
Derecho del Trabajo y aislamiento: tres reflexiones y una recomendación

Guido A. Seren Novoa*

Resumen

El presente artículo analiza el derecho a la desconexión digital en el actual proyecto de ley de teletrabajo, la proyección tutelar del proyecto de regulación de la actividad de los influencers y propone una respuesta de nueva articulación normativa para los vínculos laborales en el contexto de la revolución 4.0. Por último, se recomienda una película argentina que mucho tiene que ver con el Derecho del Trabajo y la práctica profesional de la abogacía.

Palabras clave: Teletrabajo – *Influencers* – Disponibilidad colectiva – Desconexión digital

* Docente Universidad de Palermo y Universidad de Buenos Aires, Secretario del Juzgado Nacional del Trabajo n° 77, miembro de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas (SIDTySS)

I. Introducción: pandemia y encierro

El espectro traumático de consecuencias de la pandemia y del aislamiento es, indudablemente, multidisciplinario. Aunque economía, derecho, psicología y otras ciencias estén llamadas a analizar, estudiar y planificar el ahora y el después, lo cierto es que el mundo del trabajo se ha visto particularmente afectado.

Esa afectación responde, tanto a un panorama inédito e imprevisible de paralización económica, como a un escenario normativo complejo que se nutre de normas de diversa fuente y proyectos legislativos que demandan especial atención.

Nos hemos paralizado y aislado en salud a lo largo y ancho del país, mientras asistimos, *hiperconectados*, a un vértigo normativo y económico con tantas predicciones optimistas como catastróficas. Ansiosos, abstenerse.

En ese marco, el presente artículo no tiene mayores ambiciones. El planteo de algunos interrogantes sobre una ley y un proyecto legislativo, el potencial uso actual de una herramienta que genera suspicacias entre los laboristas y la recomendación de una película, constituyen nuestra invitación a pensar y a recuperar el ocio productivo. Como sostenía Bertrand Russell: “Sin la clase ociosa, la humanidad nunca hubiese salido de la barbarie”.¹

210

II. Primera reflexión. El proyecto de ley de teletrabajo: el *fomo* de la desconexión digital

El pasado 14 de agosto de este año el Boletín Oficial nos informó de la sanción del *Régimen Legal del Teletrabajo*.² Sus veinte artículos se proponen desarrollar, a partir de la inclusión en el Título III del Régimen de Contrato de Trabajo (Ley 20.744),³ una nueva modalidad contractual.

La nueva legislación se centra en la fijación de mínimos para las condiciones de prestación remota, mediante el uso de las TICs (tecnologías de la información y comunicación).

La ley, de un balance general positivo por su lógica tutelar del trabajo dependiente, condiciona la aplicación de la modalidad contractual a dos requisitos: 1) la utilización de herramientas tecnológicas para el cumplimiento del débito laboral; y, 2) la efectiva prestación *fuera* de un establecimiento de titularidad del empleador.

El establecimiento, definido en el artículo sexto de la ley 20.744, es un centro de imputación objetiva que facilita la identificación del sujeto empleador y que posee

¹ Russell, Bertrand, “Elogio de la ociosidad”, en *Ensayos impopulares*, Edhasa, 2003.

² Trámite parlamentario que aduna múltiples anteproyectos (1042, 1089, 1172, 1846, 2204, 2224, 2272, 2287, 2297, 2305, 2329, 2343, 2350, 2365, 2509, 2727, 2845, 2926, 2953 y 2954-D20 OD-57).

³ B.O. 27/09/74.

una relevancia particular en el Sistema de Relaciones Colectivas (como espacio de construcción de la representatividad). La ley recoge, en forma un tanto deficiente, la modificación de su expresión tradicional, su concepción física. El establecimiento en las nuevas formas de producción es una computadora, un smartphone, una plataforma o aplicación.

Puede que se plantee un problema *si y solo si* el lente que utilizamos viene signado por el estatismo propio de un sistema informado por un alto *quietus* en el reglamentarismo legal.

En la lógica del teletrabajo, el establecimiento no deja de existir. Sigue existiendo en tanto *unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa*. El cambio sustancial radica en que la posible ausencia de titularidad patronal sobre el mismo, atenúa uno de los indicios de dependencia típicos. Ello no debiera ocasionar que sea nuestra propia visión estática la que obstaculice la posibilidad de reinterpretar los elementos de la definición normativa. Dicho de otro modo, nada obsta el concebir estas nuevas plataformas fácticas como ínsitas en las descripciones legales, es decir, en la significación jurídica del hecho productivo dependiente. Como sostiene Todolí Signes,⁴ allende la posibilidad de nuevas calificaciones que superen la dicotomía de trabajo subordinado y autónomo, es necesaria la elaboración de nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales.

Lo anterior sirve para ilustrar algunos de los esfuerzos interpretativos que esperan a los jueces, así como aquellas aristas complejas en la negociación que aguardan a los sindicatos.

No obstante, el presente análisis se centrará en el artículo quinto de la ley que contempla el llamado “*derecho a la desconexión digital*”. Dice el texto:

La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

Aun antes de que la norma fuere un anteproyecto, el derecho a la desconexión digital ocupó a la doctrina en ésta y otras latitudes. Todos sucumbimos al *FOMO*⁵ de

⁴ Todolí Signes, Adrián, “El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: La nueva ley de California (AB5)”, *Revista Trabajo y Derecho*, n° 66, junio de 2020, disponible en www.adriantodoli.com (Consultado el 12 de julio de 2020).

