

# El Futuro del Derecho del Trabajo

## Un nuevo desafío para el derecho y la equidad\*

ADRIÁN O. GOLDIN

Profesor de la Universidad Nacional  
de Buenos Aires

**S**umario Sólo preguntas. El concepto de dependencia laboral en zona de debate, y el ámbito del Derecho del Trabajo. El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo; rasgos y tendencias. Sobre las técnicas jurídicas de protección laboral. Un párrafo sobre el aporte de los sindicatos y de las relaciones colectivas. ¿Un espacio para el Derecho del Empleo?. Nueva internacionalidad del Derecho del Trabajo. Y por ahora...

### Sólo preguntas

El Derecho del Trabajo, qué duda cabe, está cambiando, y mucho. Es casi un lugar común evocar un nutrido conjunto de fenómenos - económicos, políticos e ideológicos, sociales, culturales, tecnológicos - que contribuirían a explicar ese virtual «estado gaseoso» del ordenamiento jurídico laboral.

Naturalmente, cuando algo que en verdad importa está transformándose, es inevitable el anhelo por conocer cómo ha de quedar (si queda...) al cabo de ese proceso; cuando ese conocimiento se muestra inaccesible, se procura al menos entrever el sentido de los cambios que experimenta.

Si el objeto lo constituye, como en nuestro caso, un sector del ordenamiento jurídico, ese afán estará necesariamente preñado de peligros y emboscadas; todo ensayo prospectivo relativo al derecho arriesga confundir hipótesis con preferencias, constataciones con propuestas, problemas con aspiraciones encontradas...

De tal modo, a la insuperable opacidad de las imágenes que proyecta todo empeño por otear el futuro, se agrega,

por si aquella dificultad no bastara, la singular paupérrica de valores y preferencias de quien se atreve a protagonizar tan audaz emprendimiento. No es sencillo, en efecto, separar en el análisis el derecho que tal vez sea del derecho que quiero que sea (o, en clave de resignación, del derecho que creo que me han de imponer).

Aunque no parece posible eludir esas restricciones, se me ocurre que, como en tantas circunstancias, lo mejor - en todo caso, lo menos malo - es intentar la identificación de las preguntas más atinadas. Desde luego, también en la elección de las preguntas van implicadas las preferencias de quien las formula. Pero, al menos hasta el advenimiento material de los hechos (y a veces aún después), esas preguntas suelen dejar espacio para más de una respuesta...

Y desde luego que está claro - de algún modo, queda dicho - que aunque el tránsito del Derecho del Trabajo responde en cierta medida a una serie de fenómenos objetivos a los que el ordenamiento no puede permanecer ajeno, el rumbo que en definitiva adopte está codeterminado también por factores ideológicos, valores (y su ausencia), intereses, opciones estratégicas de los principales actores políticos y sociales y sus relaciones de poder. Con lo cual, además de prevenir(me) contra toda forma extrema de determinismo fatalista y de expresar mi convicción de que en la evaluación de sus transformaciones es necesario «separar la paja del trigo», quiero significar que tampoco este ensayo elude (bien por el contrario, reclama) su propia adscripción axiológica; admito que agregó poco al decir que ella consiste en estar del lado de la centralidad del hombre y de la equidad, pues, cualesquiera sean sus acciones, pocos dicen hoy otra cosa.

\* Publicado en «Ensayos sobre El Futuro del Derecho del Trabajo» (en Homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires) Ed. Zavalia 1997 (juntamente con Mario Ackerman, Daniel Funes de Rioja, Geraldo von Potobsky, Hugo Carcavallo, Milton Rainolter y Armando Rocha)

No depongo, no obstante, cierta pretensión de objetividad, para sustentar la cual me propongo presentar, bien que de modo apenas introductorio, ciertas áreas del espacio de las relaciones del trabajo en las que parecen estar «pasando cosas», para interrogarme luego (sin responder más que con otras preguntas) cómo se sigue en cada caso, y hasta dónde se puede llegar.

El concepto de dependencia laboral en zona de debate y el ámbito del Derecho del Trabajo. La revisión de las categorías teóricas; la dependencia laboral

Al interior del Derecho del Trabajo o, como en este caso, aún en sus márgenes, no son sólo las normas laborales el objeto de los embates procedentes de los factores de transformación evocados en las primeras líneas. Sucede también que categorías básicas del área, diseñadas para denotar conceptualmente los fenómenos que prevalecían cuando se les construyera, se encuentran sometidos a pruebas de revalidación de su pertinencia, y levantan nuevos interrogantes: ¿conservan esos conceptos su aptitud para enmarcar el substrato fáctico y contractual que se proponen expresar, así como el tipo de normas que lo regulan?; si así no fuera, ¿implica ese desajuste sólo una cuestión de recalificación y reclasificación teórica de las categorías tradicionales o conlleva, por el contrario, una nueva definición sustantiva del objeto y contenidos del propio ordenamiento laboral?.

Por su virtual condición de «llave maestra» que habilita la aplicación efectiva de las normas del Derecho del Trabajo a las relaciones concretas que le contienen, el instituto de la «dependencia» o «subordinación» laboral es uno de los que, a mi modo de ver, reclama el más cuidadoso seguimiento. No se necesita decir que tras este concepto, es el ámbito mismo del Derecho del Trabajo, (por ende, sus alcances y la dimensión cuantitativa de su repercusión social) lo que se encuentra en zona de debate.

