

// DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

21

DIRECTOR JULIO A. GRISOLIA

Fascículo Quincenal

- DOCTRINA //**
- 1881** Teorías sobre la vigencia del régimen jubilatorio de la ley 22955. El derecho constitucional de la movilidad. El principio de la cosa judicial en el derecho previsional
Por Rodolfo A. Peón.
- 1889** Trabajo, cárcel y derechos humanos. Una aproximación al estudio de los derechos laborales de las personas privadas de su libertad en el ámbito federal
Por Alberto J. Volpi.
- SISTEMAS PREVISIONALES COMPARADOS //**
- 1927** Sistema previsional de Polonia
Por Patricia A. Binasco.
- RESEÑA DE JURISPRUDENCIA //**
- 1934** Pensión
Por Juan Manuel Santos.
- ACTUALIDAD EN LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PROVINCIAL //**
- 1951** Provincia de Santa Fe 3/2008
Por Sebastián Franco.
- 1955** Provincia de Mendoza 4/2008
Por Carlos Livellara (h).
- ACTUALIDAD LEGISLATIVA //**
- 1959** Ley 26388 (B.O. del 25/6/2008) —violación de la correspondencia electrónica— y otras normas dictadas en julio de 2008
Por Julio A. Grisolia.
- 1961** Una imprudente modificación a la ley 24241. El derecho a pensión de los convivientes de un mismo sexo
Por María Teresa Martín Yáñez.
- DERECHO COMPARADO //**
- 1966** Flexibilización y reforma laboral: comparación de las reformas en la Argentina y España. Breve evaluación de los resultados
Por Juan Carlos Cerutti.
- ACTUALIDAD INTERNACIONAL EN SEGURIDAD SOCIAL //**
- 1969** Por Estela Martí de Minutella.
- PRÁCTICA LABORAL //**
- 1972** ¿Y los *caddies*?
Por Gustavo G. Decurgez.

IV. CONCLUSIÓN

Por último, y resumiendo, para no abundar ya en un comentario de por sí extenso, a todas estas falencias deberán agregarse los conflictos de coparticipación entre derechohabientes que indudablemente se presentarán, dado que ningún orden de prelación se ha establecido al incluir a esta nueva categoría, y que también engrasarán la carga de litigiosidad a la cual ya nos hemos referido, así como los efectos que un antecedente de esta naturaleza, al permitir la modificación de un artículo de la ley por una simple resolución administrativa

(25), podrá tener para el futuro, al sentar un tentador precedente, sin mencionar la carga financiera que impondrá a todos los afiliados, sean o no del Régimen de Reparto o de Capitalización y estén o no incluidos en los alcances de esta norma, en función del carácter solidario del financiamiento de las prestaciones, y en especial la pensión, que en el Régimen de Capitalización, y en virtud de las modificaciones introducidas al SUP por la ley 26222, se realiza a través del denominado "Fondo de Aportes Mutuales", al cual contribuyen solidariamente los afiliados a dicho régimen.

Derecho Comparado

Flexibilización y reforma laboral: comparación de las reformas en la Argentina y España. Breve evaluación de los resultados

Por Juan Carlos Cerutti

SUMARIO: I. Introducción.- II. La flexibilización de hecho. El beneficio sindical.- III. La Argentina y España: dos realidades similares con soluciones distintas.- IV. Corolario

I. INTRODUCCIÓN

El Dr. Hugo R. Mansueti (1), citando sobre los alcances del término *flexibilidad* a Oscar Ermida Uriarte, señala que éste distingue sus diferentes alcances jurídicos en función de su finalidad y su fuente de regulación

La primera clasificación, que es sobre la cual trabajaré en esta oportunidad, corresponde a Jean-Claude Javillier, que distingue, según su finalidad, tres clases de flexibilización: una de protección, otra de adaptación y otra de desregulación.