⁵ Neologismo, nativo digital, que funciona como acrónimo formado por las siglas de la expresión sajona *Fear of missing out*. Es definido como un miedo al arrepentimiento, que puede llevar a una preocupación compulsiva de que se pueda perder una oportunidad de interacción social, una experiencia novedosa, una inversión rentable u otros eventos satisfactorios por la falta de

querer profundizar en un *nuevo* derecho laboral.

Esta necesidad doctrinaria y académica se fundó, tal vez, en el auge de modelos estatales neoconservadores.⁶ Hace ya más de una década, a partir de la crisis del año 2008, vimos retomar protagonismo a las tesis del neoliberalismo, con el consiguiente resurgimiento de la concepción científicista de principios económicos ortodoxos. La consecuencia directa de ello se proyectó en el -ya conocido- lente con que se observa el sistema de relaciones laborales: la óptica del mercado. Lejos del espíritu de la declaración de Filadelfia, el trabajo volvía a ser considerado una mercancía cuyo costo es necesario reducir en aras de maximizar la productividad. Un cuestionable presupuesto para la distribución “natural” de la riqueza.⁷ Ese escenario, de fuerte penetración en nuestra región, nos insufló una avidez de nuevos derechos protectorios.

Y la discusión tapó el bosque.

En efecto, no se trata de un nuevo derecho digital. Se trata del derecho laboral más antiguo y una de las principales causas del hecho sindical en el plano internacional. Es el descanso. La limitación de la jornada de trabajo como correlato al omnipresente poder patronal en la ejecución del contrato de trabajo.

En 1919, el primer instrumento normativo vinculante de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio 1º, ya daba cuenta de esta como la primera inquietud del movimiento obrero. El derecho al descanso, es la historia del primero de mayo.⁸

212

No debe entenderse como irrelevante la proyección legislativa del derecho a la desconexión digital. Al contrario, es una expresión *aggiornada* del derecho al descanso y eso lo convierte en una herramienta de tutela de la integridad psicofísica del trabajador dependiente, así como de preservación de sus espacios de libertad.⁹ Como dice Supiot, “en el contrato de trabajo la libertad no se compromete, si no que se somete”.¹⁰ El descanso y su nueva proyección 4.0, funcionan como una reivindicación del vínculo humano dependiente, de sus espacios de libertad y como

atención, principalmente a las redes sociales (Kandell, Jonathan J., *Internet Addiction on Campus: The Vulnerability of College Students*,. CyberPsychology & Behavior, disponible en:10.1089/cpb.1998.1.11. Consultado el 11 de julio de 2020).

⁶ V. Simón, Julio C., *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1994, cap. 2.

⁷ V. Supiot, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*; Siglo XXI, 2012, p. 158.

⁸ V. AA. VV., *Historia del primero de mayo*, Terramar, Buenos Aires, 2011.

⁹ Sostiene Goldin que, sin perjuicio de las ideas particulares del Derecho del Trabajo en la experiencia comparada, no se percibe una alteración en la idea básica: “*la autonomía individual sigue enmarcada por un aparato normativo tendiente a neutralizar la sustancial asimetría que se manifiesta en el campo de la relación individual de trabajo*” (Goldin, Adrián, *Configuración teórica del Derecho del Trabajo*; Heliasta; Buenos Aires; 2012; p.53).

¹⁰ Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 147.

ratificación de la aceptación libre y voluntaria al sometimiento a este particular vínculo jurídico-productivo que llamamos contrato de trabajo.

Aclarado el concepto dinámico del establecimiento y recordando los fundamentos por los que la jornada de trabajo se encuentra limitada (cfr. art. 14 bis), puede analizarse, tal vez ya sin tanta alarma, el artículo transcripto.

En primer lugar, establece que esa particular proyección instrumental del derecho al descanso, aplica para los casos en que la prestación se efectúe mediante las TICs. En otras palabras, regula un particularismo digital en los casos en que la prestación laboral se desenvuelva bajo la nueva modalidad contractual (teletrabajo). Una obvia delimitación del campo de aplicación subjetivo de la tutela.

El descanso se compone de dos elementos: del derecho a la desconexión de las TICs propiamente dicho, así como de la prohibición de contacto por parte del empleador en los períodos de descanso y licencias. Este conjunto de derecho y prohibición correlativos, implica la posibilidad de “abandonar” el establecimiento digital una vez finalizada la jornada de trabajo. Aunque parezca sobreabundante, debe reiterarse: es una proyección de la tutela de la integridad psicofísica del dependiente, consagrada como deber de seguridad en el art. 75 LCT. Tiende a evitar la ansiedad, el síndrome del *burnout*¹¹ y permitir la conciliación entre la vida laboral y personal del trabajador. Para ello garantiza la inmunidad frente al ejercicio del poder disciplinario patronal (art. 67, LCT). Nuevamente, sobre este último punto, el texto es sobreabundante, pues no puede admitirse el uso válido de la potestad disciplinaria del empleador cuando el incumplimiento es de éste mismo. Empero, en este caso, lo que abunda no daña.

213

El último párrafo viene a consolidar lo antes expuesto. Para ello, fija específicamente la imposibilidad del empleador de asignar tareas y hasta remitir comunicaciones en el marco del descanso. Esta disposición tiene particular relevancia cuando los elementos empleados por el trabajador para el cumplimiento del débito laboral son de su propiedad y empleados, además, con fines de esparcimiento o conexión personal.