## La construcción del concepto de dependencia

Me parece útil describir el proceso de construcción del concepto de dependencia laboral como el producto del reconocimiento inductivo de las notas que singularizaran históricamente el modo en que el típico

trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vinculan en el marco de la sociedad capitalista. Dicho de otro modo, primero fue el vínculo (¡vaya evocación aristotélica...!), y sólo después la construcción teórica del concepto, que parte de los contenidos fácticos que se reconocen en cada relación individual típica, se reproducen a modo de constante en todas las del mismo tipo y se transfieren inductivamente a niveles superiores de abstracción, configurando de ese modo una «matriz» de referencia que no sería sino la proyección conceptual y abstracta de la figura material y concreta del trabajador subordinado típico.

Desde allí, la determinación de la existencia de relación de dependencia en cada vínculo concreto es el producto de su cotejo y ajuste con esa «matriz» o, como de modo menos mediatizado (y anticipando la «expansión» conceptual que describimos después) propone D'antonna<sup>1</sup> «...más próximo a un juicio de semejanza, caso por caso, al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente, que al juicio de inclusión en un tipo legal».

Lo cierto es, no obstante, que doctrina y jurisprudencia han preferido expresar esa «matriz» (o ese «figurín») mediante el señalamiento conceptual y abstracto de ciertas manifestaciones que debieran encontrar su réplica fáctica en determinadas exterioridades de cada concreto vínculo que se pretende dependiente. La sujeción a órdenes, instrucciones, o, más latamente al poder directivo y organizativo del empleador, la ajenidad en los frutos (o su apropiación originaria por parte del empleador), en los resultados y en los riesgos, etc, son conjunta o alternativamente descriptas como manifestaciones de facetas jurídicas o económicas de la dependencia, cuya presencia se reputa unas veces sólo necesaria, otras suficiente, para identificar el carácter dependiente del vínculo que de tal modo se examina.

«Matriz» conceptual de referencia o simple «figurín», lo cierto es que la dependencia laboral cumplió satisfactoriamente el rol calificador «inclusivo/excluyente» que el sistema regulatorio le asignaba. La amplia mayoría de los vínculos para los que la lógica social construyera el régimen de protección, entraba con comodidad en esos moldes. Para aquellos otros en las que algunas de las manifestaciones de

<sup>1</sup> Conf. D'ANTONNA, Massimo, «La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia», en la obra citada en nota anterior, pág.43.

la «matriz» aparecían atenuadas o ausentes, doctrina y jurisprudencia - en algunos casos también la legislación - fueron construyendo «parámetros de aproximación», cuya constatación hubo de permitir ampliar los criterios de inclusión en el espacio protegido del trabajo dependiente.

La dependencia se tornó de tal modo en variable,<sup>2</sup> en la que la presencia de todas sus manifestaciones prototípicas o sólo de parte de ellas, así como la intensidad en que cada una de ellas se exhibe en el caso concreto, marca su proximidad o distancia con la tantas veces evocada «matriz» conceptual. La inclusión de cada vínculo en la «familia» de los dependientes no se alcanzó desde entonces sólo mediante una operación de estricta adecuación a aquella «matriz», sino también mediante un juicio de asimilación, semejanza<sup>3</sup> o parecido, cuya instancia de corte - suficientemente parecido, luego es dependiente; excesivamente distinto, entonces no lo es -, como tantas veces se ha dicho, ha configurado siempre una opción política que los jueces (pero también los legisladores y la doctrina) se han reservado para ejercer en cada caso<sup>4</sup>.

### Los embates de los hechos que cambian

Ha sido aquella, al menos hasta ahora, una cuestión compleja pero socialmente sustentable: inundó los tribunales (allí, naturalmente, llegan estos casos) e hizo las delicias (o los tormentos) de jueces y abogados, pero resultó en cambio cuantitativamente marginal en referencia al entramado básico de relaciones que componen el sistema productivo, cuyo funcionamiento, en consecuencia, no fue por ello mayormente afectado.

Hay que preguntarse ahora si esta situación se ha modificado, o está en proceso de cambiar y, en su caso, en qué sentido. De lo que se trata es de saber si el instituto de la «dependencia» sigue siendo funcional

al sistema de regulaciones laborales como calificador «inclusivo/excluyente», si conserva aquella satisfactoria correspondencia con aquello que la realidad exhibe de modo dominante, si demarca aún con suficiente nitidez las fronteras del ordenamiento protector, si habilita un tratamiento normativo compatible con la creciente heterogeneidad contractual y productiva.

En otra oportunidad<sup>5</sup>, recordé un conjunto de fenómenos que se encontrarían en curso y que, decía entonces, más allá de los juicios críticos de aprobación o de censura que pudieran dispensárseles, justifican con amplitud que se levanten los interrogantes planteados en el párrafo anterior. Incluí entre esos fenómenos a los siguientes:

- a) La progresiva indiferenciación práctica entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo,
- b) La creciente segmentación de atributos y responsabilidades propias de las relaciones de dependencia laboral derivadas de las fuertes tendencias a la descentralización productiva y a la externalización de funciones, así como a la aparición o generalización de diversas figuras contractuales comerciales que directa o indirectamente implican la contratación de trabajo humano bajo formas no tradicionales,
- c) La puesta en cuestión de la tradicional unicidad contractual del Derecho del Trabajo - el contrato de plazo indeterminado y a tiempo completo - y, con ello, de la correlativa uniformidad regulatoria que correspondía a aquella modalidad casi excluyente,
- d) El proceso de «deslaboralización» o de «huida del Derecho del Trabajo»<sup>6</sup>, orientado a tratar como «no dependientes» a vínculos y prestaciones a las que se reconociera otrora la condición que hoy se procura eludir,
- e) Con una orientación contraria a las de los supuestos precedentes, pero precisamente como reacción

---

<sup>2</sup> Conf. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, en «Derecho del Trabajo» 2da. Ed. rev. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 35 donde califican al trabajo dependiente «...como un concepto graduable, que consiente diversos niveles de intensidad.» En el mismo sentido, SALA FRANCO, Tomás, «Lecciones de Derecho del Trabajo» Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1987, pag. 243, con cita de RODRIGUEZ PIÑERO, dice que «...la dependencia es en sí misma graduable, no siendo un concepto firme e inmovible, sino que tiene un cierto carácter indeterminado...»

