

La Protección del Trabajo en la Encrucijada

Adrián O. Goldin

Profesor en las Universidades de Buenos Aires y San Andrés.
Consultor de la OIT.

La protección del trabajo ha sido puesta en cuestión

El sistema de protección del trabajo se encuentra ante una encrucijada. Se ha puesto en cuestión su sustentabilidad política, su viabilidad operativa y hasta su propia legitimidad teórica. Se hace cada vez menos sencillo reconocer e identificar a sus destinatarios. Sus técnicas operativas están sujetas a constante crítica y revisión.

Procuraré enunciar algunas de esas cuestiones en las líneas que siguen. Su necesaria brevedad me pondrá en el riesgo de incurrir en ligerezas e imprecisiones. Valdrá la pena asumirlo, me parece, si sirve para transmitir siquiera algunas imágenes del fenómeno, y si ellas, a su vez, permiten advertir la casi inabarcable complejidad de la lógica de la protección laboral y contribuyen a problematizar, por consiguiente, las tendencias que, “por derecha y por izquierda”, procuran sustraerlas a los ejercicios correlativamente complejos del pensamiento crítico.

¿Qué es lo que se impugna?

Su legitimidad teórica

No es nueva, pero ha encontrado en las décadas recientes más audiencia, esa visión que asimila el funcionamiento de los mercados de trabajo al que es propio de los mercados de productos y sostiene, en consecuencia, que también el mercado de trabajo ajusta inexorablemente en precios (salarios) o en cantidades (empleo). Desde esa perspectiva, las instituciones de protección laboral no se reconocen sino como interferencias que conspiran contra los ajustes virtuosos de esos mercados

– las restricciones al ajuste irrestricto de los salarios, aún a la baja, ha de resolverse en términos de cantidades (desempleo) – e infiere en consecuencia que toda implantación de reglas políticas que operen en el mercado de un modo no alineado con las “reglas de justa conducta” (von Hayek) (no son otras, hay que decirlo, que las que postula cierta orientación teórica de la economía), no deparará sino fracaso y frustración.

No se trata de negar aquí que – como se afirma desde esas perspectivas – las reglas de la teoría económica son expresión de la naturaleza de las cosas científicamente revelada ni tampoco (pues no es esta la oportunidad ni yo quien esté en condiciones de hacerlo) de intentar identificar cuáles son, en verdad, esas regularidades comprobadas que determinan el funcionamiento de los mercados de trabajo. Se trata en cambio, parafraseando a Alain SUPPIOT¹, de advertir que aquella aproximación económica expresa, en todo caso, sólo parte del modo sustantivo de ser de las cosas. Hay otra parte del conocimiento que incide con no menor energía sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo, y se procede con limitado rigor cuando se le pasa por alto. Sólo por poner ejemplos: la biocronología, el día y la noche, la fatiga y los descansos², los fenómenos de la mente humana (v.g., el entusiasmo y el compromiso o, alternativamente, la indiferencia), las regularidades sociológicas científicamente comprobadas, las reacciones del mercado político, las reglas de la ética social, si es que han sido “internalizadas” por una sociedad, las señales de la cultura. El sistema de protección laboral es función compleja de la interacción sistémica de esos factores – incluso, desde luego, de las reglas de la teoría económica, y, por lo tanto, su legiti-

(1) En su “Critique du Droit du Travail”, Presses Universitaires de France, París, 1994.

(2) Las sugiere el propio Supiot, en la obra citada en la nota anterior.

dad teórica (o su falta de ella), no reposa sólo sobre estas últimas.

Su sustentabilidad política

Tampoco la sustentabilidad política del sistema de protección laboral navega por aguas serenas. Ese sistema, que se consolidó como el producto histórico de una curiosa convergencia de intereses de conservación con otros de progreso³ y se afirmara en el equilibrio provisto por el intercambio entre salario (prestación del empleador) y paz social (contraprestación obrera), parece haber perdido aquella compleja base de sustentación. La internacionalización de los flujos financieros y comerciales y, especialmente, los de inversión directa, relevan al inversor de otra contrapartida de la paz social, que no sea la de su disposición a quedarse; a no “deslocalizarse”.