La flexibilidad de *protección* es la propia del Derecho del Trabajo clásico: el Derecho Laboral fue siempre flexible, sólo que en un único sentido. La norma laboral tradicional siempre fue superable y adaptable en beneficio del trabajador. El derecho positivo admite la negociación individual o colectiva, en la medida en que por esta vía se mejoren los beneficios otorgados por la legislación.

La flexibilidad de *adaptación* consistiría, por su parte, en la adaptación de las normas legales rígidas a nuevas circunstancias, a través de la negociación colectiva y en una valoración global de qué es lo más conveniente para el trabajador. La idea central es que no estamos ante una derogación lisa y llana, sino ante una adaptación que se hace a través de la autonomía colectiva.

Y la flexibilidad de *desregulación* sería simplemente la *derogación de beneficios laborales preexistentes o su sustitución por otros inferiores*.

Sobre la flexibilidad de desregulación, es la que adoptaremos para señalar en este trabajo el alcance que en términos generales se le da a la "flexibilización laboral", en cuanto se ha querido señalar con este concepto la capacidad de "maximizar" las relaciones de empleo frente a la estructura de ganancia del empleador o los sistemas de producción que surgen frente al desafío de la tecnología, en conjunto con el notable avance de las telecomu-

(25) Con olvido además de la enumeración taxativa que el art. 53, ley 24241 impone.

(1) Mansueti, Hugo R., "La flexibilidad laboral", publicado en www.eit.com.ar.

nicaciones, que nos hacen estar cada vez más cerca, y a su vez aglizar los cambios determinantes para una economía de determinado país.

II. LA FLEXIBILIZACIÓN DE HECHO. EL BENEFICIO SINDICAL

Así, hemos asistido atónitos a los intentos de afianzar los derechos de los trabajadores argentinos, a diezmarlos en los años '90, no sólo de "forma" (mediante la denominada "flexibilización laboral" y los nuevos tipos contractuales, períodos de prueba, disminución drástica de los montos indemnizatorios de la ley 25013 [LA 1998-D-4052], etc.) sino también de "hecho", al agrandar la brecha entre clases sociales y aumentar los índices de desempleo o empleo informal. Hoy, luego de varios años, y con un gobierno del mismo partido, asistimos al intento actual de maximizar los derechos de los trabajadores, de nuevo, no sólo de "forma" (mediante la derogación de las leyes 25013, 25250 [LA 2000-B-1690] y 26341 [LA 2008-A-70], que deroga los incs. b y c del art. 103 bis, LCT, [t.o. 1976, ALJA 1976-A-128], etc.) sino también de hecho, otorgando un poder inusitado a los sindicatos y corporaciones de trabajadores, los que sin contenido de derecho suficiente, tan sólo intentan agrandar su parte imponiendo en forma general los denominados "aportes sindicales de los no afiliados" o "aportes solidarios" a los CCT., así como la sola discusión de aumentos salariales sin fomentar los diversos tipos contractuales y apoyo en tecnología e innovación de los que debería tratarse cada vez más con el fin de crear puestos de trabajo para personal técnico e ir evolucionando en la cadena de producción.

Como nota a destacar, creo que debemos tener presente el beneficio que reportará a los sindicatos el traspaso de los miles de millones de pesos que se pagaban en *tickets* a los trabajadores en aplicación del hoy derogado art. 103 bis, incs. b y c, y cuyo aporte en un 2% a un 3% deberá realizar el empleador para el sindicato, sea o no afiliado, monto que no se encontraba alcanzado con la aprobación de la ley 24700 (LA 1996-C-3263).

III. LA ARGENTINA Y ESPAÑA: DOS REALIDADES SIMILARES CON SOLUCIONES DISTINTAS

Pero a los fines del presente trabajo me propongo intentar una aproximación a comparar a España y la Argentina en el comportamiento del mercado de trabajo, sus actores políticos (gobierno y confederaciones de trabajadores) y su correlato con los índices de desocupación, en concordancia con la normativa aplicada en el caso. Por cierto que intentare abordar el tema entre los años '80 y la actualidad.