<sup>3</sup> Cuando Massimo D'ANTONNA habla de un «...juicio de semejanza, caso por caso, al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente...» (op. y loc. cit. en nota 2) sintetiza todo el proceso; la formulación del juicio de «semejanza» involucra tanto el ajuste pleno a la «matriz» conceptual, como la utilización de los que denominamos «parámetros de aproximación».

<sup>4</sup> Conf. SALA FRANCO, Tomás, en op. y loc. cit. en nota 3.

<sup>5</sup> Conf. nuestro «El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas» en Relaciones Laborales año 12 No. 3 pág. 30, Madrid 1996.

<sup>6</sup> Conf. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel, «La huida del derecho del Trabajo» Relaciones Laborales (Madrid) tomo 1992 -I pág. 85.

a las implicaciones de estos últimos, las acciones tendientes a proyectar instrumentos de tutela fuera del ámbito excluyente de la dependencia.

Tras enunciarlos, intenté aclarar que esos fenómenos no poseen dimensiones equivalentes entre sí, ni guardan necesariamente recíproca autonomía: bien por el contrario, unos de ellos pueden ser causa o inversamente, efecto o derivación de otro u otros, inclusive de algunos que, intencionada o inadvertidamente, no se mencionan. Advertí también que me había limitado a mencionar sólo aquellas manifestaciones que se expresan de modo más inmediato en el plano contractual o normativo sin ignorar, desde luego, que ellas son a su vez derivación de transformaciones económicas, tecnológicas y productivas (también políticas e ideológicas) cuantiosas y extremadamente complejas.

### Finalmente, las preguntas

Como expresé antes, tras este concepto, es el ámbito del Derecho del Trabajo - y quizás su propia existencia autónoma - lo que se encuentra en zona de debate. ¿Tendrá el concepto de la dependencia laboral la plasticidad suficiente como para cobijar manifestaciones atípicas de prestación del trabajo que estaban ausentes y hasta eran imprevisibles en el tiempo en que se construyó aquél concepto? ¿O, por el contrario, perderá vigencia como consecuencia de la generalización de otros modos de contratar y prestar el trabajo distintos de aquél «a cuya imagen y semejanza» se construyera?. En este último caso, ¿proveerán la teoría y las normas del Derecho del Trabajo otro concepto sustitutivo (u otra denotación para el concepto tradicional) que convoque la aplicabilidad de las normas que regulen la prestación del trabajo?. Si así fuera, ¿se corresponderán las nuevas formas de reclutar el trabajo y el concepto teórico que las incluya, con un sistema regulatorio de características novedosas, o conservará este, por el contrario sus rasgos tradicionales?. O, por el contrario, ¿aparejará la hipotética pérdida de «representatividad» del concepto de dependencia laboral, un correlativo desmembramiento de su régimen normativo?; en tal caso, ¿significará ello una progresiva declinación del Derecho del Trabajo, que podría llegar hasta su agotamiento formalizado en la pérdida de su objeto?

## El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo; rasgos y tendencias

### La fisonomía del ordenamiento laboral según sus fuentes

Hay que decir que un ordenamiento es como es, en términos de flexibilidad/rigidez, así como en su intensidad tutelar, según el modo como se distribuyan sus contenidos entre sus distintas fuentes normativas y, en especial, entre tres de ellas que configuran la estructura básica del sistema de fuentes: son ellas la ley, la autonomía colectiva (el convenio colectivo del trabajo) y el contrato individual celebrado entre cada trabajador y su empleador (nos sustraemos aquí al debate académico relativo al carácter de este último como fuente de derecho stricto sensu). También le caracteriza el modo en que recíprocamente interactúan esas fuentes de distinta naturaleza y jerarquía (v.g., las leyes con los convenios y estos y aquellas con la autonomía individual) y, a su vez, según el régimen de «coexistencia vinculada»<sup>7</sup> (conurrencia, articulación, sucesión) que se observa entre fuentes de la misma especie (v.g. la relación entre distintas leyes, o la relación entre diversos convenios colectivos). Procuraremos describir, en sucesivos apartados, algunas de las tendencias que ilustran un marcado proceso de reestructuración del sistema de fuentes; huelga decir que ese proceso está cambiando de modo notable la fisonomía del Derecho del Trabajo.

### Las tendencias en curso

#### La redistribución de los contenidos normativos

Como se expresó antes, uno de los factores que califican a un determinado ordenamiento jurídico laboral se vincula con el modo en que se distribuyen sus contenidos al interior de su sistema de fuentes. Cuanto más nutridos sean los contenidos legales, más rígido - y probablemente (pero no necesariamente) más protector - será el ordenamiento; correlativamente, mayor será su flexibilidad cuando mayor sea el desplazamiento de contenidos hacia las esferas de la autonomía colectiva y la autonomía individual.