Roto aquel equilibrio, será necesario sustituirle por otro que de algún modo exprese análoga aptitud inclusiva. Podría tal vez formularse la hipótesis de que ese equilibrio deba cristalizar esta vez en una instancia más extendida: los reclamos crecientes de equidad que encuentran su cauce en la lógica democrática y mayoritaria y se expresan en el sistema político tal vez encuentren su contrapartida en las urgencias de legitimación social de la economía, que algunos de sus agentes parecen ya advertir.

Su viabilidad operativa

También hay que admitir, finalmente, que se hace más difícil sostener la viabilidad de un sistema

normativo como el de la protección laboral que, sin negar el funcionamiento de los mercados, se ha servido siempre de la técnica de “sacar” de la competencia – por consideraciones que, como sugiriéramos, han sido tanto de progreso como de conservación – determinadas condiciones relativas al trabajo, como el nivel mínimo de los salarios, una cierta garantía de continuidad en el empleo, algunos límites a la jornada, determinadas condiciones de higiene y seguridad⁴.

En el marco de economías cada vez más abiertas e interdependientes, ¿cómo sostener esta acción de “sacar” ciertas condiciones del mercado, cuando ellas han de reingresar, esta vez “por la ventana”, como insumo de mercaderías que han sido elaboradas en países con bajos “standards” laborales, que implican, por consiguiente salarios mucho más bajos y jornadas mucho más extensas?.

Cómo no advertir que de ese modo se limitan sensiblemente los espacios para la adopción de políticas nacionales de protección del trabajo; algunos han de sostener incluso que la internacionalización de los mercados precluye toda posibilidad de concebir otra política laboral que no sea (otra vez) la de liberar a los mercados de trabajo de toda interferencia normativa.

Permítaseme, no obstante, oponer a esa perspectiva, otra formulada en un reciente documento de la OIT⁵ que, tras examinar el modo en que se desenvuelven las relaciones laborales en las más diversas regiones del mundo, pone en evidencia que a los países les va – en términos de eficiencia y equidad – de modo bien diverso según los trayectos que cada uno asume para sí⁶, para arribar, entre otras conclusiones, a la de que los sende-

(3) Puesto que si de un lado satisface reclamos históricos de la clase trabajadora, por otro ha servido para suavizar los rigores del capitalismo – para hacerlo tolerable – y de ese modo ha contribuido a preservarlo (véase, en particular, la Introducción a “Le droit capitaliste du Travail” (Collection “Critique du droit”) Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble 1980, en especial páginas 11 y sgtes.

(4) El discurso implícito ha sido el siguiente: compítase en calidad, en costo y precios, en diseño, en “packaging” y servicio post venta, si se desea, etc.; pero no se compita en pagar menos de los salarios mínimos, trabajar más de ciertos máximos de jornada, privar de ciertas cautelas de higiene y seguridad, etc., pues de lo contrario se afectan valores que una sociedad decente debe preservar.

(5) Se trata del “World Labour Report 1997/98. Industrial Relations, democracy and social stability” International Labour Office, Geneva, en cuya fase de investigación y discusión nos tocó participar.

(6) Tampoco esa diversidad admite aproximaciones reduccionistas. Algunos países europeos con altos standards de protección tienen, es cierto, altas tasas de desempleo (España, 17 %; Italia, 12 %; Alemania, 9,1 %; Francia, 11,2 %); pero otros, con regímenes análogos, tasas sensiblemente más reducidas (Austria, 4,3%; Dinamarca, 4,7%; Portugal, 4,7%; Luxemburgo, 2,8%). Aún entre los primeros, hay diferencias regionales notables: en Italia el desempleo es apenas del 7 % en el norte, contra una cifra tres veces superior en el sur); en Alemania, el desempleo en el este (ex comunista) duplica al que hoy se ha instalado en el oeste. En España, el desempleo es aún muy alto, pero había llegado a niveles muy superiores (23%) y viene desde hace un par de años cayendo en forma sostenida. En una nota reciente (aún inédita) G. von Potobsky, ex jefe del Servicio de Libertad Sindical de la OIT, recuerda que en los Estados Unidos, hoy con una tasa de desempleo muy baja (4,3%), se había alcanzado hace no más de 15 años la del 10%, sin que desde entonces el sistema de protección del trabajo haya experimentado cambios significativos; “...la diferencia consiste sobre todo en el fuerte y continuo crecimiento de la economía norteamericana, con una inflación reducida, frente a la crítica situación de aquellos años”.

