de tener un plazo mínimo de 3 meses y máximo de 2 años, deberá prever una jornada no superior a 6 horas diarias y asegurar al pasante un descanso anual de no menos de 15 días pagos, además de 10 días anuales de licencias también pagas por estudio.

El pasante tendrá derecho a una asignación no inferior al mínimo del Convenio Colectivo en que se hallare incluida su prestación y, en su defecto, al Salario Mínimo Vital y Móvil. La empresa o institución debe asegurar su cobertura contra accidentes del trabajo o enfermedad profesional en una Aseguradora de Riesgos del Trabajo y el acceso a prestaciones médico-asistenciales y farmacéuticas en una obra social.

Contratación laboral, despido y flexibilidad; evaluación crítica

Si la perspectiva jurídica de la valoración del régimen del despido en términos de flexibilidad/rigidez, refiere los obstáculos legales que se oponen a la adopción de la decisión del empleador de extinguir por su sola e incausada voluntad el contrato de trabajo, puede convenirse en que el régimen argentino del despido es jurídicamente muy flexible: la adopción de una tal decisión no obliga a un previo tránsito por instancias administrativas ni judiciales³⁴, ni se encuentra condicionado a pagos previos, ni a formas sacramentales, ni a otra condición que la de la simple expresión de la voluntad extintiva. El contrato de trabajo es, desde esa perspectiva, extremadamente frágil y para extinguirlo basta con que el empleador exprese su voluntad en tal sentido.

Aún jurídicamente flexible, puede el régimen ser económicamente rígido, si la indemnización que debe el empleador satisfacer como consecuencia del despido exige practicar significativas provisiones y eleva por ello modo sustantivo el costo de la contratación laboral. Como se señaló en párrafos anteriores,

³⁴ Excepto que, como se señaló con anterioridad, se proponga adoptar un despido o suspensión colectivos que afecte a un alto número de trabajadores, según lo indica el artículo 98 de la ley 24013. En este supuesto debe sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis.

agotado el régimen de emergencia de la duplicación indemnizatoria, el costo indemnizatorio previsto para la extinción del contrato por decisión del empleador en tiempos tempranos de la vida del contrato quedo a partir de la sanción de la ley 25877 reducido a la mitad del costo histórico (la indemnización mínima por despido es ahora equivalente a un mes del salario del trabajador y ya no más a dos meses del mismo), aunque más elevada que la que estuviera vigente entre la sanción de la ley 25013 (Octubre de 1998) y la de la recordada ley 25877; en ese período, la indemnización por despido había sido estrictamente proporcional al tiempo trabajado.

Esa cuestión del mínimo indemnizatorio pierde relevancia a partir del momento en que el trabajador excede del año y tres meses de antigüedad; desde entonces, la indemnización responde linealmente al esquema indemnizatorio de un mes de sueldo por año de antigüedad en el empleo o fracción superior a tres meses. Esa proporcionalidad implica que a mayor antigüedad del trabajador, más costosa resulta la indemnización por su despido; en defecto de adecuada previsión, la indemnización puede devenir, para grandes antigüedades, altamente costosa³⁵.

El régimen no cuenta hoy con la alternativa de la contratación temporal incausada (la que denominamos “flexibilitatis causa”). Habida cuenta de los efectos distorsivos de la contratación temporal no referida a necesidades objetivas de las tareas que la motivan³⁶, ello no parece una “mala noticia” en la medida en que – en un contexto de amplia flexibilidad jurídica - se juzgue razonable el grado de flexibilidad económica que el sistema indemnizatorio reserva para el despido en los contratos de duración relativamente poco extensa; como se acaba de señalar, el régimen prevé hoy una tarifa indemnizatoria menos costosa que la de sus precedentes más distantes, pero más costosa en cambio que la que estuviera en vigor desde 1998 hasta la sanción de la vigente ley 25877.

Sobre la tasa de rotación en Argentina

En un estudio sobre “Trayectorias laborales y rotación del empleo. 1996-2004” de la Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social³⁷ se advierte la existencia de una elevada movilidad laboral de los trabajadores argentinos en el período objeto del estudio. La tasa de rotación, “...que resume tanto la movilidad originada en la creación y destrucción de puestos de trabajo como el reemplazo de trabajadores desvinculados de las empresas por otros, fue de 29 % promedio anual, indicando que en el término de un año esa proporción de trabajadores ingresó o egresó del empleo registrado”.

“Considerando además la proporción de personas que cambian de empleador manteniéndose en el empleo protegido (10 %) la movilidad laboral es aún mayor (39 %). Esta movilidad se reflejó en la proporción de trabajadores que mantienen por más de un año un mismo empleo (70 %), que se mantuvo relativamente estable entre 1996 y 2001. A partir de enero de 2002 el porcentaje de trabajadores que permanece en una misma empresa se incrementó (77 %) seguramente como resultado tanto de la reducción de los costos laborales en dólares que se produjo por efecto de la devaluación y por el incremento del despido (doble indemnización)”³⁸.

La tabla que sigue da cuenta de las tasas de entrada, de salida, de rotación y de movilidad que se verificaran en el período que fuera objeto de aquel estudio.

³⁵ Lo que explica que, basados en análoga lógica indemnizatoria, el régimen legal chileno incorpore un tope máximo indemnizatorio de 11 meses, y su similar uruguayo, de 6 meses.

³⁶ Como señalamos antes, la modalidades contractuales temporales tiende a exacerbar la rotación de los planteles y, como su consecuencia, deja insatisfechas las demandas sociales de seguridad, menoscaba el compromiso, motivación e involucramiento de los trabajadores, impide la adquisición y aprovechamiento de las calificaciones, desalienta la inversión empresaria en formación profesional, y degrada el funcionamiento de los mercados internos en los que la temporalidad de los contratos parece tendencialmente proclive a sustituir los mecanismos institucionales de flexibilidad funcional (se reemplazan trabajadores por tiempo determinado, en lugar de reasignarlas tareas, proveerles formación o rediseñar sus jornadas) (La Reforma del Mercado de Trabajo, Doc. del Gobierno español al Consejo Económico y Social, 1993).

³⁷ Realizado por Victoria Castillo y Sofía Rojo de esa Subsecretaría y Gabriel Yoguel de la Universidad Nacional de General Sarmiento, en el marco del Programa Multisectorial de Preinversión II. Préstamo 925/OC-AR, Estudio 2.EG 59, “Estudios Estratégicos del Observatorio del Empleo y del Trabajo”.

³⁸ Doble indemnización ya invigente, como se explicó antes.

CUADRO 3
INDICADORES DE MOVILIDAD LABORALES DE LOS OCUPADOS ASALARIADOS REGISTRADOS POR
EMPRESAS PRIVADAS - MENORES DE 65 AÑOS - INDUSTRIA, COMERCIO Y SERVICIOS. 1996-2004
(En porcentajes)

Tasas de movilidad desde y hacia el Sistema											
Períodos interanuales medidos entre cuartos trimestres											
Tránsito	IV1996	IV1997	Prom.	IV1998	IV1999	IV2000	IV2001	Prom.	IV2002	IV2003	Prom.
	IV1997	IV1999		IV1999	IV2000	IV2001	IV2002		IV2003	IV2004	
Tasas de entrada (1)	20	17	18	14	15	12	10	13	18	20	19
Tasas de salida (2)	12	14	13	16	14	16	16	16	10	9	10
Tasas de rotación (3)	32	31	31	30	30	29	26	29	28	29	29
Porcentajes de cambios de empleador (4)	11	11	11	10	10	9	8	9	8	10	9
Tasas de movilidad (5)	43	42	42	40	40	38	34	38	37	39	38
Crecimiento neto del empleo (entradas – salidas) / y empleo en t	9.0	3.0	6.0	-1.5	0.8	-5.0	-7.2	-3.1	9.7	12.1	11.0

Fuente: Observatorio de empleo y dinámica empresarial en base a DGEYEL – SSPTYEL en base a SIJP.

Notas: (1) ingresos / (ingresos+salidas+permanencias en el Sistema); (2) salidas / (ingresos+salidas+permanencias en el sistema); (3)=(1)+(2); (4) cambios de cuit / (ingresos+egresos+permanencias en el sistema); (5)=(3)+(4).

Descentralización productiva; el outsourcing y otras formas de tercerización

Breve relación de antecedentes

El ordenamiento laboral argentino contempló siempre con desconfianza las operaciones de interposición de personas en los procesos de contratación del trabajo, previniendo la posibilidad de que ellas tuvieran por objeto determinante producir el esplazamiento de la responsabilidad laboral del empleador o empresario principal hacia el intermediario, cuya hipotética o eventual insolvencia tornaría ilusorios los créditos de los trabajadores contratados por su intermedio. El proyectado o al menos previsto incumplimiento de las normas laborales o de las obligaciones hacia los diversos sistemas de la seguridad social serviría de tal modo de instrumento para el “abaratamiento de la laboralidad”³⁹

Desde esa perspectiva, las normas que regulaban las diversas hipótesis de interposición de personas – en genérico, de “subcontratación” – tendían a extender de diversas maneras la responsabilidad por los créditos insolutos hasta alcanzar al empresario principal; en un sistema productivo en el que el outsourcing no era un modo dominante de organizar la producción, esas técnicas de extensión de la responsabilidad, si bien objeto de constante reparo por parte de quienes caían dentro de sus alcances, no parecían constituir un objeto central del debate sobre las normas. Hay que decir, además, que en aquél ámbito productivo en el que la “subcontratación” sí era, por el contrario, un modo habitual y prevaleciente de la organización de los procesos – hago ciertamente referencia al de la construcción - el estatuto de la actividad (ley 2250) había procurado desde su sanción aligerar la situación del empresario principal que recurría a los servicios de un contratista. En efecto, su artículo 32 establecía que la inscripción del contratista o intermediario en el Registro Nacional de la Construcción liberaba de responsabilidades al empresario principal que recurría a sus prestaciones, en relación con eventuales créditos de los trabajadores que prestaban servicios bajo las órdenes de aquél, aunque en beneficio de este último.

³⁹ Expresión acuñada hace tiempo por Antonio Ojeda Avilés.

Si bien durante los '90 se introdujeron algunas modificaciones legales y jurisprudenciales de diversa entidad, puede afirmarse el ordenamiento legal relativo a estas cuestiones, en cambio, permaneció en lo esencial inalterado. Sin embargo, la realidad sí ha cambiado: la descentralización productiva y el recurso al outsourcing, en efecto, se han generalizado como uno de los modos dominantes de organizar la producción; si bien muchas veces sirve aún como ejercicio de desresponsabilización, fraude y abaratamiento sustentado en el incumplimiento de las normas, muchas otras operan como mecanismos orientados a mejorar el desempeño organizacional, la base tecnológica de los procesos y, por consiguiente, la calidad y los costos por vía del recurso a la especialización productiva.

Los mecanismos de la ley

Para los supuestos de descentralización productiva que implican un fenómeno de interposición de personas y/o subcontratación, el régimen legal argentino contempla tres tipos de tratamiento:

Intermediación débil. Consiste en negar la relevancia del contratista, o subcontratista interpuesto y, en consecuencia, desestimar su intermediación y entender que existe un vínculo laboral directo entre los trabajadores que reclutara el intermediario desestimado y el empresario principal que recurriera a la intervención de aquél.

Intermediación con corresponsabilidad. Consiste en admitir la figura del intermediario en su condición de empleador de los trabajadores que se desempeñan bajo su dependencia, pero corresponsabilizando pasiva y solidariamente (junto con el intermediario) al empresario principal que recurriera a los servicios de este último.

Intermediación fuerte. Consiste en admitir la figura del intermediario en tanto empleador de los trabajadores que se desempeñan bajo sus órdenes, liberando de toda responsabilidad al empresario principal que recurriera a los servicios de aquel intermediario en relación con los derechos de los dependientes de este último.

Intermediación débil

Forman parte de esta categoría las siguientes figuras: a. el denominado "hombre de paja"; b. el supuesto de la formación de una sociedad de trabajadores que se desempeña de forma permanente y exclusiva para un cierto empresario principal; c. el proveedor de personal permanente y d. el ayudante del trabajador.

Veamos cada uno de esos supuestos:

- a. *el hombre de paja.* Hipótesis definida por la jurisprudencia, refiere aquella situación en la que el intermediario no es un verdadero empresario, desde que carece de solvencia, organización y medios materiales e inmateriales para la satisfacción de su objeto (carencia de local, marca, teléfono y otros medios de comunicación, vehículos, equipos y herramientas, cuentas bancarias, etc.). Manifestación de intermediación fraudulenta, el denominado hombre de paja no es un empresario y en esa condición, en tanto contrata trabajadores con los que presta servicios para un comitente, no puede ser reconocido como empleador de aquellos; cada uno de los trabajadores que reclutara se entienden ligados por un directo vínculo laboral con el empresario principal que requiriera sus servicios (o su mera intervención).
- b. *la sociedad de trabajadores.* Se trata de un supuesto caracterizado por la LCT en su artículo 102. Es el caso de una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas que se obliga a la prestación de servicios propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes a favor de un tercero en forma permanente y exclusiva. La ley desestima esa construcción de tipo societario y determina que cada uno de los miembros (o socios) de esa figura asociativa es dependiente directo del tercero al cual se prestaran (reitero, de modo permanente y exclusivo) los servicios requeridos.
- c. *el proveedor de personal permanente.* La LCT autoriza la constitución de empresas para la provisión de trabajadores que requieran las empresas usuarias para la cobertura de necesidades

eventuales de su giro⁴⁰. Cuando un proveedor de personal, en cambio, contrata trabajadores bajo su propia dependencia para ponerlo a disposición de terceras empresas – empresas usuarias – para la satisfacción de necesidades permanentes de estas últimas, la ley (art. 29 de la LCT) desestima la intervención del proveedor en su pretendida condición de empleador, y entiende que los trabajadores provistos son dependientes directos de la empresa usuaria que se sirve de su prestación⁴¹.

- d. *El ayudante del trabajador*. Es una figura también prevista en la LCT (en este caso en el artículo 28) y se presenta cuando un trabajador se sirve de uno o más auxiliares, encontrándose autorizado explícita o implícitamente para hacerlo. En esta hipótesis, la norma establece que auxiliares tales se encuentran en relación directa con el empleador de aquél.

Intermediación con corresponsabilidad

Involucra cuatro supuestos: a. el contratista o subcontratista que un empresario principal contrata para que aquél, sirviéndose de su organización empresaria y de los trabajadores contratados bajo su dependencia, lleve a cabo trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento del empresario principal, b. el cesionario de un establecimiento habilitado a nombre de un tercero; c. el supuesto de la provisión de trabajadores para la cobertura de necesidades eventuales de la empresa usuaria, provisión que lleva a cabo una empresa de servicios eventuales debidamente registrada en tal condición en el Ministerio de Empleo, Trabajo y Seguridad social; d. la subcontratación en la industria de la construcción.

- a. *El contratista o subcontratista*. En los términos del art. 30 de la LCT, si un empresario recurre a un contratista o subcontratista para que le preste servicios o trabajos correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento de aquél, sea que esos servicios se presten al interior del establecimiento o fuera del mismo, debe exigir a tal contratista o subcontratista el adecuado cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social y, en particular, la acreditación de ciertos recaudos específicos: inscripción de cada uno de sus trabajadores, constancias de pago de las remuneraciones, copias firmadas de los comprobantes de ingreso de aportes y contribuciones a la seguridad social, titularidad de una cuenta bancaria y cobertura por riesgos del trabajo. La norma agrega que “...el incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al (empresario) principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos servicios que fueren emergentes de la relación laboral, incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”. En rigor, jurisprudencia y doctrina entienden que la acreditación formal de haber efectuado los indicados controles no libera al empresario principal de su responsabilidad solidaria cuando se comprueba algún incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones laborales o de seguridad social; de algún modo, se entiende, la constatación de incumplimientos tales sirve de evidencia de que aquellos controles no han sido efectuados de modo satisfactorio. Una de las cuestiones más debatidas – y ciertamente no resueltas – es la de saber qué actividades son “correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento...” del empresario principal, pues son éstas las que extienden solidariamente a éste último la responsabilidad por eventuales incumplimientos del contratista o subcontratista. Se trata de saber, en efecto, si las actividades coadyuvantes o complementarias (tales por ejemplo, las de limpieza, mantenimiento, vigilancia, etc.), ciertamente normales en el establecimiento y muchas veces imprescindibles o cuanto menos necesarias, pueden además considerarse “específicas”. Esta cuestión ha dado lugar a la más amplia y contradictoria diversidad en la jurisprudencia y también en la opinión de los autores, cuestión que genera una situación de alta incertidumbre acerca de los supuestos en que el empresario principal es solidario responsable por los incumplimientos de su contratista. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la

⁴⁰ Se trata de las denominadas “empresas de servicios eventuales”, que configuran un tipo de intermediación corresponsable que se examina luego. El concepto de contrato de trabajo eventual (o, más genéricamente, de la necesidad eventual suscitada en el giro de una empresa) ha sido sucintamente explicado antes, en la sección dedicada a la contratación laboral y el despido.

⁴¹ Ello no importa desresponsabilizar al proveedor, que se encuentra solidaria y pasivamente obligado a satisfacer los eventuales créditos de los trabajadores en cuya provisión ha intervenido.

Nación ha tomado posición en este debate⁴², la cuestión no ha quedado definitivamente saldada, toda vez que la mayoría de los miembros del Alto Tribunal que adoptaron criterios tales ya no lo integran, y la Corte en su nueva composición no ha replanteado aún esa cuestión. Hay que decir, finalmente, que hace relativamente poco tiempo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, tribunal laboral de más alta instancia con competencia en la Ciudad de Buenos Aires, estableció en decisión plenaria que el trabajador titular de un crédito contra el contratista o subcontratista bajo cuya dependencia se desempeña, puede demandar al empresario principal para hacer efectiva la responsabilidad solidaria establecida en el invocado artículo 30 de la LCT sin necesidad de demandar al mismo tiempo al contratista, esto es a su propio empleador⁴³; decisión tal se aparta de una prevaleciente doctrina judicial anterior según la cual, para que operara la solidaridad establecida por el art. 30 de la LCT era necesario que el trabajador que pretendía responsabilizar al empresario principal, dirigiera simultáneamente su acción contra el contratista o subcontratista que fuera su directo empleador. Va sin decirlo que la nueva doctrina del tribunal agrava la condición de responsabilidad y situación procesal del empresario principal que se sirve de la prestación de contratistas o subcontratistas.

- b. *El cesionario de un establecimiento habilitado a nombre de un tercero.* Análogas condiciones de responsabilidad se imponen a quien cede a un tercero (luego, cesionario) un establecimiento o explotación habilitado a su nombre,⁴⁴ para que el cesionario lo explote sirviéndose de su propio personal.
- c. *El caso de provisión de trabajadores para la cobertura de necesidades eventuales de la empresa usuaria.* El ordenamiento legal argentino contempla y regula el desempeño de las empresas de servicios eventuales (ESS), cuya función es la de proveer trabajadores a las empresas que los requieran (en adelante “usuarias”) para cubrir necesidades eventuales⁴⁵ de estas últimas. No pueden, en cambio, proveer personal para cubrir puestos de trabajo que correspondan al giro normal y permanente de la empresa usuaria; si lo hicieran, se configuraría un supuesto de intermediación débil (ver antes 1.c), en cuyo caso, como allí se explicó, se entendería que el trabajador de tal modo provisto se encuentra en relación de dependencia directa con la empresa usuaria. El trabajador temporario, esto es, el que ESS provee para la cobertura de necesidades eventuales de la empresa usuaria, es considerado por la ley, trabajador dependiente y permanente, aunque discontinuo, de la ESS; esta última condición – la de “discontinuidad” – implica que la ESS sólo está obligada a dar ocupación y pagar salarios a estos trabajadores durante los tiempos en que estos se encuentran “en misión” al servicio de una empresa usuaria. Sin embargo, la ESS no puede privar al trabajador de ocupación por más de 45 días seguidos o 90 alternados en el curso de un año; si excediere alguno de esos plazos, el trabajador temporario tiene derecho a considerarse en situación de despido. De este modo, la relación entre el trabajador y la empresa usuaria no alcanza a configurar un contrato de trabajo, aunque esta última tiene la atribución – implícitamente delegada por la ESS – de organizar la prestación de aquél y de ejercer en cierta medida el poder de dirección⁴⁶. Corresponde a la ESS hacer efectivo el pago de los salarios y demás créditos laborales del trabajador temporario durante su desempeño para una determinada empresa usuaria; esta última, sin embargo, responde solidariamente ante el trabajador por el pago de los mismos en el caso de que la ESS no los hubiera satisfecho (de allí que hayamos categorizado a este supuesto como uno de “interposición con

⁴² Se trata del caso “Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” del 15 de abril de 1993 y otros posteriores en su misma línea. En ellos, la Corte ha establecido que el artículo 30 de la LCT y la solidaridad consiguiente no son aplicables a los contratos de concesión y distribución cuando la actividad normal del empresario principal excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concedente, cuando entre aquel y estos no existe una unidad técnica de ejecución, cuando la contratación constituye un paso en la cadena de comercialización (conf., Foglia, Ricardo en Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, dirigi por Jorge Rodríguez Mancini, Tomo II pág. 355, Ed. La ley, Buenos Aires, 2007).

⁴³ Fallo Plenario No. 309 de la CNAT en autos “Ramírez María Isidoro c/Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro s/despido”

⁴⁴ Habilidad es “...el reconocimiento formal, emitido por quien tiene autoridad para hacerlo, de que cierta persona es responsable de determinado establecimiento o explotación” (Candal, Pablo, en “Ley de Contrato de trabajo comentada y concordada” dirigida por Vázquez Vialard Antonio, Rubinzal- Culzoni 2005 pág. 359)

⁴⁵ Véase en la sección relativa a la contratación laboral y el despido, el concepto legal de eventualidad.

⁴⁶ Se entiende que no lo ejerce en plenitud, al punto que la facultad de sancionar al trabajador por razones disciplinaria debe ser ejercida por la ESS y no por la usuaria.

corresponsabilidad”). La empresa usuaria es, en cambio, directa obligada a ingresar los aportes y contribuciones en favor de los organismos recaudatorios de la seguridad social los que, en consecuencia, debe retener y no pagar a la ESS.

- d. *La subcontratación en la industria de la construcción.* Según el artículo 32 de la ley 22250 (estatuto de los obreros de la construcción), si el empresario principal recurre a los servicios de un contratista que se encuentra debidamente inscripto en el Registro de la Construcción **no** responde solidariamente junto a su contratista por los créditos de los trabajadores de este último aunque contratista tal este afectado a la prestación de servicios que forman parte de la actividad normal y específica de aquél. Sin embargo, la ley 25103 parece haber modificado este tratamiento diferenciado de los empresarios de la industria de la construcción, al incluir también a éstos (y a los contratistas de los que se valgan) en el régimen general.

Intermediación fuerte

Se trata, como se explicó antes, de aquellos supuestos en los que el ordenamiento admite que el intermediario es real empleador de los trabajadores que se desempeñan bajo sus órdenes pero en los que, a diferencia de los supuestos considerados bajo el acápite anterior, se libera de toda responsabilidad al empresario principal que recibiera la prestación del intermediario, por los créditos de los que pudieren ser titulares los trabajadores que se desempeñaran para este último. Se trata, como quedara a contrario expresado líneas arriba, del caso de los intermediarios cuya prestación fuera ajena a la actividad normal y específica del empresario principal que les requiere y, habida cuenta de la singularidad de la intervención que tuviera en esta materia la Corte Suprema de Justicia de la Nación, evocada líneas arriba les identificaremos en esta instancia bajo dos diversos acápites: a. Los intermediarios ajenos a la actividad normal y específica del empresario principal en sentido propio y b. Los intermediarios ajenos a la actividad normal y específica... conforme a la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- a. Los intermediarios ajenos a la actividad normal y específica del empresario principal en sentido propio. Son aquellos que, en razón de la naturaleza de las prestaciones que llevan a cabo en interés del empresario principal, han quedado excluidos del ámbito del artículo 30 de la LCT según fuera caracterizado en el apartado 2^a.
- b. Los intermediarios ajenos a la actividad normal y específica... conforme a la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Son aquellos que, pese a que los servicios que prestan para el empresario principal no podrían juzgarse ajenos a la actividad normal y específica del comitente – trátese de su actividad principal o, para la jurisprudencia que lo admite, de una actividad coadyuvante o complementaria – reúnen ciertas condiciones establecidas en la jurisprudencia del Alto Tribunal⁴⁷ que determinan su excluyente responsabilidad la que, por consiguiente no se extiende solidariamente al empresario principal.

