

La irrupción de la flexibilización en el Derecho del Trabajo

Helios Sarthou

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Catedrático de la Universidad de la República, Uruguay

«En toda ciudad hay dos deseos: el de los grandes de oprimir y comandar, y el del pueblo, de no ser oprimido ni comandado».
(*Maquiavelo*)

SUMARIO: Cap. 1. Preámbulo y advertencia Cap. 2. Tipología de la flexibilización Cap. 3. Consecuencias de la tipología adoptada Cap. 4. Ontología de la flexibilización neoliberal y globalizada Cap. 5. La flexibilización y la violación de principios del derecho del trabajo Cap. 6. Los instrumentos jurídicos y efectos de la flexibilización Cap. 7. Breve noticia sobre la flexibilización uruguaya. *A modo de conclusión.*

Capítulo I - Preámbulo y Advertencia

Valga la aclaración, en el sentido de que la mirada de este trabajo es desde la ventana del subdesarrollo latinoamericano.

No creemos fácil enjuiciar en forma justa la temática laboral «urbi y orbe».

En nuestras clases siempre aclaramos que no enseñamos Derecho Laboral sino Derecho Laboral Latinoamericano, por el particularismo de la realidad socioeconómica y política.

Las elites políticas laborlistas y empresariales tratan de convencer a nuestras comunidades que el Derecho Laboral Moderno ha hecho lo más que se puede en la defensa de los trabajadores y sólo precisa seguir la evolución positiva hacia el futuro.

Nosotros queremos escapar de ese mito autosatisfactorio, que no es verdadero.

El Derecho Laboral de nuestro tiempo ha sido frenado reiteradamente en varias etapas históricas en flexibilizaciones acumuladas y refleja en sus contenidos una grave transacción histórica entre el trabajo la política y el capital.

Puede decirse que es el resultado de la lucha de clases que no se detiene ante la efigie augusta del Derecho del Trabajo y que determina los predomios de acuerdo a la ecuación de fuerzas de cada tiempo y realidad.

La tripartición, generando esa verdadera mutación de la autonomía colectiva por la trilateralidad de la concertación social o pacto social, mató la lucha por el Derecho del Trabajo auténticamente tuitivo de la clase proletaria.

A menudo la corrupción y el acceso a los cargos políticos y al poder, porque la burguesía le hizo un lugarcito a representantes políticos y sindicales, embotaron la lucha clara de aquel primer sindicalismo de la Primera Internacional de Marx y Bakunin, reduciendo la participación y la lucha por el diálogo de conveniencia e infructuoso.

Todo esto nos lleva a que nuestra lucha por un Derecho del Trabajo antropocéntrico no puede reducirse al enfrentamiento de la flexibilización

neoliberal, sino que es preciso una cirugía a fondo sobre todos los rasgos actuales negativos del Derecho del Trabajo como única forma de cumplir el nivel del valor justicia social tipificador axiológicamente de un Derecho Laboral justo.

Basta el despliegue sintético y meramente enumerativo de la carga negativa que arrastra el Derecho del Trabajo no sólo la causada por el pensamiento neoliberal y la globalización, sino la totalidad de vicios en nuestra realidad latinoamericana.

Bueno es destacar al respecto, y como prueba de lo que sostenemos el trabajo de campo que realizara el Profesor Barnes de la Universidad de Surrey y la forma en que detecta en su libro, la esclavitud moderna de los trabajadores en el mundo para reafirmar este concepto insoslayable sobre el objetivo de nuestra disciplina.

Basta señalar la miseria, el hambre, las jornadas extenuantes del trabajo en los montes y obrajes de nuestros campos en América Latina; la indefensión frente a las contaminaciones, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de todos los trabajadores rurales, de la construcción y en general de la industria con las magras rentas de la seguridad social. Las transacciones miserables en las conciliaciones oficiales de los créditos laborales en los que la duración de los juicios hace que se rematen por el 20%. El trabajo infantil explotado y vergonzoso en una sociedad civilizada. El despido sin causa y, cuando se quiere, dotado de efecto automático, que sólo después de consumado se puede llevar por largo tiempo a los tribunales.

Además, el poder disciplinario del patrono y sus capataces, los cambios caprichosos de las condiciones de trabajo. El incumplimiento de los aportes a la seguridad social. La privatización de los aportes jubilatorios de los trabajadores para el lucro de las sociedades anónimas administradoras. El fraude laboral de las tercerizadoras, de las suministradoras de mano de obra, la persecución sindical. La canción de los tres ocho de los obreros londinenses, por las ocho horas de la jornada



laboral, pasó a la historia hoy con las 12 o 14 horas de jornadas, cuando hay trabajo.

Larga sería la lista si la continuáramos, pero aparece como suficientemente indiciaria de la sorda y consentida situación de crisis de los derechos laborales, que debe ser rectificadas.

Está demás señalar que la realidad de los daños enumerados son, en todos los casos, una desconstitucionalización clandestina de los derechos humanos económicos y sociales reconocidos para los trabajadores que, en definitiva, es también una flexibilización ajena a todo principio humanitario.

Capítulo II – Tipología de la flexibilización

El título de este trabajo, tal vez «ab initio», debería haber aludido a la ilegitimidad del instituto flexibilizador en el marco de un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entendido de acuerdo a su lucha e historia de la única manera que podemos entenderlo. Es decir, como una disciplina del segundo paquete de derechos humanos, los económicos sociales, incorporados por el pensamiento jurídico universal a la norma fundamental –según denominación de Kelsen- de la mayoría de los Estados Modernos.

Generalmente, al referirse a la flexibilización en el Derecho del Trabajo se estudia la flexibilización moderna, neoliberal de las dos últimas décadas del siglo pasado.

Sin embargo, el Derecho del Trabajo arrastra el peso de otras flexibilizaciones anteriores, acumuladas, consolidadas hoy como respetables, que merecen por lo menos el registro de sus incidencias negativas que hoy se mantienen, a pesar del imperativo de justicia social de su necesaria supresión.

1) La flexibilización originaria

Una mirada especial en el subdesarrollo permite apreciar la subsistencia de determinados institutos en el Derecho del Trabajo, que sobreviven por lo que podríamos llamar la flexibilización originaria, que consistió en la transposición textual que el Derecho del Trabajo naciente hizo en forma peyorativa -respecto del deber ser humanista- de los datos esenciales de la realidad jurídica en la etapa de la Revolución Industrial.

La admisión del irracional «está despedido y retírese de inmediato» en una desvinculación infundada, no es otra cosa que el símbolo del poder automático e irrevocable del capitán de la industria en la Revolución Industrial. Hoy persiste en algunos países del subdesarrollo esa facultad omnímoda, entre otros en Uruguay con el despido libre y en Argentina con el llamado despido desnudo.

A las élites del capital, la política y los juristas adaptados que hacían tolerantes la transposición aludida a la ciencia jurídica de los datos reales de la relación de trabajo subordinado del capitalismo salvaje no les dio la cocción jurídica transaccional

para hacer justicia, acogiendo la demanda obrera legítima de una rescisión de la fuente de trabajo que fuera bilateral, igualitaria y garantizada en sus efectos como en cualquier contrato civil.

De igual modo sucedió con los otros dos ejes sustentadores de la desigualdad heredada en el comienzo del Derecho del Trabajo que, junto con el despido, son la potestad disciplinaria unilateral patronal y el jus variandi unilateral y patronal que violan el principio de igualdad la primera, así como la clausura del consenso y la fuerza legal de los contratos el segundo.