ros para el desarrollo de las políticas nacionales se han tornado, es cierto, más estrechos, pero de ningún modo se han cerrado.

La “difuminación” de las categorías protegidas

Otro de los notables desafíos que enfrenta el régimen de protección del trabajo es el de la creciente dificultad para identificar los sujetos alcanzados por sus instituciones, situación que es el producto de fenómenos diversos pero convergentes.

Hay que decir, en primer lugar, que si el concepto de dependencia laboral (que es el que define la “pertenencia” al conjunto de categorías laborales protegidas) se construyó históricamente como

réplica conceptual del modo de desempeño del trabajador industrial típico que prevaleciera a partir de la primera revolución industrial⁷, no debe llamar la atención que la idea misma de dependencia laboral iniciara un trayecto de pérdida de representatividad y

abarcatividad a partir del momento en que la figura del trabajador industrial comenzara de modo gradual a resignar su condición dominante en el sistema productivo y el mercado de trabajo. Si imaginamos un hipotético “continuo” en uno de cuyos extremos se localizan las formas más nítidas de desempeño en relación de dependencia y en el otro, las de trabajo claramente autónomo, los tramos intermedios – aquellos en los que se localizarían los supuestos difíciles de categorizar (los denominados “casos grises”) – han de verse crecientemente fre-

cuentados a medida en que cambian los modos de prestación del trabajo.

Considérense también la creciente e incontenible heterogeneización del sistema productivo – la denominada “desestandarización” del trabajo – que conlleva la desestandarización correlativa de las categorías profesionales (también, conviene decirlo, de la solidaridad de clase y de los criterios de representación⁸), la tendencia a la “externalización”, descentralización o “outsourcing” como modos prevalentes de organización de la producción y de los procesos de trabajo⁹, la difusión y generalización de las estrategias de responsabilización y autonomización de trabajadores y grupos de trabajo, entre otras manifestaciones que vienen tornando difusos los límites entre

las categorías que debieran ser alcanzadas por el régimen de protección del trabajo y aquellas otras que no necesitan contar con más asistencia que la que les adjudica su poder de mercado.

De esa manera, el sistema de protección

laboral ya no logra definir con claridad su “centro de imputación normativa” (su propio y específico objeto), y arrastra consigo ominosas paradojas, como la de preservar en su interior ciertas categorías que detentan una notable capacidad de autotutela (v.g., altos directivos o técnicos muy capacitados, que las empresas mantienen dentro de su núcleo duro y estable, en inequívocas relaciones de dependencia), mientras arroja al exterior (al de la desprotección laboral) a los trabajadores menos

“... El sistema de protección laboral no logra definir con claridad su “Centro de imputación normativa y arrastra consigo ominosas paradojas”

(7) Hemos estudiado ese proceso en “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas” publicado en la revista española Relaciones Laborales. Año 12 No. 3, págs 30 y sgtes. Madrid, febrero de 1996 y reproducido después por la revista nacional “Relaciones laborales y Seguridad Social” Año II No. 14, pág. 131.

(8) Conf. Baylos, Antonio, en “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo” en la Revista de Derecho Social No. 1 pág. 11, editada por Ed. Bomarzo, Albacete.

(9) Los fenómenos de descentralización productiva y la fuerte tendencia a la externalización de funciones, junto a la aparición o generalización de prácticas que de diversa forma conllevan directa o indirectamente la contratación de trabajo humano (subcontratación, provisión de servicios eventuales y otras formas de triangulación, concesión, distribución, “franchising”, “engineering, suministro de mercaderías, etc), plantean desafíos adicionales al tradicional concepto de dependencia laboral. Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales.

calificados y más vulnerables, sujetos a formas más o menos fraudulentas, más o menos auténticas, de subcontratación, autoempleo u otras análogas.