Evaluación crítica “en clave” de flexibilidad

Como queda a la vista existen una serie de supuestos en los que el ordenamiento rechaza, desconoce y/o invalida la actividad de intermediación. Son ellos los casos de las que hemos considerado manifestaciones de “intermediación débil”: el hombre de paja, la sociedad de trabajadores, la provisión de trabajadores para necesidades permanentes de la empresa usuaria, los ayudantes del trabajador. Si estos supuestos configuran alguna forma de rigidez, habrá sin embargo que tener en cuenta que ellos expresan situaciones caracterizadas por la existencia presunta de fraude, simulación o insuficiencia del empleador lesivas del principio de realidad.

Las demás hipótesis no impiden el recurso a la intermediación como instrumento de descentralización productiva – no involucran desde esa perspectiva formas de rigidez o limitación jurídica que obstruyan el acceso a ellas – aunque para aquellos supuestos de interposición que se entiendan vinculados con la prestación de servicios o trabajos propios de la actividad normal y específica propia del empleador, parezcan conllevar, una vez más, un cierto grado de rigidez económica: la que deriva del hecho

⁴⁷ Son las que reprodujéramos en nota 42.

de comprometer la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de los créditos de los trabajadores contratados por los intermediarios.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el creciente recurso a la descentralización productiva, al outsourcing y a las diversas formas de la interposición laboral han problematizado también la más fácil y directa identificación de los sujetos que son parte de la relación de trabajo y, de tal modo, la asignación indubitada y oportuna de los derechos de protección. Esas modalidades de contratación implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales. Ello ha provocado una virtual “desorganización del derecho del trabajo”⁴⁸ en menoscabo de la efectividad y eficacia del ordenamiento laboral, que mella también el sistema institucional, esta vez desde la perspectiva de la seguridad del trabajador.

En muchos de estos supuestos, la figura del empleador “inmediato” aparece disminuida por lo que alguna vez llamaríamos inconsistencia del empleador⁴⁹ derivada de que éste no es, en muchos de esos supuestos, el titular del aparato patrimonial para el que en verdad se presta el servicio, quebrándose en tales casos el tipo o tasa de relación que normalmente existen entre la cantidad de trabajadores que el empleador toma bajo su dependencia y el capital fijo afectado a su explotación.⁵⁰ Esa externalización se orienta tanto hacia empresas auxiliares como hacia colaboradores externos, bajo la forma cada vez más extendida de trabajo autónomo, en desmedro del trabajo dependiente y no siempre en fraude a la ley⁵¹; esos colaboradores establecen muchas veces vínculos exclusivos, estables y duraderos, con autonomía técnica y funcional pero neta desigualdad material de posiciones⁵².

En síntesis, podría decirse que, de un lado, el modo reticente en el que el ordenamiento contempla a los diversos instrumentos que sirven al proceso de la descentralización productiva no hace justicia a la novedosa generalización de su ahora frecuentemente lícita y muchas veces apreciable condición de ser uno de los modos contemporáneos de organización de la producción. De otro lado, esa irreprochable dimensión no neutraliza sus complejas y problemáticas proyecciones sobre el sistema de tutela laboral y social. De tal modo el ordenamiento argentino no parece haber logrado aún procesar esa novedosa y crítica diversidad, todas cuyas manifestaciones continúan sujetas a un conjunto normativo que no alcanza a reconocer su variada condición, ni los problemas que genera, tanto “en clave” de flexibilidad como de seguridad.

La deslaboralización

Una técnica “máxima” de flexibilidad contractual deriva de colocar una cierta relación laboral al margen de las normas del Derecho del Trabajo. “Deslaborizar” - esto es, quitar del ámbito del Derecho del Trabajo o, más bien, tratar un vínculo dependiente como si no lo fuera - es lo que se ha hecho en los últimos años con relaciones como la de aprendizaje (luego “relaboralizada” en 1998), la ya evocada institucionalización de becarios y “pasantes” (becas y pasantías)⁵³ y la de los trabajadores que realizan

⁴⁸ Cfr. Fernando Valdés en “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) No. 20 Año XVII Octubre 2001.

⁴⁹ Cfr. mi “Trabajo precario y negociación colectiva” en El empleo precario en Argentina” CIAT/OIT 1988 Pág. 107.

⁵⁰ Cfr. mi comunicación al Seminario sobre Libertad de empresa y Relaciones Laborales, La Toja-Santiago de Compostela 12 al 16 de abril de 1993 sobre el tema “Las empresas de trabajo temporal en la Argentina”, reproducido en DT LIII B pág. 1031.

⁵¹ Cfr. Wilfredo Sanguinetti Raymond en “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?” en Doctrina Judicial Laboral (Rosario, Argentina) No. 2 Julio de 2000 páginas 5 y sgtes.

⁵² Esas manifestaciones de la tercerización son, unas entre otras transformaciones productivas que, sostenía D’Antonna, hacen posible que las mismas prestaciones profesionales sean contratadas indiferentemente tanto en régimen de trabajo subordinado como de trabajo autónomo. Cfr. D’Antonna, Massimo, “La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia”, en “Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive”, a cura di Marcello Pedrazzoli, Ed. Il Mulino, Trento, 1989, pág. 43.

⁵³ Ciertamente, en muchos casos los pasantes o becarios son, efectivamente, sujetos de vínculos – becas o pasantías – puramente formativos y no laborales por su propia naturaleza, supuestos en los cuales no son en verdad expresión de “deslaboralización”.

cierto tipo de prestaciones de transporte de carga ("fleteros")⁵⁴, vínculos todos ellos a los que desde la sanción de esas normas, el ordenamiento argentino pretende "no laborales" y, por lo tanto, sujetos al marco jurídico del ordenamiento común.

Llamamos a este mecanismo "deslaboralización subjetiva" y le consideramos, aunque con dudas, una forma de flexibilización externa pues para operar su efecto de "abaratamiento de la laboralidad" procura "aligerar" (hacer menos intenso) el vínculo que el trabajador mantiene con la empresa.

2. Sobre los mecanismos de flexibilidad interna

Las categorías profesionales, la polivalencia y la movilidad funcional

El "ius variandi"

Desde la lógica de la flexibilidad interna se trata de examinar en qué medida el ordenamiento legal facilita que el empleador disponga de "espacios" de movilidad funcional de los trabajadores, con el objeto de adecuar la organización y desempeño de su fuerza de trabajo a los requerimientos frecuentemente cambiantes de los mercados de productos.

Naturalmente, se trata en primer lugar de establecer en qué medida puede el empleador disponer unilateralmente cambios en determinadas condiciones del contrato de trabajo que le vincula con el empleador. Hago referencia, en este caso, al instituto del denominado "*ius variandi*", entendido, precisamente, como la facultad del empleador de disponer esos cambios. Es el artículo 66 de la LCT el texto que consagra esa facultad que, sin embargo, sujeta de inmediato a límites estrictos.

Según la norma citada, el empleador está facultado para introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación de trabajo siempre que:

- a. no alteren modalidades esenciales del contrato de trabajo. En general, se entiende que el monto y estructura de la remuneración, la categoría profesional del trabajador y, en cierta medida, el horario y lugar de trabajo son condiciones esenciales del contrato, en tanto han sido tenidas en cuenta por el trabajador al momento de contratar. En relación a estas últimas condiciones de trabajo – tiempo y lugar de trabajo - se ha entendido, en general, que el cambio de turno (Vg., de diurno a nocturno) implica una inadmisibles alteración de una modalidad esencial del contrato, pero un cambio menor (por ejemplo, comenzar la jornada de igual extensión pero una hora antes o una hora después) no configuraría una alteración esencial del contrato y sería por lo tanto admisible, en tanto no implique transgresión de las otras restricciones (ejercicio irrazonable o causación de perjuicio material o moral al trabajador). Criterios análogos ha ido fijando la jurisprudencia en relación con el lugar de trabajo: un cambio dentro de un mismo establecimiento o de un establecimiento a otro que se encuentran a corta distancia podría ser adoptado unilateralmente por el empleador, en tanto no infrinja alguna de las otras restricciones o no configure otra suerte de ilícito, como sería el caso de un acto discriminatorio o violatorio de los derechos sindicales. Si la alteración contractual implica en cambio el traslado a otro establecimiento más apartado (dentro de la misma ciudad o fuera de ella), habrá que evaluar en cada caso – en función de la distancia y demás circunstancias del nuevo lugar de trabajo – si se configura de tal modo una alteración esencial de esa condición; ello no sucedería si la movilidad geográfica fuera una condición propia de la naturaleza de la tarea a cargo del trabajador (Vg. aquél que debe prestar servicios en diversos lugares distantes de su base, como por ejemplo un hombre rana), o constituyera una necesidad funcional del puesto del trabajador, contractualmente prevista.
- b. no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad. Ello significa que el empleador no puede disponer esos cambios de modo arbitrario y carente de razón y fundamento; debe hacerlo - así lo

⁵⁴ Las pasantías está reguladas con distintas modalidades en las leyes 25013 y 25065 y en el decreto 340/92; la deslaboralización de los "fleteros" fue dispuesta en el artículo 4to. Inc. h de la ley 24653, cuyo texto define al fletero como "transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como principal, en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante".

establece el artículo 65 de la LCT – de modo funcional y 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”.

- c. no causen perjuicio material ni moral al trabajador. Aún cuando no se tratare de una condición esencial del contrato de trabajo ni de una modificación injustificado o irrazonable, el cambio unilateral (el ejercicio del “ius variandi”) no sería admisible si infiere un daño moral o material al trabajador. A modo de ejemplo, podría mencionarse la hipótesis de que el empleador pretenda modificar el inicio de la jornada de trabajo, postergándolo por una hora, alegando razonablemente la necesidad de producir un ahorro de energía; si bien se trata de una alteración fundada y no esencial, el trabajador que a causa de ella quedara impedido de llegar a tiempo para retirar a su hijo de la escuela o para cumplir con la hora de ingreso a un establecimiento educativo al que las precedentes condiciones de trabajo le permitieran asistir, podría resistir legítimamente ese cambio⁵⁵. En algún caso, cuando el daño inferido por el cambio de lugar de trabajo tiene una manifestación predominantemente económica (por ejemplo, un tiempo mayor de permanencia fuera del hogar o un costo superior en los medios de transporte), se ha entendido que la cuestión puede saldarse mediante un pago compensatorio suficiente (del mayor tiempo “en la calle”, del mayor costo de los pasajes).
- d. no sirva a modo de sanción disciplinaria. Si bien el empleador, como emanación del poder de dirección, goza de la facultad disciplinaria (que le permite aplicar suspensiones o sanciones morales – apercibimientos, amonestaciones – proporcionales a la envergadura de las transgresiones del trabajador), no puede en cambio introducir modificaciones en las condiciones de trabajo a modo de sanción⁵⁶.

Si el empleador incurre en un uso excesivo o abusivo del *idus variando*, esto es, si transgrede alguna de las restricciones enunciadas en las líneas precedentes, el trabajador tiene derecho (previa intimación al empleador para que deponga su pretensión, según el criterio de la jurisprudencia), a colocarse en situación de despido. Una reciente reforma introducida mediante la ley 26088, le ofrece al trabajador una reacción alternativa: accionar por el procedimiento sumarísimo persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas; en este último caso, durante la sustanciación de esa acción, el empleador no podrá innovar en las condiciones y modalidades de trabajo hasta que recaiga sentencia definitiva, salvo que esas innovaciones sean generales para el establecimiento o sección. Hay que decir que el empleador que no desee aguardar el procedimiento judicial no tiene otra posibilidad que la de proceder a despedir al trabajador; en tal caso, ese despido seguramente se considerará injustificado, y dará lugar al pago de la indemnización por tal causa.

Categoría profesional y polivalencia

La ley no determina cuáles son las categorías profesionales relevantes (las que deben ser tenidas en cuenta) y consecuentemente tampoco el conjunto de tareas y funciones que corresponden a cada una de ellas⁵⁷; ese cometido (el de identificar y dar contenido a las categorías profesionales) queda exclusivamente en manos de los convenios colectivos de trabajo. La Ley de Contrato de Trabajo se limita a puntualizar que el objeto del contrato de trabajo deberá ajustarse a la categoría profesional del trabajador, siempre que se la hubiera tenido en consideración al celebrar el contrato de trabajo o en algún momento durante el curso de la relación⁵⁸.

Es pues en los convenios colectivos donde se definen y da contenidos a las categorías profesionales y se determina consiguientemente el plexo de tareas y funciones que para un cierto trabajador habilita la pertenencia a la categoría respectiva. De tal modo, el grado de “amplitud” profesional – el grado de

⁵⁵ Va de suyo que esas alteraciones unilaterales son de las que podrían afectar el balance entre el trabajo y la vida, en especial, el cumplimiento de los deberes familiares.

⁵⁶ En orden a satisfacer el principio de la intangibilidad del salario, la ley argentina tampoco permite la imposición de multas.

⁵⁷ Excepción hecha de unos pocos estatutos (ordenamientos especiales referidos a ciertas profesiones o actividades, como construcción, encargados de propiedad horizontal, viajantes de comercio, etc.), que desde sus propios textos definen ciertas categorías profesionales.

⁵⁸ Ello significa que un trabajador que tiene las aptitudes de un oficial calificado deberá ser tratado como tal (en punto a las tareas y remuneración que le competen) siempre que categoría tal haya sido tenida en cuenta (que lo hayan contratado como oficial calificado o le hayan dado tal tratamiento ulteriormente en el curso de la relación). Pero sí, pese a tener esa calificación profesional se le contrata para trabajar como peón no calificado y se le dan las tareas que corresponden a esta última condición, aquella categoría carecerá de relevancia para definir el objeto de su contrato.

polivalencia – de un determinado trabajador queda establecido y limitado por los confines de cada una de esas categorías (de aquella a la que pertenezca ese trabajador) ya que, como hemos visto líneas arriba, el empleador carece de facultades para cambiarle de categoría, puesto que ésta constituye una condición esencial del contrato.

Hay que decir que en los convenios “históricos”, concebidos en el marco teórico de los criterios de la “organización científica del trabajo”, había prevalecido siempre una tendencia a la minuciosa categorización de los trabajadores en numerosas categorías definidas en cada caso por un muy reducido número de tareas y funciones y, por lo tanto, mucho menos que polivalentes. La intensa demanda de polivalencia y multifuncionalidad introducida por las concepciones flexibilizadas que en la Argentina recién encontraron firme instalación desde comienzos de los '90, indujeron un fuerte proceso de reducción del número de categorías en los convenios colectivos, con un correlativo incremento del espectro de tareas y funciones incluidas en cada una de ellas y un crecimiento consiguiente del grado de polivalencia y funcionalidad, al menos en los ámbitos de aplicación de esos convenios; ciertamente esa nueva concepción de las categorías, ahora, mucho más amplias, fortaleció sensiblemente el poder del “*idus variando*” de los empleadores, que pudieron desde entonces – en los ámbitos en los que rigen convenios que responden a esta concepción - modificar tareas y funciones e introducir nuevos criterios organizacionales, sin que aquellas alteraciones implicaran cambios en la categoría del trabajador (cambios *de* categoría) que, como fue explicado antes, es inmodificable condición esencial del contrato. La polivalencia funcional alcanzó amplio reconocimiento en muchos de los convenios colectivos concertados en esa década los que, además de la indicada reducción numérica de las categorías, tendieron a reconocer la polivalencia como principio interpretativo y aplicativo de los deberes del trabajador y a consagrar muchas veces desde el propio texto convencional, ciertos criterios organizacionales (trabajo en células, grupos o equipos), en los que la polivalencia constituye inseparable condición.

Pese a los cambios experimentados por la negociación colectiva a partir de los primeros años de la década en curso, ciertamente mucho más distantes de las demandas empresarias de flexibilidad y, por añadidura, reuertas al tratamiento de contenidos no salariales, los convenios colectivos de los últimos años siguieron incorporando cláusulas de polivalencia, modos de organización del trabajo que la suponen (células o grupos) y cambios en las categorías profesionales. En efecto, y a modo de ejemplo, en la ronda de negociaciones de 2006, en el universo de las que se da cuenta en el capítulo respectivo se incluyeron unas 136 cláusulas relativas a estas cuestiones:

CUADRO 4
REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO A TRAVÉS
DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Cláusulas	Negociaciones
Polivalencia Funcional	54
Células o Equipos de Trabajo	9
Modificación de Categorías	73
TOTAL	136

Fuente: Observatorio Social de la CTA.

Por ello mismo, puede tal vez afirmarse que el retroceso legal de la flexibilidad laboral experimentado tras la culminación de los procesos reformistas de los '90 no minó de modo significativo la implantación convencional (de entonces y de ahora), de los componentes principales de la movilidad funcional.

Hay que decir, además, que en el caso de los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación de un convenio colectivo – por tratarse de trabajadores con algún nivel jerárquico o de confianza o, excepcionalmente, de una actividad o profesión novedosa, aún no sindicalizada o que todavía no logró concertar un convenio colectivo para sí – el grado de polivalencia a que queda sujeto su desempeño ha de

fijarse en su contrato individual sin que de la ley emerjan en tal caso otras limitaciones que las del debido ajuste a lo que se hubiere pactado, desde una lectura sujeta a los principios de razonabilidad y buena fe. El principio de la polivalencia ha quedado instalado en las empresas, y las relaciones con este personal “fuera de convenio” también tienden a reflejarlo.

Régimen legal de los salarios

El ordenamiento legal argentino (en particular, la LCT) regula de modo minucioso todo lo relativo al pago de las remuneraciones (forma de pago, plazos y períodos, lugar y tiempo de su efectivización, adelantos, retenciones y deducciones, pagos en mercadería, recibos, libros y otros mecanismos de instrumentación de los pagos). Todo ello con el objeto de garantizar la efectiva, oportuna e íntegra percepción de los salarios por parte de los trabajadores, esto es, para hacer efectivo el principio de la intangibilidad del salario.

La LCT, en cambio, tiene un protagonismo sensiblemente menor a la hora de definir la estructura y monto de las remuneraciones. Establece, eso sí, el modo de fijación del denominado Salario mínimo, vital y móvil (SMVM), cuya determinación la ley 24013 puso en manos del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil, integrado por 16 representantes de los empleadores y otros tantos de los trabajadores, y por un presidente designado por el Ministerio de Trabajo. Entiéndase por SMVM la menor remuneración que debe percibir en efectivo un trabajador sin cargas de familia en su jornada de trabajo “...que le asegure asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”. El SMVM es pues el salario mínimo a que tiene derecho todo trabajador en relación de dependencia, cualquiera sea su categoría o adscripción profesional; lejos de satisfacer todos aquellos requerimientos de suficiencia, hay que decir no obstante que el SMVM ha evolucionado de modo significativo en los últimos años, y alcanza a partir de diciembre de 2007 a la suma de \$980 mensuales (algo más de u\$s300)⁵⁹.

La ley impone, además el pago del sueldo anual complementario (SAC), un virtual “treceavo salario” que se paga por mitades en dos cuotas con vencimientos respectivos el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año.

En lo demás, la determinación de la estructura de los salarios y la fijación de sus montos queda deferida a las diversas expresiones de la autonomía (colectiva e individual). En el caso de los trabajadores que pertenecen a categorías profesionales que cuentan con representación sindical, sus mínimos salariales – en monto y composición – se fijan en los convenios colectivos de trabajo, que se actualizan periódicamente. Por sobre esos mínimos salariales, trabajador y empleador pueden establecer montos mayores u otras formas o conceptos remuneratorios, fijos o variables. En el caso de los trabajadores no alcanzados por un convenio colectivo, sus remuneraciones se pactan libremente en el contrato individual, sin otro límite que el del SMVM, por cierto irrelevante para aquellos trabajadores cuya exclusión del convenio colectivo responde a sus funciones jerárquicas o de confianza.

Una de las técnicas de flexibilización económica de los salarios – de reducción de los costos que de ellos derivan – puesta en práctica durante los '90 ha sido la de la denominada “desvalorización”, consistente en el tratamiento de conceptos o tramos del salario como si no lo fueran. La privación de su naturaleza salarial determina que esos importes “desalarizados” no sean considerados como base para determinar los aportes y contribuciones destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social, ni se computen para el cálculo de indemnizaciones, compensación de vacaciones, salarios de enfermedad, SAC, horas extraordinarias ni otros créditos que se generan como consecuencia del contrato de trabajo, reduciendo de ese modo los costos emergentes de la legislación laboral y de los convenios. De ese modo, el artículo 103 bis de la LCT considera “beneficios sociales” y, por consiguiente, de naturaleza no salarial a prestaciones tales como los servicios de comedor de la empresa, los vales de almuerzo hasta un tope máximo por día de trabajo, los vales alimentarios y canastas de alimentos otorgados a través de empresas

⁵⁹ Su importe había permanecido sin cambios durante toda la década de los '90 y primeros años de la siguiente en un valor nominal de \$200.

habilitadas por la autoridad de aplicación (sobre este concepto volvemos luego), los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asuma el empleador, la provisión de ropa de trabajo y otros elementos de indumentaria y equipamiento del trabajador, los gastos de guardería y sala maternal para los hijos de los trabajadores cuando el empleador no cuenta con esas instalaciones, la provisión de útiles escolares para los hijos del trabajador, el pago de cursos o seminarios de capacitación y especialización y el pago de los gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador.

Consideración especial merecen los vales alimentarios y canastas de alimentos que el art.105 bis que, en el marco de la técnica precedentemente descrita, autorizaba a los empleadores a suministrar a los trabajadores por intermedio de empresas expresamente habilitadas al efecto: se trata de la provisión de cajas de alimentos o de vales o alimentarios (“tickets canasta”) para atender “...parcial o totalmente el suministro o la compra de un conjunto de productos básicos de la alimentación”. Esos suministros o vales no podían exceder en su valor el del 20 % de la remuneración bruta del trabajador⁶⁰, no tenían carácter remuneratorio “...a los efectos del derecho del trabajo y de la seguridad social, ni a ningún otro efecto...”. Como surge a luces vista, la norma que evocamos “desala rizaba” un concepto de naturaleza indiscutiblemente salarial, en tanto contribuye a la provisión de la alimentación del trabajador y su familia, destino este natural, primero y frecuentemente único del salario. De tal modo, el concepto “desala rizado” no se computaba para la determinación de los diversos créditos laborales del trabajador (tales como el SAC, los salarios de vacaciones y enfermedad, y las indemnizaciones por despido, entre otros) ni conllevaba la obligación de cotizar a la seguridad social, afectando la formación de su capital individual (sistema privado), el computo de los promedios remuneratorios (sistema público, y privado en cuanto a la prestación compensatoria) y, en conjunto, la financiación del sistema público⁶¹. Entre los conceptos “desala rizados” enunciados en el artículo 103 bis de la LCT (véase, párrafo precedente), éste, que se desarrollaba en el artículo 105 bis es el que había sido objeto de los más enérgicos juicios de reproche en la literatura especializada; la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, a su vez, le juzgan violatorio del Convenio 95 de esa organización internacional, que fuera ratificado en su oportunidad por Argentina. Hay que decir que los incisos del artículo 103bis que incluían a esta prestación – los ticket-canasta – y a los vales para almuerzo entre los “beneficios sociales” de naturaleza no remuneratoria, acaban de ser derogados mediante la ley 26341 por lo que, tras el período de gradual transición fijado en esta ley, los importes de estas prestaciones recuperarán su natural condición salarial.

Ciertamente, uno de las alternativas remuneratorias que mejor satisfacen las demandas empresarias de flexibilidad interna (y numérica), es el de las diversas formas de remuneración variable: comisiones individuales y colectivas, salarios por unidad de obra, participación en las utilidades individual o colectiva, premios y adicionales (por rendimiento, productividad, calidad, puntualidad, asistencia, etc.). Hay que decir que, en tanto se asegure la satisfacción de los mínimos salariales impuestos por la ley (SMVM) y los convenios colectivos, la ley argentina no pone restricciones a la utilización de modalidades variables del salario, se fijen ellas en los convenios colectivos o en los contratos individuales. Pocas son las previsiones legales que regulan su utilización⁶² y, a su vez, el ordenamiento ofrece algunos criterios para su consideración en la determinación de ciertos créditos del trabajador⁶³.