<sup>7</sup> Así llamamos a este conjunto de relaciones entre las normas (en nuestro caso, del Derecho del Trabajo) en «Conurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo. Lineamientos para una investigación», en DT 1986 B 931.

En ese marco, no es difícil comprender que buena parte de las demandas de flexibilidad normativa son reconducibles a una presión sistemática orientada a restar contenidos a la ley y trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva y, en sus variantes más intensas, a restar contenidos a la ley y los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual. Eso es, en efecto, lo que está ocurriendo con los sistemas de fuentes y, por ende, con los ordenamientos jurídicos laborales (señaladamente, entre muchísimos otros, con el nuestro), en una trayectoria simétrica (pero de orientación inversa) a la que exhibiera el proceso de construcción del Derecho del Trabajo (primero había sido el contrato y la autonomía individual; luego la reacción de los trabajadores, la acción colectiva y como su producto más acabado, los convenios colectivos de trabajo; finalmente, la intervención del legislador y las leyes del trabajo).

### **La interacción entre las fuentes de distinta jerarquía (el poder abrogatorio o el orden de prelación)**

La relación entre las fuentes normativas de distinta jerarquía estuvo tradicionalmente regido por el principio de norma mínima, según el cual cada norma del Derecho del Trabajo es tope o piso mínimo para las normas de jerarquía normativa superior. De tal modo, la ley sólo podía ser desplazada por el convenio colectivo que estableciera condiciones más favorables para los trabajadores; a su vez, la autonomía individual sólo habría de prevalecer sobre el convenio colectivo o la ley en la medida de que reconociera derechos superiores.

Esa secuencia parece haber perdido carácter excluyente. Muchos ordenamientos han incorporado ese tipo de normas legales que en Argentina hemos llamado «de disponibilidad colectiva» que admiten su desplazamiento - incluso peyorativo - a manos de la autonomía colectiva, aunque preservan su

relativa imperatividad de cara al ejercicio de la autonomía individual. Este fenómeno - la aptitud «abrogatoria»<sup>8</sup> peyorativa operada por una norma de jerarquía inferior a expensas de otra de superior nivel jerárquico - se prolonga en la experiencia comparada en la posibilidad (cierto que no siempre admitida de modo pacífico) de que la autonomía individual pueda apartarse, aún *in peius*, de las disposiciones del convenio colectivo<sup>9</sup> y hasta de las de la ley<sup>10</sup>.

### **Régimen de concurrencia, articulación y sucesión entre fuentes de la misma especie**

Me circunscribiré en esta oportunidad a las situaciones de coexistencia vinculada entre convenios colectivos, pues es en ellas en las que la tendencia sobre la que llamo la atención presente perfiles más novedosos.

Tres son, en efecto, las «reglas» que en ese ámbito dogmático parecen estar cambiando. En la cultura jurídico-laboral tradicional, se ha sostenido: a) la preferencia por el convenio colectivo único, de base funcional y territorial tan amplia como fuera posible, b) la ineptitud de los convenios colectivos de ámbito de aplicación más reducido (v.g., los de empresa) para suceder o desplazar «*in peius*» a otros de ámbito más amplio (v.g., uno de actividad o rama de ella), y c) la ineptitud de los convenios colectivos posteriores para derogar «*in peius*» convenios anteriores del mismo ámbito o, desde perspectivas más matizadas, al menos para afectar las mejores condiciones ya gozadas al amparo del régimen colectivo anterior. Todas esas proposiciones parecen ir quedando a un lado: las leyes más recientes no ocultan su preferencia por la multiplicación de los convenios y por las unidades de base más estrecha (descentralización), mientras que la jurisprudencia parece haber desestimado toda restricción para la prevalencia de los convenios posteriores.

---

<sup>8</sup> Se trata, naturalmente, de la aptitud de una cierta norma de desplazar a otra en el acto de la aplicación y no de la abrogación en sentido estricto, esto es, de la definitiva supresión de la vigencia de una norma.

<sup>9</sup> Cuestión que diera lugar a un arduo debate doctrinario y jurisprudencial en España; ver, ejemplo, el editorial de Miguel RODRIGUEZ PINERO en *Relaciones Laborales* (Madrid) No. 15, Agosto de 1992, pág. 1.

<sup>10</sup> Particularmente en materia de jornada. Ver sobre el particular, Gerardo von POTOBOSKY, en su contribución a esta misma obra.

## Conclusión (o pregunta); las fuentes y el futuro del Derecho del Trabajo

Sean sólo esas u (además) otras las tendencias que exhibe el sistema de fuentes del Derecho de Trabajo, lo cierto es que está cambiando, y a un ritmo por demás intenso. ¿Hasta dónde habrán de llegar esas tendencias? ¿Sobrevendrán acaso otras, con algún sesgo superador? ¿Mediarán cautelas o contrapartidas que invistan al sistema de fuentes del régimen de equilibrios y compensaciones de poder que parece haber quedado resentido? No son preguntas menores si es cierto (y así lo creo) que el Derecho del Trabajo será, en buena medida, según como sea su sistema de fuentes normativas.