Flexibilización originaria, en el arranque, subyacente en la relación de trabajo subordinado, que se ha pretendido morigerar con los regímenes indemnizatorios o la fijación de límites que, sin embargo, dejan en pie la soberanía patronal.

Es preciso, ante la instancia de evaluar y rechazar los signos negativos de la flexibilización neoliberal globalizadora y moderna, rever también el suelo existente de institutos absolutamente injustos para la clase trabajadora, como los señalados, que, sin embargo, obtienen aún su carta de ciudadanía técnico-jurídica.

No reconocemos un lugar válido a otras modalidades de flexibilización como, por ejemplo, la de adaptación o la flexibilización fáctica en el marco de la aplicación del Derecho que Barbagelata constata como «una mayor tolerancia –en dicho espacio- en la aplicación de condiciones.....» por entender que toda flexibilización de algún modo afecta el principio de no regresividad que supone el mantenimiento incólume de los derechos económicos y sociales, según se verá infra.

En realidad, consideramos que la tutela de la ley, que siempre ha sido complementaria de la acción sindical, no debería ceder terreno mediante la delegación de la flexibilidad a la autonomía colectiva, pues la incerteza de la independencia y de la fortaleza de la autonomía colectiva para mantener la tuitividad del trabajador, hace muy riesgoso el entregarle la suerte de la flexibilización, por más que aparezca la garantía sindical protegiendo la debilidad de los trabajadores aislados.

Y no la validamos porque integra la patología y no la normalidad expectable en una rama jurídica que, como la laboralista, defiende determinados derechos humanos vinculados al trabajo.

En definitiva, todas las flexibilizaciones suponen una disminución de la intensidad tuitiva del Derecho del Trabajo, en definitiva contradictoria con la necesaria plenitud de lo que creemos es carácter fundamental de nuestra disciplina, que es la calidad antropocéntrica.

2) La flexibilización del desarrollo de la constitucionalización social

Como es sabido el movimiento obrero organizado, después de una lucha cruenta y difícil de más de un siglo, con la base ideológica



revolucionaria de la Primera Internacional, el proceso revolucionario de Francia de 1830 y 1848 como relevantes, y el remate heroico de la Comuna de París, desembocó en lo que se ha dado en llamar la Constitucionalización Social. Fue un jalón trascendente en la evolución de la lucha de capital y trabajo y una conquista para los trabajadores la jerarquización constitucional de sus derechos esenciales, como se sabe, en las famosas Constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), al comienzo del nuevo siglo.

La constitucionalización social preservaba del desconocimiento o la omisión reglamentaria por el legislador y de la desconstitucionalización clandestina o por obra de los parlamentos oligárquicos de los derechos de la clase trabajadora. Dicha constitucionalización social era, además, un mandato a la legislación para plasmar legislativamente la reglamentación de los derechos constitucionalizados.

Pero allí comenzó una lucha sorda entre capital y trabajo para el desarrollo de los derechos constitucionalizados.

En esa etapa tenemos otra flexibilización, que fue la flexibilización del desarrollo de los derechos laborales constitucionalizados que, de algún modo, se arrastra hasta nuestro tiempo. Aún hoy existen derechos laborales constitucionalizados y no garantizados por la legislación o mal reglamentados.

Sin duda diversos factores incidieron en lo que fue una segunda flexibilización, que llamamos flexibilización del desarrollo. Sea dicho esto sin dejar de reconocer el avance de este período, por lo menos declarativo.

En la flexibilización del desarrollo mediaron dos instrumentos importantes. La sustitución de la línea poderosamente clasista de la Primera Internacional, sustituida por la Segunda en 1889, que desplazó la cuestión social a la parlamentarización de la lucha obrera y la disputa de los partidos políticos de izquierda. La Tercera Internacional, de algún modo, después de la extraordinaria Revolución Rusa de 1917, ratificó esa lucha de partidos y la arena parlamentaria trabada y rutinaria.

El pasaje en la primera mitad del siglo XX de la norma constitucional a la vida real del declaracionismo, de algún modo utópico para ese tiempo, fue arduo, de marchas y contramarchas, subordinado a los partidos políticos y su rotación, con éxitos, fracasos y omisiones, alumbrando de alguna manera un Derecho del Trabajo transaccional entre capital y trabajo. Derecho transaccional, de algún modo flexibilizador y desigual, dependiente también de las diferencias económicas, sociales y políticas de cada país y su etapa histórica. En este proceso jugó un rol transaccional importante, y de algún modo deformador de la nitidez clasista de la Primera Internacional y de la lucha del movimiento sindical, el surgimiento de la concertación social (también denominada pacto social) que, de algún

modo, sustituyó a la autonomía colectiva del relacionamiento bilateral entre capital y trabajo, pasando a una trilateralidad a través de la intervención del gobierno de turno que jugó y juega a menudo el rol potencial de auxiliar de la clase patronal, restando la limpidez de la contradicción fruto de la autonomía colectiva.

En esta flexibilización del desarrollo se operó la regulación de algunos de los derechos constitucionalizados en forma justa, pero el debate político ahogó conquistas y aún importantes derechos no tuvieron el debido respaldo legal. En el ejemplo de Uruguay la constitucionalización de 1934 tuvo un lento desarrollo legislativo que se aceleró en la década de fines del 50' y el 60', a partir de la unificación del movimiento sindical a mitad de la década del 60' en razón de su presión social, que tuvo los tropiezos de la negociación con el gobierno de turno y la oligarquía pesando sobre el mismo.

Esta flexibilización del desarrollo tuvo un sostén importante, según ya se ha dicho, en la mutación del relacionamiento sindical directo obrero patronal con la instalación de la conciliación de clases y la llamada concertación social en que se trilateraliza la relación obrero-patronal y se amplifica con la temática de cuestiones nacionales, en razón de la intervención del Estado en la negociación que a menudo funciona, en la práctica, como un respaldo de la clase patronal.

3) La flexibilización neoliberal

En tercer y último término debemos señalar la trascendencia negativa de la flexibilización neoliberal, motivo de este trabajo.

En primer término porque no pretendió ser solamente alteraciones circunstanciales en la negociación, sino que ideológicamente atacó de raíz los derechos laborales y fundamentó una tesis ideológica basada en la pretendida rigidez del Derecho Laboral que afectó a todo su contenido y a todos sus institutos, según se verá ut supra.

Es una flexibilización omnicompreensiva de los distintos derechos laborales. Además una clara disminución de derechos para aumentar la plusvalía relativa de la patronal, bajo las excusas de la crisis de la economía y las empresas, imputable en realidad a otras causas o circunstancias económico-sociales.

En el resto del trabajo examinaremos la ontología de la flexibilización neoliberal y globalizadora, los principios violados, sus instrumentos, así como un apéndice sobre la flexibilización uruguaya y sus características peculiares.

Capítulo III - Consecuencias de la tipología adoptada

La adopción de toda tipología no se justifica solamente por un prurito clasificatorio de interés técnico jurídico, sino en tanto debe ser la guía para



las transformaciones que una concepción renovadora del instituto debe operar.