El filósofo surcoreano Han, sostiene que “[L]a falta de distancia conduce a que lo público y lo privado se mezcle. La comunicación digital fomenta esa exposición pornográfica de la intimidad y de la esfera privada”.¹² Esa impecable analogía se proyecta a la inmunidad de comunicación laboral y asignación de tareas que pretende proyectarse desde la ley.

¹¹ Estado de agotamiento físico, mental y emocional causado por el cansancio psíquico o estrés que surge de la relación con otras personas en un dificultoso o demandante clima laboral (v. Organización Mundial de la Salud, revisión número 11 de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos (CIE-11), disponible en <https://icd.who.int/es>. Consultado el 12 de julio de 2020).

¹² Han, Byung-Chul, *En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2018, p. 14.

Uno de los argumentos en contra de esta específica disposición fue el del trastorno de los poderes de organización y dirección que posee el empleador (arts. 64 y 65 LCT). Se sostuvo que la disposición afecta la posibilidad de diagramar las tareas y organizar el funcionamiento de la empresa, afectando, en última ratio, el derecho de propiedad (art. 14 CN).¹³

Adelántese, esta postura no parece muy válida.

Estos dos poderes (ambos expresiones de la faceta jurídica de la dependencia, extremo este, tipificante del vínculo laboral de preferente tutela constitucional en nuestro ordenamiento jurídico) suponen la configuración de los bienes que comprenden el emprendimiento productivo (organización), así como la toma de decisiones acerca de su funcionamiento diario (dirección). Así, el poder de organización, entendido como “constituyente o constitutivo de la empresa misma [...] depende de la estructura básica de la empresa, estimando que el poder directivo en sentido estricto es el que hace a la ejecución del proyecto que es la empresa, montado por el poder de organización”.¹⁴ La diferencia, que burdamente puede identificarse como una cuestión temporal (organización como poder constituyente de la empresa y dirección como poder dinámico y de posterior manifestación en la ejecución del contrato para el fin empresario) no obsta en modo alguno la posible limitación en respeto de los derechos y garantías constitucionales emergentes del 14 bis.

214 Es que, como señaló García,¹⁵ aun antes de que existiese esta ley, el ejercicio del poder de dirección “se desenvuelve en un entorno amenazante o capaz de poner en entredicho el goce efectivo de los derechos del trabajador al descanso, a trabajar en condiciones saludables y al respeto de su privacidad”. El tino está en advertir que “se está en presencia de una nueva cara de la —hoy más que nunca— poliédrica subordinación, que hace necesario un replanteo de los límites al ejercicio del poder de organización, dirección y disciplinario del empleador, de modo de ajustarlos con mayor precisión y adecuarlos”.

En efecto, nuevas manifestaciones de antiguas discusiones merecen reconsideraciones. No obstante, la necesidad de replantear aspectos instrumentales de las herramientas de tutela no puede confundirse con la vigencia o razón de ser de aquellas limitaciones a la desigualdad que el movimiento obrero supo conseguir.

¹³ V. entre otras, <https://www.infobae.com/economia/2020/07/10/empresarios-piden-ser-escuchados-por-la-ley-de-teletrabajo-y-buscan-frenar-su-aprobacion-en-el-senado/>. Consultado el 12 de julio de 2020.

¹⁴ López, Justo, cita en De La Fuente, Horacio y otros, “Contrato de Trabajo”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Vázquez Vialard, Antonio (dir.), Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 3, p. 630.

¹⁵ García, Héctor O., “Derecho a la desconexión digital. Exámen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n° 273, 2019, págs. 9-42.

II. Segunda reflexión. *Influencers*: la necesidad de lo obvio

Antes de que termináramos de pensar sobre el teletrabajo, la noticia de un nuevo proyecto legislativo tuvo un obvio eco fuerte en las redes sociales.

Se trata del proyecto de “*Régimen legal para influenciadores o influencers*”.¹⁶

El proyecto es jurídicamente multidisciplinario y conjuga elementos del Derecho de Defensa al Consumidor, Derecho Tributario, Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho del Trabajo y múltiples aristas de garantías constitucionales (como libertad de expresión, ejercicio de industria lícita, etc.). Va de suyo que el presente análisis breve no tiene por finalidad agotarlo.

Entre los artículos 2 y 4 se delimita cuál sería el ámbito de aplicación subjetiva de la ley. Así, se entiende que *influencer* es toda persona (humana o jurídica) que posea un número importante de seguidores o suscriptores, se encuentre verificado por la red social y utilice su alto grado de exposición, su imagen reconocida en las redes sociales y su capacidad de convencimiento para promocionar un determinado objeto, producto o servicio, con el objeto de influir en las decisiones de consumo de sus seguidores y de este modo obtener algún rédito económico en su beneficio.¹⁷

La compleja definición y el interés de esta pieza por el Derecho del Trabajo inclinan a considerar el caso de las personas humanas que, utilizando las distintas redes sociales, prestan servicios a fin de promocionar bienes o servicios. En definitiva, ese interés se debe a que el propio artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”.

Lo primero que cabe advertir es que esta ley no está llamada a superar la dicotomía entre trabajo dependiente y trabajo autónomo. No se trata de una regulación estatutaria intermedia, pues claramente impone la obligación de registro tributario correspondiente a los trabajadores autónomos (art. 9).

¿Se trataría de una actividad tutelada?

La respuesta no parece sencilla. Si bien no pareciera especialmente la finalidad de este proyecto de ley, además de regular esta nueva forma de publicidad, contiene ciertos requisitos que funcionarían como reaseguro para los influenciadores.