⁶⁰ Del 10 % de la remuneración bruta, en el caso de los trabajadores no incluidos en convenios colectivos de trabajo.

⁶¹ Sólo se encuentra gravado por un impuesto del 14 % sobre el valor de esos “Tickets canasta” que se aplica a la financiación de las asignaciones familiares.

⁶² Por ejemplo, en el caso de los trabajadores a comisión el artículo 108 prescribe que la misma ha de liquidarse sobre las operaciones concertadas, en el art. 109, referido a las comisiones colectivas se determina que su distribución debe hacerse de modo tal que beneficie a todos los trabajadores, según el criterio fijado para medir su contribución al resultado económico obtenido. En materia de participación de las utilidades, se establece que las mismas se liquidarán sobre utilidades netas (art. 110). Probablemente, esos textos merezcan ser considerados como normas meramente supletorias, esto es, desplazables por la voluntad de las partes, adoptada a nivel individual o colectivo. El art 112, a su vez, prescribe que las tarifas del destajo deben garantizar que lo que pueda percibir el trabajador en una jornada de trabajo (entiéndase, mediando una prestación o esfuerzo normal) no sea inferior al básico establecido en la respectiva convención colectiva de la actividad (o en su caso al SMVM), para esa jornada.

⁶³ Para la determinación de la retribución durante el período de vacaciones, el art. 144, establece que en el caso de remuneraciones variables, debe establecerse el promedio de los sueldos devengados durante el año calendario al que correspondan esas vacaciones o, a opción del trabajador, durante los últimos 6 meses de prestación de los servicios. En el caso de enfermedad o accidente inculpable, para la determinación de la remuneración a satisfacer durante el tiempo en que el trabajador se encuentre impedido de trabajar, las

La jornada y el tiempo de trabajo

La ley 11544, que data de 1929, y la LCT en sus artículos 196 y siguientes, regulan la jornada de trabajo de modo tradicional, siguiendo los lineamientos del Convenio 1 de la OIT; se trata de la jornada de 8 horas diarias o 48 horas semanales⁶⁴, fórmula que por su diseño admite una distribución desigual del tope semanal y, por lo tanto, la posibilidad de exceder la jornada diaria de 8 horas aunque, como se estableciera en su reglamentación, en no más de 1 hora diaria⁶⁵. La ley prevé también una jornada nocturna reducida (de 7 horas diarias) y para trabajos insalubres declarados tales por la autoridad de aplicación, de 6 horas diarias o 36 horas semanales⁶⁶.

A comienzos de los '90, sin embargo, la ley 24013 (Ley Nacional de Empleo), modificó el artículo 198 de la LCT, introduciendo un breve párrafo que textualmente dice: “Estos últimos (alude a los convenios colectivos) podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedios, de acuerdo con las características de la actividad”. Se incorpora de tal modo en la regulación legal de la jornada un componente relevante de flexibilidad que es el de la jornada flexible o jornada modulada, bien conocido en la experiencia comparada que, en tanto la habilite un convenio colectivo de trabajo, permite una mayor extensión de la jornada diaria y/o semanal durante un cierto período de tiempo, a reserva de que la misma sea promediadamente compensada durante otro período por una jornada más corta, de modo que el promedio del período total considerado no exceda de las tradicionales 8 horas diarias o 48 horas semanales. Hay que decir que la ley no indica el período máximo sobre el cual realizar el cómputo promediar, por lo cual bien podría referirse, por ejemplo, a un bimestre, un trimestre, un semestre o un año de extensión; es evidente que cuanto más extenso es el período de referencia, mayor es el grado de flexibilidad en la fijación de la jornada, y que la práctica comparada no parece admitir plazos superiores a un año. La ley no fija tampoco un tope diario, por lo que debe entenderse que la jornada diaria en un régimen modulado no puede exceder de las 12 horas, puesto que otras tantas constituyen el descanso mínimo que debe asegurarse al trabajador entre la conclusión de una jornada y el comienzo de la siguiente.

Va sin decirlo que un régimen de modulación de la jornada o jornada flexible configura un notable espacio de flexibilidad interna y numérica para el empleador, quien puede maximizar la utilización de su fuerza de trabajo durante los tiempos en que el comportamiento de los mercados de productos así lo requieren, compensándolo durante los tiempos en que los requerimientos son menores y, por lo tanto, sin necesidad de pagar aquella mayor utilización como trabajo extraordinario.

Durante los '90 los convenios colectivos – especialmente, los convenios de empresa – hicieron amplia utilización de esta técnica convencional. La pérdida de impulso, e incluso reversión, del proceso de flexibilización sobrevenido desde el desencadenamiento de la gran crisis argentina de comienzos de siglo y ciertas restricciones provenientes del nuevo régimen de la negociación colectiva que introdujera la ley 25877 a partir de los primeros meses de 2004, explican una menor utilización de esta técnica aún vigente de disponibilidad colectiva en materia de jornada de trabajo; sin embargo hay todavía hoy, en el marco de la limitada incidencia de la negociación colectiva no salarial de los últimos años, manifestaciones de utilización de la jornada promedio. Según puede advertirse en el cuadro que sigue, en la ronda negociar de 2006 se registran 12 negociaciones en materia de “Jornada Promedio”, entre un total de unas 140 que se ocupan de distintos aspectos relativos a la jornada de trabajo y los descansos.

remuneraciones variables se computaran de acuerdo con el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios. Para la liquidación de la indemnización por despido, el artículo 245 desestima “prima facie” el criterio promedial, al establecer que aquella se liquidará según la mejor remuneración normal y habitual devengada durante el último año; ello significa que la varianza salarial se resuelve en este caso a favor del monto mensual más significativo, salvo que su percepción hubiere estado teñido por una nota de anormalidad o inhabitualidad (que su percepción en ese monto pudiere reputarse extraordinaria).

⁶⁴ Puede aquí percibirse una sutil diferencia con su texto inspirador (el del citado convenio internacional), en el que la jornada tiene como límites las 8 horas diarias “y” las 48 horas semanales. Va de suyo que la fórmula argentina (8 horas diarias “o” 48 horas semanales) es más flexible, en tanto permite una distribución desigual de la jornada en el curso de la semana.

⁶⁵ El régimen torna pues admisible, como ejemplo, una jornada de 9 horas diarias de lunes a viernes, y 3 horas el sábado por la mañana.

⁶⁶ La ley prevé también los criterios para calcular la extensión de las jornadas mixtas, es decir, aquellas que, por ejemplo, comienzan en horario diurno y se prolongan en horario nocturno o que incluyen prestaciones insalubres durante una parte de la jornada, junto a otras que no lo son, durante el resto de ella.

CUADRO 5
REGULACIÓN DE LA JORNADA LABORAL
A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Cláusulas	Negociaciones
Jornada promedio	12
Turnos Fijos o Rotativos	50
Jornada Insalubre	0
Jornada reducida o a Tiempo Parcial	26
Modificación de la Jornada	11
Fraccionamiento de Vacaciones	41
TOTAL	140

Fuente: Observatorio de Derecho Social de la CTA

Resta señalar aquí que la ley 24465 de marzo de 1995 consagró a texto expreso el contrato de trabajo a tiempo parcial, entendiéndose por tal aquel en el cual el trabajador presta servicios durante un número de horas al día o a la semana o el mes, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad. El trabajador que así se desempeña, tiene derecho a una remuneración proporcional a la que de acuerdo a la ley o el convenio colectivo le corresponde a un trabajador a tiempo completo incluido en la misma categoría o puesto de trabajo. En verdad, esta modalidad contractual estaba disponible antes de la sanción legal, pues nada impedía la contratación de un trabajador por una parte de la jornada, con derecho a la percepción proporcional de la remuneración; lo que la ley vino a introducir es la posibilidad de proporcionalizar también las cotizaciones a la seguridad social, criterio que no era hasta entonces admitido ni por los organismos de recaudación ni por la jurisprudencia. De este modo, la ley 24465 facilita y de ese modo flexibiliza el acceso a esta alternativa contractual.⁶⁷ Al facilitar también el acceso a las prestaciones de la seguridad social, promueve la figura y mejora su percepción social.

La modificación del contrato de trabajo individualmente acordada

Fue histórico y tradicional criterio prevaleciente en Argentina el de que las condiciones de trabajo pactadas en el contrato individual entre trabajador y empleador “por encima” de las normas de la ley y de los convenios colectivos (esto es, mejorando los niveles de tutela establecidos en las normas generales) o “por afuera” de aquellas normas (es decir, estableciendo condiciones no previstas en ellas), podía también modificarse incluso “in puéis” (a la baja) respecto de las condiciones contractuales anteriores, si el trabajador prestaba conformidad a acuerdos tales, y siempre, desde luego, que ese acuerdo no condujera a establecer condiciones menos favorables que las que establecen con efecto imperativo las leyes y los convenios colectivos.

Esa prácticamente pacífica perspectiva jurisprudencial (que la doctrina tendía también a aceptar), fue puesta en cuestión en los últimos años de la década de los '80 por alguna jurisprudencia de la Sala VI Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (el recordado caso “Varían c/Mercedes Ven”) que desencadenó un intenso debate doctrinario y también jurisprudencial: mientras unos reivindicaban el criterio “tradicional” (las condiciones fijadas en el contrato que superan los mínimos fijados en leyes y convenios pueden revisarse de común acuerdo incluso a la baja), otros defendían aquel nuevo criterio jurisprudencial en cuyos términos el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador no se limitaría a aquellos consagrados por las normas generales, sino que se extendería también a los beneficios que por encima de aquellos se hubieran pactado en el contrato individual⁶⁸; de tal modo, una vez logrados beneficios tales, el trabajador no podría renunciar a su preservación.

⁶⁷ A su vez, para facilitar el acceso a las prestaciones de la seguridad social por parte del trabajador a tiempo parcial, la misma ley prescribe la unificación de los diversos aportes en caso de pluriempleo y, en el caso de las prestaciones de salud, el derecho del trabajador de elegir entre las obras sociales a las que se destinarán los aportes de tal modo unificados. Se prevé, incluso, la posibilidad de que el Estado aporte los fondos necesarios para completar el acceso a una cobertura satisfactoria de salud.

⁶⁸ Un criterio intermedio que en un primer momento le tocó expresar al autor de estas líneas, afirmaba la validez de los acuerdos que reducían las mejores condiciones pactadas en el contrato individual de trabajo pero, en atención al hecho de que la aceptación por parte

Hacia fines de 1986 la cuestión pareció saldada por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que revocó aquel fallo de la Sala VI, y pareció inclinarse por el criterio que denominamos “tradicional” (empleador y trabajador pueden acordar una modificación “a la baja” de las mejores condiciones pactadas en el contrato individual) poniendo transitoriamente término al debate.

Sin embargo, años después (en este caso, desde los últimos de los '90), nuevos fallos de tribunales inferiores replantearon la tesis de la irrenunciabilidad de las mejores condiciones del contrato individual, y el notable cambio en la composición del Alto Tribunal que se operó en los últimos años, volvió a abrir un espacio de incertidumbre en esta materia; hasta tanto la Corte en su nueva composición no se pronuncie sobre el tema, nada podrá decirse con certeza acerca de la validez este tipo de acuerdos.

El ordenamiento argentino y la flexibilidad interna; evaluación crítica

Como queda dicho, el *ius variandi*, derecho tradicional del empleador de modificar unilateralmente ciertas condiciones de trabajo, se encuentra sujeto a severas restricciones y, por lo tanto, habilita muy limitadas cotas de flexibilidad interna. No obstante, son los convenios colectivos de trabajo los que poseen “la llave” para abrir espacios mayores de polivalencia y movilidad funcional; es atribución prácticamente exclusiva de esa fuente normativa la de definir las categorías profesionales, y cuanto más reducido sea su número y más amplio su contenido, mayor correlativamente el espacio de movilidad funcional disponible al interior de cada una de ellas (el *ius variandi* adquiere potencialidad mayor, en tanto habilita cambios en tareas y funciones sin que conlleven necesariamente una inadmisibles modificación en la categoría del trabajador). En la práctica, los convenios colectivos concertados durante los '90, especialmente los de ámbito empresarial (que no fueron pocos pero que, en conjunto, tienen una cobertura reducida, hay que decirlo), incursionaron activamente a instancia empresarial en ese cometido y de algún modo – aunque con una incidencia todavía menor – siguieron haciéndolo en los últimos años, en las limitadas dimensiones de una negociación colectiva activamente relanzada en materia salarial pero fuertemente limitada en la incorporación de otros contenidos. En cuanto a los trabajadores “fuera de convenio”, como se expresó antes, la posibilidad de la introducción de la movilidad y polivalencia funcionales está básicamente deferida a la libertad contractual y a la interpretación de la voluntad de las partes y puede tener, por lo tanto, espacios mayores.

No hay en materia salarial restricciones legales significativas para la fijación de la estructura y monto de las remuneraciones ni para la introducción de modalidades retributivas variables. Con la matizada excepción del SMVM, tarea tal se encuentra de modo predominante en manos de la autonomía colectiva y, en cuanto se superen sus mínimos o en los ámbitos no alcanzados por aquella, en manos de la autonomía individual. El ordenamiento argentino se ha servido también de la “desalarización” de algunos conceptos (se trata de los casos en los que la propia ley trata a un concepto de naturaleza salarial como si no lo fuera), técnica que si en algunos casos ha servido para liberalizar de modo estimulante, en tanto “beneficios sociales” algunas prestaciones de los empleadores que merecen ese tratamiento (sirvan de ejemplo los comedores gratuitos o subsidiados en las empresas), en otros casos, como en el de los denominados “ticket-canasta” o vales alimentarios, han producido notables malformaciones instrumentales, altamente susceptibles a las prácticas de corrupción.

La ley ha habilitado también un espacio notable de flexibilidad laboral en materia de jornada de trabajo, al legitimar la introducción de la modulación de las jornadas de trabajo y, en especial, de las “jornadas promedio”, por medio de los convenios colectivos. Esta práctica, también generalizada en la negociación colectiva por empresa de los '90 y con algunas manifestaciones más recientes, depende también ciertamente del modo en que evolucione la negociación colectiva en los tiempos por venir.

del trabajador de condiciones menos favorables escapa a sus naturales expectativas – al orden natural de las cosas - sostuvo que correspondía presumir que el trabajador que de tal modo consentía la minoración de sus condiciones de trabajo estaba padeciendo los efectos de un vicio de su voluntad o del propio acto jurídico y, por consiguiente, que correspondía al empleador la prueba de que ello no era así (una inversión de la carga probatoria, por lo tanto). Con posterioridad, alguna jurisprudencia hizo propio este criterio (Conf., Goldin, Adrián, “Contrato de trabajo y renuncia de derechos” Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1987).

Puede pues afirmarse, a modo de conclusión, que para instituciones tan relevantes como las categorías profesionales, los salarios y la jornada de trabajo, los espacios disponibles para las prácticas de flexibilidad interna dependen de modo significativo del régimen, desempeño y cobertura de la negociación colectiva, tema a cuyo ulterior tratamiento me remito. Subsiste además una cuestión no resuelta en relación con el ejercicio de la autonomía individual, aún en el espacio legitimado de las condiciones superiores a las que fijan las normas generales de la ley y del convenio colectivo; el debate aún no cerrado acerca de la validez de la modificación en sede individual y “a la baja” de las mejores condiciones establecidas en el contrato individual de trabajo, priva de certidumbre a ese ejercicio.

IV. Sobre las relaciones colectivas de trabajo

1. Los sindicatos

Su régimen legal

Es por cierto una obviedad afirmar que los sindicatos pueden hacer aportes relevantes para el fortalecimiento del derecho social y la efectividad de sus normas e instituciones y las condiciones de seguridad de los trabajadores. Sólo a modo de ejemplo, además de su indiscutible protagonismo en la reivindicación colectiva y la tarea de producción de normas, hay que evocar su rol de acción y representación al interior de las empresas, cuando coprotagoniza la gestión misma de las relaciones laborales, insta la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas (de modo directo o actuando como denunciante ante la inspección del trabajo), asume la representación de los trabajadores en las reclamaciones individuales o pluriindividuales; cuando se sirve, en suma, de las técnicas de la participación, la negociación y el planteo del conflicto en el nivel de la empresa.

No menos significativa es la labor que compete a las organizaciones sindicales en niveles supraempresariales y, en especial, en las instancias políticas superiores en las que se materializan las formas más abarcativas del diálogo social, se formulan las políticas públicas y se definen las opciones legislativas. Va de suyo que cuánto más eficaces se muestren las organizaciones sindicales – especialmente las de los niveles superiores – en la ejecución de esos cometidos, mayor ha de ser el grado de pertinencia social y económica de los acuerdos, las políticas, las normas y las instituciones que de tal modo se produzcan.

Ni que decir hay, pues, que el rol de los sindicatos es fundamental a la hora de afrontar las demandas cruzadas de seguridad por parte de los trabajadores y las de flexibilidad que plantean por su parte los empresarios.

Esa brevísima introducción acerca de lo que en verdad es obvio, no se propone sino poner en contexto una perspectiva crítica acerca de los modos de organización y acción sindical imperantes en la Argentina. Por expresar en muy pocas palabras lo que demanda un debate mucho más profundo y extendido⁶⁹ (inaccesible en esta oportunidad), hay que decir que el ordenamiento que regula la organización sindical vigente en la Argentina ha dado lugar un régimen de sindicato único impuesto por la ley y habilitado en cada caso por el gobierno (por el Ministerio de Trabajo), basado en la aceptación de una acentuada intervención del Estado, una fuerte concentración sindical, un excluyente ejercicio de la representación al interior de la empresa y una estructura interna cupular y rigurosamente verticalizada.

El régimen de unidad sindical, en efecto, no es en Argentina – como sí sucede en otras experiencias – el producto de la libre voluntad de los trabajadores y de sus dirigentes, sino una determinación de la ley: sólo un sindicato en cada ámbito de actuación puede acceder al reconocimiento administrativo que le confiere el Ministerio de Trabajo – la personería gremial - y sólo el sindicato que goza de esta última condición puede ejercer, en su condición de exclusivo titular para ese ámbito específico, la mayoría de las atribuciones que son propias de su condición (entre otras, representar el interés colectivo de la categoría, celebrar convenios colectivos, declarar la huelga y participar en procedimientos de composición, representar a los trabajador afiliados y no afiliados en cada empresa, gozar de protección contra las represalias del empleador, administrar sus obras sociales, etc.)⁷⁰. Los otros hipotéticos sindicatos que se formen en ese mismo ámbito y no accedan, por lo tanto, a la personería gremial, estarán privados de todas esas facultades; en palabras de uno de los más distinguidos constitucionalistas argentino (Germán Bidart Campos), el sindicato simplemente inscripto que debe convivir con un sindicato con personería gremial existente en el mismo ámbito es virtualmente un no sindicato.

Conviene agregar que, además, el sistema argentino de relaciones laborales no se ha estructurado a partir de la representación sindical en las empresas ni, por ende, a partir de las relaciones que se sustancian en ese ámbito, sino desde la instancia de la formación de sindicatos supraempresariales y del acto individual de afiliación a los mismos.

Desde esa perspectiva, me parece pertinente formular unas pocas inferencias relativas a las dificultades que debilitan el aporte sindical para incrementar la efectividad del sistema de protección socio-laboral – el componente de seguridad de los trabajadores, visto esta vez desde la lógica que da motivo a este documento y, correlativamente, contribuir a procesar los requerimientos empresarios de flexibilidad. Inferencias para las que no pretendo, precisamente por la precariedad de su presentación, otra condición que la de meras hipótesis:

- a. El modo de construcción del sistema argentino de relaciones laborales y la estructura de su modelo de representación sindical no reconoce su eje matriz en el nivel de la empresa lo que, sin perjuicio de las ventajas representativas que cabe atribuir a los criterios supraempresariales de organización,⁷¹ lo cierto es que ha limitado la aptitud de los sindicatos para instar desde allí la efectividad en la aplicación de las normas e instituciones del trabajo.
- b. La estrecha relación que el sindicalismo mantiene con el Estado (por adhesión o por rechazo)⁷² compromete su autonomía y por ende la eficacia tutelar de su intervención a la hora del ejercicio del diálogo social y otras formas de participación en el diseño de las políticas públicas.

⁶⁹ Debate al que he dedicado el libro “El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en la Argentina”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

⁷⁰ Es por ello, entre otras razones, que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y el Comité de Libertad Sindical ponen en cuestión de modo recurrente al régimen sindical argentino.

⁷¹ Ver mi “Estructura de la negociación colectiva” publicado en DT 1994 – B pág. 1347 y siguientes, en especial, ap. 3.2 “Centralización o descentralización; ventajas y desvalores” (Pág. 1361).

⁷² Ese modo de construcción del modelo sindical y el fuerte intervencionismo estatal consecuente, habrían de dar lugar a un sindicalismo caracterizado por una íntima vinculación de pertenencia con el Estado, en el que se inserta (según la contingente relación de fuerzas)

- c. El descripto régimen de organización sindical – de virtual sindicato único por ámbito de actuación – favorece un estilo de conducción verticalizado y cupular que limita la participación de los afiliados en la vida sindical, dificulta el acceso a los congresos o asambleas, restringe la participación en los procesos electorales, debilita las representaciones sindicales en las empresas y compromete el control social de la conducta de los dirigentes. La natural y tantas veces descripta tendencia a la oligarquización de las conducciones no encuentra atenuantes sino exaltación en el régimen sindical argentino y profundiza las carencias de las que dan cuenta los apartados anteriores.⁷³

La estructura sindical

Argentina registra un alto número de sindicatos (2716) de los que aproximadamente el 50 % gozan de personería gremial y otros tantos carecen de ella (estos últimos, simplemente inscriptos, no expresan en su mayoría un fenómeno de pluralidad sindical – no conviven con un sindicato con personería gremial – sino que aspiran a adquirir ellos mismos esa condición). El detalle actual es el que sigue:

CUADRO 6
SINDICATOS CON PERSONERÍA GREMIAL Y SIMPLE INSCRIPCIÓN

Total		Personería Gremial	Simple Inscripción
Primer Grado	1335	1381	2716
Segundo Grado	78	17	95
Tercer Grado	6	9	15
TOTAL	1419	1407	2826

Fuente: Observatorio de Derecho Social de CTA sobre información base de datos del MTEySS, inscripción en la DNAS en el año 2007.

Pese a ese tan significativo número de sindicatos, puede afirmarse que se trata de una estructura sindical altamente centralizada; en una estimación efectuada hace algunos años se constataba que el 6 % de las entidades de primer grado agrupaban al 75 % de los trabajadores sindicalizados, mientras que otro 75 % de dichas entidades reunían, en conjunto, a menos del 10 % de los trabajadores⁷⁴. Si bien, como queda dicho, esa estimación no es actual, esa tendencia de centralización no parece haber cambiado de modo sustantivo.

como dominante o dominado, pero al que en todo caso necesita "propio" y adicto. Se trata, pues, de un sindicalismo estatista, condición que se manifiesta tanto cuando confronta con un gobierno al que no considera "propio" -porque esta confrontación se dirige centralmente a acceder con "su" partido al ejercicio del poder - como cuando se incorpora y mimetiza con el aparato esta vez "propio" del estado, sometándose - y depreciándose - como protagonista dominado o, por el contrario, si la relación de fuerzas lo permite, ocupándolo en posición dominante. Esa condición y, como derivación de ella, su propia historia, contribuyen a explicar que el sindicalismo argentino haya priorizado la acción política en los máximos niveles de decisión, que centre el grueso de sus expectativas en los resultados que gestiona en esa instancia y, en consecuencia, que asigne una trascendencia menor a las diversas manifestaciones de la acción sindical en los niveles inferiores. (Conf. Jean Bunel, en "Pactos y Agresiones. El sindicalismo argentino ante el desafío neoliberal". Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 1992, con cita de Pizzorno, atribuye ese exceso de compromiso "estatista" del sindicato a la inseguridad e inestabilidad de la condición salarial y a la ausencia de poder obrero en el taller. En ese marco, sostiene, es probable que los trabajadores organicen un sindicalismo muy estructurado en el cual los dirigentes tienen gran ascendiente sobre las bases. Es en virtud de esa función política del sindicalismo argentino, agrega Bunel, que los dirigentes sindicales se sienten cuestionados y amenazados cuando la movilización de los trabajadores se apoya en la conciencia de clase, en la confrontación con los empresarios o en las realidades laborales. Esto, dice el sociólogo francés, se siente como una subversión de la función política del sindicato argentino. Cabe, sin embargo, preguntarse – y yo me lo pregunto - si la debilidad en el lugar de trabajo está entre las causas o, por el contrario, entre las consecuencias del régimen de organización sindical imperante en la Argentina.