Sin ninguna duda, que será preciso entonces eliminar los atrasos o inconsecuencias que la macroflexibilización originaria dejó instalados en el contenido del Derecho del Trabajo. Nos estamos refiriendo, entre otras cosas, a la corrección y erradicación de los institutos del despido libre de la potestad exclusiva y unilateral disciplinaria del empleador, así como de la alteración contractual unilateral, no admitiéndose los efectos automáticos del poder patronal sin pasar primero por el contralor judicial.

En orden a la flexibilización del desarrollo de la constitucionalización social será preciso, en la línea del constitucionalismo juridizado -además de la completa regulación garantista de los derechos constitucionalizados-, la adopción de un constitucionalismo garantizado o autoejecutable, como lo enseña con especial ahínco y poder de convicción Prieto Sanchís y Zagredelsky.¹ Para ello será preciso que la legalización de las normas constitucionales sea respaldada por una protección mínima de la ejecución contenida en la misma norma constitucional, para que cualquier gobierno parlamentario no invalide la autenticidad del derecho reconocido.

Bueno es señalar que si no aceptamos en la tipología propuesta las flexibilizaciones invocadas como necesarias por alguna doctrina como la de adaptación, o de protección es porque, tanto en el caso de la flexibilización originaria aludida en este trabajo como en la desarrollo en el marco del régimen de capital y trabajo, y en especial para nuestro subdesarrollo latinoamericano toda flexibilización en esencia es el resultado del freno clasista patronal al cual se asocian niveles políticos afines.

La tercera tipología de la flexibilización vista es la flexibilización neoliberal y globalizada, generando un intento de transformación del Derecho del Trabajo, con claras connotaciones civilistas, cuya ontología pasaremos a analizar.

Capítulo IV - Ontología de la flexibilización neoliberal y globalizada

1) Caracteres

A diferencia de las otras flexibilizaciones a que

aludimos de carácter puntual, importantes y graves en su peyoratividad pero no de un pensamiento sistemático organizado como el que ha respaldado a la flexibilización neoliberal y globalizadora.

A) Sin duda el carácter fundamental de esta flexibilidad, de importante incidencia sobre el Derecho del Trabajo, es el cambio filosófico sobre la calificación jurídico-económica del trabajo subordinado en relación a la filosofía tuitiva y humanista del Derecho del Trabajo fundacional. Aquella mención en la Carta de Filadelfia², en cuanto a que el trabajo no era una mercancía, determinaba una prioridad de los contenidos humanos de que está compuesta la energía personal entregada por el trabajador al patrono a través de contrato de trabajo. Reexaminado a través del pensamiento neoliberal el trabajo subordinado ingresa al mercado la idea de eficiencia, competitividad y se pierde la dimensión fundamental de la tuitividad como derecho humano fundamental del trabajador.

B) Con ello pierde identidad otro factor de trascendente valor axiológico, como lo es la solidaridad de los hombres trabajadores, para dar paso a la competencia, al eficientismo y a la explotación que fuera salvaje en los albores de la Revolución Industrial. En el trabajo publicado en la Revista de Derecho Laboral al que nos remitimos, le hemos acordado al principio de solidaridad al máxima trascendencia para las posibilidades de funcionamiento adecuado, especialmente de los campos del Derecho Sindical y la Seguridad Social.

Y está demás señalar que la desjerarquización de la solidaridad en bien de la idea de ganancia y de la teología del mercado, como la denominaba el Profesor Barbgelata, mata en cierto modo la materia prima del sindicalismo, que reposa sobre la unidad solidaria de todos en bien de todos y en el salto ético de la idea de categoría, que hace de las conquistas un bien alcanzado para todos y no sólo para afiliados o integrantes de la organización sindical. El debilitamiento sindical repercute con el desequilibrio de fuerzas en la negociación obrero patronal.

1 Los autores mencionados pertenecen a una corriente, como es sabido, del neoconstitucionalismo, que podríamos decir es un constitucionalismo garantizado, planteado como superación o revisión de la corriente positivista. Se trata de una teoría sobre fuentes alejadas del legalismo, que determina que la constitucionalización social no esté apoyada en la necesidad absoluta de la ley reglamentaria sino que por sí mismo la Constitución incorpore normas de autoejecución que permitan superar el mero declaracionismo y el riesgo o expectativa de que el legislador respete y acate el mandato constitucional. Dice Prieto Sanchís que la Constitución debe ser «la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluido el legislador».

En definitiva se trata de un constitucionalismo garantizado para que la regulación legislativa, por omisión o por regulación ilegítima, deje sin efecto la protección constitucional. Esta corriente resulta de enorme importancia para el Derecho del Trabajo, que es una disciplina de derechos humanos, económicos y sociales constitucionalizados, pero muchas veces inertes.

2 El día 10 de mayo de 1944 la Conferencia General de OIT, congregada en Filadelfia, declaró, como fines y objetivos de la organización internacional, en el inciso A de su Capítulo 1, la reafirmación de que el trabajo no es una mercancía. La desnaturalización de este principio es, en el marco de la flexibilización, el fraude laboral de las tercerizaciones y el suministro de mano de obra, que cosifica la energía del trabajador y la somete al mercado como tal.



C) Este nuevo enfoque laboralista de filiación neoliberal tuvo una circunstancia histórica favorable para la acuñación de este cambio filosófico en el Derecho del Trabajo, que fue la desaparición de la bipolaridad en el mundo con la caída repentina y terminal de la experiencia histórica del área comunista.

De algún modo, más allá de errores o discrepancias, la bipolaridad tutelaba de algún modo con su presencia el equilibrio en el relacionamiento de partes de la clase trabajadora y la clase empresarial.

D) La clave de sustentación del Derecho del trabajo tutitivo y antopocéntrico fue sin duda el intervencionismo. Desde el Estado para la regulación equitativa de la relación de trabajo. La conocida técnica jurídica de regulación, de que la igualdad, de que la igualdad de los desiguales sólo se puede corregir con la desigualdad artificial compensatoria, idea de la que fuera precursor Menger³, allá por el año 1890, determina que para el Derecho Laboral, disciplina de Derechos Humanos, sea esencial el intervencionismo tutelar e igualitario.

La bandera del pensamiento liberal de Von Hagen y de la Escuela de Posner y Coase del «Análisis Económico del Derecho» (AED), no intervencionista, atacó por un flanco fundamental al Derecho del Trabajo, que debía regular e intervenir para hacer justicia social mientras que para el pensamiento liberal del aludido Von Hagen, que calificaba de camino de servidumbre la incidencia en el mercado, pues éste con su mano espontánea, si se le respetaba, aportaría la prosperidad o, en versión más actualizada, provocaría «el derrame de la riqueza», que así es la tesis neoliberal.

En el concepto de la Escuela de AED, para la que el ser humano debía ser un *homo economicus*, se definía el Derecho como «el conjunto de incentivos sobre las acciones humanas que busca canalizar las relaciones de uso y aprovechamiento de las personas sobre los bienes». Mal le podía ir al Derecho del Trabajo

con esa concepción economicista del Derecho cuando postulaba la justicia social, la igualdad y la protección del trabajador como ser humano y no como mero titular de bienes.⁴⁵⁶ En su libro «El particularismo del Derecho del Trabajo», página 108, Barbagelata expresa: «En consecuencia, los adeptos al neoliberalismo continúan siendo en sustancia partidarios del *lassaiz faire* y del achicamiento del Estado, tanto en su dimensión como en sus fines. Obviamente condenan todas las acciones que puedan distorsionar el funcionamiento de un mercado libre, reclaman la desregulación de la economía, así como la restitución al sector privado de las empresas estatizadas y son hostiles tanto a las interferencias de la legislación como a las acciones colectivas».