El proyecto establece restricciones obvias a la actividad como la promoción de

¹⁶ Proyecto presentado ante el Senado por la diputada electa en San Juan Cristina del Carmen López Valverde (FdT), expte. nro. 1358-S-2020, Publicado en el Diario de Asuntos Entrados N° 65 en fecha: 30/06/2020.

¹⁷ De acuerdo con la Cámara Argentina de Anunciantes (CAA) los influenciadores se clasifican en función del número de seguidores en redes sociales: *Nano Influencer*: tienen entre 3.286 y 8.611 seguidores; *Micro Influencer*: entre 8.611 y 96.111 seguidores; *Influencer*: entre 96.111 y 575.000; y *Celebrities*: cuentan con más de 575.000 de seguidores. No obstante, la ley no efectúa tal distinción, quedando pendiente verificar si la eventual reglamentación recogería ese guante (cfr. art. 14 del proyecto).

discursos de odio, la publicación engañosa o la falta de respeto a las restricciones publicitarias específicas de sustancias como el tabaco y el alcohol (arts. 10 y 11). Pero también impone obligaciones a los anunciantes (quienes contraten el servicio de los influencers), tales como: a) *Especificar con claridad en los contratos la naturaleza publicitaria del contenido que publican.* b) *Contar con los medios de prueba que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas respecto de su producto o servicio, de manera previa a su difusión.* c) *Respetar las normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de ciertos productos.* d) *Asegurarse de contar con las autorizaciones o licencias para el uso de signos distintivos u obras protegidas por derechos de autor en la publicidad* (art. 8).

Estas obligaciones del “anunciante” no parecen proyectadas al influenciador, si no a quién contrata sus servicios.¹⁸ En esa lógica, funcionarían como un límite de responsabilidad del influenciador. Ello los tutelaría de eventuales reclamos por incumplimientos específicos.

El proyecto decide llamar remuneración al pago en dinero como contraprestación por el servicio del *influencer*. Los laboristas solemos creer (el artículo 103 de la Ley de Contrato de Trabajo nos respalda) que esa denominación debe reservarse para el pago, como contraprestación de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, del trabajador dependiente. Lo cierto es que esa batalla la perdimos hace un lustro con el Código Civil y Comercial.¹⁹

Es necesario regular esta actividad publicitaria. Tanto para garantizar un marco jurídico previsible para quienes la desarrollan, como para evitar abusos y poder imputar responsabilidades. En el siglo XXI no parece prudente relativizar el poder de propaganda de las redes sociales, ni socialmente tolerable el ejercicio de prestaciones laborales (de cualquier carácter) sin un marco jurídico cierto que dé garantías para el ejercicio.

Aun sin entrar en profecías apocalípticas como las de George Orwell en su magnífico *1984* o las de Todd Macfarlanes y Kevin Altieri en *Do the evolution*, en la tecnología también debe salvaguardarse la unidad de responsabilidad sobre contenido y mensaje. No se trata de censurar, si no de evitar que en el “medio digital que separa al mensaje del mensajero, la noticia del emisor, se destruya el nombre”.²⁰ Alejarse de la “entropía comunicacional”,²¹ proteger a los comunicadores y afianzar la responsabilidad del contenido para los consumidores

Nos resta preguntarnos si esta prestación puede caracterizar un vínculo dependiente. La obvia respuesta es que sí, en la medida en que puedan verificarse las notas típicas de

¹⁸ Debe advertirse que, en el caso del inciso d, puede notarse cierta contradicción con aquellos casos en que el influencer tenga “libertad creativa”.

¹⁹ V. arts. 128, 129, 464, 1268, 1332, 1357, 1360, 1392, 1410, etc.

²⁰ Han, Byung-Chul, op. cit., p. 15.

²¹ dem, p. 18.

ajenidad y dependencia que nuestro ordenamiento hoy considera como clave de acceso a la tutela laboral específica.²² En ese caso, las obligaciones específicas del influenciador no quedarían desplazadas, pues el vínculo dependiente no obsta al cumplimiento de la prestación conforme las normas que reglamenten su ejercicio.²³

Hasta tanto el concepto “dependencia” vuelva a someterse a consideración (asunto que parecería acercarse en un horizonte más bien próximo), lo central debería pasar por la ampliación de otro derecho: el de sindicación.

No parece que en el mundo moderno tenga mayor sentido restringir el derecho de formar sindicatos solo a los trabajadores dependientes (tal el caso de nuestro dto. 467/88, art. 2).²⁴

Recuperar el efecto democratizador del sujeto sindical y extender las fronteras de tutela, con herramientas específicas, deberían ser las metas de esta disciplina. Por otra parte, ambas parecieran presentarse como necesidades nacionales.

IV. Tercera reflexión. Nuevos usos a viejas herramientas

Las breves e imprecisas reflexiones anteriores, me llevan a reiterar una tercera que, en otro contexto, ya fuera esbozada.²⁵

Algunos vocablos gozan (o padecen), de un significante que los excede. Tal es el caso, en el ámbito del Derecho del Trabajo, del significante *flexibilización*. Se trata de una carga negativa, justamente adquirida en la mayoría de los casos, que ha superado la enantiosemia para constituirse en un antónimo de la protección en el inconsciente colectivo laboralista.

Esa construcción social en torno de una palabra no la invalida, pero hace que los debates a su alrededor sean sobre un campo poco amigable, cauto y a veces prejuicioso. En definitiva, que imperen los tabúes en el discurso. Lejos de pretender efectuar un alegato aséptico sobre la dimensión que damos a una palabra (aun antes de cualquier intento por deconstruir el concepto), es necesario reconocer que tal vez el paradigma desde el que parte nuestra opinión, deba ser reconsiderado.