### Sobre las técnicas jurídicas de protección laboral

En los últimos años de la década pasada me pareció detectar, al menos en el ordenamiento argentino, un ominoso estado de crisis de la lógica tradicional de la protección laboral,<sup>11</sup> construida en lo esencial sobre un trípode que forman la ley, la administración del trabajo y la justicia laboral. A casi diez años de aquella comprobación, el proceso de depreciación del sistema de protección laboral parece haber adquirido contornos dramáticos. La crítica (y, según parece, crónica y estructural) situación del mercado de trabajo, junto con otros factores instalados en la economía y el sistema productivo, han agravado la situación descrita en aquella oportunidad, dejando a la vista un cuadro de generalizada inaplicación de las normas, degradación y pérdida de derechos e incontenible unilateralidad empresarial. Las técnicas tradicionales de protección laboral han sido desbordadas - se revelan ineficaces para la satisfacción de su finalidad tutelar - y es lícito preguntarse si se trata sólo de una situación de coyuntura de la que se emergerá al ritmo de la recuperación de los mercados (especialmente, del mercado de trabajo) o si, por

el contrario, expresa una señal de agotamiento de unas técnicas (no de principios ni valores) diseñadas para operar en contextos económicos, tecnológicos y sociales que ya no están.

La intensidad de los cambios acaecidos - más que una nueva revolución industrial, un cambio de era de implicancias aún no previsibles<sup>12</sup> - me persuaden de la mayor pertinencia de la segunda de aquellas hipótesis. Si ello fuera así, la defensa cerrada y excluyente de las viejas técnicas de protección - centradas de modo invariable sobre las limitaciones normativas a la autonomía de la voluntad, y su reestablecimiento o reparación en supuesto de transgresión - podría derivar, en cualquier caso, en una ilevantable derrota y un costo irrecuperable en términos de equilibrios sociales y equidad; sólo a la de Pirro sería equiparable la victoria que rinda por todo botín la preservación de normas, técnicas e instituciones que ya no funcionan.

A mi modo de ver, el ordenamiento jurídico laboral debe experimentar cambios profundos, no sólo - como se sostiene desde cierta perspectiva - porque así lo reclaman el sistema económico y los procesos de producción, sino también - y, quizás de modo esencial - porque de otro modo la situación de los hombres y mujeres que trabajan continuará degradando de modo sostenido.

Por cierto, de ningún modo creo que pueda prescindirse de construir (quizás, reconstruir) un esquema adecuado de restricciones tutelares a la autonomía de la voluntad, un régimen eficaz de inspección del trabajo y contralor del cumplimiento de las normas, una justicia del trabajo independiente, confiable y pronta. Mucho menos se trata de poner en cuestión principios y valores esenciales arraigados en la conciencia jurídica universal y en la ética social. Se

trata en cambio de preguntarse si será posible que cambios tan profundos en la dinámica económica y social sean acompañados por la concepción de otras técnicas jurídicas y socio-políticas dotadas de renovada eficacia para la protección del trabajo humano y

---

*«... categorías básicas (...) se encuentran sometidas a pruebas de revalidación de su pertinencia, y levantan nuevas interrogantes»*

---

<sup>11</sup> En mi «Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información (crisis de la lógica tradicional de la protección)» en D.T.1988-A,1

<sup>12</sup> Conf. ROBIN, Jacques, en «Estrategia para el trabajo-empleo», en diario El País, Madrid, del 8 de Febrero de 1996.

la realización de aquellos principios y valores o si, por el contrario, habrá que aceptar que la clase de los juristas y de los otros responsables del diseño de las políticas públicas agotaron en el siglo que se va toda su imaginación y creatividad, toda capacidad para articular, en términos de equidad social, nuevas respuestas, para una realidad que cambia y las reclama. Aquella alternativa, desde luego, no está garantizada; esta última, en verdad, no me la puedo creer.

Dejando al margen por ahora las cuestiones relativas a la acción colectiva, las preguntas que se levantan desde aquella encrucijada son, entre otras: ¿seguirá la limitación de la autonomía individual siendo la única o la principal técnica tutelar o surgirán otras que diversificarán el instrumental del Derecho del Trabajo?; ¿se atenuará hasta desaparecer la intervención del Estado, o asumirá nuevas formas (reintervención)?; ¿introducirá el Estado técnicas de intervención dirigidas a promover conductas valiosas desde la perspectiva de las condiciones de empleo y la calidad de vida de los trabajadores, articulando medidas que hagan conveniente a los empleadores proceder de este modo, o inconveniente proceder de otra de manera? (incentivos fiscales o arancelarios, crediticios, financieros, etc.)? ¿Será posible imaginar otros medios de acción / reacción estatal tendientes a promover y asegurar la instalación y mantenimiento de condiciones dignas de trabajo?; ¿de la sociedad en general?; ¿de los consumidores y de la opinión pública?; ¿Se promoverán (y concretarán) de las relaciones laborales en las empresas que, armonizando el juego hoy contradictorio de las relaciones industriales (de un lado) y las técnicas de gestión de RR HH (del otro) <sup>13</sup> abran espacio a relaciones individuales que no expresen una pura unilateralidad sectorial?. Desde esa perspectiva, mecanismos como la información y la consulta, la negociación informal en la empresa, la gestión colectiva de aspectos de las relaciones individuales y otras formas de participación, ¿son las últimas manifestaciones de un tipo de relaciones que el «one best way» ortodoxo se propone dejar definitiva-

mente atrás o, por el contrario, factores de inspiración de nuevos y mejores modos de relacionamiento en las empresas?; en este último caso, ¿que espacios existen para la regulación heterónoma promocional de esas técnicas y conductas?. En especial, ¿crecerá la cultura de la participación, incluso institucional y colectiva, de los trabajadores o subsistirá sólo como mera estrategia de gestión empresarial?; en este último caso, ¿podrá esa estrategia empresarial revertirse e bilateralidad y equilibrio, o sólo abastecerá uno de los intereses en juego?. En síntesis (y por ahora), ¿aparecerán otras alternativas al juego exclusivo de la norma imperativa, o sólo sobrevendrá la más ominosa unilateralidad?