E) En este relevamiento de los cambios determinantes de la flexibilización no puede faltar el cambio de orientación de la clase patronal y sectores afines.

Como hemos señalado ya antes, la cuestión social planteada en el siglo XIX no se solucionó con la tregua implícita a principios del siglo XX, que implicó la constitucionalización social, pues la lucha de clases continuó. Como antes tengo dicho, fue una paz armada en que cada clase puso sus armas de resguardo en la Constitución.

Libertad de comercio y derecho de propiedad una y derechos económicos sociales protectores, la otra.

Pero esa lucha asumió durante largo tiempo una contradicción en el relacionamiento directo o la negociación con el Estado, pues no existía una acción ideológica global sobre las distintas esferas de la sociedad. Con la flexibilización ha sido distinto, porque representa una campaña ideológicamente organizada e ideológicamente agresiva, con respaldo neoliberal contra los cimientos tutitivos y defensores en el Derecho del Trabajo de la clase trabajadora y con ánimo de derrocar los principios esenciales de intervencionismo sobre el mercado, y la lucha por

3 Decía Menger en su obra «El Derecho Civil y los pobres»: «El apego de la legislación procesal civil a la vieja filosofía del trato a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica, cuando hoy se sabe que no existe desigualdad mayor que aquella que consiste en tratar a los desiguales de un modo igual».

4 En su libro «Análisis económico del Derecho» José Luis Ugarte, página 33, da una pauta del economicismo de la Escuela del AED cuando expresa: «Así, de un plumazo, el AED cambia radicalmente la esencia de lo jurídico, que deja de ser la idea de una normatividad coactiva autosuficiente, como lo ha propuesto el positivismo más elaborado del siglo XX, por la idea bastante más mundana de incentivos avaluables en términos monetarios, que inducen a una persona a comportarse de un modo determinado en consideración del impacto que en términos de riqueza personal podría tener la conducta opuesta».

5 El laboralista brasileño Luis Alberto De Vargas, en el libro «Avances y posibilidades del Derecho del Trabajo», bajo el título «Panorama de flexibilización laboral», páginas 225 y siguientes, en el mismo sentido expresa: «...Retrosceso del Estado en sus funciones regulatorias de institucionalización de garantías legales en favor de los trabajadores y así, a un retorno a la libre disposición por las partes, de sus condiciones contractuales».

6 En su libro «El particularismo del Derecho del Trabajo», página 108, Barbagelata expresa: «En consecuencia, los adeptos al neoliberalismo continúan siendo en sustancia partidarios del *lassaiz faire* y del achicamiento del Estado, tanto en su dimensión como en sus fines. Obviamente condenan todas las acciones que puedan distorsionar el funcionamiento de un mercado libre, reclaman la desregulación de la economía, así como la restitución al sector privado de las empresas estatizadas y son hostiles tanto a las interferencias de la legislación como a las acciones colectivas».

un ordenamiento justo e igualitario de la relación laboral, todo so pretexto de una falsa salvación de la crisis y recuperación del nivel de empleo.

Mientras antes estaba trabada una lucha clasista bilateral de clases, la flexibilización es manejada por patronos y sectores afines como si fuera la terapéutica jurídica y social adecuada de la cuestión social.

2. Rasgos ontológicos

1. El primer rasgo ontológico o de esencia de esta flexibilización neoliberal y globalizada que hemos descrito (y que llamaremos en adelante sólo la flexibilización), es su deliberada disminución de los derechos laborales.

Para ello, como se ha señalado *ut supra*, se acuñó el falso concepto de identificación de la crisis económica y del empleo con lo que se denominó rigidez del Derecho del Trabajo.

En alguna medida considerar como vicio o defecto de una rama de Derecho la rigidez es como objetar que el agua moja.

El Derecho es normatividad y la rigidez es justamente la diferencia con la norma moral.

Pero además, en el caso, la rigidez excepcional que se le asigna a la norma laboral es para que no pueda ser modificada, en base a la voluntad del trabajador para renunciar en su perjuicio a los derechos, dada la necesidad diferenciada de la igualdad respecto de desiguales. Se trata de la tutitividad del más débil para evitar que su autonomía sea la fuente de su perjuicio.

Estamos ante dos principios que nadie discute en el Derecho del Trabajo, que son el principio de irrenunciabilidad antagónico del de la autonomía de la voluntad y el del antropocentrismo. Este último supone la prioridad del ser humano y sus derechos esenciales por encima del mercado y la competitividad y el lucro empresarial.

Es una posición ética la que adoptamos denunciando la característica de la disminución de los derechos laborales como esencial y negativa de la flexibilización.

2. El segundo rasgo de la flexibilización es que parte de una etiología inexacta. Una etiología creada y cultivada por las elites empresariales

y sus afines políticos aún intelectuales, para interpretar que la crisis de la empresa y del empleo es la consecuencia, además, de la globalización, la tecnología y también en forma importante del pretendido hipergarantismo de las normas laborales. Esta interpretación oculta deliberadamente en el subdesarrollo las causas de la crisis y la apuesta a la inversión extranjera, a que sólo accede al subdesarrollo para proyectos sucios como las pasteras o el fraude financiero. También las presiones de los organismos de crédito internacional de pago y los condicionamientos de la deuda externa, la venta de las empresas públicas y el arcaísmo del régimen de explotación de la tierra, alérgico a cualquier intento de reforma agraria que pueda afectar a los capitales rurales.⁷

3. El tercer rasgo de la flexibilización es la pretensión de instalar una cierta crisis endógena del Derecho del Trabajo por la falta de empleo, que lleva a promover virtualmente, aunque no se enuncie de manera formal, un principio pro-patrono en lugar del tradicional principio «in dubio pro operario» y el genérico principio protector respecto del trabajador, principios ambos indispensables, de acuerdo a lo dicho, para la igualdad entre desiguales.

4. El cuarto rasgo es el de encubrir la verdadera finalidad de la disminución de derechos de los trabajadores, que es lo que el socialismo científico denomina la apropiación de la plusvalía relativa y absoluta por la que se realiza la acumulación de capital y el acrecentamiento de la ganancia, tal como se señala en cita de Sánchez de Bustamante en este mismo trabajo.

5. El quinto rasgo es de naturaleza filosófica y de acción ideológica del pensamiento neoliberal tanto de Von Hagen y su escuela como la de la Escuela Norteamericana del Análisis Económico del Derecho (AED) que, como ya hemos dicho, ha pretendido transmutar en humanismo del Derecho del Trabajo en una instrumentación del hombre (el *homus economicus* de la Escuela de AED), negando el intervencionismo del estado en las relaciones trabajo bajo el principio de la libertad de la actividad económica.⁸⁹

7 Desmintiendo la tesis de que la crisis ocupacional pueda ser de responsabilidad de Derecho del Trabajo, Montoya expresa: «Nadie puede pensar razonablemente que sea responsabilidad del Derecho del Trabajo la creación de los dos millones largos de empleos que por hoy es incapaz de absorber el mercado de trabajo en nuestro país. Habrá que repetir una vez más la obvia, pero muy cierta, afirmación de que la única política eficaz contra el desempleo no es sólo una política financiera, ni sólo una política comercial, ni sólo una política laboral, sino una política –o una buena política claro está– económica general».