Como señalara más arriba, en nuestro país asistimos a una bifurcación a medida que pasan los años, y los distintos gobiernos, por más que sean del mismo partido,

adoptan políticas de empleo completamente distintas y antagónicas entre sí.

Debemos señalar que recuperada la democracia en la Argentina, la evolución del Derecho del Trabajo y su rol protectorio fue determinante a mediados de los '80, siendo los avances significativos en cuanto a la tutela de los derechos, los índices de desocupación eran realmente bajos, predominando en ese entonces la preocupación por la estabilidad o valor real del salario, siendo la inflación un factor determinante de la negociación colectiva. Los índices reflejados en la Encuesta Permanente de Hogares (2) nos informan que entre los años 1983 y 1989 hubo variaciones entre el 4% y el 8%, para luego, entre la década del '90, pasar del 8% al 12% en 1994, e ir creciendo al 18% en el año 1995, fecha de inflexión en la que se promulga la ley 25013.

La ley 24013, promulgada a inicios del gobierno justicialista, si bien puso sobre el tapete la intención del legislador de punir las conductas de los empleadores que registrarán de modo deficiente a sus trabajadores, también garantizó una moratoria gratuita a aquellos empleadores que blanquearan relaciones de empleo establecidas fuera de la LCT. El art. 12, Ley de Empleo impuso un plazo de 90 días a partir de la promulgación de la ley para que todos los empleadores que tuvieran empleados no registrados o deficientemente registrados procedan a su correcta registración, eximiéndolos del pago de aportes jubilatorios y de obra social no efectuados.

Asimismo, promulgó una serie de tipos contractuales por medio de los cuales se desdibujó el contrato sinalagmático habido entre empleador y empleado, pasando a ser casi un contrato de adhesión, ya que los contratos "promovidos" eran de difícil rechazo por parte de los nuevos empleados en una situación general de desempleo. Hoy se ve que los resultados de dicha moratoria no fueron aprovechados por los empleadores, subsistiendo los porcentajes de empleo informal durante dicho período (3).

La siguieron –en 1995– la promulgación de la ley 24465 de Fomento del Empleo (LA 1995-A-146), incorporando el art. 92 bis, LCT, con un período de prueba de seis meses, así como el contrato de aprendizaje y el art. 92 ter, que establece las condiciones del contrato a tiempo parcial, y la ley 24467 de Fomento de la Mediana Empresa, estableciendo en su tít. III, secc. IV, la denominada "disponibilidad colectiva", algo novedoso en la legislación, que introdujo la posibilidad de que entre las pequeñas empresas y los sindicatos procedieran a modificar de cualquier forma las pautas en que se gozaban las vacaciones, el pago del sueldo anual complementario y el régimen de extinción de las relaciones laborales, algo ciertamente novedoso, ya que implicaba que se pudieran realizar cambios tanto en beneficio como en detrimento de pautas establecidas por la LCT.

(2) Dato proporcionado por el INDEC, "Evolución de la tasa de desempleo por aglomerado desde 1974 a 2003" (www.indec.gov.ar).

(3) Encuesta del INDEC antes citada.

Cierto es que a poco de andar (1998) se promulgó la ley 25013, la cual dejó sin efecto gran cantidad de tipos contractuales establecidos en las leyes 24465 y 24013, pero disminuyeron notablemente las indemnizaciones por despido para nuevos contratos de trabajo.

Asimismo, y ya en el gobierno de la denominada "Alianza", se promulgó la ley 25323 (LA 2000-D-4362), la cual en su art. 1 otorgó otra moratoria de 30 días para los empleadores que blanquearan a sus dependientes, pero no se especificó si la misma implicaba un perdón a la deuda provisional y de obra social.