Con distintos matices y alcances de lógica tutelar, uno de los primeros esfuerzos efectuados para dar respuesta a las nuevas modalidades productivas y al impacto

²² Deveali, Mario, “Subordinación jurídica y la necesidad de amparo en las relaciones de trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1953.

²³ Se configuraría un caso similar al de las prestaciones de profesionales de la medicina o derecho o como los periodistas y docentes.

²⁴ V. Lousada, Arochena, José Fernando, *Derechos Colectivos en el Trabajo Autónomo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

²⁵ Pub. en Congreso Internacional. El futuro del del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales. Desafíos para el Trabajo Decente, ed. Laborum, Granada, 2018.

de la llamada *revolución 4.0*, fue la regulación estatutaria.²⁶

Esta técnica legislativa, (que en nuestro país informó los primeros antecedentes normativo-laborales en la década de 1940), importa la proliferación de normas que regulan específicamente cada contrato de prestación de servicios en forma particular. Tiene como carácter positivo el atender a la especificidad de las actividades productivas, en un ámbito de aplicación subjetiva limitado. En efecto, responden a la necesidad de un marco regulatorio económico novedoso que coexiste, en distintos grados, con otros.

Desde la óptica de aquellos que pretenden superar la dicotomía de trabajo autónomo y subordinado, los anteproyectos de reforma laboral que circularon con fuerza en el año 2017, receptaban la existencia del trabajador *autónomo económicamente dependiente*. A esta tercera calificación se la excluiría del régimen general (LCT), encomendando al Poder Legislativo la sanción de una norma estatutaria.

Trasunta bajo esta postura un híbrido entre la cultura germánica y la romanista. En efecto, se patentiza una conjugación de la dicotomía entre aplicar la normativa (con distintos grados de tutela) en función del sujeto trabajador o de la prestación de servicios.²⁷

218 Brevemente, recordemos que la lógica de este tipo de normas (estatutarias) hace hincapié en la actividad como centro de imputación objetiva, pero estableciendo como vector de regulación y apreciación normativa al vínculo generado en la relación prestacional, pudiendo reconocer, en distintos grados, la desigualdad específica que justifica la existencia del ordenamiento y una consiguiente tutela mínima.

Este tipo de respuesta se adecuaba a la dinámica regulatoria de los sistemas de derecho continental. Pero debemos considerar si el posible espacio cuantitativamente importante en términos de aplicación subjetiva podría distorsionar el vector protectorio que informa la disciplina laboral. En otras palabras, si se aplica una regulación menos protectora a cada vez más trabajadores, tendremos un ordenamiento laboral, en suma, menos protector.

Repensar el Derecho en un marco en el que el propio trabajo es repensado, es una posición incómoda. Admitir que tal vez nuestros institutos más arraigados se

²⁶ De ello son ejemplo las regulaciones alemana, española e italiana que crearon una nueva categoría de sujeto con una tutela específica, atenuada en algunos institutos típicos en función de las particularidades que presenta una nueva o distinta forma de dependencia.

²⁷ Nos referimos a aquella distinción que efectuare Supiot, quien diferenció entre los códigos posteriores al ideario de la Revolución francesa (1789) articulados sobre el instituto de la *locatio hominis* por la cual el hombre libre se arrendaba a sí mismo como el señor arrendaba a su esclavo (romanista); y la lógica contractual inspirada en el contrato de vasallaje del cual emergía un vínculo personal de fidelidad recíproca unida por una comunidad de derechos y deberes (germánica). (Supiot, Alain, *Crítica...*, op. cit.).

vean controvertidos nos suele posicionar en un rol de defensa lógico, pero a veces improductivo.

Ahora bien, en países con alta tasa de marginalidad y una cultura de evasión como la Argentina, las soluciones estatutarias pueden acarrear más un problema de desenfoque que respuestas superadoras.

Esa posición defensiva, no implica alejarnos de pensar que la tipificación legal tutelar (*tatbestand*) se construya en base a, tal vez una conocida, característica subjetivo-productiva fácilmente verificable, pero siempre que esta suponga una necesaria elastización, en el mismo entendimiento en que se ha hecho anteriormente frente a otros cambios productivos y de composición en la población obrera. En ese futuro escenario, en el cual algunos nos plantean desterrados, es necesario recuperar el concepto de dependencia. Incluir a más prestadores de servicios (o por qué no a todos) en el ordenamiento protectorio, replanteando el dinamismo y flexibilización de las herramientas del propio ordenamiento.

Lejos de suponer una flexibilización perjudicial, el énfasis con el que a futuro reveamos nuestras técnicas debe salvaguardar la unidad de responsabilidad. Hace cuarenta años Vázquez Vialard²⁸ advertía que “las formas anónimas de relación productiva arrebatan al capital y al trabajo el derecho de decidir por sí mismos; importando dicho traspaso una subrogación injusta y empobrecedora”. Aquél viejo temor se renueva.

Idéntico marco de perplejidad y amenaza había sido también anticipado por Deveali hace más de 60 años. En oportunidad de comentar un pronunciamiento judicial y veintiún años antes de la sanción del Régimen de Contrato de Trabajo en Argentina, sostenía que “[E]s nuestra opinión que el concepto de subordinación jurídica -a la par del concepto de riesgo profesional- está destinado a desaparecer... la incapacidad aludida, si todavía subsiste en algunos sectores de trabajadores no organizados...ha sido anulada por las organizaciones gremiales”.²⁹ Esa reflexión, llevó a Goldin a preguntarse si acaso el momento había llegado y, si así lo fuera, si sería el abandono de la misma como criterio de reconocimiento de las relaciones que demandan protección, la que nos impondría la necesidad de “barajar y dar de nuevo”.³⁰

Hay, en esta línea, una posibilidad de pensar las relaciones laborales en clave protectoria, antes de que debamos, desde un espacio marginal, afirmar que el futuro llegó hace rato.