8 Conforme Barbagelata, en su obra ya citada «El particularismo del Derecho del Trabajo», página 108.

9 El Profesor brasileño Caleiros Bombin, en su artículo «Globalización, flexibilización y desregulación del Derecho del Trabajo», página 38, en «Globalización, neoliberalismo y derechos sociales», Río de Janeiro, 1997, inventaría con precisión el conjunto de la tercerización, la desregulación y la flexibilización cuando expresa: «Son reclamos de la globalización, erigida en ideología del capitalismo la desregulación, la flexibilización, la tercerización, la reducción del costo social, la abstención del Estado, la completa libertad de comercio entre las naciones, la privatización indiscriminada de las empresas estatales, la estabilización de la economía a cualquier costo. En síntesis, un proyecto concentracionista y desnacionalizador».

Capítulo V - La flexibilización y la violación de principios de Derecho del Trabajo

1. La doctrina laboralista, de modo general y salvo excepciones, no actuó acertadamente a nivel inclusive internacional, en tanto no ejerció la defensa de los derechos conquistados por el Derecho del Trabajo –más allá de los quebrantos expuestos- cuando, de algún modo, se operó el reto representado por la implantación en las relaciones laborales de la política de la flexibilización neoliberal y globalizadora.

Las elites empresariales patronales y políticas reclamaron de algún modo al Derecho del Trabajo aportar su sacrificio de derechos en bien del interés común de la falta de empleo y, de modo general, a la crisis ocupacional y económica.

En realidad, el Derecho del Trabajo no debía haber respondido con la aceptación de esa convocatoria en función de la crisis, en razón de la aplicación del principio laboral de la ajenidad de los riesgos, que violaba también los demás principios del Derecho del Trabajo. Conforme a dicho principio el trabajador renuncia al beneficio que tendría su trabajo en el mercado en virtud de aceptar una remuneración a *for fait* y, por esa circunstancia, el trabajador no participa, ni ha participado antes, de los beneficios del patrono. Carece entonces de sentido cuando el empresariado invoca crisis o el mal funcionamiento de la empresa o negocio y recurre a la disminución de los derechos de los trabajadores, cuando la clase patronal no los convocó para participar de las ganancias en las etapas de prosperidad, quedando con el fruto de la plusvalía histórica. El riesgo de la empresa es patronal, así como el riesgo de su fuerza de trabajo es riesgo del trabajador.

El Derecho del Trabajo contiene en rango de valor la realización de la justicia social. Y no es justo exigir responsabilidad compartida del riesgo empresarial cuando le interesa al empleador.

De algún modo es grave la exigencia de contribución a la crisis disminuyendo los derechos del trabajador, desde el momento que supone admitir la virtual desnaturalización de la disciplina laboralista que, en tanto regula y garantiza, como lo hemos señalado, los derechos humanos al trabajo y, en consecuencia, a la vida y al respeto de la persona del trabajador, no puede admitir la afectación de los derechos humanos laborales para compensar desventuras de la clase patronal.

La consigna modifiquemos la rigidez del Derecho del Trabajo no parece aplicarse de igual manera a otros derechos humanos, que para nada tienen jerarquía distinta a los

derechos humanos, económicos y sociales. Por ejemplo, nadie ha propuesto, afortunadamente, hasta ahora: «como no se puede gobernar flexibilicemos la libertad de expresión o la libertad política».

Sin embargo, no estamos frente a derechos humanos de distinta jerarquía y con toda frialdad se ha pretendido fundar en la crisis económica el abandono o reducción de ciertos derechos importantes al salario, al cese contractual, al pago de la hora extra, etc.

En consecuencia, la flexibilización viola la naturaleza del Derecho del Trabajo como disciplina de los derechos humanos económicos y sociales, que no pueden ser anulados ni rebajados porque tienen la misma naturaleza y grado que otros derechos humanos.

- 2) No puede sostenerse que sea una crisis endógena de Derecho del Trabajo la falta de empleo. Por lo contrario, la crisis es exógena y, como ya se ha dicho, tiene que ver con aspectos estructurales de la economía, para cuya rectificación no se logra consenso, buscando entonces el sustituto de la flexibilización.

Está claro que se viola el principio de determinación de las causas de la crisis. La flexibilización utiliza el enmascaramiento de las causas reales de la crisis económica y la crisis del empleo, atribuyendo a una causa interna laboralista la necesidad de abatir derechos laborales.

Esto no significa que la repercusión de la falta de empleo, imputable a la política económica adoptada, no sea encarada por el Derecho del Trabajo dentro del campo de sus medios y mecanismos de protección. Pero nunca suprimiendo derechos esenciales. Es verdad que el Derecho del Trabajo tiene su rol a cumplir frente a lo que puedan ser los factores de cambio o «factores neo» que comprometen al Derecho Laboral.

Y atenderá a ellos con los instrumentos propios del Derecho Laboral, que puede ser el reciclaje, la formación para nuevos trabajos, la reducción de la jornada sin afectar el salario, para abrir trabajo a otros trabajadores, así como el enfrentamiento de la desocupación generada por los cambios tecnológicos.

Pero una cosa son los «factores neo» y otro lo que son malformaciones del sistema capitalista que, para no sacrificar los intereses de sus líderes económicos y políticos, mantienen las recetas ordenadas por los organismos internacionales. Es claro que el Derecho del Trabajo no puede desertar de la responsabilidad que le incumbe frente a los cambios tecnológicos o las modificaciones de la estructura de clases.

Pero otra cosa es vuelta a la falsa autonomía a la voluntad y el arrendamiento de servicios y a la adopción de la precariedad contractual, la rebaja del salario o de beneficios de horas extras

o de alteraciones del descanso, que significan desconocer la tuitividad del trabajo obrero y la protección de su identidad humana.

- 3) En tercer término, la flexibilización viola el debido respeto a la jerarquía técnico-jurídica del Orden Público Social, sometiéndolo al predominio del Orden Público Económico. Ello resulta con claridad del hecho de que la normativa laboralista tuitiva se agravia disminuyendo las garantías propias del Derecho del Trabajo, permitiendo la modificación peyorativa de sus contenidos por razón de objetivos pretendidamente superiores, referidos a las condiciones económicas impuestas por el orden público económico. En tal sentido, al predominio del interés económico respecto del imperativo del orden social, se agrega la dudosa característica del orden público económico ligado no a una estabilidad imperativa de orden técnico jurídico, sino a las posibles variantes de las situaciones políticas, como lo ha destacado con acierto Krotoschin al diferenciar la firmeza y textura rígida del orden público social y del orden público civil en contradicción con las variabilidades del orden público económico.

Dice Krotoschin al respecto lo siguiente: «Aunque se trate de cuestiones económicas, en las decisiones suelen predominar factores políticos, esto es, de poder (político y/o económico) algunas veces basado en mayorías parlamentarias –cuyos intereses sin embargo no han de ser idénticos sin más, con los intereses de todos- otras veces ejercido mediante presiones irresistibles (o simplemente no resistidas)». Y más adelante agrega: «Por otro lado es fácilmente comprensible que en ningún terreno sea tan problemático imaginarse un consentimiento total que en el de la política económica. Tal vez ni siquiera sea posible. El «orden público económico» no es figurable fuera de intereses reales. Estos por lo general son dinámicos –además ineptos para ser considerados como verdades absolutas- por más que el Estado totalitario, o simplemente autoritario, tienda a hacerlos estáticos».