Se destaca que ninguna de estas novedades legislativas fueron acompañadas de un crecimiento en el empleo formal; por el contrario, los índices de desempleo y del empleo informal siguieron estables o crecieron en épocas de eclosión social, tal como fue el final del año 2001 y de 2002.

Por otro lado, y siendo que tenemos similares legislaciones de fondo con el Reino de España, a la inversa que en la Argentina, al recuperarse la democracia se inició un camino de reconstrucción de la economía de dicho país.

Cierto es que su ubicación en el mundo la ha favorecido en cuanto a su pertenencia a la Comunidad Económica Europea (UE), lo que le reportó beneficios múltiples, entre los cuales se encuentran los aportes de dinero para el desarrollo económico.

Pero dicho trabajo no podría haberse llevado adelante sin el apoyo de políticas de empleo y crecimiento que se sostuvieran a través del tiempo, con importantes acuerdos entre los actores económicos, tanto en lo cotidiano como en planes a largo plazo.

Debemos destacar que a fin de fomentar el empleo se utilizaron en gran medida, y con la vista a un lado de las confederaciones de trabajadores, los denominados "trabajos temporarios", o la toma por parte de empresas de personal de una consultora, para la realización de los fines propios de la actividad de la misma, evitando así una relación de dependencia directa que obligara al mantenimiento del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. A medida que se avanzaba con el bienestar social de la población se fueron incrementando los pedidos de estabilidad en los puestos de trabajo, arribándose a la aplicación de responsabilidades solidarias entre las empresas principales y los subcontratistas cuando subcontrataran trabajos de la propia actividad, camino que se ha iniciado en forma jurisprudencial a partir del STSJ del 10/12/2001, donde se establecen los límites y alcances del denominado "outsourcing" (4), y la reforma del art. 42, Estatuto de los Trabajadores, realizada mediante la ley 12/2001, del 9/7/2001 (B.O. de España del 10/7/2001) (5).

El art. 42 en su parte pertinente dice:

"Sección 2ª. Garantías por cambio de empresario

"Art. 42. Subcontratación de obras y servicios.

"1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

"2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto de la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

"No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial" (lo destacado ha sido agregado por mi parte).

Como vemos, no es el único artículo al respecto que intenta establecer responsabilidad de los empresarios principales en el control de los salarios y aportes a la Seguridad Social, ya que si bien se obtuvo una enorme mejoría en el crecimiento del empleo formal de los habitantes españoles, lo cierto es que los tipos contractuales eran precarios y se prestaban a que los empresarios abusaran de los mismos con el fin de evitar responsabilidades en el pago de deudas salariales o de la Seguridad Social.

Se destaca que con el crecimiento económico de España, el centro de crecimiento de los empleos lo ha sido el sector de servicios y de la construcción (hoy en crisis), elevándose el requerimiento de empleados técnicos no universitarios. Asimismo, las centrales de trabajadores han ido exigiendo la formalización de los contratos de trabajo con el real empleador, dándose un fenómeno de crecimiento en ese sentido.

En la actualidad, debido a la crisis mundial que afecta al sector de la construcción y la diferencia notable de costos entre las empresa que producen bienes o servicios en España (y toda la zona Euro), respecto de los Estados Unidos y el resto del mundo, se vislumbra con honda preocupación el traslado y cierre de fábricas o la tercerización

(4) Molero Manglano, Carlos (dir.), "Manual de Derecho del Trabajo", Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2000, ps. 236/237.

(5) Rodríguez-Piñero, Miguel, Ojeda Avilés, Antonio y Fernández López, María Fernanda, "Legislación laboral y de seguridad social", 3ª edición actualizada, Ed. Tecnos, 2001, ps. 124/125.

de servicios (*telemarketers*, venta *online*, publicidad, etc.) tanto a los Estados Unidos como a la Europa oriental (ex países comunistas), donde el valor hombre es mucho menor, y ni hablar de los traslados a Asia y África.