Un párrafo sobre el aporte de los sindicatos y de las relaciones colectivas

Hoy es casi un lugar común afirmar que los sindicatos se encuentran inmersos en un sostenido y universal proceso de declinación que se manifiesta en la pérdida creciente de representatividad, de efectivos, de instrumentos de acción, de poder en suma <sup>14</sup>.

Sin embargo, un examen desprejuiciado de la experiencia comparada no permite en modo alguno afirmar que tengamos a la vista un pacífico proceso de convergencia que tenga por destino la universal irrelevancia de los sindicatos; mucho menos, su agotamiento o disolución. Muy por el contrario, los diferentes contextos (los marcos jurídicos, las instituciones, las organizaciones y los procesos tradicionales de las relaciones laborales, los escenarios económicos, los cambios tecnológicos, las estrategias empresariales y las políticas públicas y, con relevancia no menor, las opciones estratégicas y capacidades de reacción de los propios sindicatos en cada una de las experiencias nacionales) parecen haber dado lugar a un panorama comparado de notable variedad en el que sindicatos de diversos países y continentes exhiben grados muy diversos de implantación, dinamismo, poder, capacidad innovativa e influencia en sus respectivos sistemas de relaciones laborales <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta contradicción, evocada últimamente en el documento inicial de trabajo de la Task Force on Industrial Relations constituida actualmente en la OIT - Ginebra, es ya un clásico en los modernos estudios de las relaciones industriales y la sociología del trabajo.

<sup>14</sup> Entre sus causas se mencionan la sostenida disminución de efectivos en el sector industrial, la menor proclividad a la agremiación de los trabajadores que se desempeñan en sectores o categorías crecientes, como son, respectivamente, el terciario y la de los trabajadores precarios, la también creciente heterogeneidad de la clase trabajadora, el advenimiento de nuevas categorías y profesiones, así como nuevos perfiles en las tradicionales (menos operarios, más técnicos y administrativos, más mujeres, más trabajadores más jóvenes y con niveles formativos más altos) que instalan conductas individualistas y menos solidarias, la crítica situación en que se encuentran los mercados de trabajo y el empleo, el «achicamiento» de la base negocial mínima producto de las políticas de flexibilización laboral, etc.

<sup>15</sup> Por su inmediatez, evocamos el trabajo preparado por Kirsten S. WEVER, del Radcliffe Public Policy Institute para la Task Force on Industrial Relations (ILO, GENEVA) en abril de 1996, bajo el nombre «Unions Adding Value: Addressing Market and Social Failures in the Advanced Industrial Countries». Sobre acciones recientes de los sindicatos a nivel internacional, la misma Task Force recibió el trabajo de Robert TAYLOR (editor de empleo del Financial Times de Londres), que lleva el nombre «Trade Union Strategies in the Global Economy».

Muy lejos estamos, pues, de que todo esté ya dicho en materia sindical, por lo que parece válido preguntarse cuál será, en cada concreta experiencia nacional, el destino de los sindicatos y, a partir de allí, el aporte proveniente de ellos y de la acción colectiva para que el Derecho del Trabajo - y, más ampliamente, el sistema de protección social - se rediseñe de un modo que afirme sus principios y sus valores. ¿Cuánto de la lucha por esa afirmación estará en manos de los sindicatos? ¿Que conductas y opciones estratégicas - nuevas o tradicionales - le habilitarán un grado mayor de influencia en esa nueva lucha por la equidad? ¿Que marco normativo (si alguno) favorecerá o, por el contrario, entorpecerá esa tarea?

Buena parte de esas preguntas sólo tendrán respuesta al cabo de los procesos por venir, y otras demandan un debate riguroso y desprovisto de mezquindades contingentes, que a mi juicio está aún postergado entre nosotros.

Algo, no obstante, deja ver la experiencia propia y comparada, aunque por demás insuficiente para extraer conclusiones o formular algún tipo de proposiciones asertivas. Alcanza apenas para «dibujar» un moderado par de hipótesis meramente instrumentales y, lo admito, de difícil verificación que, sin embargo, me parece que no convendría desdeñar sin dedicarles antes alguna cautelosa reflexión.

a) La noción de la representatividad tiende a extender y generalizar los ámbitos de actuación de los sindicatos. Esa tendencia no debe desconocer la constante multiplicación de los ámbitos de relacionamiento y acción colectivos resultante de fenómenos hoy fuertemente instalados, como la sostenida diversificación de los procesos de producción, su descentralización y externalización, la cre-

ciente heterogeneidad de la clase trabajadora (nuevas categorías, expectativas, niveles de formación, velocidad de rotación)<sup>16</sup>. Si ello es así, es probable que sea necesario construir una nueva y más compleja concepción del interés colectivo - por consiguiente, de su representación - que interprete esa diversidad, la exprese a través de una administración dúctil de los factores de identidad y de diferenciación, y la materialice en criterios de actuación sindical que favorezcan su descentralización<sup>17</sup>, adecuada distribución interna y consecuente "horizontalización" del poder y articulación fluida<sup>18</sup> entre los distintos niveles de la acción sindical. El criterio legal de reconocimiento de la representatividad sindical debe configurarse de modo de no obstruir ese proceso.

b) Las opciones estratégicas que protagonicen los sindicatos - en relación a su organización, su aptitud inclusiva y, desde allí, sus demandas políticas y sus criterios de acción colectiva - contribuirán a forjar un resultado distinto (mejor o peor), en términos de la fisonomía y niveles de equidad que en el futuro exhiban los ordenamientos laborales.