En sentido similar expresábamos en nuestro trabajo «Rol del convenio colectivo en la economía nacional»,¹⁰ lo siguiente: «En efecto,

ese orden público económico supone la posibilidad de impedir conquistas convencionales sectoriales en aras de un interés general o calificado como tal, que en realidad suele ser el interés general presunto de la colectividad, pasado a través del sector que gobierna en determinado momento». Y agregábamos: «Falta entonces a ese orden público económico, por lo menos la seguridad de ser la voluntad general de la comunidad. Está demasiado sujeto a las variantes eventuales de las conductas políticas para poseer los atributos de estabilidad de un orden normativo inderogable».¹¹¹²

- 4) En cuarto término, la flexibilidad infringe el principio de no regresividad, conforme al cual no es posible admitir en el Derecho del Trabajo la modificación reductora de los derechos reconocidos por el orden público social.

En las décadas del 50' y 60' estaba afincada en el Derecho del Trabajo la idea del progreso indefinido como principio.

Tal vez no formulado en vía demasiado formal pero sí como inspiración latente en la doctrina mayoritaria y hasta en las esferas políticas.

Esta idea corría paralela con otra tendencia afirmada, que era la democratización de la empresa y la coparticipación en la dirección de la parte obrera, con el arranque de Félix Pipi allá por el 1920 lejano.

En la hoguera de la crisis de la década del 70', del petróleo, de la desocupación, del retroceso ideológico neoliberal y las magias de la tecnología y la informática y el efecto ideológico de la caída del muro, se quemaron en buena parte de la cátedra y la doctrina laboralista los papeles de la no regresividad. Sin embargo, aún renace esa convicción de la imposibilidad de que el Derecho se convierta en el cómplice de la regresión y el abatimiento de las condiciones de la vida del hombre trabajador. En las importantes XXXI Jornadas «Por la progresividad de las normas en el Derecho del Trabajo», realizadas en octubre de 2005 en la ciudad de Colonia - Uruguay, por la Asociación de Abogados Laboralistas, a la que tuve la satisfacción de asistir como uno de los relatores, el Presidente de la Asociación, Teodoro Sánchez de Bustamante, expresaba en su conferencia publicada en el Libro de las Jornadas de la Editorial Jurídica Nova Tesis,

10 Página 223 del libro «Estudios de Derechos Colectivo del Trabajo», Tomo I, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

11 Alfredo Montoya Melgar, en su libro «Derecho del Trabajo y crisis económica», refiriéndose a los debates del Coloquio Internacional de Ginebra, expresa, en la opción de caminos económicos o de Derecho Social, lo siguiente: «Con todo, suscribimos sin reservas las palabras con que el Decano Junod puso fin a la sesión de clausura del Coloquio: ante «las tensiones que existen entre los imperativos económicos y las finalidades propias del Derecho Social» es necesario «respetar principios fundamentales que deben prevalecer sobre los arreglos más o menos coyunturales del momento».

12 En camino que no compartimos, el Informe Dahrendorf, define la flexibilidad: «Es la capacidad de los individuos en la economía, y en particular en el mercado de trabajo, de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias», que sin duda excluye toda idea de valor, transformando en una mecánica objetiva, sin calificación ética ni respecto de la tuitividad del Derecho del Trabajo.



impugnando la pretendida tesis de un Derecho de emergencia que es regresivo, lo siguiente: «Hemos indicado en un trabajo anterior de nuestra autoría que la flexibilización laboral, no ha sido más que un instrumento de acumulación del plusvalor generado por el trabajo humano y consecuentemente una función de la tasa de ganancia.

La emergencia concebida como una construcción desde el Derecho hacia los hechos que permite justificar un «Derecho de la Emergencia» no es más que otra función, ahora no específica, sino genérica ya no sólo tasa de ganancia, sino de la dominación como entidad totalizadora de la hegemonía del pensamiento «único» que impone, como si se hubiera acabado la historia, un solo modo de producción...»

No tenemos duda que en el cuadro habitual de los principios de Derecho tradicionales debe incorporarse este principio de la no regresividad».

El principio de no regresividad, de algún modo, constituye la expresión de la síntesis del principio protector y el principio de irrenunciabilidad.

En efecto, los derechos conquistados por su existencialidad en el patrimonio jurídico del trabajador no pueden ser renunciados ni expresamente ni por el acatamiento tácito aún de la norma dictada que sería inconstitucional, en tanto nuestro texto constitucional en el artículo 332 tiene una concepción abierta de los derechos humanos que a nuestro juicio debe incluir los derechos humanos económico-sociales del trabajador.

Filosóficamente el principio protector carece de eficacia real si se permite el retroceso de los derechos conquistados.

En esta posición se colocan los Juristas argentinos Abramovich y Courtis que, como respaldo normativo internacional para el principio, indican las normas del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), especialmente el artículo 2, punto 1, que expresa: «Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

El principio de no regresividad se completa también con una lista de progresividad además de la no regresión.

Los autores enuncian en su respaldo normas derivadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, así como principios de Maastricht. Los mismos autores reivindican también la vinculación de la no regresividad con la teoría de Konrad Heffe sobre la irreversibilidad en el plano de las normas constitucionales y, en especial, del contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado. O sea, irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas, al menos en su contenido esencial.¹³

5) Regla de Hume

También viola la flexibilización el principio lógico de la llamada regla de Hume, conforme a la cual de un predicado descriptivo no se infiere un predicado normativo. De es no surge el debe ser.

La flexibilización y sus promotores, en examen grueso, extraen de los datos de la desocupación en forma automática la culpabilidad del Derecho del Trabajo.¹⁴ Del dato de la realidad de crisis del empleo no necesariamente deriva del propio empleo y de la doctrina de Derecho del Trabajo. Falta allí el análisis racional de la normatividad, previa confrontación y análisis, de las comcausas de incidencia, como por ejemplo sucede con la deuda externa. Por esa violación de la regla de Hume de un dato de experiencia se infiere sin más la responsabilidad del Derecho del Trabajo, requiriendo en base a tal concepción la disminución de la intensidad normativa y el quantum de beneficios que otorga la norma laboral, generando un grave retroceso de los derechos humanos de los trabajadores.

Capítulo VI - Los instrumentos jurídicos y efectos de la flexibilización

Una esquemática revisión de los medios utilizados para la flexibilización y sus efectos es importante, porque permite constatar el amplio espectro del deterioro laboral provocado por la aplicación de la flexibilización neoliberal. Esto, no obstante la reacción operada sobre la misma, más allá de la desigualdad de los procesos según la legislación o doctrina del país de que se trate.

Esto sea dicho sin que para nada, como lo ha señalado la doctrina laboral, se lograran generar las ansiadas fuentes de empleo que era el argumento utilizado para preconizar la panacea flexibilizadora desde algunas cátedras, esferas de

13 Además de las normas indicadas, también alude a las O.G., especialmente no. 3 del Comité de Derechos Económicos a que se hizo referencia en el texto. De igual modo, las O.G. 12, 13 y 14, que considera prima facie violatorias del PIDESC las medidas regresivas.