Estamos en un escenario que invita a considerar que las debidas garantías de

²⁸ Vázquez Vialard, Antonio en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Vázquez Vialard, Antonio (dir.), Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 1, p. 209.

²⁹ Deveali, Mario, “Subordinación jurídica y la necesidad de amparo en las relaciones de trabajo”, op. cit., p. 58.

³⁰ Goldin, Adrián, “Algunos rasgos definitorios del Derecho del Trabajo”, en *El Derecho del Trabajo conceptos, instituciones y tendencias*, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 98.

protección pueden encontrarse en la articulación entre ley y autonomía colectiva.

¿Cómo? Recuperando la disponibilidad colectiva.

Ese instituto que permite superar la imperatividad de la norma, sin dejar de rescatar su valía como orden público. Se trata del mecanismo que permite “perforar” mínimos inaplicables con anuencia del sindicato, por intermedio de la negociación colectiva. Un régimen de articulación de fuentes por el cual el sindicato puede trocar la norma suplementaria en subsidiaria,³¹ cuando la actividad y el interés colectivo así lo demanden.

Esta posibilidad permitiría, además, ampliar el ámbito de aplicación subjetiva del principio protectorio, pues la garantía de una instancia fortalecida (la colectiva) permitiría ampliar la dependencia e incluir las distintas formas de trabajo en el ámbito tuitivo. Ello impediría soluciones particulares que expulsen a algunos trabajadores del campo tutelar, reducir las zonas grises de aplicación e impedir las soluciones sui generis en casos de trabajadores económica o jurídicamente empoderados.³²

Es cierto que nuestro ordenamiento y nuestra propia formación, influenciadas por el derecho continental nos lleva muchas veces a encender alarmas frente a los planteos de protagonismo de la negociación colectiva. No obstante, debemos recordar que la función equilibradora o compensadora de la negociación colectiva no dejaría de ser (por tomar un mayor protagonismo en la escena de las relaciones laborales), un vector del fenómeno negocial. La negociación colectiva es, antes que nada, un instrumento dirigido a conseguir una fijación tendencialmente equilibrada de las condiciones laborales.

Sin perder esa directriz que justifica a la negociación colectiva, nos encontramos en la necesidad de propiciar la permeabilidad del sistema para dar protagonismo a las funciones gubernamental y adaptativa.³³

220

³¹ Valverde, Martín, “Concurrencia y articulación de normas laborales, Revista de Política Social”, nº 119, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Ministerio de la Presidencia y para las administraciones territoriales España, 1978.

³² A modo de ejemplo puede citarse el famoso caso del futbolista profesional Diego Milito resuelto por el STSJ Aragón (15 de marzo de 2010-Rº 152/2010). El trabajador revisó en septiembre de 2007 su contrato con el Real Zaragoza SAD para pasar a cobrar dos millones de euros netos al año más 16 pagas de 3.210 euros y las primas. Al bajar a Segunda División, Milito manifestó al Real Zaragoza SAD su intención de regresar al Génova italiano, mientras que el equipo español prefería aceptar la oferta que había hecho por el delantero el club londinense Tottenham Hotspur, “económicamente superior”. El jugador fichó por el club italiano en un acuerdo que incluía un traspaso de diez millones de euros y la “renuncia del demandante a toda cantidad en concepto de indemnización por el traspaso” A juicio del tribunal, este acuerdo no vulneró el art. 3.5 ET, dado que no se ha probó vicio del consentimiento alguno y sí el interés del propio jugador en forzar un traspaso que le convenía en los *términos* que le interesaban, negociando las concretas condiciones del mismo. Se trató de un acuerdo complejo, de naturaleza transaccional, en el que al estar involucrado un futbolista de élite, cuyo poder de negociación con el empresario operaba a un nivel esencialmente distinto de los trabajadores con relaciones laborales ordinarias, resultó válido y no vulneró la irrenunciabilidad.

³³ V. Sanguineti, Wilfredo R.; “*Los sistemas de negociación colectiva y sus transformaciones*”,

La primera, la función gubernamental, en tanto la fijación de las condiciones de trabajo en el ámbito de las relaciones colectivas permite que la negociación colectiva opere, como un mecanismo de autogobierno del sistema de relaciones laborales por parte de los propios intereses que la conforman. Son estos poderes socio-económicos (empleadores y trabajadores) los que establecen dinámicamente, por intermedio de concesiones recíprocas, los términos de sus relaciones. La negociación colectiva desempeña, de forma paralela a su papel equilibrador, una función “gubernamental” sobre el sistema de relaciones laborales. *Es más*, opera como un instrumento de atribución de legitimidad a las decisiones que en ese consenso aporético se adopten.³⁴

La función adaptativa, por la particularidad que guarda el convenio colectivo como fuente formal de derecho con vocación sectorial y temporal. Esto le permite adaptarse mejor que la ley, de aplicación general y vigencia indefinida, a las necesidades y circunstancias específicas de cada ámbito de las relaciones laborales, lo mismo que a los cambios que en ellas puedan irse produciendo. Es por ello, la institución más dinámica del sistema de relaciones laborales y el instrumento más apropiado para la asimilación y adaptación al cambio.