⁷³ Manifestación de la indicada debilidad del sindicalismo en la empresa lo constituye el hecho de que sólo en el 12 % de las empresas existen delegados de personal, y el 44 % de los establecimientos no hay afiliados a la organización sindical. La ley 25877 en su artículo 18 había prescripto, retomando en esto disposiciones de la derogada ley 25250, que cuando un sindicato de nivel superior al de empresa – casi todos los actuantes en la experiencia argentina – negociara un convenio colectivo de empresa, debía participar en esa negociación un cierto número de delegados del personal designados en la empresa de la que se tratara; en la práctica, "...sólo el 37 % de las negociaciones por empresa homologadas entre 2006 y 2007 han contado con la participación de los representantes directos de los trabajadores, por lo que la mayoría de las negociaciones siguen siendo desarrolladas exclusivamente por el sindicato con personería gremial de nivel superior (federaciones y uniones)..." (Observatorio de Derecho Social CTA, en artículo publicado en la revista Debate & Trabajo No. 2 Federación de Trabajadores de la Industria y afines (FETIA – CTA).

⁷⁴ En mi "El Trabajo y los Mercados; sobre las relaciones de trabajo en la Argentina", EUDEBA, 1997, página. 63.

Finalmente, una estimación de la tasa de sindicalización en la Argentina, a partir de las encuestas de hogares, daba para 1990 y 2001 tasas respectivamente del 49 y 42%.⁷⁵

2. La negociación colectiva

El régimen legal

El vigente régimen legal de la negociación colectiva, en los términos fijados por la ley 25877 sancionada en el año 2004 establece que:

- a. Son partes del convenio, de una parte, el sindicato con personería gremial (otorgada, como se informara antes por medio de un acto administrativo del estado), acto éste en el que se define la unidad de representación – la categoría profesional – cuya representación inviste aquél. Del lado de los empleadores, si se trata de una negociación supraempresarial el sector ha de estar representado por un grupo de empresas y/o una o más asociaciones profesionales de empresas, cuya aptitud representativa (la del conjunto empresario), se define también mediante un acto administrativo del propio Ministerio del Trabajo concebido esta vez para cada concreto episodio de negociación (en otras palabras, ese acto administrativo define la unidad de representación del referido grupo empresario para esa específica negociación).
- b. La unidad de contratación y el consiguiente ámbito de aplicación del convenio colectivo resulta del espacio de superposición entre ambas categorías, esto es, del tramo de categoría profesional en el cual coinciden la aptitud representativa del sindicato y del conjunto empresario.
- c. El convenio colectivo tiene efectos “erga omnes” esto es, incluye y obliga a la totalidad de los trabajadores (afiliados o no) y de los empresarios (integren o no el grupo que negocia el convenio y sean o no miembros de las asociaciones empresarias firmantes), en tanto esté incluidos en la unidad de contratación definida en el punto anterior.
- d. Si se trata de un convenio colectivo de trabajo de nivel superior al de empresa, su entrada en vigencia está condicionado a la previa emisión de otro acto de intervención estatal, el de la homologación del convenio, que el Ministerio de Trabajo emitirá tras constatar que aquel no contiene cláusulas violatorias de normas imperativas ni que afecten el interés general. Los convenios de empresa, en cambio, no requieren homologación, bastando su registro, publicación y depósito.
- e. La interpretación con alcance general de la convención colectiva queda a cargo de unas “comisiones paritarias” integradas por un número igual de representantes de empleadores y trabajadores, si en el convenio se pactare su formación. En su defecto, esto es, si las partes no pactaren libremente la formación de una tal “comisión paritaria”, cualquiera de ellas podrá solicitar al Ministerio la formación de una Comisión Paritaria con aquella facultad interpretativa y otras previstas en la ley, comisión que en este caso será presidida por un funcionario designado por el Ministerio e integrada por un número igual de representantes de los trabajadores y los empleadores. Va de suyo que si se produce un “empate” en la votación – es altamente probable que todos los empleadores voten en un cierto sentido y todos los trabajadores en otro diverso - la cuestión será decidida por el representante oficial, en un nuevo acto de intervención estatal de naturaleza arbitral.
- f. La vigencia del convenio se mantiene aún después de la fecha prevista para su vencimiento, y hasta que un nuevo convenio colectivo lo sustituya (“ultraactividad”). Las partes pueden, sin embargo, pactar una distinta perduración – seguramente menor - de sus cláusulas
- g. La ley prevé que los convenios colectivos pueden celebrarse en distintos ámbitos, con niveles mayores o menores de centralización; de tal modo, puede celebrarse un convenio nacional o de cualquier otro ámbito territorial menor, un convenio intersectorial o marco, un convenio de actividad o de rama o sector de actividad, uno de profesión oficio o categoría o de empresa o grupo de empresas. La ley admite la articulación entre unidades de negociación de ámbito diferente. En caso

⁷⁵ Conf. Marshall, Adriana, “Afiliación sindical e instituciones del trabajo”, en Estudios del Trabajo, ASET, No. 32 pág. 45 quien, si bien admite que las cifras para la Argentina podrían sobreestimar algo la tasa real, se les considera en cualquier caso comparables en el tiempo.

de celebrarse un convenio colectivo de empresa por parte de un sindicato cuya personería gremial exceda de ese ámbito, la representación sindical se integrará también con delegados del personal actuantes en la empresa en un número máximo de 4 (cuatro).

- h. En tanto un nuevo convenio puede modificar sin límites (a favor de los trabajadores o también “a la baja”) otro anterior del mismo ámbito, en el caso de que el nuevo convenio colectivo fuera de un ámbito distinto, este último deberá establecer, institución por institución, condiciones más favorables al trabajador.

El régimen legal que se viene de sintetizar produjo también la derogación de la ley 25250, sancionada en abril de 2000, apartándose de las tendencias de descentralización de la negociación colectiva que esta última introducía y restableciendo el principio de la ultraactividad indeterminada de los convenios colectivos, esto es, su perduración hasta la entrada en vigencia de un nuevo convenio (la ley 25250 había limitado la ultraactividad al plazo de dos años computados a partir del vencimiento del que se pactara en el convenio y había iniciado un proceso conducente a poner término a la vigencia de convenios de gran cobertura que perduraban desde su concertación en 1975).

Hay que decir, además, que la ley 25877, restauró el sesgo centralizador del modelo histórico e introdujo a su vez algunas novedades; entre las más importantes, liberalizó en alguna medida los más férreos controles que la norma histórica establecía para el otorgamiento de la homologación (control de oportunidad), reguló de modo explícito la articulación de diversos convenios entre sí y estableció la invalidez de toda cláusula de un nuevo convenio que, concertado en un ámbito distinto al de su precedente, no estableciera, institución por institución, condiciones más favorables para los trabajadores que las que hubiera fijado este último.

Problemas de funcionamiento

El régimen legal que se viene de sintetizar suma algunos efectos distorsivos a los que de suyo derivan régimen legal de la representación sindical. Si bien el tema requeriría un despliegue hartamente cuidadoso y complejo, procuraré ponerlo en evidencia mediante un par de ejemplos suficientemente expresivos:

- Subsistencia de antiguos convenios ultraactivos. Como se explicó antes, el régimen legal de los convenios colectivos de trabajos prolonga la vigencia temporal de un convenio colectivo hasta su reemplazo por un nuevo instrumento convencional (ultraactividad). Esta técnica tiene por objeto evitar la generación de un vacío regulatorio entre el vencimiento de un convenio y la entrada en vigencia del que lo sustituye; función que se supone ha de operar durante un tiempo no demasiado extenso pero que la ley no define. En la Argentina, la negociación colectiva quedó suspendida durante la dictadura y los primeros años tras la recuperación de la democracia (entre 1976 y 1988). Reanudada la actividad negocial, muchas unidades de contratación permanecieron inactivas, excepto en relación con la tarea de actualizar las remuneraciones. Gravitaron para que así ocurriera, los profundos cambios en la economía y los sistemas de producción ocurridos en el interregno de parálisis negocial y la consiguiente necesidad – que muchos sindicatos prefirieron no asumir – de afrontar una negociación de concesiones recíprocas ajena a la cultura histórica de la negociación colectiva. Pero operó también en el mismo sentido el interés de cierta dirigencia sindical por mantener la vigencia de un sistema de contribuciones de los empleadores y de los trabajadores no afiliados a los sindicatos, subsistente por ultraactividad en los viejos convenios⁷⁶. Por unas u otras razones, siguen hasta hoy en vigencia (excepto en las estipulaciones expresadas en dinero, que han sido actualizadas una y otra vez) convenios concertados en 1975, en un contexto económico, social, tecnológico y productivo muy distinto del actual, y cuya cobertura alcanza a una parte significativa de la población asalariada susceptible de regulación colectiva. Esa anacrónica divergencia, producto,

⁷⁶ Durante el debate de la reforma de la negociación colectiva, instada en el año 2000 por el gobierno de la Alianza (radicales y sus aliados de centroizquierda) y dejada sin efecto por el gobierno justicialista en el 2004, la central sindical CGT, inicialmente en contra de aquella propuesta que ponía fin a la ultra actividad de los viejos convenios de 1975, terminó concediéndole su apoyo cuando el gobierno de entonces accedió a exceptuar al sistema de aportes de los trabajadores no afiliados a los sindicatos de la señalada caída de la ultraactividad.

entre otras razones, de las señaladas carencias representativas, determina la inevitable inaplicabilidad de buena parte de las normas de los viejos convenios. En su reemplazo operan acuerdos informales concertados entre las empresas y las comisiones internas actuantes en ellas, o bien el liso y llano ejercicio de la unilateralidad patronal.⁷⁷

- Aportes empresarios a favor de los sindicatos. En buena parte de los convenios colectivos que se conciertan en la Argentina se pactan aportes empresarios en favor de los sindicatos.⁷⁸ Esa estipulación está genéricamente prohibida por el ordenamiento legal, que por vía de excepción autoriza “...los aportes que los empleadores efectúen en virtud de normas legales o convencionales” (ley 23551, art) y que deben estar destinados a “...obras de carácter social, asistencial, previsional o cultural, en interés y beneficio de los trabajadores comprendidos en el ámbito de representación de la asociación sindical” (dec. 467/88). Esta restricción suele ser desoída, y en muchos casos los aportes empresarios se destinan a fines distintos de los que la ley autoriza. Los defensores del régimen sindical convalidan esa situación argumentando que “los sindicatos necesitan recursos para llevar adelante su actividad representativa”. Como parece evidente, no cualquier dinero es bueno para sostener la legítima y esencial actividad reivindicativa, y el de quien es contraparte en esa reivindicación, seguro que no lo es. Nadie puede ignorar, en efecto, que los aportes de los empresarios a los sindicatos expresan un tipo de intercambios que debilitan la energía reivindicativa de estos últimos (Vg., más aportes a cambio de menos condiciones de trabajo). Si se aspira a promover el equilibrio de los poderes de negociación y, consecuentemente, una negociación de verdad orientada a mejorar la protección de los trabajadores no puede haber en la negociación colectiva recursos de los empresarios aplicados a la financiación de la acción sindical. Sólo a modo de ilustración de esa tendencia, sirva señalar que en el año 2006, signado por un claro predominio de la negociación salarial (se le ilustra después), se establecieron, no obstante 281 cláusulas de aportes empresariales y de los trabajadores con destino a las organizaciones sindicales, de las cuáles 155 establecen aportes empresariales.

CUADRO 7
APORTES CONVENCIONALES OBLIGATORIOS ESTABLECIDOS
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Cláusulas	Negociaciones
Sostenimiento de la Organización	41
Fines Culturales y Sociales	82
Mutual	1
Fallecimiento y Sepelio	13
Fondo Compensador de Jubilaciones	18
TOTAL	155

Fuente: Observatorio del Derecho Social de la CTA

- Restricciones en el caso de sucesión de convenios colectivos. De acuerdo con una de las normas vigentes reseñadas más arriba, un nuevo convenio colectivo que se concierte en un ámbito distinto al del convenio anterior al que se propone reemplazar, debe necesariamente obtener condiciones más favorables a los trabajadores en cada una de las instituciones que contempla (criterio de la comparación orgánica o por instituciones). Va de suyo que norma semejante lesiona de modo insanable el principio de la preservación del equilibrio interno de cada convenio y, como su consecuencia, hace inviable todo intento de negociación de concesiones recíprocas; ningún empleador aceptaría hacer concesiones, que deberá cumplir, a cambio de concesiones sindicales

⁷⁷ Como se explicó antes, la ley 25250 procuró iniciar un proceso que permitiera poner término a esos convenios en un plazo máximo de 4 años; su derogación por obra de la ley 25877 lo impidió.

⁷⁸ En la actual ronda negocial, prácticamente limitada a la negociación salarial, entre las escasas cláusulas que abordan otros contenidos sobresalen, precisamente, las que fijan diversos tipos de aportes (de los trabajadores no afiliados, de los empresarios) a favor de los sindicatos.

cuyo cumplimiento, por expresarse en normas menos favorables que las correlativas estipuladas en el convenio anterior, no podrá requerir.

Como es natural, distorsiones institucionales y regulatorias como las descriptas exacerbaban la resistencia y el desinterés empresario “vis a vis” la negociación colectiva y contribuyen a explicar la escasa aptitud que parece tener hoy esa instancia normativa para instrumentar provechosos intercambios entre sindicatos y empresas en materia de condiciones de trabajo y otros contenidos de la negociación. Restricciones de ese tenor privan a la negociación colectiva de una mayor aptitud tanto para modernizar el acervo normativo de la tutela y seguridad cuanto para servir de canal de desarrollo equilibrado de los mecanismos de flexibilidad (particularmente interna) que habilita el ordenamiento argentino tanto en el campo de la polivalencia y movilidad funcional, como en el de la fijación de los salarios y la jornada de trabajo.

Tal vez a ello responda el estado actual de la negociación colectiva que, al socaire del crecimiento y la inflación adquiriera alto desarrollo en relación con los aspectos estrictamente salariales y, en cambio, uno significativamente menor en los otros contenidos posibles de los convenios.

La cobertura de la negociación colectiva

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social evalúa la cobertura de la negociación colectiva sólo en relación con los trabajadores registrados; según su informe acerca de la negociación colectiva en 2006,⁷⁹ sobre un total de 5 millones de asalariados registrados del sector privado, a 4,2 millones determinan sus salarios y condiciones de trabajo por medio de la negociación colectiva, 470 mil por otros mecanismos tripartitos o de consulta a los actores sociales,⁸⁰ y 358000 por negociación individual.⁸¹ De este modo, se señala en ese informe, la negociación colectiva se transforma en uno de los principales mecanismos de distribución funcional del ingreso; en 2006 se habían homologado 772 negociaciones y otras se encontraban en trámite y cubrirían en total a unos 3.500.0000 trabajadores. Entre el 2003 y el 2006, “prácticamente 4.200.000 de los asalariados del sector privado (depurando los trabajadores comprendidos en convenios colectivos que se negociaron más de una vez), tuvieron una mejora de sus ingresos por medio de la negociación colectiva”⁸² lo que importa cerca de un 84 % del universo considerado.

Desde otra perspectiva, el Observatorio de CTA, recordando el alto número de trabajadores no registrado, enfatiza el hecho de que la cobertura de la negociación colectiva apenas supera el 31% de la población asalariada y menos del 22 % de la fuerza de trabajo.

CUADRO 8
INDICADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

	a)	b)	c)	d)	e)	f)	g)
2005	2.490.000	5.583.701	44,6%	10.557.190	23,6%	15.680.807	10,5%
2006	3.500.000	6.209.479	56,4%	11.113.635	31,5%	16.002.562	21,9%

Fuente: elaboración del Observatorio del Derecho Social de la CTA, en base a datos propios y del MTE ySS.

Nota: **a)** Es el total de trabajadores incluidos en la negociación colectiva según los informes del MTEySS **b)** es el total de asalariados registrados. **c)** es la incidencia porcentual de a) en relación a b). **d)** es el total de asalariados, constituido por los registrados (2006, 6.209.479), los no-registrados (2006, 4.904.156) y los trabajadores familiares (2006, 185.553). **e)** Es la incidencia porcentual de a) en relación a d. **f)** Es la Población económicamente activa (PEA). **g)** Es la incidencia porcentual de a) en relación a f).

⁷⁹ Ver en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/negociacion/index.htm>.

⁸⁰ La Comisión Nacional de trabajo agrario a 314 mil, el Consejo Gremial de la enseñanza privada a 138000, otros, entre ellos, los trabajadores a domicilio, 20000. Esta determinación no incluye a los trabajadores del servicio doméstico, cuyas remuneraciones son fijadas por el propio Ministerio de Trabajo.

⁸¹ Son los fuera de convenio, por tratarse de trabajadores jerárquicos, de dirección o de confianza.

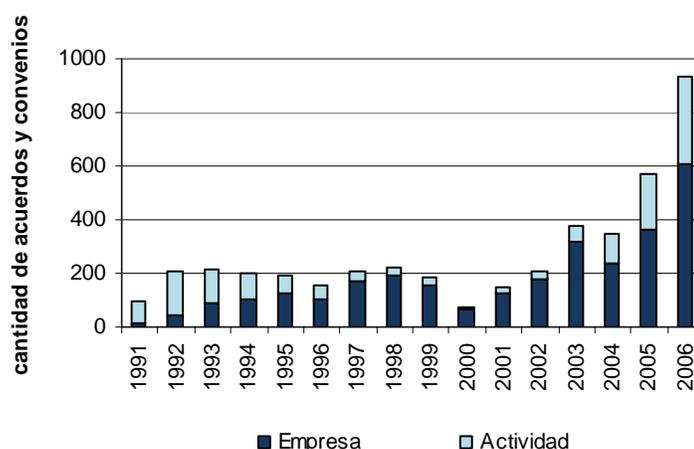
⁸² Del informe citado en nota 79, pág. 10.

En cualquier caso, esas determinaciones dan más bien cuenta de la efectividad de la negociación colectiva (de su aplicación efectiva) que acerca de su cobertura en sentido estricto. En rigor, los trabajadores no registrados que no son “fuera de convenio” están cubiertos por los convenios colectivos que incluyen a las categorías de las que forman parte, aunque su falta de registración implique que no gocen efectivamente, total o parcialmente, de los derechos consagrados en sus disposiciones.

El número, nivel y tipo de las negociaciones

Como puede apreciarse en el cuadro que sigue en los últimos 6 años, la negociación colectiva registra un crecimiento notable, si se le mira desde la perspectiva del número de negociaciones homologadas por la autoridad de aplicación.

GRÁFICO 6
CANTIDAD DE ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS HOMOLOGADOS ANUALMENTE 1991-2007



Fuente: Dirección de Estudios de Relaciones de Trabajo- SSPTyEL. Elaboración de David Trajtenberg, en base a la información sobre convenios y acuerdos colectivos homologados, provistos por la Secretaría de Trabajo - MTESS.

El gráfico precedente permite también apreciar la incidencia relativa en el número de negociaciones de empresa y negociaciones supraempresariales que se registra cada uno de los años considerados. Se advierte en él que mientras continúa creciendo el número de negociaciones de empresa, la negociación supra empresarial, que registraba números decrecientes desde 1992 hasta el año 2000/2001, comienza a partir de 2002 a retomar gradualmente su significativa presencia histórica. En cualquier caso, la cobertura de los acuerdos y convenios de actividad, si bien tienen una incidencia menor (del orden del 32 % del total) registran una cobertura notablemente más significativa.⁸³

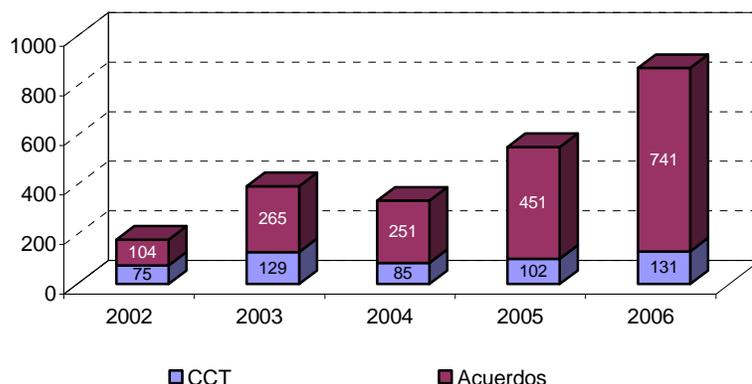
Hay que decir que esa recuperación de la negociación colectiva se circunscribe, en la amplia mayoría de los casos, a la cuestión salarial, a través de la concertación de los denominados “acuerdos colectivos”; estos son negociaciones formales y, cuando corresponde, debidamente homologadas por la autoridad de aplicación, pero que no se pretenden una regulación más o menos completa de las condiciones de trabajo del ámbito de que se trata, sino que se limitan a la regulación de alguna cuestión específica (en el período considerado, la salarial).

En el gráfico que sigue se aprecia el claro predominio de los “acuerdos colectivos” por sobre los convenios colectivos en sentido estricto; como se advierte, en el año 2006, de un total de 872 negociaciones

⁸³ Por ejemplo, en el IV trimestre de 2006, el 68,3 % de las negociaciones homologadas (acuerdos y convenios) correspondieron al ámbito de la empresa pero comprendieron apenas al 10% de los trabajadores cubiertos por los convenios y acuerdos homologados.

consideradas, 741 son “acuerdos” y sólo 131 convenios colectivos en sentido estricto; de esos totales, 546 son acuerdos o convenios de empresa⁸⁴ y 326 acuerdos o convenios de actividad. A su vez, de los 131 convenios colectivos, 48 son “supraempresariales”, y 83 de empresa. De aquellos 131, 63 corresponden a nuevas unidades negociales, 59 renuevan convenios anteriores y 7 se articulan a convenios de nivel superior.

GRÁFICO 7
NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2002-2006 SEGÚN TIPO DE NEGOCIACIÓN



Fuente: Observatorio de Derecho Social de la CTA, Informe sobre la Negociación colectiva no salarial, 2006.

Los contenidos de la negociación colectiva

Como se expresó antes, los contenidos de los acuerdos colectivos y convenios colectivos celebrados en los últimos años fueron predominantemente salariales; según informa el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social⁸⁵ los convenios colectivos y acuerdos homologados en ese período “... se concentraron en la determinación de los niveles salariales. En el 90 % de las homologaciones de 2006 y el 86 % de las de 2005 se pactaron incrementos salariales, siendo el tema que predominó en las discusiones laborales...” tanto en el sector privado cuanto en el sector público. Según se explica en el mencionado informe, la política salarial de incrementos generales de salarios por vía legal, que incidieron en un comienzo sobre los salarios básicos de convenio, fomentó la negociación colectiva, en tanto alentó a los actores sociales a negociar para adecuar esos incrementos de suma fija a las particularidades de cada empresa o sector. Además “... aprovecharon esta situación para negociar una recuperación del poder adquisitivo del salario, que había perdido parte de su poder de compra luego del marcado incremento de precios que experimentó el país en 2002... también el crecimiento de la producción, de las inversiones, de las exportaciones y del empleo generaron un nuevo marco... que sentó las bases de una negociación colectiva más equilibrada...”.

Predominaron, pues, las cláusulas salariales de distinta configuración. En un universo de 872 acuerdos y convenios homologados en el año 2006 (número establecido hacia fines de ese año, 638 incluían algún tipo de recomposición salarial; de ellos, 520 modificaban las escalas básicas, 79 establecían adicionales remunerativos y 131 también sumas “no remunerativas” o “vales alimentarios”⁸⁶. La negociación salarial en el año 2006 tendió a adecuarse a la pauta fijada por el Gobierno Nacional, que asumió la forma de una banda entre el 16 % y el 20 % de incremento respecto de los básicos anteriores.