14 En su libro «La flexibilidad» de Oscar Ermida Uriarte, éste acuerda fundamental importancia a la exclusión de lo que llama la culpabilidad atribuida al Derecho del Trabajo en la configuración de la crisis.

gobierno, y la doctrina. En este último caso salvo excepciones, entre las que contamos la uruguaya, en el caso especial de las cátedras de la Universidad Uruguaya de los Profesores Dres. Héctor-Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez.

En primer término, el campo de los salarios incorporó institutos devaluadores por diversas vías. Las desindexaciones, como sucedió en el caso de Italia y de Uruguay, desprotegieron el salario bajando sus niveles, que quedaron librados a las oferta y la demanda y a la negociación de mercado.

El mismo objetivo se logró por medio del convenio colectivo, como sucedió en Uruguay, por vía de convenios de rebaja bajo amenaza patronal a los sindicatos de despido colectivo o envío al seguro de paro, generando una figura hasta entonces bastante atípica de la autonomía colectiva y violadora del principio de irrenunciabilidad. En algunos casos se siguió una política de salarios inferiores para los trabajadores nuevos con violación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas, pacto que en el Uruguay se aprobó por la Ley nro. 13.751.

Sobrevive en Uruguay una jurisprudencia violatoria del principio de salario igual para trabajo de igual valor garantizado textualmente por el referido PIDESC. También la flexibilización incluyó la implantación de gravámenes sobre salarios, como sucedió antes y sucede ahora en Uruguay con la Reforma Tributaria en trance de aplicación, no obstante el cambio de gobierno hacia la izquierda aparente.

En Suecia, según lo subraya Bronstein¹⁵, la flexibilización recayó en la calificación del trabajador y la admisión de la polivalencia.

Ha tenido importancia -y sigue teniéndola- la alteración de la contractualidad laboral en el camino hacia el abandono del contrato de trabajo por figuras de fraude, como las falsas empresas unipersonales de la Ley 16.713 de Uruguay, o pretendido trabajo autónomo no auténtico. Ha venido incidiendo una persistente doctrina para revivir el extinto contrato de arrendamiento de servicios o fórmulas originales afines, que facilitan al patrono el abandono del principio de la irrenunciabilidad y de otras protecciones del contrato individual de trabajo.

La flexibilización de la contratación laboral ha incluido la precariedad contractual, la rotación de los jóvenes como sistema, la sustitución de los empleados con antigüedad por sustitutos a menor salario, la jornada parcial, los contratos temporales.

También la pseudoexternalización en la llamada tercerización periférica y el prestamismo laboral de las suministradoras de mano de obra generalmente intermediarios insolventes que permiten eludir cargas sociales a los empresarios.

La distribución variable del horario llegando a la anualización de la jornada, extremo del tiempo regulado en forma discrecional por el patrono que reedita la figura de la esclavitud sometido el trabajador al capricho y a la incerteza absoluta de su tiempo de ocupación y lesiva de su libertad personal. Se incluye en esta grave reforma de la contractualidad las cooperativas falsas de servicios, como sucedió en Uruguay con las tripulaciones de los barcos.

Se ha violado el principio de irrenunciabilidad con la admisión de las violaciones contractuales y legales por el transcurso del tiempo del contrato sin reclamación judicial, las novaciones o los llamados acuerdos voluntarios obrero patronales disminutorios de derechos, ausentes de todo contralor de legalidad, como los acuerdos voluntarios ante el Ministerio de Trabajo de Uruguay, incorporados en Uruguay por decreto.

Pulan los falsos contratos de arrendamiento de obra o arrendamientos de servicios o la estafa a los contratos de profesiones liberales mediante la facturación simulada.¹⁶

Vale la pena señalar doctrinariamente lo que se ha dado en llamar parasubordinación, que arranca de una extensión y especulación a nuestro juicio no fundada sobre el artículo 409, cpc, numeral 3, del Código Civil Italiano.¹⁷ Se pretende que la figura de la coordinación es excluyente de la tipificación del contrato de trabajo por no existir la subordinación, lo que es fácil para el empresario simular o arreglar. No aceptamos esa presunta destipificación, porque el contrato de trabajo se define por la subordinación jurídica, pero esencialmente por la ajenidad de la apropiación del producto del trabajo por un tercero, que no deja de existir en el caso de la pretendida parasubordinación, que no es otra cosa que una vía encubierta para la desregulación contractual.

En otros casos la flexibilización, como lo sostiene el mismo Bronstein, consistió en admitir los licenciamientos colectivos, los que antes debían ser autorizados, como en el caso de Francia o el caso de Alemania, con relación a la negociación del plan social en despidos colectivos.

No pretende ser exhaustiva la referencia realizada, ni podría serlo, porque la fértil creatividad patronal o propatronal para huir del contrato de trabajo no se agota, en tanto los

15 Arturo S. Bronstein, en «La flexibilidad del trabajo en los países industrializados. Perfiles de un debate». Revista de Derecho Laboral no. 153.

16 La Profesora y Magistrado brasileña Valdete Souto Severo, en artículo inédito, describe especialmente el caso del fraude laboral mediante las cooperativas de ahorro y crédito.

17 Se ha desarrollado la teoría de la parasubordinación, sin que a nuestro juicio exista un fundamento técnico válido, sobre la base de una forma de ampliación y validación general de un texto concreto del artículo 409, cpc, numeral 3 del Derecho Positivo italiano.

Puede verse la argumentación en Derecho del Trabajo de Santoro Pasarelli, página 246 y siguientes.



derechos del trabajador son un factor del costo de la empresa y, en tal la ley es la intensificación del lucro.

Capítulo VII - Breve noticia sobre la flexibilización uruguaya

Si bien en un trabajo para el extranjero la referencia nacional no es de relevancia, tan sólo nos importa aclarar cierta particularidad del instituto en el Uruguay.

Contrariamente a lo sucedido en algunos países, en el Uruguay las normas flexibilizadoras fueron implantadas pragmáticamente sin debate teórico en profundidad, sin una campaña ni debate parlamentario o público sobre la incidencia de la orientación y el pensamiento neoliberal.

No existió la clásica ley de reforma laboral neoliberal y a nivel público sólo tuvo cierta difusión y un intento de referéndum que fracasó sobre la Ley 16.906, que en la práctica traducía normas del AMI (Acuerdo Multilateral de Inversiones) de la O.M.C.¹⁸

Señalando sólo las áreas más importantes, y sin entrar a los detalles normativos, puede señalarse una primera incidencia negativa - cronológicamente la primera- grave para el Derecho Procesal del Trabajo.

La aprobación del Código General del Proceso (Ley 15.982 del 18/10/1988, vigencia 20/09/1989) sometió todos los juicios laborales individuales al régimen común de todos los juicios civiles y comerciales, en un grave desconocimiento de la autonomía del Derecho Procesal Laboral. Claro está que en la elaboración del Código General del Proceso no intervino para nada el sector laboralista. Sólo se incluyeron dos normas sobre la inquisición (artículo 350, punto 5 y 350, punto 3), que no se aplica en la práctica por los Jueces.

La modificación de la pretensión como un homenaje póstumo al Derecho Procesal Laboral autónomo cualquiera fuera el grado de esa autonomía.

El golpe flexibilizador fue muy fuerte, por no figurar ninguno de los principios fundamentales del Derecho Procesal Laboral. Quedó una magistratura especializada sin procedimientos especializados, siendo la realidad que el funcionamiento termina en una absorción de los principios del Derecho Civil o, en el mejor de los casos, una atenuada aplicación de los principios del proceso laboral.