Podemos aceptar como una primera conclusión que la negociación colectiva se presenta como una herramienta útil y versátil para mitigar los posibles efectos nocivos para el colectivo trabajador de estos nuevos escenarios.

Adoptar una postura ludista al respecto de las nuevas tecnologías o de la configuración del mercado, implicaría el riesgo de pretender que la eficacia de la norma no se ate a los hechos que intenta regular. La reordenación de las funciones de la negociación colectiva, en cambio, obedece a una real comprensión de su carácter multifacético (y de las necesidades actuales de protección) que debe ser ponderada por los sindicatos y recuperada, circunstancias para las que el ordenamiento jurídico debe estar preparado.³⁵

La complejidad que los nuevos perfiles de la dependencia, en términos

disponible en <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/mis-articulos/>. Consultado el 12 de julio de 2020.

³⁴ Como sostuviéramos “...la primacía de la autocomposición se vincula con la autonomía colectiva en tanto supone una ampliación del margen de acción sindical, el cual es –en un contexto de instituciones sanas y democráticas- directamente proporcional a su eficacia. La posibilidad de los actores colectivos de exteriorizar el conflicto y solucionarlo a través de la negociación libre, surge así del juego dialéctico entre estas y su autonomía, al que debe sumarse la acción garantista que el Estado debe propiciar para que la aporía del encuentro de voluntades entre capital y trabajo, encuentre un alto grado de legitimación.” (Informe de la delegación argentina de la Sección de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; apartado III, elaborado para el Congreso Latinoamericano de Jóvenes Juristas de Santiago de Chile, 28 y 29 de abril de 2017).

³⁵ Resulta llamativa la cantidad de convenios cuya estructura marco y principales disposiciones datan de 1975 (p. ej. el correspondiente a la Federación de Comercio, 130/75, que agrupa más de un millón de trabajadores, siendo el que más cobertura personal posee). A ello se suma la persistencia en negociar a nivel de actividad solo actualizaciones salariales con referencia al índice inflacionario.

productivos y sociológicos, traen al Derecho del Trabajo existe solo en un marco rígido que trate de imponerse a pesar de su posible anacronismo. Readaptando al mismo en la ecuación (sin que sea necesaria una retirada del ordenamiento tutelar), la responsabilidad recae en los nuevos y viejos trabajadores y en el *aggiornamento* de los sindicatos para revitalizar su representatividad y habilitar disposiciones acotadas en función de particularidades productivas.

En ese marco, no se trata de abandonar el criterio de norma más favorable para resolver los conflictos de antinomia por divergencia, en el cual se afina la indisponibilidad de derechos. La habilitación por parte de las normas estatales de disponibilidad individual directa (*ius dispositivum*), atenta contra la eficacia de la tutela. Pero si en el reparto de territorios normativos, el estado plantea (con excepción de los derechos fundamentales) un rol supletorio (*ius suppletivum*), consagrando expresamente la habilitación de negociación en las normas colectivas, no solo podría imbricarse el mecanismo de protección, sino que se informaría y fortalecería el Sistema de Relaciones Colectivas, garantizando espacios de protección específicos, de difícil proyección para los ordenamientos fuertemente protectorios con abundante normativa de fuente estatal.

En esta perspectiva, la permanencia del ordenamiento tutelar no se convierte en un instrumento sin valor, sino que se garantiza frente a la lógica de retirada que plantea la flexibilización avasalladora, a la par que se amplía su aplicación subjetiva, a través del derecho de sindicación, con el incentivo a la negociación colectiva.

222

El esfuerzo de los Estados, en un mundo digital sin fronteras, debiera apuntar a una convergencia en materia sindical que aceite los engranajes de la acción internacional, en la clave garantista reclamada por el convenio de OIT sobre libertad sindical y derecho de sindicación (N° 87).³⁶

Lo que se juega en la necesidad de abarcar estos fenómenos, en el ámbito tuitivo, es la preservación del Derecho del Trabajo. Preservación que obedece a la constatación de ajenidad que, por diferente ropaje no ha cambiado en esencia. Los cambios de plataforma fáctica nos compelen a fortalecer y rever algunos instrumentos, para sea el Derecho el que en esos escenarios metabolice los conflictos lógicamente generados en una sociedad civil compuesta de grupos con intereses propios.

V. Una recomendación: Tiempo de revancha

³⁶ V. Goldin, Adrián, *Informe en Rol de las Normas Internacionales del Trabajo en los procesos de integración económica (MERCOSUR)*, Oficina de la OIT para Argentina, Paraguay y Uruguay, Asunción 1993.

Dicho hasta el hartazgo, el aislamiento trae múltiples consecuencias. Una de ellas es el incremento de consumo cultural a través del VoD (Video on demand) y las plataformas de *streaming*.

Para finalizar el presente, la recomendación es una invitación a ver por primera vez (envidia a los que tengan tal privilegio), o rever una de las mejores películas argentinas. Nos referimos a *Tiempo de revancha* de Adolfo Aristarain (1981). Pronto se cumplirán diecinueve años de esa maravillosa pieza, estrenada en contexto de dictadura y que tanto habla del mundo del trabajo, del Derecho Laboral y del camino del héroe.