### ¿Un espacio para el «Derecho del empleo»?

No es una novedad que entre nosotros en los últimos años (en otros países, en las últimas décadas), las políticas legislativas se dirigen menos a la fijación de standards mínimos de protección del trabajo que a la regulación del desempeño de los mercados de trabajo. Ese carácter se atribuye a manifestaciones como las que siguen: a) reregulación de instituciones como la jornada de trabajo, la movilidad funcional y el despido, entre otras; b) la incorporación de excepciones a determinadas reglas o principios tradicionales del derecho del trabajo, como lo son las modalidades con-

---

*«... el Derecho del Trabajo procura investirse de una nueva intencionalidad de sus normas e instituciones...»*

---

<sup>16</sup> Conf. ROMAGNOLI, Umberto, «¿Quién representa a quién?», en Relaciones Laborales (Madrid) Nos. 14/15 1988, pág.11.

<sup>17</sup> ICEM, entidad internacional confederal producto de la fusión de la International Federation of Chemical, Energy and General Workers Unions y de la Miners International Federation criticó hace poco algunas estrategias adoptadas por los sindicatos los países industrializados que «...tendieron a concentrarse en estructuras políticas nacionales como el eje principal de la acción sindical...esto brindó tiempo a las empresas para desarrollar una completa y sofisticada respuesta a la sindicalización al nivel de la empresa...mientras, la acción política nacional ha perdido mucho de su poder de respuesta...» (conf. TAYLOR, Robert, op. y loc. cit en nota 15).

<sup>18</sup> Conf. SPYROPOULOS, Georges, «El futuro de los sindicatos», en Revista de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, No. 7 págs. 43 y sgtes. Ver también DAUBLER, Wolfgang, su contribución al Panel sobre «El futuro del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social» en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 9 al 13 de Abril de 1989.

tractuales por tiempo determinado en relación con el principio de indeterminación del plazo y continuidad de los contratos; c) la redistribución de contenidos y alteración de relaciones en el sistema de fuentes, proceso a cuya descripción dedicamos una sección anterior; d) la deslaboralización de diversos sujetos prestadores de trabajo, como los de aprendices, fleteros, becarios o pasantes, y la desalarización de diversos concepto que son contraprestación del trabajo, como los casos del decreto 333/93 o los conflictivos «tickets» que regulara el art. 105 bis de la LCT; e) las opciones normativas en materia de edad de admisión al trabajo y edades de jubilación; f) las estrategias para el reparto del empleo, como la reducción de la jornada o el trabajo a tiempo parcial; g) la introducción de incentivos a la contratación laboral, con diversas formas de apoyo económico o financiero, como desgravaciones previsionales e impositivas, subsidios para el pago de salarios, etc.; h) la implementación de programas específicos de empleo financiados con fondos públicos para determinados grupos objetivos, como desempleados de larga duración, discapacitados, trabajadores mayores, jóvenes, mujeres, etc.; i) la creación de programas de empleo público de emergencia, en tareas de interés social o comunitario; j) la oferta de programas de formación y reentrenamiento dentro y fuera de las empresas; k) la legislación sobre migración, circulación de trabajadores y trabajo de trabajadores extranjeros; l) las normas sobre colocación de trabajadores, que se refieren a servicios públicos y privados de empleo, agencias de trabajo eventual, etc.; m) finalmente, las políticas pasivas como subsidios y seguro de desempleo, prestación médico asistencial a los desocupados, etc. Naturalmente, algunos de los programas o de las medidas legislativas pueden incluirse en dos o más de esas categorías.

Si bien es cierto que todas las normas e instituciones clasificables dentro de las categorías precedentes se orientan tras la común finalidad (unas veces real, otras quizás sólo pretendida) de mejorar el desempeño del mercado de trabajo en términos del ajuste entre la oferta y la demanda de empleo, también resulta evidente que median diferencias notables entre las unas y las otras. Mientras algunas de esas categorías, como las que se integran el ítem m), o la fijación de la edad jubilatoria (e), parecen claramente pertenecer al ámbi-

to de la seguridad social, otras participan total o parcialmente del contenido del Derecho Administrativo del Trabajo (g, h, i, k, l) o al propio campo del Derecho Individual del Trabajo (a, b, c, d, e, f y también, en algunos aspectos, k y l). Entre estas últimas, unas (a, b, c, d y l) operan el rediseño de instituciones tradicionales del sistema de protección del trabajo para hacerlas permeables a reacciones más sensibles o complacientes a la evolución de los mercados de productos o del propio mercado de trabajo, mientras otras, como e), procuran influir sobre el volumen de la oferta de trabajo o sobre la distribución del disponible

Hubo siempre, desde luego, normas como esas (o, al menos, como algunas de esas) en el seno del ordenamiento laboral. Debe, no obstante, llamarse la atención sobre el modo creciente y hasta invasivo en el que en los últimos años han ido implantándose en los rincones más íntimos del régimen jurídico del trabajo dependiente y también, como se ha visto, en su periferia. Cabe preguntarse, en consecuencia, si en el futuro la presencia masiva de ese tipo de normas habrá quedado instalada como un componente estructural y definitivo del sistema regulatorio o si, por el contrario, declinará al ritmo de una recuperación en el funcionamiento de los mercados de trabajo o de nuevas concepciones sobre el trabajo, la riqueza y la distribución de uno y de otra. En el primer caso, ¿se le tratará como un capítulo o sector diferenciado del Derecho del Trabajo (como el Derecho Individual, o el colectivo, o el administrativo del trabajo)<sup>19</sup>; ¿o se constituirá en rama autónoma, en compleja convivencia con el Derecho del Trabajo (como sucede con el Derecho de la Seguridad Social)?; ¿o, por fin, como desearían algunos,<sup>20</sup> terminará sustituyendo al Derecho del Trabajo, trasladando la protección desde la figura del trabajador hacia la del puesto de trabajo y del empleo?