Vale la anécdota y la paradoja. Que una medida buena el procedimiento especializado había sido implantado por la dictadura militar por malas razones, según se publicitó por el régimen dictatorial para que los trabajadores no buscaran la protección de los sindicatos. Institucionalizado el país en 1985, la democracia -por malas razones- adoptó una mala medida suprimiendo el procedimiento especializado.

Si bien fue una medida flexibilizadora, se debió no a la teoría neoliberal sino al seguimiento del procesalismo común, siendo desoída la doctrina laboralista.

Posteriormente se agregaron normas flexibilizadoras, reduciendo el campo de la casación, comprensiva de la laboral, estableciendo un tope mínimo de 4.000 URs por ley de urgencia y limitando el recurso de casación solamente al caso de sentencias contradictorias.

El otro instrumento, sí paradigma del pensamiento neoliberal, fue el Tratado de Asunción que en 1991 suscribió Uruguay en lo que se ha dado en denominar el MERCOSUR.

Complementando el mismo Tratado se incluyó el Tratado 4 + 1 con Estados Unidos., el que estableció una normativa neoliberal completa, de acuerdo a las orientaciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

A ello cabe agregar además, desde el punto de vista laboral, en el artículo 5 inciso D, lo que el Prof. Plá Rodríguez ha denominado el principio de rendimiento propio del régimen falangista español, pues se establece expresamente la optimización de la utilización del factor trabajo como parte del proceso de producción.¹⁹

El mismo Tratado de Asunción no contiene una sola norma en materia de derechos humanos, tanto políticos como laborales. Después de la suscripción del Tratado se han dictado normas, entre ellas la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR el 10 de diciembre de 1998, que expresamente incluye un artículo 7, que consagra expresamente como un derecho fundamental, al igual que los demás derechos humanos, el derecho del propietario de la empresa.²⁰

Una tercer área importante fue la sanción de la Ley 16.096 (artículo 29), que sustituyó los diez años de retroactividad para los reclamos laborales a sólo dos años, expropiando esos créditos de los trabajadores si no entablaban juicio contra el patrono dentro de cierto término, lo que indudablemente significaría el despido.

18 El Magistrado y Profesor argentino Rodolfo Capón Filas, en su libro «Integración y Derecho del Trabajo», Editorial Trabajo y Utopía, expresa: «En virtud del AMI se someterían a las directrices transnacionales un gran número de funciones, actualmente ejercidas por los Estados, incluida la aplicación de los tratados internacionales. En efectos el acuerdo dará a las empresas e inversionistas privados los mismos derechos y el mismo status que a los gobiernos nacionales para hacer aplicar sus cláusulas». Página 66.

19 El artículo quinto, inciso D, del Tratado de Asunción, expresa: «La adopción de acuerdos sectoriales con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar ventajas». El Dr. Plá Rodríguez califica a esta norma como una restauración del principio de rendimiento preconizado por el laboralismo franquista.

20 El artículo siete de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR del 10/12/1998, expresa: «El empleador tiene derecho a organizar y dirigir su empresa económica y técnicamente, de conformidad con las legislaciones y las prácticas nacionales».

Una cuarta área es la del campo de la seguridad social, en la cual también paradigmáticamente, desde el punto de vista de la seguridad social, se privatizó cierto campo de los aportes de los trabajadores, que se transfirieron para la especulación y el lucro de administradoras de los mismos, con clara violación del artículo 67 de la Constitución uruguaya que impide detraer de los salarios contribuciones que no sean para un seguro social, que lógicamente no incluye a sociedades anónimas. Esa Ley fue la 16.713 e implantó las empresas unipersonales, que operaron como falsas sustituciones del contrato de trabajo desgravados.

En el campo del Derecho Sindical, ya se señaló la admisión de convenios colectivos peyorativos en el salario de convenios anteriores y un decreto sobre ocupación pacífica de los lugares de trabajo (165/2006), que limita como reglamentación sindical el concepto ampliado del derecho de huelga.²¹

De modo general, los aspectos de flexibilidad de la huelga, inclusive la atipicidad resistida, ha sido sin duda el aspecto más antagónico en el ejercicio de las libertades sindicales entre capital y trabajo y manteniéndose en forma permanente la presión sobre las esferas de gobierno.

Además de las áreas expuestas, una lista de normas fueron también producto flexibilizador neoliberal. Así es el caso de del Decreto 611/80 de la dictadura que sobrevive y eliminó el derecho a las horas extras de trabajadores rurales, altos empleados y domésticos.

Entre otras normas, la Ley 16.246 de 1992, que reglamentó y privatizó el trabajo portuario; la Ley 16.873, en algunos aspectos que, si bien promocionó los contratos de los jóvenes, privó de ciertos derechos a los mismos en razón de la promoción. La ley de creación de los Juzgados Concursales abrió el riesgo de interpretaciones excluyentes de la prioridad de los créditos laborales.

A modo de conclusión

Ha sido guía conceptual de este trabajo la convicción de que es erróneo pensar que la flexibilización de la disciplina fue un impacto que ha aflojado sus efectos sin dañar en profundidad al Derecho del Trabajo.

En realidad, nos parece que es preciso asumir que tenemos un Derecho flexibilizado.

Que las distintas flexibilizaciones enunciadas en el texto del trabajo, fundadas en definitiva -y a pesar de las luchas sindicales- en la debilidad de la parte trabajadora, han dejado signos importantes negativos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad vigente, existiendo por otra parte una tensión constante de clases dentro de los regímenes de economía de mercado y capital y trabajo.

En consecuencia, el concepto que Teodoro Sánchez de Bustamante incluye como cierre en su trabajo publicado en el libro de las XXXI Jornadas de Derecho Laboral, y denominado «Teoría de la dominación estructural y Derecho del Trabajo», adquiera para nosotros una punzante actualidad. Dice el autor: «En épocas de descalabro, confusión, injusticia aberrante y arbitrariedad, nada de lo habitual puede ni debe considerarse natural ni imposible de modificar». Se atribuye a Berthold Brech haber dicho la frase transcripta. Poco importa quién lo dijo, lo único cierto es que es verdadera.

Todo lo demás no importa cómo se le denomine, ni qué basamentos se le quieran adosar, constituyen dentro de la teoría de la dominación estructural el fundamento de la impunidad».

Porque nada es imposible de modificar, como decía Brech, la incitación intelectual de este trabajo es profundizar y registrar las injusticias laborales incorporadas como Derechos Positivos de los diversos países que, de algún modo, denuncian la frustración de un Derecho Laboral plenamente humanista y antropocéntrico, que debe ser sin duda el objetivo de nuestro trabajo y lucha.

En definitiva se trata de un constitucionalismo garantizado para que la regulación legislativa, por omisión o por regulación ilegítima, deje sin efecto la protección constitucional. Esta corriente resulta de enorme importancia para el Derecho del Trabajo, que es una disciplina de derechos humanos, económicos y sociales constitucionalizados, pero muchas veces inertes.

La desnaturalización de este principio es, en el marco de la flexibilización, el fraude laboral de las tercerizaciones y el suministro de mano de obra, que cosifica la energía del trabajador y la somete al mercado como tal. 

21 El libro «La flexibilización de la huelga», FCU, 1999, del Profesor Oscar Ermida, puede verse el tema de la huelga relacionada con la flexibilización.