A pesar de que no creo en los *spoilers*, pues en el arte cinematográfico lo más maravilloso es el recorrido argumental, intentaré tentar al visionado sin quitar mayores sorpresas a la película.³⁷

Bengoa, nuestro protagonista, vive en un mundo, en términos sindicales, complejo. La desilusión anarquista por el participacionismo de los sindicatos implantados a partir del 45, la desarticulación estatal del asociacionismo obrero combativo y el miedo hacen a un contexto desolador y desesperanzado (Sí, Aristarain reflejó todo esto a la perfección en la película y, además, la estrenó durante la dictadura cívico-militar autodenominada Proceso de Reorganización Nacional).

Esa desilusión se transmite en el vínculo padre-hijo, un rompimiento emocional de los más duros que puede atravesar ese tipo de relación. Sobre todo cuando se patentiza en palabras y es el propio padre el que se decepciona de aquél al que debe, por naturaleza, un amor incondicional. La mayor afrenta que Bengoa (Luppi) dará a su padre es empezar a trabajar para una empresa multinacional. Mientras se afeita (escena con un *foreshadowing*³⁸ tan excelente como duro), reprochará a su hijo que se mude para desempeñarse como dinamitero de la minera Tulsaco.

Una invitación de un ex compañero sindicalista a fraguar un accidente de trabajo, revelará el pasado de Bengoa y nos introducirá como espectadores en un segundo acto del cual conviene no adelantar mucho. Baste mencionar que las sospechas acerca de la corrupción y el abuso de la empresa sobre sus trabajadores no tardarán en mostrarse de distintas y crudas formas.

Si el Sistema de Relaciones Colectivas se encuentra en crisis, es porque todas las instituciones democráticas lo están. Suspendidas, sin fecha de reinicio, o avasalladas a sangre y fuego. El Estado no va a tutelar a Bengoa, ni tampoco hay sindicato que lo pueda socorrer. Bengoa no lo sabe (tal vez lo sospecha), pero va a hacer uso del derecho de resistencia a la opresión (art. 36 CN) y para eso, va a recurrir a la ley.

En ese camino se encontrará con el abogado Larsen (De Grazia). En este personaje

³⁷ Disponible en Prime Video y Youtube.

³⁸ Técnica de anticipación que nos muestra un elemento o situación que será relevante en la trama más adelante.

se cruzan tanto la empatía con su cliente, como la falta de escrúpulos. No es el abogado que estamos llamados a ser, aun así y con pocas intervenciones, muestra la profunda contradicción entre justicia e instituciones totalitarias y verá en el panorama general de Bengoa, la posibilidad de hacer justicia. La tentación de la justicia para alguien sin escrúpulos, no dejará de ser, en la película, una victoria para el Derecho.

Desde ese lugar nos interpela e invita a pensar el rol del abogado que, bajo ese adagio de pasillo de facultad que dicta que “*acá todos entran queriendo cambiar el mundo y salen queriendo cambiar el auto*”, pone a Larsen en un lugar de entusiasmo y recupero de esa ideología rectora y primaria, para después reducirlo a su propia ventaja y conveniencia. La resignación de la ley y su valía cuando las instituciones democráticas están perdidas es una tarea titánica para la que Larsen se reconoce insuficiente.

Nada es gratis y existe el karma puede ser un mensaje legible en Tiempo de Revancha. O no. Sea tal vez que, en ciertos contextos, los buenos nunca ganan y no hay lugar para las reivindicaciones.

El dolo, el sistema de prevención y resarcimiento de infortunios laborales, el rol del estado en la tutela del contrato de trabajo y el sindicalismo son temas relevantes en la película. Por su ausencia, por las consecuencias que acarrea su inobservancia y por la revelación de la desigualdad ominosa que existe entre trabajador y empleador.

Donde falla la prevención, hay desinterés. Desinterés estatal, sindical y patronal. Cosificación del trabajador que solo puede superarse, momentáneamente, por la solidaridad obrera.

¿Qué haría hoy Bengoa?

Referencias bibliográficas

AA. VV., *Historia del Primero de Mayo*, Terramar, Buenos Aires, 2011.

Deveali, Mario, “Subordinación jurídica y la necesidad de amparo en las relaciones de trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 1953.

García, Héctor O., “Derecho a la desconexión digital. Exámen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n° 273, 2019.

Goldin, Adrián, *Configuración teórica del Derecho del Trabajo*, Heliasta, Buenos Aires, 2012.

_____, “Algunos rasgos definitorios del Derecho del Trabajo”, en *El De-*

recho del Trabajo conceptos, instituciones y tendencias, Ediar, Buenos Aires, 2014.

_____, *Informe en Rol de las Normas Internacionales del Trabajo en los procesos de integración económica (MERCOSUR)*, Oficina de la OIT para Argentina, Paraguay y Uruguay, Asunción 1993.

Han, Byung-Chul, *En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2018.

De La Fuente, Horacio y otros, “Contrato de Trabajo”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Vázquez Vialard, Antonio (dir.), Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 3.

Lousada, Arochena, José Fernando, *Derechos Colectivos en el Trabajo Autónomo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

Russell, Bertrand, “Elogio de la ociosidad”, en *Ensayos impopulares*, Edhasa, 2003.

Sanguinetti, Wilfredo R., “Los sistemas de negociación colectiva y sus transformaciones”, disponible en <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Consultado el 12 de julio de 2020.

Simón, Julio C., *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1994.

Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

Supiot, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*; Siglo XXI, 2012.

Todolí Signes, Adrián, “El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: La nueva ley de California (AB5)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 66, junio de 2020, disponible en www.adriantodoli.com.

Valverde, Martín, “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, nº 119, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia y para las administraciones territoriales España, 1978.

Vázquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Vázquez Vialard, Antonio (dir.), Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 1.