En el marco de las negociaciones salariales – y siempre tomando como referencia los acuerdos y convenios homologados durante 2006 – se negociaron otras cláusulas económicas vinculadas al

⁸⁴ Entre ellos, 9 convenios “de crisis”.

⁸⁵ En op. cit en nota 79.

⁸⁶ Del informe sobre “La Negociación colectiva en el 2006” del Observatorio de Derecho Social” (como se explicó líneas arriba, una ley reciente dispuso restablecer gradualmente la naturaleza salarial de los importes que se entregaban mediante esos “vales alimentarios”).

cumplimiento de objetivos, beneficios sociales y otorgamiento de licencias superiores a las que prescribe la ley. De ese modo, en el evocado universo de 872 acuerdos y convenios, se registran 424 cláusulas que fijan premios,⁸⁷ 280 que imponen adicionales generales⁸⁸, 63 referidas a beneficios sociales⁸⁹ y 88 que mejoran la extensión de las licencias⁹⁰.

En mucha menor medida – y siempre para aquellas 872 unidades negociales de 2006 - se incorporaron otros contenidos tales como jornada (140 cláusulas), organización del trabajo (136 cláusulas), modalidades de contratación (58 cláusulas) relaciones laborales (310 cláusulas) y aportes y contribuciones a los sindicatos (281 cláusulas). Algún desarrollo adicional efectuamos sobre estos contenidos cuando tratamos los temas de polivalencia y movilidad funcional, jornada de trabajo y asociaciones sindicales.

La negociación colectiva y la evolución de los salarios

Tal vez el rasgo más saliente de la reciente negociación salarial, además de su ya referida intensidad, sea el proceso de convergencia que esos salarios de convenio experimentaron con los salarios efectivamente pagados y consiguiente reducción de la amplia brecha entre ambos que se generara desde los comienzos de los '90⁹¹, producto, ciertamente de la revitalización de la negociación colectiva salarial y la recuperación del poder de conflicto de los sindicatos que menguara sensiblemente durante los '90 tanto por razones políticas – la relación de los sindicatos con el gobierno entonces en el poder – como por la difícil situación por la que transitaba el mercado de trabajo, en particular en relación a sus indicadores de empleo y desempleo. Ese proceso de estrechamiento entre ambos niveles salariales limita sensiblemente el espacio de discrecionalidad e individualización del salario del que dispusiera el empleador durante los '90; del espacio de flexibilidad salarial, por lo tanto⁹².

El gráfico 8 muestra la relación entre el promedio de los salarios conformados de convenio y las remuneraciones efectivas de los asalariados privados, en términos de la evolución mensual entre 2001 y 2006 del % que representa el salario de convenio sobre las remuneraciones.

⁸⁷ Como los de presentismo, rendimiento, etc.

⁸⁸ Por zona desfavorable, turnos, viáticos, vales, antigüedad, etc.

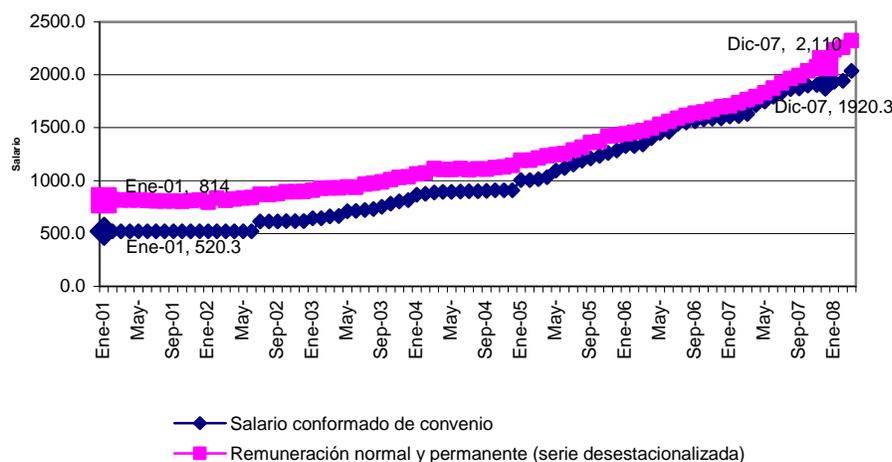
⁸⁹ Tales como guardería y comedor.

⁹⁰ Por vacaciones, nacimientos, exámenes y matrimonio.

⁹¹ Seguimos en esta constatación a Palomino, Héctor, en “¿Por qué la precariedad no es un fenómeno inevitable del capitalismo contemporáneo? El debate incipiente sobre la instalación de un nuevo régimen de empleo en Argentina”, trabajo presentado en el 8vo Congreso de ASET, Agosto de 2007, Pág. 14. quien señala que hasta 2001 los salarios pagados duplicaban prácticamente los salarios de convenio, mientras que hacia fines de 2006, el promedio de estos últimos superaban el 80 % de las remuneraciones efectivamente pagadas.

⁹² Señala Palomino (op. y loc. cit en nota 91) que “...es necesario sin embargo matizar esta observación, en el sentido que el movimiento reflejado por el gráfico es una tendencia “agregada” y que existen importante diferencias entre sindicatos, vinculadas con relaciones de poder y control. En efecto, pueden existir acuerdos colectivos en establecimientos que superan los salarios de convenio del sector respectivo, hecho frecuente en los sectores oligopolizados. Este hecho, bien conocido en Argentina y también frecuente en otros países, tiende a incrementar los diferenciales salariales. La información disponible sobre algunos sectores, muestra que pueden distinguirse actividades en las que los salarios tienden a evolucionar muy por encima del promedio salarial de toda la economía, mientras que en otros el salario promedio se establece muy próximo al salario mínimo”.

GRÁFICO 8
EVOLUCIÓN DEL SALARIO DE CONVENIO Y DEL SALARIO DECLARADO. PERÍODO 2001-2008



Fuente: Salario de Convenio: Dirección de Estudios de Relaciones de Trabajo- SSPTyEL- MTESS, sobre la Base de Negociación Colectiva (elaboración: D. Trajtenberg y M. Zanabria), incluido en Palomino, Héctor en op.cit en nota 91. Salario Real: Remuneraciones brutas de los asalariados registrados del sector privado. Dirección de Estadísticas y Estudios Laborales- SSPTyEL en base al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. (elaboración S. Rojo y V. Castillo).

La negociación colectiva en el sector público

La Ley 24185, sancionada en diciembre de 1992, regula las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados. La representación de los empleados públicos corre por cuenta de las entidades sindicales con personería gremial del sector. Se admite allí una condición de pluralidad, desde que existen en el más alto nivel al menos dos entidades sindicales con personería gremial que representan a los trabajadores del sector público; son ellas la Asociación de Trabajadores del Estado y la Unión del Personal Civil de la Nación.

En caso de discrepancia solo el modo de formar la voluntad del sector en la comisión negociadora, es el Ministerio de Trabajo el que tiene la atribución de determinar el porcentaje de votos que corresponda a cada parte, en función de la cantidad de afiliados cotizantes que posea cada una. La negociación colectiva puede realizarse en un ámbito general (por ejemplo, toda la administración pública nacional) o en un ámbito específico, y las partes deben articular la negociación en los distintos niveles. En las negociaciones sectoriales, participaran conjuntamente los sindicatos que tengan específica actuación en esos ámbitos y las asociaciones sindicales nacionales que incluyan al sector de que se trate en su ámbito de actuación.

La negociación colectiva puede abarcar todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, con excepción de la estructura orgánica de la Administración Pública Nacional, las facultades de dirección del Estado y el principio de idoneidad como base del ingreso y la promoción en la carrera administrativa. En lo económico, la negociación debe sujetarse a lo normado por la ley de presupuesto.

El Ministerio de Trabajo es la autoridad administrativa de aplicación de este régimen. Los convenios colectivos de la Administración Pública Nacional tienen efecto general o “erga omnes” y alcanza por lo tanto a trabajadores afiliados como a los no afiliados a los sindicatos independientes, y su vigencia perdura hasta tanto se celebre y comience a regir un nuevo convenio, salvo que en el anterior se hubiera convenido otra cosa. Para que el convenio colectivo entre en vigencia, debe ser “instrumentado” por el Poder Ejecutivo mediante un acto administrativo específico, que debe ser dictado dentro de los 30 días hábiles de la suscripción del acuerdo.

El convenio marco de la Administración Pública Nacional

Es el segundo de este tipo, y fue firmado en diciembre de 2005 por las dos entidades sindicales del sector público del más alto nivel (ATE y UPCN) y el Estado Nacional (el primer convenio de ese nivel había sido firmado a comienzos 1999 sólo por UPCN y el Estado Nacional). Como es obvio, este convenio confirma el fenómeno de la pluralidad sindical existente en el sector público y, como se expresó líneas arriba, ausente en los ámbitos privados.

Como queda dicho, se trata de un convenio marco, que debe articularse – como efectivamente se fue articulando – con los convenios sectoriales que en cada sector suscriben el sindicato específico de ese ámbito y la administración.

Si el convenio de 1999 había hecho significativas concesiones a la idea de la flexibilidad laboral en el sector público, el convenio más reciente parece haber abandonado ese perfil.⁹³ se eliminó el reconocimiento del establecimiento de la polivalencia funcional y la movilidad geográfica como prerrogativas del Estado, y se limitaron sus facultades para introducir alteraciones en las condiciones contractuales. Se ratificó la excepcionalidad de la contratación temporal, se acordó un proceso de regularización paulatina de los trabajadores contratados en violación al principio de la indeterminación del plazo y se eliminaron las menciones que tendían a habilitar la tercerización o privatización de servicios.

En materia colectiva se eliminó la facultad del Estado empleador de fijar las guardias mínimas en el caso de huelga en los servicios esenciales, se garantizó el principio de representación directa de los trabajadores mediante comisiones internas en cada organismo público. Se reformó el régimen de autocomposición de los conflictos – se le suprimió su carácter obligatorio – y se reconoció la titularidad de cada entidad sindical para instar el conflicto y declarar la huelga.

3. El diálogo social

La recuperación de las instituciones de la democracia en los albores de los '80 reinstaló el interés de los diversos protagonistas del sistema político por activar las instancias del diálogo social y la concertación. La sucesión de situaciones críticas en el plano económico y la consiguiente necesidad de desplegar políticas de estabilización de precios y moderación salarial (renovada en los días que corren como consecuencia del proceso inflacionario que afecta a la economía argentina), el propósito en esas u otras oportunidades de emprender la reforma de normas e instituciones del sistema de relaciones laborales y del mercado de trabajo, sugieren una y otra vez la conveniencia de convocar y comprometer a los actores sociales en el diseño de las políticas públicas, participación que permitiría construir ciertos equilibrios, repartir atinadamente las cargas, concitar consenso y, en todo caso, procurarle al proceso niveles apropiados y convergentes de eficacia económica y equidad social. Como se señala en los capítulos introductorios de este informe, el dialogo social es, además, precondition para la introducción de un esquema de “flexicurity” inspirado en el modelo danés.

Un rápido examen retrospectivo permite hoy, no obstante, comprobar que gobiernos y actores sociales no han logrado materializar, desde entonces y hasta nuestros días, resultados alentadores en ese terreno. La inexistencia, la inconsistencia o, en todo caso, la temprana frustración de toda instancia bipartita o tripartita formal o informal de diálogo, participación o consulta en el nivel nacional se presenta - aún cuando bajo formas muy distintas y hasta contradictorias - como sorprendente rasgo común de sucesivos escenarios políticos signados por su recíproca diversidad.

La preocupante perdurabilidad de esa carencia aconseja intentar una aproximación siquiera hipotética a sus factores causales; es casi ocioso señalar que un nivel adecuado de conciencia acerca de este fenómeno y de sus causas es condición necesaria para ensayar su superación.

⁹³ Seguimos en la descripción del nuevo régimen convencional el informe del Observatorio del Derecho Social de la CTA sobre “La negociación Salarial en 2006”.

Para hacerlo, procedí en otra oportunidad⁹⁴ a examinar las posiciones ideológicas, culturales y estratégicas desde las que cada uno de los actores encaró (en la historia reciente) las instancias en las que debió relacionarse con los restantes y los comportamientos que observaron en consecuencia, para considerar entonces la dinámica de sus vínculos y, en particular los intentos de concertación frustrados, los "acuerdos para reclamar" que compartieran las organizaciones sindicales y empresarias y los entendimientos sólo bilaterales que los sucesivos gobiernos alcanzaran unas veces con los sindicatos, otras con los empresarios.

Practiqué ese ejercicio sobre el período transcurrido desde la recuperación de las instituciones constitucionales (fines de 1983) y hasta los últimos meses de 1992. A partir de esas posiciones, actitudes y comportamientos construí una serie de hipótesis que los hechos ulteriores no habrían sino confirmado. Hipótesis que contribuirían a explicar por qué no ha sido posible hasta hoy contar en la Argentina con productos consistentes emergentes de tan relevante instrumento de convivencia social; más importante aún, permitirían predecir la inexorable continuidad de esa carencia y consecuente probable insustentabilidad del ejercicio de diálogo social propuesto para el futuro inmediato en Argentina por la presidente recientemente electa, así como también para afrontar nuevos procesos reformistas; lo que necesariamente sobrevendría a menos de que el Estado, los actores sociales y los demás sujetos e instituciones del sistema político adopten y ejerzan, en lo que a cada uno le compete, las decisiones y opciones estratégicas necesarias para superar tan lamentable frustración⁹⁵.

En esa oportunidad, del examen de los comportamientos de los interlocutores sociales, de sus posicionamientos y opciones estratégicas y del modo en que interactuaron en los últimos años, inferí una serie de conclusiones - tal vez, más prudentemente, hipótesis - que contribuirían a explicar buena parte de esas conductas y, en consecuencia, algunas de las razones de la tan insuficiente implantación de los mecanismos del dialogo social, la participación tripartita y la consulta para la instrumentación de políticas económicas y sociales en Argentina. Las expondré a continuación de modo breve y esquemático:

- a. En la Argentina, la cultura política imperante, transida aún por una fuerte implantación de signo corporativo, no alcanzó a procesar la lógica novedosa, participativa y autonómica, de las experiencias neocorporatistas. Mientras unos previnieron contra éstas con los prejuicios y aprensiones incorporados en décadas de recurrente "colonización" corporativa de los poderes públicos, otros las malinterpretaron como formas modernas de legitimación democrática de viejas prácticas autoritarias de (alternativamente) dominación o sometimiento sectorial. Es probable que la falta de íntima incorporación de la lógica neocorporatista en su variante societal⁹⁶ explique comportamientos que, en los mismos actores, transitaron, sin solución de continuidad, desde la negación misma del diálogo social en sí, hasta su antagónica anulación bajo la forma de la integración ultracorporativa de los actores sociales en el gobierno.
- b. Las expresiones auténticas del diálogo social, la participación y la consulta en el diseño y la ejecución de las políticas públicas no son posibles cuando no están garantizadas relaciones de estricta alteridad y autonomía recíproca entre el gobierno y cada uno de los interlocutores sociales. No se dialoga, consulta y acuerda de modo consistente sino con otro sujeto autónomo; ausente este requisito, se presentan con perversa atracción otras alternativas: la cooptación, el sometimiento, la "colonización" o integración corporativa, etc. No es que no se alcancen acuerdos; es que estos

⁹⁴ En mi libro "El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en la Argentina" EUDEBA, Buenos Aires, 1997.

⁹⁵ Como se ha de señalar más abajo, al considerar las posiciones recientes de los actores sociales, tanto las grandes organizaciones empresarias como los sindicatos manifestaron recientemente su proclividad al diálogo social. Hay que tener en cuenta, no obstante, que sólo lo hicieron cuando el gobierno que estaba entonces por asumir el poder anunció su propósito de convocar a ese diálogo que, entre otros objetivos, tenía sin duda el de poner en acto una estrategia de moderación salarial en vista del preocupante proceso inflacionaria en marcha en Argentina. Tras reunirse con la dirigencia sindical el gobierno anunció posteriormente que privilegiaría la negociación sectorial; el diálogo social dejó entonces de anunciarse como una de las acciones políticas inminentes, y los actores sociales no mostraron interés en instalarlo por su propia iniciativa

⁹⁶ Conf. Schmitter P., "Still the century of corporatism", originariamente en *The Review of Politics*, vol 36 No. 1, luego reproducido en Schmitter P. y Lehmbruch G. (eds) "Trends towards corporatist intermediation", *Contemporary Political Sociology*, Vol I. SAGE Publications, London, Beverly 1979.

carecen de la autenticidad que asegure su convencida internalización por sus propios firmantes, su vigencia efectiva y la producción de los efectos virtuosos que de ellos se esperan.

- c. En línea con la hipótesis precedente, parece comprobarse en la experiencia argentina que la existencia de ciertos instrumentos jurídicos o políticos a disposición del Estado que permiten intervenir en la formación, organización y en la vida interna de los actores sociales así como en las instancias en que ellos se relacionan, ofrecen a los gobiernos alternativas espurias, pero más "cómodas", inmediatas y menos restrictivas que el diálogo y la participación social, para prevenir resistencias o demandas de equilibrio en la formulación de las políticas de ajuste: son, precisamente, las que se enumeran en el apartado anterior (sometimiento, cooptación, integración o "colonización" corporativa).
- d. Visto esta vez desde la perspectiva de los propios actores sociales, su óptica cultural estatista determina una serie de comportamientos cuyo signo constante es su incompatibilidad con las diversas instancias del diálogo social. El actor estatista privilegia las acciones políticas que permiten la recuperación de su condición de pertenencia al aparato del Estado o, en su caso, su preservación al interior del mismo. En aquella hipótesis - caso de partido "ajeno" en el gobierno - la confrontación de desgaste posterga toda otra consideración; en la última - partido "propio" en el gobierno - sobrevienen el sometimiento acrítico en diverso grado de sujeción, cuando no el intento de mantener dentro del gobierno una posición de dominio. Parece evidente en ambas situaciones no queda espacio para el diálogo, que se anula y sustituye bajo instancias de confrontación, sometimiento o predominio en el poder. En ese marco, el diálogo social es de suyo un elemento "inconveniente": o bien no se accede a dialogar, ni consentir, ni legitimar, ni acordar, pues ello conspira contra el objetivo central de recuperar el poder político en sí, o bien no queda lugar para el diálogo pues se está, precisamente, al interior o cuanto menos en íntima relación política con el aparato estatal, de algún modo sometido o, por el contrario, en posición de definir sus políticas.
- e. La estructuración verticalista y cupular del sindicalismo en el marco de un régimen de sindicato único impuesto por la ley y sujeto a la habilitación estatal, hace posible una cierta disociación entre los intereses de los trabajadores y los del aparato sindical en sí, y un correlativo apocamiento de los controles democráticos limitados por el propio régimen que de suyo retacea la participación de las bases y genera una impronta cultural (activa y pasivamente) autoritaria y no participativa. Ese cuadro se potencia con otro dato cultural - el signo simbólico y emotivo de la pertenencia política del sindicalismo y de los trabajadores - que habilita otra disociación y sus consecuencias: la que se produce entre los intereses partidarios (que en partidos poli clasistas no refieren compromiso específico y exclusivo con los de los trabajadores) y los de clase o sector. Esas circunstancias estimulan comportamientos desviados de cara al diálogo social - rehusado, anulado o definido en sus términos por consideraciones ajenas a los intereses específicos de la categoría - en el marco de un régimen que desactiva los mecanismos de contralor democrático que podrían actuar como factores correctivos.

4. El conflicto

Rasgos institucionales

La Argentina atraviesa una etapa de alta conflictividad laboral. Es natural que así sea: tras un crisis económica profunda y de curiosa apariencia terminal, signada por la recesión y la caída del empleo, hoy, como se procurara mostrar en las primeras secciones de este informe crecen de modo significativo el producto y el empleo a tasas parejas con una elasticidad empleo-producto casi igual a 1, la más alta desde el inicio de los '90)⁹⁷. Ese trayecto de recuperación fue precedido por una acentuada devaluación, que se

⁹⁷ Ver, en especial, cuadros incorporados a las primeras secciones de este documento, en particular a partir de la página 11.

proyectó de modo muy negativo sobre la relación entre precios y salarios, reduciendo notablemente su poder adquisitivo.

Esa alta conflictividad, consecuencia lógica de un contexto semejante – crecimiento del producto y del empleo, pérdida del poder adquisitivo de los salarios, alta inflación - exhibe perfiles muy traumáticos, circunstancia que también da cuenta de un problema de ineffectividad del ordenamiento laboral, esta vez en relación al cometido de regulación y gestión del conflicto.

Con la inevitable ligereza que es propia de estas líneas, me limitaré a formular la hipótesis de que esa traumática condición del conflicto laboral obedece a dos rasgos culturales que, con matices, afectan tanto a sus dos protagonistas como al propio Estado:

- a. De un lado, una histórica concepción ni democrática ni pluralista del conflicto, que tiende a percibirle como un fenómeno patológico, contestatario y distorsivo, y por lo tanto, le niega y reprime. Sirva sólo a modo de ejemplo el régimen de arbitraje obligatorio en los conflictos laborales – incompatible con el principio de la libertad sindical y en particular con el texto del Convenio 87 de la OIT y la “jurisprudencia” de sus órganos de control - que fuera introducido a fines de los '60 por una dictadura militar (aunque sólo para ciertos conflictos de particular gravedad), generalizado luego en la primera mitad de los '70 en el marco de la débil democracia por entonces en ejercicio, y cuya vigencia subsistiera hasta su derogación mediante una ley dictada en el año 2000 (¡más de 30 años de tolerada vigencia!) durante el gobierno de la denominada Alianza.⁹⁸ Respondieron a esa misma lógica, muchos otros textos legislativos sancionados tanto en etapas dictatoriales como en otras de vigencia de las instituciones republicanas.
- b. De otro lado, la marcada tendencia a sustraerse a la observancia de las reglas de juego que el sistema jurídico fija para enmarcar los conflictos y hacer recíprocamente compatibles los diversos intereses que resultan afectados durante su transcurso (actos de violencia, inobservancia de guardias o servicios mínimos, violación de los derechos de empleadores y trabajadores no huelguistas, incumplimiento de los términos de los mecanismos de composición reglados, represalias, despidos, etc.).

Aquella concepción y estas conductas – a mi juicio, no desvinculadas de una cierta propensión cultural a la anomia y la ilegalidad a la que nos referiremos enseguida – tiñen al conflicto laboral de esa crítica y traumática tonalidad que expresa la correlativa ineffectividad del régimen legal que le regula.

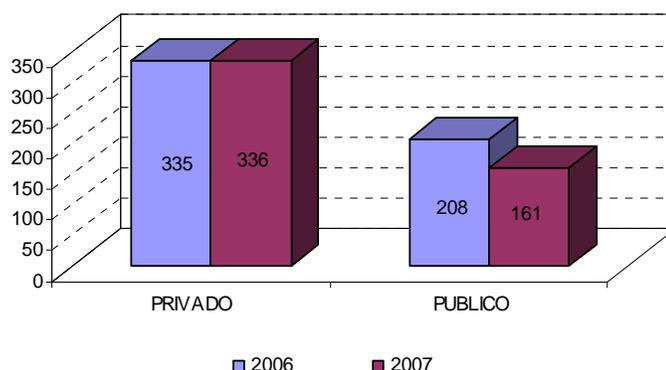
Breve cuantificación de la conflictividad; el año 2007

Según surge del Informe anual 2007 sobre “Conflictividad laboral y negociación colectiva” del Observatorio de Derecho Social de la CTA, que seguimos en este acápite,⁹⁹ en el año 2007 se registraron 543 conflictos laborales, de los cuales 336 corresponden al ámbito privado y 161 al sector público, lo que implica una disminución del 23% con respecto al año anterior, debida a una disminución de la conflictividad en el Sector público (gráfico 9).

⁹⁸ Posteriormente, la hoy vigente ley 25877 mantuvo ese criterio (el de la supresión del arbitraje obligatorio).