### Nueva internacionalidad del Derecho del Trabajo

La creciente internacionalización de la economía -la tan mentada «globalización» - es sin duda el factor que parece plantear las más ominosas amenazas a la preservación de la vigencia efectiva de normas, téc-

---

<sup>19</sup> Tal el tratamiento que parecen darle MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 4ta. edición, Madrid 1995, pag. 412.

<sup>20</sup> En un reciente seminario sobre reformas a la legislación laboral (Río de Janeiro, Brasil, 5 de Julio de 1996), escuchamos a un destacado economista de ese país, Jose Marcio Camargo (vinculado al Partido de los Trabajadores) propiciando ese derrotero.

nicas y valores del Derecho del Trabajo; entre otras de sus implicaciones, la fijación en los mercados internacionales de los requerimientos en términos de costos, precios, calidad y consiguiente limitación de la capacidad autónoma de los Estados nacionales para fijar políticas que incidan sobre esas variables así como la creciente transnacionalización de las decisiones de inversión - además de la de los flujos del comercio y las finanzas -, han volcado sobre los mercados de trabajo y, en especial, sobre sus marcos jurídicos, intensas presiones orientadas a someterlos a las exigencias de la competencia.

Como se sostuvo en secciones anteriores, será necesario construir nuevos «arreglos» institucionales y alentar nuevas prácticas y comportamientos en los sistemas de relaciones industriales y, desde el marco jurídico, diseñar nuevas técnicas regulatorias para neutralizar, en cuanto sea posible, los desequilibrios sociales que de tal modo se generan.

Pareciera, sin embargo, que, como se ha dicho ya tantas veces, los problemáticos efectos sociales de la globalización de la economía sólo encontrarán compensación satisfactoria en una correspondiente internacionalización de la respuesta social; en el ámbito específico del Derecho del Trabajo, de lo que se trata es de una renovada internacionalidad de los standards de protección que los sustraiga de las formas más despiadadas de la competencia y torne menos accesible el ejercicio de diversas expresiones del «dumping social».

Esa tendencia parece encontrarse ya (aunque muy lentamente) en curso de realización. Se trata, desde luego, de la reorientación de las actividades de la OIT y de los resultados que allí pudieren obtenerse, de los emprendimientos de creación y armonización de normas, políticas e instituciones en los espacios de integración - Unión Europea, TLC, MERCOSUR, entre otros -, de las demandas por el desarrollo e implantación de cláusulas sociales en los convenios comerciales y, en algunos casos, hasta de acciones unilaterales de las potencias comerciales, de las estrategias de organización y acción transnacional de los sindicatos y otros actores sociales, de los nuevos espacios internacionales de relacionamiento de esos actores, en términos de la negociación y el planteamiento de los conflictos, de la participación, la información y la consulta, de la recíproca interpenetración, en los hechos y en el derecho, de los sistemas nacionales de relaciones indus-

triales debida, entre otras razones, a las mismas que se vienen de enunciar.

Desde esa perspectiva, no parece aventurado afirmar que el Derecho del Trabajo procura investirse de una nueva internacionalidad de sus normas e instituciones y que la densidad de sus contenidos, así como la consistencia y grado de eficacia de sus técnicas, dependerán en el futuro en medida nada despreciable de los alcances de ese proceso de internacionalización. Claro está que esta última afirmación - casi perogrullesca y nada original - configura apenas una hipótesis; en todo caso admítasela al menos como otra de las preguntas que este ensayo se ha propuesto formular.

### Y por ahora...

Como parece quedar a la vista, la formulación de juicios prospectivos sobre el futuro del Derecho del Trabajo dista de ser un cometido sencillo. La multiplicidad de interrogantes que se levantan a partir del planteo (meramente introductorio) de unas pocas cuestiones relativas al desenvolvimiento futuro de ese ordenamiento no sólo sirven para ilustrar esa complejidad; parecen también advertir que el Derecho del Trabajo no tiene frente a sí un camino único. La diversidad de factores contextuales económicos, tecnológicos y de relaciones de poder - frecuentemente incontrolables - pero también la variedad de los valores prevalentes en cada sociedad, de las decisiones políticas de los gobiernos y otros sujetos del sistema político, y de las opciones estratégicas de los principales actores sociales, permiten poner en cuestión las hipótesis más unívocas y deterministas (frecuentemente, también las más escépticas) y cobijar en cambio la de que cada sociedad alumbrará un sistema nuevo de regulaciones del trabajo cuya entidad, en términos de la extensión de sus dominios, de la diversidad y riqueza de sus contenidos, de la significación cualitativa y ética de sus objetivos y de la ductilidad técnica de sus instituciones, dependerá en cada caso de hechos que no han terminado de ocurrir, de decisiones que están aún por adoptarse y de opciones que todavía no se han ejercido. Se trata, me parece, de un proceso de rejuridificación del trabajo del hombre que se despliega al ritmo de una nueva lucha por el derecho y la equidad en la que, esto si me atrevo a «predecirlo», vale la pena involucrarse. 