Y también las técnicas e instrumentos de la protección...

Si de un lado los detractores del sistema de protección laboral le perciben como un conjunto de meras interferencias distorsivas, de otro - esta vez, entre los que le defienden - es frecuente que se tienda a sacralizar sus instrumentos históricos, como si con ellos hubiera llegado para las técnicas de protección el "fin de la historia"¹⁰ y las que fueron diseñadas en el siglo que concluye hubieran expresado el aporte último y definitivo del pensamiento jurídico progresista.

Esas perspectivas reduccionistas no parecen corresponderse con el modo en que evoluciona el sistema de protección del trabajo; éste muestra señales, recorre trayectos y formula interrogantes que las desdeña y cuya complejidad es consistente con la de sus objetos y la de sus contextos. Daré cuenta de unos pocos de esos fenómenos. Una vez más, me limitaré a enunciarlos; como expresé antes, sólo pretendo llamar la atención sobre otro modo, apenas hipotético, de apreciar el derrotero del régimen de la protección laboral.

Ensayo y error.

Hemos visto en nuestro país de qué manera el gobierno justicialista, cuya política laboral de flexibilidad hiciera eje en la introducción de modalidades de contratación laboral por tiempo determinado, termina por suprimir la mayoría de ellas de modo abrupto a fines de 1998. Uno estaría tentado de adjudicar carácter meramente contingente a unas decisiones de ese tipo¹¹, si no

advirtiera que trayectos análogos - introducción de contratos a plazo y ulterior supresión total o parcial de los mismos - fueron recorridos antes por otros países, como Francia primero y España algo después.

Más me parece que esas experiencias son manifestaciones sugerentes de ejercicios de ensayo y error, consecuencia tal vez de que se atraviesa una instancia epocal de alta impredecibilidad. No debiera sorprender que ello sea así, a poco que se admita que no estamos incursionando en una tercera revolución industrial que nos permitiría, *mutatis mutandi*, buscar marcos históricos de referencia sino (como lo ha sostenido entre otros Jacques Robin) en una nueva era de imprevisible secuencia. Ensayo y error sería, de ese modo, una de las improntas de las políticas públicas referidas al trabajo humano¹².

Las políticas sociales y las técnicas de mercado

Lo que ya se advierte es la introducción o generalización de técnicas de protección distintas de la tradicional que, como es sabido, consiste en limitar la autonomía de la voluntad mediante la implantación de normas imperativas¹³. Aparecen de ese modo regímenes basados en técnicas de mercado o, cuanto menos, más complacientes con el desempeño de los mercados, tales como lo son los sistemas de capitalización individual o colectiva (como las del régimen de jubilaciones y pensiones y las AFJP), de seguros privados obligatorios (como el que se prevé para los riesgos del trabajo), de fondos de afectación para el despido, o para garantizar los créditos laborales en caso de insolvencia, o para el sostenimiento de los contratos en situaciones de caída temporaria de la demanda, etc.

Esa tendencia justifica, cuanto menos, un par de reflexiones:

(10) Es la imagen que parafraseando (o quizás parodiando) a Fukuyama usa Antonio Martín Valverde, actual magistrado del Tribunal Supremo de España para representar esa resistencia casi cerril a repensar los instrumentos de tutela.

(11) Del tipo de las que atribuirían la instalación de las modalidades contractuales al dogmatismo neoclásico de Cavallo, y su supresión a las más pragmáticas "pulsiones" reeleccionistas del presidente.

(12) De ese modo, la ley francesa que propicia la reducción de la jornada semanal a 35 horas y la pone en manos de la negociación colectiva, configuraría también un ensayo: desde esa perspectiva, sólo dentro de algún tiempo podríamos predicar con cierto rigor si se trató de una secuencia "ensayo/acierto" o "ensayo/error".