⁹⁹ Se copian los gráficos elaborados por los autores de dicho informe (a estos últimos se alude cuando se expresa “elaboración propia” en la fuente de esos gráficos).

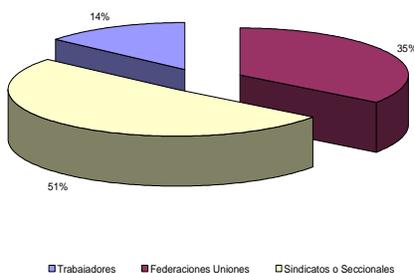
GRÁFICO 9
CONFLICTOS LABORALES SEGÚN ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO (2006-2007)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA

Según resulta del mencionado informe, los conflictos son gestionados en un 51 % de los casos por sindicatos locales o seccionales de uniones, mientras que en el 35 % la actuación corre por cuenta de federaciones o uniones con implantación nacional. El 14 % restante de los conflictos, los mismos son llevados directamente por trabajadores, al margen de toda representación sindical (gráfico 10).

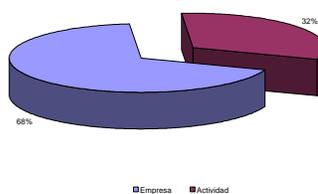
GRÁFICO 10
INTERVENCIÓN SINDICAL EN CONFLICTOS SEGÚN TIPO DE ORGANIZACIÓN
(En porcentajes)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA.

Por otra parte, en un 32 % de casos, los conflictos se sustancian en el nivel de la actividad o rama de actividad, mientras que el 68 % restante tienen lugar en el nivel de una determinada empresa (gráfico 11).

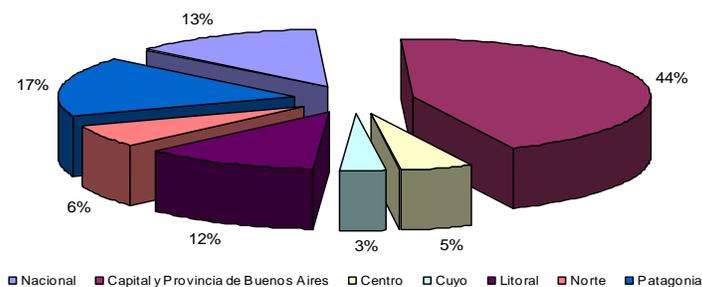
GRÁFICO 11
CONFLICTIVIDAD LABORAL SEGÚN ÁMBITO DE DESARROLLO
 (En porcentajes)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA

Durante el año 2007, el 44 % de los conflictos tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, el 13 % - en su mayoría relacionados con la discusión de escalas salariales se sustanciaron a nivel nacional. En las restantes regiones, se destacan la Patagonia, con un 17 % de los conflictos, y el litoral, con un 12 % el total (gráfico 12).

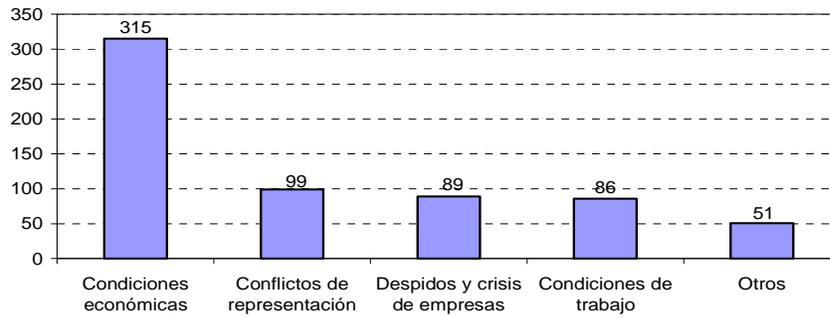
GRÁFICO 12
DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE LA CONFLICTIVIDAD LABORAL
 (En porcentajes)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA.

En el gráfico 13 se desagregan las causas de la conflictividad, resultando que 315 conflictos (el 63 %) respondieron a causas económicas, 99 a conflictos de representación, 89 a despidos y crisis de empresas, 86 (el 17 %) a condiciones de trabajo y, finalmente, 51 (el 10 %) a otras motivaciones.

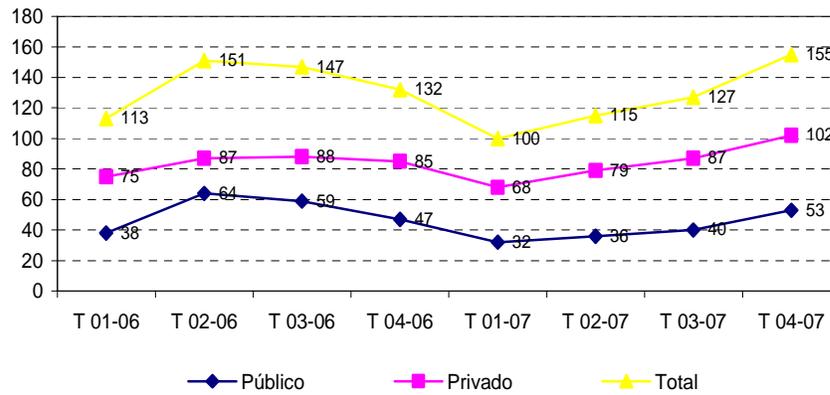
GRÁFICO 13
CONFLICTIVIDAD LABORAL SEGÚN CAUSAS PRESENTES EN EL RECLAMO
(Números absolutos)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA.

Finalmente, el gráfico 14 da cuenta del modo que evolucionó durante los años 2006 y 2007 la conflictividad en el sector privado y en el sector público.

GRÁFICO 14
EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES 2006-2007
(Números absolutos)



Fuente: Informe anual 2007 sobre "Conflictividad laboral y negociación colectiva" del Observatorio de Derecho Social de la CTA

V. Brecha entre las normas y su real grado de aplicación

1. Introducción

En un marco conceptual como el que precede, y en el contexto de un mercado de trabajo que evoluciona bien pero aún exhibe un preocupante grado de informalidad, no parece que pueda concluirse el examen de normas e instituciones del mercado de trabajo sin dejar a la vista los severos déficits de efectividad que les afectan. Dedico por ello las próximas líneas a marcar esas carencias aplicativas, pues están estrechamente vinculadas a la reflexión sobre las regulaciones y su grado de flexibilidad; como se sigue de consideraciones efectuadas en la primera sección de este informe, la inefectividad de las regulaciones denota el perfil del sistema regulatorio en su conjunto y mal pueden emitirse juicios sobre el grado de flexibilidad/rigidez de un cierto orden normativo si sólo se valora su pura literalidad normativa, con prescindencia de su evocado grado de “flexibilidad contextual”.

2. El contexto institucional, regional y cultural

Desde aquella perspectiva, el enfoque del tema de la efectividad del derecho del trabajo y de la seguridad social en la Argentina exige tener en cuenta una triple aproximación contextual: a. el derrotero más reciente del derecho social como categoría histórica; b. una cierta tradición latinoamericana de la que sin duda el ordenamiento argentino forma parte. y c. un fenómeno cultural esta vez específicamente nacional.

Desde una perspectiva que trasciende límites regionales y, con matices e intensidades diversas parece tener dimensión universal, es necesario, en primer lugar, considerar el fenómeno de un cierto debilitamiento del derecho social, que admite tres aproximaciones:¹⁰⁰

- a. Debilitamiento normativo, producto de las demandas de flexibilidad laboral, desregulación, reducción de la intensidad de la protección. En pocas palabras, una situación de pérdida de recursos de protección.
- b. Debilitamiento subjetivo, derivado de fenómenos como el de la informalidad difícil de redimir, la desintegración vertical de las empresas y las tendencias de descentralización productiva, fraude evasivo y diversas manifestaciones de la denominada “huida del derecho del trabajo”,¹⁰¹ políticas públicas que admiten el tratamiento de trabajadores dependientes como si no lo fueran (i.e. trabajadores a domicilio, transportistas, aprendices, etc.),¹⁰² relaciones ambiguas en las que se torna altamente difícil establecer la naturaleza (dependiente o autónoma) de los vínculos¹⁰³. En pocas palabras, una situación de pérdida de ámbito personal del derecho social.
- c. Debilitamiento aplicativo, derivación indirecta de los fenómenos evocados en los apartados anteriores y de la de otros tales como la disminución de la significación política o limitación de las competencias de los actores políticos que son agentes de aplicación del ordenamiento de la protección laboral y social (Ministerio de Trabajo, inspección del trabajo, tribunales del trabajo, etc.) o su lisa y llana supresión, junto a la dispersión de sus atribuciones,¹⁰⁴ así como de los actores sociales (debilitamiento y pérdida de influencia de los sindicatos), todo lo cual va frecuentemente acompañado por la devaluación ideológica del derecho del trabajo y otras formas de protección social execradas como manifestaciones de paternalismo anacrónico, etc. En otras palabras, una pérdida de efectividad en sentido estricto del derecho social.

En segundo lugar, será necesario evocar la histórica dicotomía entre derecho y realidad que se ha constituido en una de las notas caracterizantes del derecho social latinoamericano. Un ordenamiento en el que con harta frecuencia se consagran normativamente derechos de naturaleza social que se esgrimen y declaman, pero que en verdad no se gozan y que, como recuerda Ermida¹⁰⁵, algunos juristas denominaron “crisis de autenticidad” de la legislación. En las palabras del autor citado, “...parecería que en nuestra región, las relaciones de trabajo que se registran en los hechos no siempre coinciden con las descritas en las normas. El “sistema de relaciones industriales” parecería tender a funcionar de manera bastante diferente a lo previsto en una legislación destinada a regularlo”.¹⁰⁶

En tercer lugar, habrá que tener en cuenta que, como se postulara en un recordado ensayo,¹⁰⁷ la sociedad argentina, y los factores de poder, incluidos los gobiernos, tienen una tendencia recurrente a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, lo que se vincula con los factores que se señalan como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino, además de su poder causal independiente. La Argentina es pues un país que alberga tendencias anómicas que se manifiestan en un generalizado desapego a la ley.

¹⁰⁰ Conf. mi “Labour subordination and the subjective weakening of labour law”, en “Boundaries and Frontiers of Labour Law”, Ed by Guy Davidov and Brian Langille, Hart Publishing, Oxford 2006, páginas 109 y sgtes.

¹⁰¹ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel “La huida del derecho del trabajo” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 Pág. 85.

¹⁰² Lo llamamos “desvalorización” y lo tratamos más arriba como una de las manifestaciones de (pretendida) flexibilidad externa.

¹⁰³ Por toda la extensísima y muy reciente bibliografía sobre este tema, ver el enfoque descriptivo en el informe V (1) de la Oficina Internacional del Trabajo para la 95ª reunión de 2006, OIT, Ginebra 2005.

¹⁰⁴ Proceso descrito por Harry Arthurs (de la York University, Toronto, Canada) en “What immortal hand or eye? Who will redraw the boundaries of labour law?” Boundaries and Frontiers of Labour Law”, Ed by Guy Davidov and Brian Langille, Hart Publishing, Oxford 2006, págs. 373 y sgtes.

¹⁰⁵ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, “Las relaciones de Trabajo en América Latina”, en “Temas Laborales”, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Junta de Andalucía, 18/1990, pág. 70.

¹⁰⁶ Idem, nota anterior.

¹⁰⁷ Cfr. Nino, Carlos, “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, EMECE editores, 1992.

La interpretación de ese fenómeno, no obstante, suele ser sesgada y hasta facciosa. A modo de ejemplo, mientras innumerables empleadores se sustraen al cumplimiento de las normas de protección del trabajo y al de las de la protección social y hasta lo justifican desde la lógica de los costos y de los mercados, otros – en este caso, trabajadores o sindicatos en conflicto – son renuentes a someterse a las reglas de juego a las que el ordenamiento sujeta el ejercicio de la acción directa, y alegan también una hipotética legitimidad del incumplimiento de la ley (“de otro modo, no nos escuchan...”). De ningún modo creo que las necesidades que se alegan en sustento de unas y otras perspectivas sean axiológicamente equiparables. Va sin decirlo, no obstante, que en una secuencia ciertamente multicausal, esas tendencias a la anomia y la ilegalidad tienen también un alto poder explicativo de las carencias de efectividad del ordenamiento jurídico en general y, en especial, del derecho social.¹⁰⁸

En los apartados que siguen procuraré presentar sucesivamente, de modo muy breve, algunas de las manifestaciones y factores que, en el marco de aquellos condicionamientos contextuales, expresan las carencias que en materia de cumplimiento y efectividad exhibe el sistema argentino de protección sociolaboral o ponen en evidencia ese problema: tras una rápida referencia a la incidencia que en esta materia tienen los indicadores del mercado de trabajo que venimos de examinar y, en especial, las elevadas tasas de desempleo presentes en los últimos años en la experiencia argentina – hoy en acentuado proceso de disminución– pasaré revista a la problemática de la informalidad y el denominado trabajo “en negro”, y a las institución más directamente afectada a procurar el “enforcement” de las regulaciones: la inspección del trabajo.

Ciertamente, inciden también en la realidad Argentina – tanto o más que aquellos - otros, “universalmente” extendidos que me abstengo de tratar en razón de las inevitables limitaciones de este documento aunque algunos de ellos alguna mención han merecido en secciones anteriores. Tal el caso – el listado que sigue no es taxativo - de los que derivan de los fenómenos de la descentralización productiva y la desintegración vertical de la empresas, el “outsourcing”,¹⁰⁹ la discontinuidad creciente de las carreras laborales,¹¹⁰ la pérdida de nitidez del centro de imputación del derecho del trabajo (la relación de dependencia o, “en clave” anglosajona, el contrato de empleo),¹¹¹ la difundida presencia de manifestaciones de lo que hace no tanto tiempo Rodríguez Piñero¹¹² denominara “huida del derecho del trabajo”, bajo las formas del fraude, la interposición de personas, o la simulación de otras figuras contractuales y el recurso deliberado y creciente (real o también simulado) al trabajo autónomo o independiente, así como los ya evocados fenómenos de deslaboralización instados desde las propias políticas públicas.

3. El desempleo como factor de ineffectividad del ordenamiento

La tan crítica evolución del mercado de trabajo descripta líneas arriba, ahora en franco proceso de recuperación, tiene una marcada influencia sobre el grado de efectividad del ordenamiento en la instancia aplicativa. El alto desempleo genera condiciones que mellan, de un lado, la limitada capacidad de autotutela individual; el trabajador teme perder su trabajo sin perspectivas de lograr su reemplazo en un

¹⁰⁸ Sin embargo, aquellos genéricos sesgos de debilitamiento normativo, subjetivo y aplicativo del derecho social, la brecha latinoamericana entre derecho y realidad y nuestras tendencias a la anomia y la ilegalidad, no conducen de modo necesario a una visión pesimista acerca de su futuro; es que con esos factores críticos coexisten otros gravitantes factores de contrapeso – institucionales, políticos, ideológicos, económicos, productivos y técnicos – que aún dan respaldo a la lógica de la protección.

¹⁰⁹ Pero que sí examiné antes como uno de los instrumentos de flexibilidad externa que es. Esas variantes de “externalización” del trabajo implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales de no siempre fácil aprehensión.

¹¹⁰ Que examiné en mi “Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo”. Lexis-Nexis 2003.

¹¹¹ Que traté en mi contribución a “Boundaries and Frontiers of Labour Law” (Edited by Guy Davidov and Brian Langille), Hart Publishing, Oxford 2006, citado en nota 98.

¹¹² Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, “La huida del derecho del trabajo” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 Pág. 85 que, sin embargo, si evocara en las reflexiones introductorias de este documento.

tiempo razonablemente corto. En ese marco, tiende a tolerar, con prescindencia de su legalidad, las condiciones que impone el empleador – i.e. jornada excesiva, salario inferior a los mínimos de aplicación, condiciones de higiene y seguridad insatisfactorias – que sólo atina a reclamar en oportunidad de producirse la ruptura del vínculo laboral. Aún arribado a esa instancia terminal, frecuentemente se abstiene de formular reclamos en instancias judiciales o administrativas, pues teme que ello se constituya en un factor determinante para la producción de informes negativos por parte de su empleador anterior, en el proceso de búsqueda de nuevo empleo.¹¹³ En una u otra circunstancias, las normas laborales aparecen postergadas cuanto menos transitoriamente y, en muchos casos, de modo definitivo.

El alto nivel del desempleo tiende también a debilitar notablemente la acción sindical y el poder de conflicto de los sindicatos – los trabajadores no están dispuestos a acompañar acciones que puedan poner en riesgo los puestos de trabajo que en contexto de escasez aún detentan – por lo que poco pueden hacer sus representantes para reivindicar la aplicación de las normas que no se cumplen.

Hasta los actos de intervención de la inspección del trabajo alineados tras el propósito de recuperar la efectividad de las normas, tienen menores perspectivas de éxito. Los trabajadores se tornan reticentes ante los inspectores por temor a la represalia de sus empleadores; en la concreta experiencia de los funcionarios, se describen situaciones en la que los trabajadores involucrados en relaciones de menguada legalidad imploran el retiro de la inspección para evitar que la misma ponga en riesgos sus puestos de trabajo.

Como queda dicho, la situación del empleo ha mejorado de modo notable en los últimos años, pero la prolongada implantación de aquella situación crítica, que se desplegara desde los comienzos de los '90, genera una inercia cultural, cuanto menos desde la perspectiva de la capacidad individual de autotutela, que se proyecta aún sobre el grado de efectiva vigencia de las normas.

Es desde esa perspectiva que he sostenido en más de una oportunidad que el pensamiento de los juristas comprometidos con las normas laborales no puede considerar a la problemática del empleo como ajena a sus competencias, pues uno de los métodos más atinados para asegurar la efectividad de las normas laborales, es el desarrollo de una adecuada política de empleo.¹¹⁴

4. El trabajo no registrado

El concepto

El denominado “trabajo no registrado” es una categoría en uso por la EPH del INDEC, que refiere a los trabajadores dependientes no inscriptos en los diversos subregímenes de la seguridad social. El empleador que así procede se propone lisa y llanamente ocultar el vínculo no registrado con el objeto de sustraerse al pago de las contribuciones con destino a la seguridad social, así como a las exigencias impuestas por las normas laborales (legales y convencionales) en relación a instituciones tales como la jornada de trabajo y los descansos, los salarios mínimos, las condiciones de higiene y seguridad, etc. Otras veces, no se recurre simplemente al ocultamiento sino a la simulación: el contrato de trabajo es presentado como un contrato de locación de obras o de prestación de servicios de naturaleza civil y el trabajador, en su virtud, como un prestador autónomo.

El trabajo no registrado se manifiesta tanto en los hogares como en las empresas privadas y en el Estado. Se trata, en el primer caso de los trabajadores del servicio doméstico, cuya incidencia en el trabajo

¹¹³ Temen, en pocas palabras, quedar incorporados a listas negras más o menos explícitas.

¹¹⁴ Conviene evitar la trampa conceptual de aquellos que impugnan las instituciones laborales con el argumento de que de ese modo contribuyen a la recuperación del empleo, cuando en verdad esa finalidad es totalmente ajena a sus preocupaciones sustantivas (ver mi “Regulaciones Laborales y Empleo” en “Libro Blanco del Empleo en la Argentina”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, 1995).

no registrado es de aproximadamente el 22 %.¹¹⁵ El grueso de los trabajadores no registrados revista en empresas del sector privado, con una incidencia sensiblemente más elevada en microempresas (establecimientos de hasta 5 ocupados), que ocupan a aproximadamente el 46 % de los trabajadores no registrados, en tanto que las empresas de 6 ocupados o más ocupan al 26 % de aquel total. Aproximadamente el 6 % restante se desempeña en el sector público como “personal contratado” en vínculos que generalmente asumen la forma de contratos de locación de obra o de servicios en condiciones de pretendida autonomía.

En la estimación anterior no incluimos a los beneficiarios del PJJHD, que son clasificados como “asalariados” cuando realizan una contraprestación laboral en el marco de ese programa. Como señala Palomino,¹¹⁶ sobre la caracterización de estos “asalariados” no existe un consenso, pero la encuesta de hogares permite distinguirlos estadísticamente y, como lo explicamos antes, provee información al respecto a través de la publicación sistemática de dos tipos de tasas: las “oficiales” que los consideran “dentro” del mercado de trabajo, y las “complementarias” que los dejan “fuera” del mismo. La incidencia de esta categoría dentro del trabajo no registrado fue significativa en la época de instalación del PJJHD, especialmente durante 2002 y 2003 cuando llegó a incorporar a 2 millones de personas. Esa incidencia fue disminuyendo progresivamente hasta la actualidad: en mayo de 2007 permanecían en el programa aproximadamente 950.000 personas (Plan Integral para la Promoción del Empleo, 2007). La encuesta de hogares recoge información parcial de estos perceptores de subsidios, ya que sólo contabiliza aquellos que declaran percibirlo y realizar alguna contraprestación laboral efectiva sólo en las áreas relevadas por la encuesta.

El fenómeno y sus causas

Como manifestación conspicua de ineffectividad del sistema de protección del trabajo y pese a la evolución positiva que ha experimentado la incidencia del trabajo no registrado, aún unas 4.300.000 personas trabajan en negro (sin registración formal y, por lo tanto, al margen de la legislación laboral y de la seguridad social).¹¹⁷

A criterio de Ernesto Kritz, ese fenómeno no es nuevo y, contrariamente a lo que suele sostenerse desde perspectivas que cuestionan las intervenciones tutelares del Estado, no es atribuible a la legislación laboral, ni al costo de la seguridad social. Está a su juicio, por el contrario, íntimamente ligado a la evasión impositiva,¹¹⁸ que genera ingresos al margen del circuito legal cuya disponibilidad induce a contratar trabajadores en condiciones de correlativa ilegalidad.¹¹⁹

Desde otras perspectivas,¹²⁰ no necesariamente contradictorias con la anterior a la que seguramente se solapan en una medida significativa, el empleo no registrado se explica por:

¹¹⁵ Y experimentó una moderada reducción de su incidencia en los totales del “no registrado” como consecuencias de ciertas políticas de abaratamiento y facilitación de su registración, que dieron lugar a la formalización de un número significativo de trabajadores domésticos (unos 250 mil).

¹¹⁶ Conf. Palomino, op. cit. en 93 pág. 5.

¹¹⁷ Número que incluye a los trabajadores del servicio doméstico, pero no a los beneficiarios de los planes de asistencia social

¹¹⁸ Cuya importancia económica es tres o cuatro veces mayor que la de la evasión de las obligaciones de seguridad social, a la que da lugar (del “Newsletter sobre la situación laboral y social de la Argentina” de SEL Consultores, febrero de 2005).

¹¹⁹ En los '80, antes de cualquier intento de flexibilización, el trabajo no registrado había crecido del 18 % al 26 %; en los '90, con contratos flexibles y una baja del 50 % en los costos laborales no salariales, aumentó del 26 al 34 %. Sí es reconocible una relación estrecha e inversa con el tamaño de la empresa (a menor tamaño, mayor informalidad): el 52 % de los no registrados trabajan en establecimientos que ocupan hasta 5 personas; en los que trabajan hasta 10 personas, están el 70 % de los no registrados. En esas empresas, la evasión del impuesto al valor agregado, a los ingresos brutos y a las ganancias es fuente principal de recursos; los ingresos “en negro” asociados a la evasión de tributos inducen a contratar trabajadores en negro y a pagar en negro una parte de los salarios de los que sí están registrados (del Newsletter de SEL Consultores, citado en nota anterior). Se afirma allí mismo que la relación entre empleo en negro y evasión del IVA pone en evidencia los límites de una política contra la informalidad basada en los controles del registro de los trabajadores. No hay manera de terminar con el empleo informal, se concluye, si sigue habiendo evasión impositiva en los ingresos. El combate a la informalidad pasa en gran medida por la disminución de la evasión del IVA y otros tributos.