En la actualidad el fenómeno del desempleo se ve agravado por la inmigración y el confort alcanzado por los españoles, a quienes no les parece beneficioso la realización de tareas de baja calificación, resultando entonces deudores de grandes sumas de dinero al sistema financiero (hipotecas, préstamos, etc.), siendo el colapso del mismo un tema de profunda reflexión en estos momentos.

IV. COROLARIO

Como corolario del presente trabajo entiendo que las políticas normativas de protección o desprotección de los trabajadores, lo cual siempre tiene como trasfondo la intención de mejoramiento de los índices de empleo (al menos ésta es la causafin manifiesta por el poder político en ambos países), no se bastan a sí mismas y quedan vacías de contenido si no son acompañadas por una reactivación real de la economía. Es decir, en nuestro país, por más que se hubiera otorgado una moratoria para el blanqueo de personal, el mismo resultaba altamente antieconómico para los empresarios, por los costos añadidos (vgr., seguridad social, protección del empleo en situaciones de enfermedad inculpada, etc.), y sin la visión de futuro en la que se vislumbrara el crecimiento de la empresa a largo plazo. En España se apostó en forma cabal

al crecimiento económico y bienestar de las personas, con la *addenda* de los enormes aportes económicos de la UE, los cuales fueron bien utilizados, creciendo en calidad y cantidad de empleos. A años vista de los comienzos de la democracia española, vemos a un Felipe González no tan alejado de Aznar o Zapatero en cuanto a dónde se invierte; el empresario español sabe que las políticas fundamentales serán respetadas por ambos partidos, e incluso por las autoridades autonómicas, y que tendrán sus matices en cuanto al concepto de lo social; podemos advertir igualmente que en estos momentos se hallan en profunda crisis de estancamiento en el crecimiento que tenían, por lo que veremos cómo se comportan respecto de la normativa y las acciones los actores políticos que dirigen el país.

Por el contrario, en nuestro país asistimos a un crecimiento inusitado; no era fácil pensar en 2002 en dónde nos encontraríamos actualmente, que los índices de desempleo hayan bajado más de diez puntos y que la inversión real se haya incrementado en la forma en que se ha hecho.

Resta saber —además de si continuaremos creciendo o no— si los cambios normativos (vgr., supresión de los vales alimenticios) tendrán como consecuencia una mejora en la cantidad y calidad de los empleos, o si el legislador (actor político) tiene para sí un interés distinto de encaminar políticas de empleo y crecimiento económico a futuro que puedan sustentarse y mantenerse en el tiempo.

Actualidad Internacional en Seguridad Social

Bibliografía (*)

"Avances y retos de la política social en Colombia"

"A finales de los años '90, Colombia vivió una de sus mayores crisis económicas y sociales que llevó en 1999 a que el PBI cayera un 4,2%, la pobreza moderada se ubicara en niveles cercanos al 58% y la pobreza extrema en el 25%. Para mitigar el impacto social de la crisis se implementaron una serie de medidas como la puesta en marcha de una red de apoyo social, dirigida a las poblaciones más vulnerables para el fortalecimiento del capital humano de las familias y la inserción al mercado laboral".

(*) Sección a cargo de la Dra. Estela Martí de Minutella.

El documento atañe a la *política de seguridad democrática*, implementada a partir del año 2002. Toca temas puntuales tales como la génesis, el desarrollo y la prospectiva del fenómeno del desplazamiento y de la política social. La política de la banca: de las oportunidades de acceso a servicios financieros para los más pobres, como conjunto de instrumentos que buscan facilitar el acceso a crédito, ahorro, pagos, manejo de remesas y seguros de los colombianos, principalmente de quienes han carecido de acceso a estos mercados.

Es un ejemplo de acciones de gobierno no basadas en la dádiva que han tenido el reconocimiento general durante dos mandatos sucesivos, y que, en creciente consenso público, demanda la continuidad del grupo gobernante.