(13) Es la que se practica por medio de normas de obligado acatamiento que imponen condiciones de trabajo mínimas e invalidan todo acuerdo entre trabajadores y empleadores que pretenda apartarse de ellas en perjuicio del trabajador.

1. No siempre las técnicas de mercado son compatibles con la lógica de la atención de las contingencias o necesidades sociales¹⁴. Si no lo son, es evidente que no conviene invertir en ellas los recursos que la sociedad adjudica para su cobertura; no es seguro que esos recursos reviertan efectivamente en prestaciones.

2. Si no existe incompatibilidad tal, habrá que tener en cuenta, en cualquier caso, que una cosa es servirse de técnicas de mercado para mejorar el desempeño de las políticas sociales - lo que no me parece nada mal - y otra (íntimamente contradictoria con ella) es la de utilizar las políticas sociales al servicio de los mercados¹⁵. En este último caso, como ha quedado en evidencia en nuestra historia reciente, es altamente probable que, en términos de su aptitud de cobertura social, el sistema no exhiba un buen rendimiento.

Segmentación del régimen tutelar

Erigido en torno de la idea dominante de la "dependencia laboral", el régimen normativo de la protección del trabajo respondió a esa unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos (en otras palabras, a su propio centro de imputación normativa) mediante una lógica correlativa de universalidad (unicidad) regulatoria. Por decirlo de otro modo, a una única categoría de sujetos protegidos - los dependientes - debía corresponderle un único régimen de protección (en la Argentina, ese es, precisamente, el rol de la LCT).

Si se profundiza el proceso de heterogeneización y "desestandarización" del trabajo que esbozamos líneas arriba, es altamente probable que se produzca uno correspondiente de

quiebre de aquella recordada universalidad regulatoria. En ese contexto, categorías recíprocamente inasimilables requerirían regímenes de tutela también distintos¹⁶. No es desdeñable, pues, la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos - normas distintas para categorías diferenciadas -, y adquiera una conformación que haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica.

Protección y situación ocupacional

La crítica situación del empleo y esa creciente dificultad para definir y "recortar" las categorías alcanzadas por el sistema tutelar exaltan la necesidad de revisar el paradigma de la protección social excluyentemente adscripta al contrato de trabajo.

Habría, pues, que formular la hipótesis de que también en nuestro país ciertas necesidades sociales - v.g., las de la salud, de la higiene, de la seguridad y otras que se vinculan con los riesgos de la vida - tendrán que encontrar atención y cobertura al margen de la situación ocupacional del sujeto o del tipo contractual que le hace beneficiario de ellas.

Junto a esas tutelas que debieran discernirse al margen de la situación ocupacional del sujeto, seguirán operando las otras que se articulan en torno del contrato de trabajo y, desde luego, aquellas que de conformidad con la lógica tradicional de la protección, operan a su interior. En torno, asegurando antes "empleabilidad" e igualdad de oportunidades (acceso al empleo) y proveyendo después recursos de subsistencia, reentrenamiento y orientación (reinserción); a su

(14) Como lo ha puesto en evidencia el régimen de cobertura de los riesgos del trabajo que, a diferencia de sus análogos español y chileno, se opera a través de entidades (las ART) que tienen fines de lucro. La finalidad lucrativa - valiosa, sin duda, en la lógica de la producción y de los mercados - puede no serlo en la gestión de las políticas sociales. Allí puede conducirse del modo en que está operando en el régimen argentino de riesgos del trabajo: las ART suelen no imponer a las empresas a las que atienden criterios rigurosos de cumplimiento de las reglas de seguridad e higiene en el trabajo, privilegiando la preservación de la cartera de clientes (entre el crecimiento del flujo de las primas y la contención del costo de la siniestralidad, optan por asegurar el primero). Desde otra perspectiva, en la medida en que el cliente de la ART es la empresa y no el trabajador destinatario de los servicios y las reparaciones, no es inhabitual que la aseguradora de riesgos rechace siniestros que de verdad acaecen, con sustento en su hipotética desvinculación del trabajo. En esos casos, la indemnidad del cliente (la empresa) no ha sido puesta en cuestión desde que en cualquier caso la ART queda obligada a responder si finalmente se tiene por establecida la responsabilidad de aquella; entretanto, el trabajador, demora en encontrarse con su tutela, que puede terminar siendo tardía.