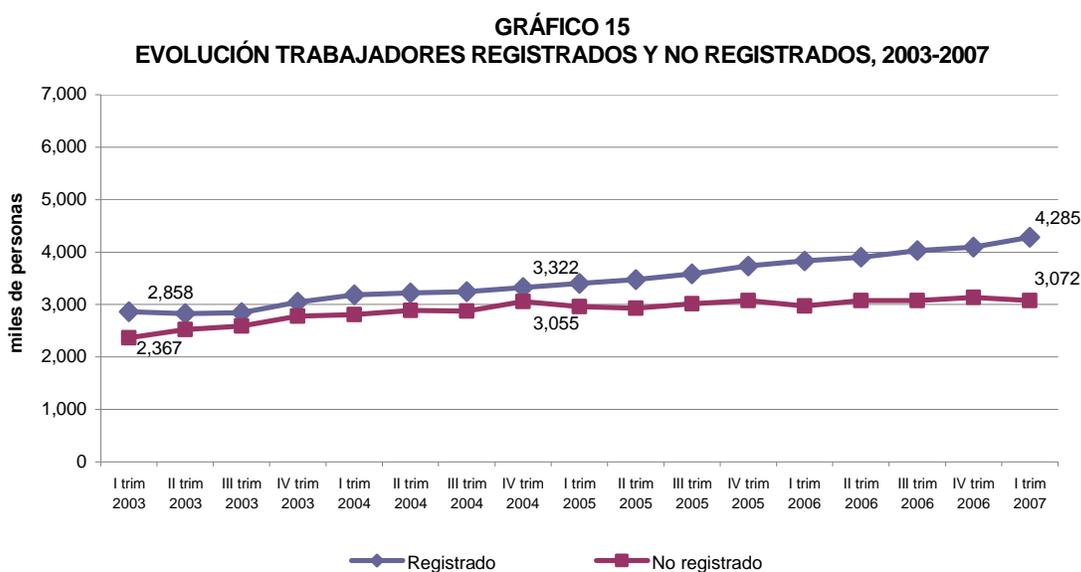
¹²⁰ MTEySS, Diagnóstico del Empleo no registrado (Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales), en Trabajo, Ocupación y Empleo. Estudios 2004.

- La generalización de prácticas fuera de las normas por parte de las empresas en combinación con las limitaciones que presentan los controles estatales
- La progresiva extensión del sector informal en la economía nacional, integrado por empresas de baja productividad relativa y precaria inserción económica, y por actividades ilícitas que por su naturaleza no pueden ser regularizadas
- Las características particulares de contratación de las trabajadoras del servicio doméstico

De lo que no cabe duda es que el trabajo no registrado es expresión de la más severa ineffectividad de las normas laborales y de la seguridad social. Según da cuenta Kritz¹²¹ esos trabajadores carecen de protección legal y seguridad social, la mitad tiene empleo precario, su remuneración es la mitad de la de los formales y su tasa de desempleo es casi el doble que el promedio y cinco veces más alta que la de los formales.

Evolución reciente del trabajo no registrado en Argentina¹²²

Parte Palomino de la constatación, evocada líneas arriba por este consultor, en el sentido de que a partir del IV trimestre de 2004, el empleo asalariado registrado habría de tomar una lenta pero constante tendencia ascendente hasta la actualidad, en tanto que el no registrado se estancaría y tendería a disminuir en términos relativos.



Fuente: elaboración propia en base a la serie elaborada a partir de la EPH del INDEC por Diego Schlessler y colaboradores, de la DGEEL de la SSPTyEL, para el Boletín de Estadísticas Laborales del MTEySS”

El gráfico permite observar que entre el IV trimestre de 2004 y el I trimestre de 2007, los asalariados privados registrados se incrementaron en 963000 ocupados, mientras que los asalariados privados no registrados se incrementaron en apenas 17000 ocupados. Esta evolución implica que de una situación casi idéntica registrada en el IV trimestre de 2004, cuando la brecha entre empleos registrados y no registrados era de menos de 270 mil ocupados, se observa hoy una brecha que se aproxima a 1,2 millones de

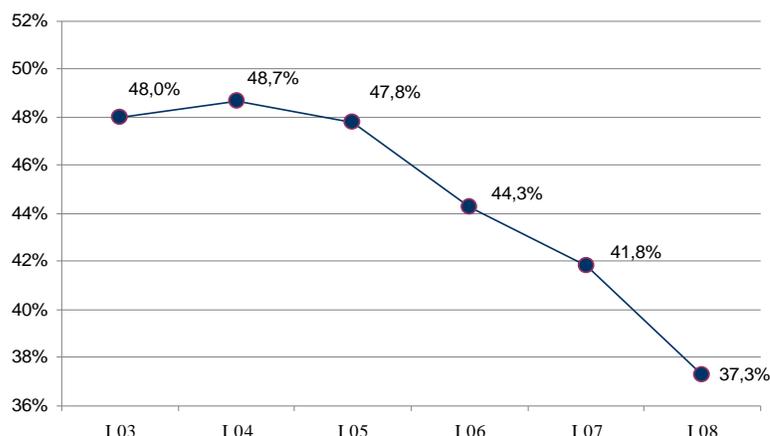
¹²¹ Loc. cit. en nota 116.

¹²² Seguimos en la consideración de esta cuestión (la de la evolución reciente del trabajo no registrado) a, Palomino, Héctor, en op. cit. en la nota 91.

ocupados, en favor del empleo registrado. De tal modo, la incidencia del trabajo no registrado desciende desde el último trimestre de 2004 con un ritmo superior a dos puntos porcentuales por año.¹²³

En términos relativos, y en relación al total de la población asalariada, la tasa de empleo no registrado ha evolucionado en los últimos 4 años del modo que da cuenta el gráfico 16.

GRÁFICO 16
EVOLUCIÓN DE LA TASA DE EMPLEO NO REGISTRADO



Fuente: elaboración propia en base a DGEyEL – SSPTy EL – MTySS según EPH – INDEC

El tratamiento del trabajo no registrado

Las respuestas punitivas

La seriedad del problema indujo al legislador a tratar ese fenómeno mediante sanciones discernibles en el plano contractual, en su mayoría, en favor del trabajador “en negro” (además, desde luego, de las de orden administrativo-penal que pudiera imponer la inspección del trabajo); era la intención del legislador hacer potencialmente costosa la contratación de trabajadores al margen de la ley, para de ese modo desalentarla y reducir onsecuentemente su implantación.

De ese modo, la Ley Nacional de Empleo de 1991 estableció que aquel empleador que es requerido por un trabajador para que regularice un vínculo no registrado y no lo hace dentro de los 30 días de aquel requerimiento, queda obligado a pagar al interpelante – a título de sanción – el 25 % de todas las remuneraciones percibidas desde su ingreso.¹²⁴ Complementariamente, y para evitar una represalia por parte del empleador interpelado, se estableció que el despido sin justa causa producido dentro de los 2 años posteriores al requerimiento de regularización, da lugar al pago de una indemnización equivalente al doble de la prevista para ese despido incausado. Posteriormente, otra norma (ley 25323) estableció que, aún no mediando requerimiento alguno, el despido de un trabajador no registrado determina la duplicación de las indemnizaciones a que tiene derecho en caso de despido sin justa causa, planteando un debate en torno de la posibilidad de la acumulación de las sanciones establecidas en ambas leyes, que se resolviera finalmente en el sentido de su operatividad alternativa (donde opera una, no opera la restante). Más tarde, también formando parte del mismo entramado punitivo, se dictó la ley 25345, llamada “ley antievasión”.

¹²³ La rapidez de esta disminución se relaciona sobre todo con uno de los componentes del trabajo no registrado, el que corresponde a los perceptores de subsidios del PJJHD. La disminución de la cantidad de estos perceptores se relaciona con factores diversos, de los cuales el más importante es su incorporación al empleo, por lo que pesa aquí el mismo factor determinante del descenso de la tasa de desocupación abierta durante el mismo período. Pero también pesan en esta tendencia algunos factores institucionales, como el traspaso a otros programas sociales que no exigen contraprestación laboral, y demográficos, ya que la condición de acceso al subsidio se limita a quienes tienen hijos menores de 18 años (Conf, Palomino, op. y loc. cit).

¹²⁴ Análoga solución se prevé para aquellos que hubieran registrado debidamente a sus trabajadores pero atribuyéndoles una remuneración inferior a la realmente pagada, o les inscribieran como si hubieran ingresado en una fecha posterior a la del real inicio de la vinculación.

Salvo que en una cuestionable alegación contrafactual se pretendiera que el crecimiento del trabajo informal hubiera sido mucho mayor en caso de no haberse establecido esas sanciones, será necesario admitir que la técnica sancionatoria – cuya inspiración compartí en sus orígenes - no tuvo éxito; desde la imposición de la primera de las normas mencionadas hasta la fecha en que se elabora este documento, el trabajo informal no se redujo sino que, por el contrario, se incrementó desde el 26 % de incidencia que detentaba a comienzos de los 90, hasta los ya evocados niveles actuales. Según parece, contradiciendo el criterio de “eficacia”, el régimen sancionatorio se usa menos para lograr la regularización de vínculos puestos al margen de la ley, que para incrementar los montos de los reclamos indemnizatorios mediante su invocación al momento en que, por iniciativa de una u otra parte, se plantea la extinción de la relación. Obviamente, esas propuestas punitivas parecen haber carecido del efecto disuasivo (de la contratación ilegal) que fuera su explícita motivación.

Los incentivos de reducción de los costos

Tampoco fue satisfactoria la respuesta que obtuvieron los incentivos “de mercado” para estimular la registración. Junto a los esfuerzos significativos para simplificar el sistema de registración laboral¹²⁵ – en cualquier caso, me parece, necesarios y plausibles – se generalizaron incentivos más directamente referidos al costo de la contratación laboral y, en particular, a la reducción de las contribuciones del empleador a la seguridad social mediante la liberación de cotizaciones en las modalidades contractuales promovidas¹²⁶ y en el período de prueba¹²⁷, los supuestos de “desalarización” (como hemos visto ya, tratar a conceptos salariales como si no lo fueran con el objeto de ponerlos al margen de la tributación) y hasta los de deslaborización (tratar relaciones de empleo – vínculos dependientes – como si no lo fueran). Pese al despliegue de estas estrategias, la situación del empleo no registrado continuó agravándose.

5. La inspección del trabajo

Va sin decirlo que la inspección del trabajo es un actor insustituible en la tarea de asegurar la efectividad de buena parte de las normas del Derecho Social.¹²⁸ En la Argentina, sin embargo, no cumple ese rol de modo satisfactorio.

El ejercicio de la inspección del trabajo es, en principio, competencia de los estados provinciales, aún cuando corresponde al gobierno federal desempeñar el rol de *autoridad central* del sistema (tal como lo prescribe el Convenio 81 de la OIT, ratificado por la Argentina). Así lo establece la ley 25877, que crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, que tiene por objetivos los de garantizar los derechos de los trabajadores, eliminar el empleo no registrado y suprimir las demás distorsiones provocadas por el incumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social. De tal modo, la función inspectiva es hoy compartida por el Estado nacional, las provincias, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y el Consejo Federal del Trabajo.

El Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social es la autoridad central del régimen de inspección y le corresponde coordinar la actuación de los diferentes servicios, asegurar que quienes componen el sistema (las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) den cumplimiento a las obligaciones impuestas por las normas y los convenios internacionales ratificados por la Argentina¹²⁹,

¹²⁵ Entre ellos, la obligación del empleador de comunicar el alta “temprana” del trabajador (antes de su incorporación efectiva a la empresa), la simplificación registral propuesta por la ley de pequeñas empresas, el Sistema Único de Registración Laboral (SURL), el ingreso de todas las cargas de la seguridad social en un pago único; últimamente, la estrategia de simplificación registral prescripta por el art. 39 de la ley 25877 que encomendara al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que procurara que la inscripción laboral y de seguridad social se cumpla en un solo acto y a través de un único trámite.

¹²⁶ Derogadas más tarde por la ley 25013 de octubre de 1998.

¹²⁷ Para el cual, sin embargo, la ley 25250 del año 2000, confirmada en este aspecto por la más reciente ley 25877 de 2004, restituyó la obligación patronal de tributar a la seguridad social durante el período de prueba, aunque la primera introdujo, para ciertas contrataciones que implicaran un aumento efectivo de la plantilla, una reducción de las cargas patronales del 30 % que se hacía efectiva recién después del vencimiento del período de prueba, esto es, cuando el trabajador era “efectivizado” en su puesto de trabajo.

¹²⁸ Ver sobre el particular, Topet, Pablo, “La Inspección del trabajo en la República Argentina; un informe General y algunas reflexiones particulares” texto incluido en el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx).

¹²⁹ Son los Convenio 81 y 129 de la OIT.

realizar acciones de inspección complementarias en las jurisdicciones en las que se adviertan elevados índices de incumplimiento laboral, integrar a las entidades representativas de trabajadores y empleadores en la tarea de la detección del trabajo no registrado y, en general, ejercer las funciones que los convenios internacionales asignan, precisamente, a la autoridad central del sistema. En particular, cuando un servicio local de inspección del trabajo no cumpla con los principios de los Convenios internacionales en la materia ratificados por la Argentina, el Ministerio, previa intervención del Consejo Federal del Trabajo, ejercerá junto con éste y las jurisdicciones provinciales las funciones omitidas.

Las provincias y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercen la función inspectiva en su respectivo ámbito jurisdiccional, bajo la coordinación de la indicada “autoridad central” y sujetas a los principios de corresponsabilidad, coparticipación, cooperación y coordinación. Corre por cuentas de sus servicios inspectivos la tarea de controlar el cumplimiento de la legislación laboral y de colaborar en la ejecución de los programas nacionales de detección del empleo no registrado.

La AFIP Tiene a su cargo la fiscalización y recaudación de los recursos de la seguridad social (Jubilaciones y pensiones, asignaciones familiares, Fondo Nacional del Empleo, régimen de obras sociales, riesgos del trabajo), que deriva luego a los entes que tienen a su cargo la administración de esos recursos (ANSES, las diversas AFJP, ART y obras sociales, etc.). La AFIP, con la asistencia de la Administración Nacional de Seguridad Social, actúa en las acciones inspectivas de detección del trabajo no registrado; carece en cambio de competencia y atribuciones en el control de cumplimiento de la legislación laboral, en cuestiones como higiene y seguridad en el trabajo, pago de los salarios, jornada de trabajo, etc.

Finalmente, corresponde al Consejo Federal del Trabajo intervenir en los supuestos en que los servicios locales de inspección no cumplan con las exigencias de los Convenios 81 y 129 e la OIT o las que derivan de la ley 25877, de modo de que el Ministerio de Trabajo, junto con el Consejo y con los servicios locales ejerzan las facultades propias de la función.

Hay que decir, no obstante, que en la mayoría de las jurisdicciones locales prevalecen condiciones de extrema escasez presupuestaria: número harto insuficiente de inspectores, bajas remuneraciones, insuficiencia de medios de transporte, falencias formativas¹³⁰. El servicio de inspección a cargo del gobierno federal no está libre de esas privaciones y, en todo caso, carece de medios para suplir de modo razonable aquellas carencias¹³¹ de las jurisdicciones locales. Aunque pueda sorprender, en el caso de algunas administraciones provinciales esas limitaciones forman parte de deliberadas políticas de flexibilización “de hecho” del mercado de trabajo; de lo que se ha tratado en ciertos casos es de atraer la inversión ofreciendo a las empresas una reducción de sus costos basada en el ejercicio tolerado de la ilegalidad.

Es cierto que en las últimas dos décadas se ha trabajado intensamente en el área de las administraciones del trabajo en actividades de fortalecimiento institucional de la inspección del trabajo. Con el auxilio y la cooperación técnica de la OIT se han llevado a cabo estudios - en el ámbito del

¹³⁰ Cecilia Senen González y Héctor Palomino dan cuenta de las dificultades de relevar las condiciones de eficacia y eficiencia de la inspección del trabajo en la Argentina por la carencia de información estadística confiable y sistemática. Sin perjuicio de ello, presentan una suerte de estudio de caso relativo al servicio inspectivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que daría cuenta, sólo en términos relativos, de una cierta evolución positiva en términos de eficiencia (número de inspecciones por inspector y de efectividad (cantidad e incidencia porcentual de empresas inspeccionadas), en una evaluación de la información disponible para las tareas de inspección realizadas entre 1996 y 2004 (en “Diseño legal y desempeño real: Argentina” que forma parte de “Diseño legal y desempeño real: las instituciones laborales en América Latina”, Graciela Bensusan (coord); Porrúa y Universidad Autónoma Metropolitana Eds, 2006, pags.139 y 140.

¹³¹ Aunque debiera hacerlo, como lo establece actualmente el artículo 30 de la ley 25877 que dice: “... Cuando un servicio local de inspección del trabajo no cumpla con las exigencias de los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo o con las que se deriven de este capítulo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social previa intervención del Consejo Federal del Trabajo, ejercerá coordinadamente con éste y con las jurisdicciones provinciales las correspondientes facultades”. El artículo siguiente se refiere a los servicios provinciales de inspección, y establece que “... Los servicios de inspección comprendidos en el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS) deberán contar con los recursos adecuados para la real y efectiva prestación del servicio y llevarán un Registro de Inspección, Infracciones y Sanciones. Deberán informar a las organizaciones empresariales y sindicales acerca de las actividades realizadas y de los resultados alcanzados. Los representantes sindicales de los trabajadores tendrán derecho a acompañar al inspector durante la inspección y a ser informados de sus resultados”. Una y otra norma expresan de modo elocuente la ancha brecha latinoamericana entre derecho y realidad a que hice referencia en las primeras líneas de este documento.

Ministerio de Trabajo de la Nación y en las administraciones provinciales - acerca del estado de situación de la inspección del trabajo y de las acciones necesarias para reorientar en sentido positivo ese crítico punto de partido. Como consecuencia de ello, el sistema de inspección de trabajo ha estado una y otra vez presente en las propuestas de reforma legal e institucional¹³², se han celebrado acuerdos entre la Nación y las provincias para su gestión y coordinación, se ha unificado el régimen de sanciones por infracción de normas laborales, se ha creado el Consejo Federal del Trabajo, se ha lanzado el Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo infantil (con un importante componente en materia de inspección del trabajo).

Pese a todo ello, el sistema de inspección del trabajo (Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, según se le designa en la ley 25877 que actualmente lo regula) sigue sin dar respuestas apropiadas en la tarea de asegurar el efectivo y regular cumplimiento de las normas laborales. Podría formularse la hipótesis de que, aún afirmada su legitimidad en el ámbito especializado de la administración del trabajo, la inspección del trabajo ha padecido sin embargo (quizás incluso de modo exacerbado) la desvalorización ideológica que ciertos dominantes sectores del pensamiento económico – de alta influencia sobre las decisiones de gobierno - vuelcan sobre la propia legislación del trabajo, circunstancia que limita la decisión política y la inversión presupuestaria que permitiría una recuperación consistente de la actividad inspectiva.¹³³

Una experiencia: el Plan Nacional de Regularización del Registro Laboral

Se aparta de esa lógica de carencia, el esfuerzo por detectar la existencia de trabajadores no registrados¹³⁴. No está ausente en estos esfuerzos, naturalmente, la preocupación por mejorar el desempeño de la recaudación; téngase presente que en la ejecución de estos programas se limita la actividad inspectiva a su específico objetivo de la regularización registral de los trabajadores “en negro”, omitiéndose toda acción dirigida a constatar la incurrancia en otras transgresiones a la legislación laboral, tales como, entre muchas otras, las relativas al cumplimiento de los límites a la jornada de trabajo y la satisfacción de los mínimos salariales; va de suyo, no obstante, que la regularización de los trabajadores “en negro” les coloca en mejor situación respecto del cumplimiento del conjunto de la legislación laboral y les “exterioriza” y torna más accesibles para ulteriores esfuerzos inspectivos.

En marzo de 2004 se puso en vigencia, con el objetivo indicado, el Plan Nacional de Regularización del Registro Laboral. Para su ejecución se incorporaron 400 inspectores, que fueron sometidos a un intenso proceso de entrenamiento y formación.

Entre septiembre de 2003 y julio de 2007, en ejecución del Plan Nacional de Regularización del Trabajo, y según información elaborada por el MTEySS, se relevaron 463.407 establecimientos y 1.358.672 trabajadores, detectándose empleo no registrado a tasas del 22% en 2003/2004, 23% en el 2005 y 24 % en el 2006. De los totales de trabajadores no registrados detectados, se regularizó el 25 % en 2003/2004, el 32 % en e2005 y el 36 % en el 2006

Si hubiera que hacer una evaluación del funcionamiento del programa, habría que destacar el número significativo de trabajadores relevados (alrededor del 15 % de la población asalariada) y, en términos relativos, el número creciente (año a año) de trabajadores y establecimientos relevados, así como

¹³² De tal modo, en las leyes 25212, 25250 y 25877.

¹³³ Paradójicamente, no es inhabitual que desde cierta perspectiva se impute el incumplimiento de la legalidad a la ineficacia de la actividad inspectiva – es esa, afirman, (y de ello no cabe duda) una responsabilidad del Estado – mientras desde las mismas usinas de pensamiento se desalienta toda inversión adicional dirigida a fortalecer esa capacidad estatal. En todo caso, sólo renace en esos ámbitos cierto interés en la inspección del trabajo y de la seguridad social cuando de lo que se trata es de asegurar la recaudación de las cotizaciones con destino a la financiación de las instituciones de la seguridad social. Lo que entonces interesa es el estado de las cuentas públicas y no, por cierto, la garantía de efectividad de las normas del protección del trabajo.

¹³⁴ También en etapas políticas anteriores que exhibían menor compromiso con el sistema de protección. Por ejemplo, el gobierno del Presidente Menem había impulsado en 1998 el denominado Programa de Regularización del Empleo no Registrado, con participación de la AFIP; ANSES, las superintendencias de Riegos del Trabajo y de Administradoras de Jubilaciones y Pensiones.

la tasa también creciente de regularización¹³⁵. Un esfuerzo correlativo aplicado esta vez al control del cumplimiento de los restantes contenidos de la legislación laboral en el marco de un programa adecuado de política inspectiva, podría contribuir significativamente a asegurar la vigencia efectiva de las normas de tutela.

Hay que decir, finalmente, que la aportación sindical en la tarea de prestar asistencia a la actividad inspectiva es muy limitada, pese a que, como surge del artículo 31 de la ley 25877, además de ser un cometido que no es ajeno a la naturaleza misma de la acción sindical, ese – el de asistir al servicio de inspección del trabajo – es un derecho expresamente reconocido a las representaciones sindicales. A mi juicio, esa carencia no está desvinculada de las debilidades representativas a las que dediqué párrafos anteriores¹³⁶.

6. La justicia del trabajo

Los tribunales competentes

En Argentina, el tratamiento judicial de los conflictos individuales del trabajo se encuentra a cargo de la justicia del trabajo. Tratándose de un estado federal, cada uno de los estados locales – provincias – cuenta con su propia administración de justicia y, por lo tanto, con un fuero judicial, frecuentemente especializado, que tiene a su cargo el tratamiento de aquellos conflictos. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – capital de la Nación Argentina – el tratamiento de los conflictos individuales del trabajo es competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, a la que han de referirse las líneas que siguen.

La Justicia Nacional del Trabajo fue creada a fines de 1944 y cuenta actualmente con 80 juzgados (unipersonales) de primera instancia del trabajo y con la Cámara Nación de Apelaciones del Trabajo, integrada por 30 jueces que se desempeñan divididos en 10 Salas de tres jueces (“camaristas”) cada una de ellas. Además de conocer en todos los conflictos individuales del trabajo propios de su competencia territorial, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo conoce también en grado de apelación de las resoluciones que en materia de derecho colectivo del trabajo corren, en un primera instancia, por cuenta del Ministerio de Trabajo de la Nación.

El procedimiento de conciliación laboral obligatoria

Quienes se proponen interponer una demanda laboral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (esto es, por ante la Justicia Nacional del Trabajo) debe someter previamente su reclamo a un proceso de conciliación obligatoria por ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECLLO), que funciona en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, proceso que se sustancia por ante un conciliador privado – un abogado de la matrícula – desinsaculado entre los que forman parte de un listado de unos 180 profesionales seleccionados para hacerse cargo de esa función. El proceso conciliatorio por ante el conciliador designado debe realizarse en un plazo de 20 días, prorrogables por otros 15 más, con asistencia obligatoria de las partes a, por lo menos, dos audiencias. En caso de celebrarse un acuerdo, el conciliador interviniente ha de someterlo a homologación (aprobación) por parte del funcionario competente del Ministerio de Trabajo, adquiriendo de ese modo el acuerdo los efectos propios de la cosa juzgada que le hacen susceptible de ejecución. Si, por el contrario, las partes no alcanzan acuerdo alguno, el actor – normalmente, uno o varios trabajadores – quedan habilitados para iniciar su demanda ante la justicia.