(15) Tal parece haber sido la consideración que se privilegiara a la hora de introducir el sistema de capitalización individual para la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte (se trata del régimen jubilaciones y pensiones). Sus promotores priorizaron la conveniencia de construir un mercado de capitales; las necesidades de cobertura ocupaban, en su preocupación y hasta en su mismo discurso, un segundo o tercer plano.

(16) Por poner un ejemplo obvio, las necesidades de protección de un "teletrabajador" tienen poco que ver con las de un operario que se desempeña en una línea de montaje.

interior, las que se vinculan con las condiciones específicas de trabajo y empleo¹⁷.

El “camino alto”

Mientras tanto, de esa diversidad de opciones que invocamos en los primeros párrafos de este artículo parece conveniente rescatar aquellas que se inspiran en la idea de que la generación de empleo, la elevación de su calidad y el crecimiento sostenido de la productividad del trabajo no son objetivos recíprocamente incompatibles; en otras palabras, de que no hay un “trade-off” inevitable y fatal entre cantidad, productividad y calidad del empleo.

Desde esa óptica, de lo que se trata es de reorientar el diseño de las relaciones laborales por el denominado “camino alto” que es aquel que transitan las relaciones laborales que al mismo tiempo que habilitan altos niveles de eficacia productiva, se apoyan en prácticas socialmente satisfactorias. Significa enriquecimiento de las tareas (y no mera intensificación), involucramiento y compromiso creciente de los trabajadores con los procesos de trabajo, inversión privada y pública en formación profesional y, como derivación de ella, aumento del nivel de las calificaciones y mejora del capital humano, descentralización inspirada en propósitos de alta especialización productiva y no en estrategias de desresponsabilización empresaria y abaratamiento nominal del trabajo¹⁸, estímulo para la diversificación productiva y la incorporación de nuevas tecnologías organizacionales, investigación y desarrollo.

Desde luego, promover ese trayecto a través de las más diversas aplicaciones de las políticas públicas es otra de las instancias disponibles para proteger a los hombres y a las mujeres que trabajan.

Para terminar...

Hace muy poco, Robert Castel se preguntaba si el sistema de protección laboral habría de transitar por una instancia de mero redesplicue (para recuperar o incluir a aquellas categorías de trabajadores que parecen quedar hoy al margen de sus normas e instituciones) o por una más profunda de verdadera refundación institucional¹⁹.

Castel, muy cauteloso, se inclinaba por la primera de esas alternativas.

Yo no estoy tan seguro. Si de verdad el Derecho del Trabajo está buscando sustento en nuevos equilibrios aún por construirse, si las políticas que le contienen no pueden sino reconocer y adaptarse a contextos que han cambiado mucho y lo siguen haciendo, si tampoco las técnicas predominantes serán necesariamente las mismas, si el ordenamiento deberá redefinir hasta su propio centro de imputación normativa (la condición que habilita el acceso al régimen de amparo), no debería descartarse, en la propia nomenclatura de Castel, que el Derecho del Trabajo tenga por delante un destino refundacional.

-Una refundación sin fundadores, como fue la del Derecho del Trabajo que profesamos; pero que también ha de expresar esa lucha, quizás inacabable, que el hombre viene dando desde siempre por el derecho y la equidad. **D&S**

(17) El Informe sobre “Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa” (versión provisional, mimeo, Junio de 1998) describe de modo riguroso esa secuencia que he esquematizado en las ideas de la tutela desde fuera del contrato de trabajo, en su tomo (antes y después) y a su interior.

(18) Esas que explican que unas relaciones de trabajo de mejor calidad en empresas medianas y grandes descansan sobre otras informales y de baja productividad en las pequeñas que son destinatarias de las opciones de descentralización.

(19) Conf. Castel, Robert. “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, en Droit Social, No. 5 Mayo de 1999, pág. 438 y sgtes.