¹³⁵ Se trata de una valoración puramente cuantitativa pues no cuento en esta instancia con elementos relativos a los criterios selectivos y operacionales que seguramente orientaran las políticas inspectivas y que permitirían una evaluación más rigurosa de los resultados.

¹³⁶ En Argentina, el decreto 1183/96 introdujo la figura del controlador laboral, habilitado por el Ministerio de trabajo a propuesta de los sindicatos con personería gremial. Es función de los controladores laborales, quienes no tienen relación laboral ni funcional con el mencionado ministerio, colaborar con la fiscalización del trabajo no registrado; pueden requerir a las empresas controladas sólo la información necesaria para identificar casos de trabajo no registrado y confeccionar actas de las que deberán remitir copia al Ministerio de Trabajo que, a su vez, puede informar en los que proceda al ente de recaudación impositiva (hoy, AFIP). Como señalan Pedro Galín y Luis Beccaria en “Regulaciones laborales en Argentina”, Fundación OSDE y CIEPP, Buenos Aires 2002, estos controladores tuvieron en la práctica muy escasa o nula actuación.

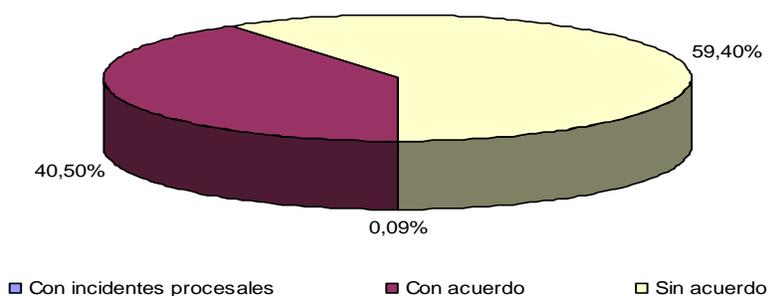
El número de causas que se concilian a través de este procedimiento y que, en consecuencia, no alcanzan a tener tratamiento judicial, es muy significativo. Como se puede apreciar en el cuadro 9 y el gráfico 17, extraídos de un informe producido por el propio SECCLO en junio de 2001, entre 1997 y la fecha de elaboración de ese informe habían ingresado en el SECCLO 151711 expedientes, relativos a 170111 trabajadores, y se habían alcanzado y homologado acuerdos en el 40,5 % de los casos.

CUADRO 9
CANTIDAD DE EXPEDIENTES INGRESADOS POR RECLAMOS

Año	Expedientes	Trabajadores
1997	12.155	13.451
1998	35.007	39.456
1999	38.145	42.732
2000	43.351	48.720
2001	23.053	25.752
TOTAL	151.711	170.111

Fuente: Informe del SECCLO, Junio de 2001

GRÁFICO 17
TOTAL DE EXPEDIENTES RESUELTOS DE 1997 AL 2001
(Porcentajes)



Fuente: Informe del SECCLO, Junio de 2001.

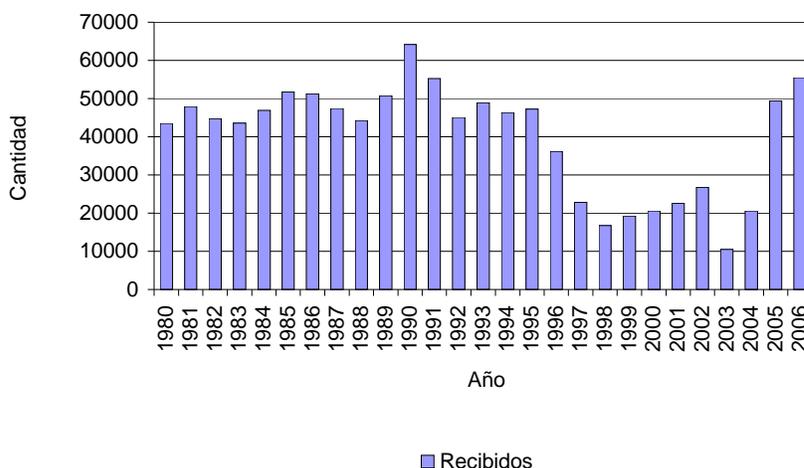
Información más reciente corrobora esa incidencia porcentual de causas conciliadas: en diciembre de 2007 se alcanzaron acuerdos en el 42 % de los expedientes sometidos en ese período a consideración del SECCLO.¹³⁷

El desempeño de la justicia laboral

El cuadro que sigue ilustra la evolución del número de expedientes ingresados desde 1990 para su tratamiento por parte de la Justicia Nacional del Trabajo. Ha de advertirse una clara disminución de ese número entre los años 1996 y 2004, que puede atribuirse a diversos factores, tales como la creación del SECCLO que, como vimos, reduce a menos de un 60 % el número de causas que llegan a la instancia judicial, la reforma y consiguiente desjudicialización del régimen de accidentes del trabajo, el crecimiento del trabajo no registrado, el crecimiento del desempleo, la crisis, en suma, que impidiera o desalentara el acceso a la instancia judicial. A partir de 2005, en el contexto del proceso de acelerada superación de la crisis (recuperación del empleo, crecimiento del producto, etc.), el número de causas tiende a retomar los niveles anteriores.

¹³⁷ Diario INFOBAE del 16 de enero de 2008.

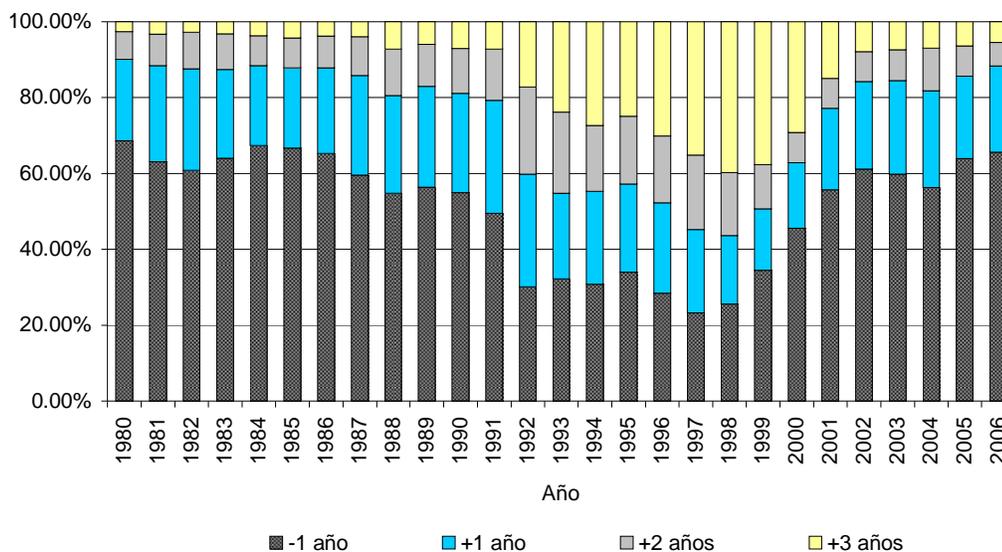
GRÁFICO 18
EXPEDIENTES JUZGADOS NACIONALES DEL TRABAJO RECIBIDOS ENTRE 1980-2006
(Números absolutos)



Fuente: Oficina de informática de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo.

En ese marco, y seguramente debido al ingreso de un número menor de causas, la Justicia Nacional del Trabajo tiende a mejorar su desempeño a partir de 1998, si se le mide en términos de la duración del trámite de los procesos. Hacia el año 2006, más del 60 % de los causas no insumían más de un año para su tratamiento y sólo alrededor un 10 % de ellas, más de 2 o 3 años.

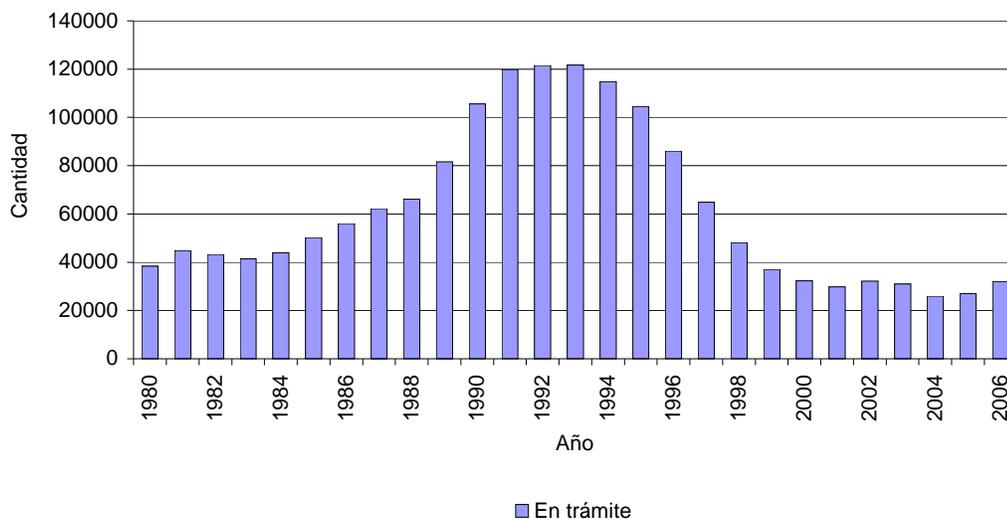
GRÁFICO 19
JUZGADOS NACIONALES DEL TRABAJO. COMPARACIÓN DE DURACIÓN 1980-2006
(Porcentajes)



Fuente: Oficina de informática de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo.

Ambos factores contribuyen a explicar la notable reducción del número de causas en trámite que puede advertirse a partir de 1995, cantidad que recién parece (tímidamente) iniciar un proceso de recuperación a partir de 2006 (gráfico 20).

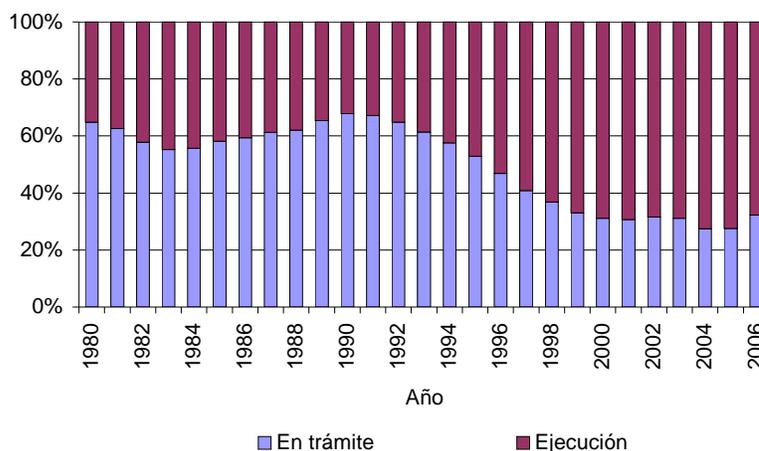
GRÁFICO 20
JUZGADOS NACIONALES DEL TRABAJO: NÚMERO DE CAUSAS EN TRÁMITES 1980-2006



Fuente: Oficina de informática de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo.

En el mismo período crece, sin embargo, la incidencia porcentual de los procesos que, concluida su sustanciación (lo que venimos de llamar “causas en trámite”) se encuentran en proceso de ejecución, lo que sugiere la prolongación de los trámites tendientes a lograr la efectivización de las sentencias y consiguiente cobro de sus créditos por parte de los trabajadores¹³⁸.

GRÁFICO 21
JUZGADOS NACIONALES DE TRABAJO. COMPARACIÓN EN TRÁMITE-EJECUCIÓN 1980-2006



Fuente: Oficina de informática de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo.

¹³⁸ Para Palomino y Senen González, esa notable incidencia de las causas en etapa de ejecución desmerece la significación de la reducción de los tiempos de sustanciación de los procesos judiciales, desde que “...no supuso para el trabajador un acceso más rápido al cobro de indemnizaciones, ante la evidente prolongación del trámite de ejecución, cuya demora ostensible implica un fuerte cuestionamiento de la eficacia del funcionamiento de la justicia laboral para los trabajadores” (op. cit en nota 128 pág. 155).

VI. A modo de conclusión

Argentina transitó por un agitado trance de reformas laborales durante la década anterior que en el marco de las concomitantes reformas económicas, no tuvieron un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni sobre el mercado de trabajo argentino: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad. Ello dio lugar a partir de comienzos de 2004 a una virtual reversión de aquellas reformas, a las que se atribuyera aquel tan insatisfactorio desempeño social. Va de suyo, en consecuencia, que toda pretensión de replanteo del tema de la flexibilidad laboral, además de su natural sensibilidad política, ha de tropezar con las reservas, rechazos y prevenciones que derivan de aquella traumática experiencia.

No ha sido ésta, por cierto, la oportunidad para efectuar un análisis crítico de esas reformas, que sí he abordado en otras oportunidades¹³⁹. Baste por ahora señalar la convicción de que es improbable que, como consecuencia de aquellas frustraciones, el tiempo de las reformas institucionales sobre cuanto ha sido objeto de este documento se encuentre agotado. Otra, no obstante debiera ser su inspiración y otros sus contenidos; otro también su “tempo” de abordaje, que en la lógica que inspira el modelo danés, se vincula en especial a la previa construcción de un espacio suficiente de seguridad del trabajador, pero que en términos más generales involucra también la necesidad de un ordenamiento menos proclive a anacrónicos ejercicios declamatorios y más comprometido con su eficacia tutelar,

¹³⁹ Ver, en efecto, mi “Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina” publicado como Documento de trabajo por el International Institute for Labour Studies (OIT/ Ginebra) (DP/173/2007).

su efectividad aplicativa y también, desde luego, con su compatibilidad con el desempeño adecuado de los procesos de producción y de trabajo. De un ordenamiento, en suma, en el que equidad social (tutela laboral y protección social) y eficacia productiva sean reconocidas como valores inseparables en un programa de progreso compartido.

Bibliografía

- Arthurs, Harry, "What immortal hand or eye? Who will redraw the boundaries of labour law?" en "Boundaries and Frontiers of Labour Law", Ed by Guy Davidov and Brian Langille, Hart Publishing, Oxford 2006, págs. 373 y sgtes
- Bredgaard. Thomas & Larsen Flemming "Comparing Flexicurity in Denmark and Japan", Centre for Labour Market Research at Aalborg University (CARMA www.jil.go.jp/profile/documents/Denmark_final.pdf,
- Bunel, Jean en "Pactos y Agresiones. El sindicalismo argentino ante el desafío neoliberal". Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 1992
- Candal, Pablo, en "Ley de Contrato de trabajo comentada y concordada" dirigida por Vázquez Vialard Antonio, Rubinzal- Culzoni 2005 pág. 359
- Caro Figueroa, J.A. "Contratación Laboral y despido", en LT, XXXIV A 321, 1986
- Confederación. Dinamarquesa de Sindicatos, Confederación. de Empleadores Daneses y Ministerio Danés de Empleo, documento conjunto sobre el concepto de flexicurity <http://www.ambathen.um.dk/da/menu/OmOs/Nyheder/ConferenceMaterial/JointPaperOnTheFlexicurityConceptPreparedByTheDanishConfederationOfTradeUnionsTheConfederationOfDani>
- Danish position paper, presentado en la conferencia sobre "Reconciling labour flexibility with social cohesion", Strasbourg, noviembre de 2005, en <http://www.bm.dk/sw6490.asp>Madsen, Kongshoj (University of Aalborg), EEO Autumn Review 2006 "Flexicurity" www.eu-employment-observatory.net/resources/reports/Denmark-FlexicurityAR06.pdf
- D'Antonna, Massimo, "La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia", en "Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive", a cura di Marcello Pedrazzoli, Ed. Il Mulino, Trento, 1989, pág. 43
- de Neubourg, Chris, "Desempleo y flexibilidad del mercado laboral en los Países Bajos" Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991
- Ermida Uriarte, Oscar "Las relaciones de Trabajo en América Latina" en "Temas Laborales", Rev. Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Junta de Andalucía, 18/1990, pág. 70.
- Foglia, Ricardo en "Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada", dirigi por Jorge Rodríguez Mancini, Tomo II pag 355, Ed. La ley, Buenos Aires

- Galín, Pedro y Beccaria, Luis , en “Regulaciones laborales en Argentina”, Fundación OSDE y CIEPP, Buenos Aires 2002,
- Goldin, Adrián, “Regulaciones laborales y empleo” su contribución al Libro Blanco del Empleo en la Argentina, elaborado por una comisión independiente presidida por Adolfo Canitrot e integrada por Juan Luis Bour, Alfredo _____El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en la Argentina”, Editorial Universitaria de Buenos Aires,1997
- ____“Labour subordination and the subjective weakening of labour law”, en “Boundaries and Frontiers of Labour Law”, Ed by Guy Davidov and Brian Langille, Hart Publishing, Oxford 2006, páginas 109 y sgtes.
- ____“Contrato de trabajo y renuncia de derechos” Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1987).
- ____“Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo”. Lexis-Nexis 2003.
- ____“L’effectivité du droit social au regard de la situation argentine” en “L’effectivité du droit du travail. À quelles conditions ? »Sous la direction de Philippe Auvergnon, Presse Universitaires de Bordeaux/Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2008, pág 335 y sgtes
- ____“Seguridad social y políticas de mercado de trabajo en Argentina. Una aproximación desde el esquema de la flexiguridad”, serie Macroeconomía del Desarrollo No.75, CEPAL, Santiago de Chile, 2009.
- Marshall, Adriana, "Consecuencias Económicas de los regímenes de protección de los trabajadores en América Latina", en Revista Internacional del Trabajo (OIT) CXIII 1 pág. 59
- ____Afilación sindical e instituciones del trabajo”, en Estudios del Trabajo, ASET, No. 32 pág. 45
- MTEySS, “Diagnóstico del Empleo no registrado” (Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales), en Trabajo, Ocupación y Empleo. Estudios 2004
- Nino, Carlos, “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, EMECE editores, 1992
- Observatorio del Derecho Social de la CTA, informe sobre “La negociación Salarial en 2006”.
- OIT, informe V (1) de la Oficina Internacional del Trabajo para la 95ª reunión de 2006, Ginebra 2005.
- Palomino, Héctor, en “¿Por qué la precariedad no es un fenómeno inevitable del capitalismo contemporáneo? El debate incipiente sobre la instalación de un nuevo régimen de empleo en Argentina”, trabajo presentado en el 8vo Congreso de ASET, Agosto de 2007,
- Pedersen Jesper Harvig “Flexicurity-System and the Public Employment Service”, Introductory paper The National Directorate of Labour, Denmark, documento presentado en “Innovations in Labour Market Policies; Challenges in times of globalization”, Viena, 16 y 17 de Febrero de2006, ver en <http://www.amsantiago.um.dk/NR/rdonlyres/3397B3A6-354E-448E-9682-358E40FB78F5/0/InnovationsinLabourMarketPolicies.doc>
- Rodríguez Piñero, Miguel, en , “La huida del derecho del trabajo” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 Pág. 8
- Sanguinetti Raymond Wilfredo en “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?” en Doctrina Judicial Laboral (Rosario, Argentina) No. 2 Julio de 2000 páginas 5 y sgtes.
- Schmitter P., “Still the century of corporatism”, originariamente en The Review of Politics, vol 36 No. 1, luego reproducido en Schmitter P. y Lehmbruch G. (eds) “Trends towards corporatist intermediation”, Contemporary Political Sociology, Vol I. SAGE Publications, London, Beverly 1979
- Senén González, Cecilia y Palomino, Héctor en “Diseño legal y desempeño real: Argentina” que forma parte de “Diseño legal y desempeño real: las instituciones laborales en América Latina”, Graciela Bensusan (coord); Porrúa y Universidad Autónoma Metropolitana Eds, 2006
- Sengenberger, Werner and Campbell, Duncan(Ed)"Creating economic opportunities. The Role of labour standards in industrial restructuring", Ed. International Institute for Labour Studies, Geneva, 1994.
- Standing, Guy, 1992 "Ajuste estructural y políticas laborales: ¿Hacia el ajuste Social?", en Estudios de Trabajo No.3 1992, Pág.3.
- Standing G, y Tokman V."Labour market issues in structural adjustment", OIT Ginebra 1991.
- Topet, Pablo, “La Inspección del trabajo en la República Argentina; un informe General y algunas reflexiones particulares” texto incluido en el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx)
- Valdés, Fernando en “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) No. 20 Año XVII Octubre 2001
- Weller, Jurgen y van Gelderen, Michael en “Flexibilidad de los mercados de trabajo: las variables laborales frente al crecimiento económico” en “Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina”, Graciela Bensúsán Coordinadora, UAM – Porrúa, México 2006, páginas 45 y sgtes.



NACIONES UNIDAS

Serie

C E P A L

macroeconomía del desarrollo

Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

- 74 Normas laborales y mercado de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad, Adrián Goldin, (LC/L.2985-P), N° de venta S. 08.II.G.91 (US\$ 10.00), 2008.
- 73 Active labor market programs for the integration of youths and immigrants into the labor market. The Nordic experience, Lena Nekby, (LC/L.2984-P), N° de venta E. 08.II.G.90 (US\$ 10.00), 2008.
- 72 La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento, Luis Lucioni, (LC/L.2981-P), N° de venta S. 08.II.G.101 (US\$ 10.00), 2008.
- 71 El auge reciente de precios de los productos básicos en perspectiva histórica, Omar D. Bello y Rodrigo Heresi, (LC/L.2975-P), N° de venta S. 08.II.G.84 (US\$ 10.00), 2008.
- 70 Flexibilidad con informalidad: opciones y restricciones, Víctor E. Tokman, (LC/L.2973-P), N° de venta S. 08.II.G.83 (US\$ 10.00), 2008.
- 69 El ingreso nacional bruto disponible en América Latina: Una perspectiva de largo plazo, Osvaldo Kacef y Sandra Manuelito, (LC/L.2982-P), No de venta S. 08.II.G.85 (US\$ 10.00), 2008.
- 68 Efectos macroeconómicos y respuestas de política ante la volatilidad de los precios de bienes energéticos y alimentarios en América Latina y el Caribe, Juan Pablo Jiménez, Luis Felipe Jiménez, Osvaldo Kacef, (LC/L.2965-P), No de venta S. 08.II.G.78 (US\$ 10.00), 2008.
- 67 Movilidad internacional de personas y protección social, Víctor E. Tokman, (LC/L.2913-P), No de venta S. 08.II.G.46 (US\$ 10.00), 2008.
- 66 Impuestos a los patrimonios en América Latina, Claudia De Cesare y José Francisco Lazo, (LC/L. 2902-P), No de venta S.08.II.G.38 (US\$ 10.00), 2008.
- 65 The Middle Class and the Development Process, Andrés Solimano (LC/L. 2892-P). Sales No. E.08.II.G.29 (US\$ 10,00), 2008.
64. La especialización intraindustrial en Mercosur, Jorge Lucángeli, (LC/L2853-P), N° de venta S.07.II.G.177 (US\$ 10.00), 2007.
63. Patrones de la inversión y el ahorro en la Argentina, Ariel Coremberg, Patricia Goldszier, Daniel Heymann, Adrián Ramos (LC/L.2852-P), N° de venta S.07.II.G.176 (US\$ 10.00), 2007.
62. Equilibrium Real Exchange Rates, Misalignment and Competitiveness in the Southern Cone, Peter J. Montiel, (LC/L.2850-P), Sales No. E.07.II.G.174 (US\$ 10.00), 2007.
61. La flexibilidad del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. Aspectos del debate, alguna evidencia y políticas, Jürgen Weller, (LC/L2848.-P), N° de venta S.07.II.G.171 (US\$ 10.00), 2007.
60. La tributación directa en América Latina y los desafíos a la imposición sobre la renta, Oscar Cetrángolo y Juan Carlos Gómez-Sabaini, (LC/L.2838-P), N° de venta S.07.II.G.159 (US\$ 10.00), 2007.

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@cepal.org.

Nombre:

Actividad:

Dirección:

Código postal, ciudad, país:

Tel.:.....Fax:.....E.mail:.....