



Sergio Gamonal Contreras<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

# El **Derecho del Trabajo** como Sistema Pendular

## *Labour Law as a Pendulum System*

**Resumen:** Este artículo analiza las tendencias del derecho del trabajo en la actual Globalización. Aunque muchos de los análisis actuales son pesimistas, los estándares laborales han sobrevivido y, en los países en desarrollo, gozan de un nuevo renacer. Incluso más, es posible observar en algunos casos un refuerzo de la libertad sindical, aunque los sindicatos enfrenten problemas de agencia en gran parte del mundo. Por otro lado, en los países desarrollados no es posible dar una tendencia uniforme, puesto que en países importantes se mantiene un sofisticado derecho del trabajo, aunque en otros ha habido una clara rebaja de estándares. Todo este panorama lleva a concluir que el derecho laboral está oscilando entre menor y mayor protección, en una tendencia denominada *sistema pendular*.

**Palabras clave:** Trabajo - protección - neoliberalismo - globalización

**Abstract:** This paper analyzes the actual trends of Labour Law in the current globalization. Even though, most of studies on the same matter have a pessimist point of view, labor standards have survived and in developing countries they are actually being reborn. Even more, it is possible to observe in some cases the reinforcement of trade union freedom, although trade unions in most countries are facing agency problems. On the other hand, there is no consistent trend in developed countries because some of them maintain a sophisticated labour law, even though there has been a clear lower in standards in some others. Based on this outlook the author concludes that labour law is oscillating between low and high protection, in a trend known as pendulum system.

**Keywords:** Labour - protection - neoliberalism - globalization

---

(\*) Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

(\*\*) Este artículo se basa en la ponencia realizada el 19 de abril de 2013, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima, Perú. Agradezco a los alumnos de la Universidad que grabaron y transcribieron mis palabras. Este texto se basa en dichas transcripciones.

## 1. Introducción: El Derecho del Trabajo y su configuración dogmática

El derecho del trabajo se consolida en el siglo XX y las primeras leyes laborales surgen en el siglo XIX. Durante su evolución, primero en Gran Bretaña y luego en los demás países industrializados<sup>(1)</sup>, fue adquiriendo una fisonomía particular, a través de novedosas técnicas normativas<sup>(2)</sup>.

Muchas de estas técnicas normativas nos son comunes hoy en día, aunque en su momento constituyeron toda una novedad. Al respecto, podemos citar dos de las más características, como es el caso de la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato (sistema de inspección del trabajo)<sup>(3)</sup>, y de la normativa colectiva<sup>(4)</sup>.

El derecho laboral adopta dos vías complementarias aunque distintas de protección. Por un lado la tutela individual, por medio de leyes imperativas que consagran derechos legales mínimos e irrenunciables en favor del trabajador. Por otro, la tutela colectiva, por medio de los sindicatos, la negociación colectiva y el derecho de huelga. Es lo que se ha denominado las dos almas del derecho del trabajo, la individual y la colectiva<sup>(5)</sup>. Son almas complementarias y, en cierto modo, cuando ambas se desarrollan estamos frente a los sistemas laborales más eficaces para proteger al trabajador.

En los países latinoamericanos la tendencia ha sido el desarrollo de la tutela individual por sobre la colectiva. Por el

contrario, en muchos países desarrollados, sobre todo desde la Segunda Guerra Mundial, destacó la gran cobertura y eficacia de la tutela colectiva, como en los países escandinavos. Incluso, en el mundo anglosajón, gran parte de la doctrina se enfocó en el estudio de la tutela colectiva como principal manifestación del derecho del trabajo<sup>(6)</sup>. Sin embargo, en los últimos 30 años esta configuración y la idea protectora en sí, ha sido fuertemente cuestionada en el mundo global. A este fenómeno nos abocaremos en los dos párrafos siguientes.

## 2. La Globalización y las tres revoluciones ocurridas desde la década de los 80

En los últimos 30 años hemos asistido al cruce de tres revoluciones que han movido los cimientos del mundo. La primera es la revolución tecnológica, de la mano de la invención a fines de los sesenta de la computadora. Esta revolución ha cambiado profundamente el modo de vida de las personas, sus costumbres y la forma de trabajar. La segunda es la revolución económica, del neoliberalismo, propiciada por los gobiernos de Thatcher y Reagan. La tercera es la revolución ideológico-política, con el desplome del sistema soviético

- (1) La legislación protectora de los niños en Gran Bretaña data de 1802, con la *Health and Morals of Apprentices Act*, denominada popularmente Ley Peel. Véase: RAMM, Thilo. Bon HEPPEL (compilador). *El Laissez-Faire y la Protección de los Trabajadores por parte del Estado, La Formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994; p. 104.
- (2) GIUGNI, Gino. *Lavoro, legge, contratti*, Bologna: Il Mulino, 1989; pp. 282 y siguientes.
- (3) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Santiago: Lexis Nexis, 2008; p. 23.
- (4) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. 2da edición. Santiago: Abeledo Perrot, 2011; p. 27.
- (5) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Las dos almas del derecho del Trabajo*. En: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*. No. 1. Volumen I. Santiago: Thomson Reuters, 2013; p. 13 y siguientes.
- (6) ARTHURS, Harry. *Labour Law After Labour*. *The Idea of Labour Law* (editado por Guy Davidov y Brian Langille). Nueva York: Oxford University Press; 2008; p. 14.
- (6) Sobre las falsedades de la economía como supuesta ciencia exacta y los cuestionamientos a sus anacrónicos fundamentos biológicos (selección natural y competencia darwiniana), véase: JACQUARD, Albert. *Yo Acuso a la Economía Triunfante*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1996; pp. 121 y siguientes. Respecto del fundamentalismo económico, véase: FORRESTER, Vivianne. *El Horror Económico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997.



## Sergio Gamonal Contreras

simbolizado por la caída del Muro de Berlín. De estas tres revoluciones será, finalmente, la económica, representada por el neoliberalismo, la que tendrá predominio en el mundo global.

Es un hecho que el neoliberalismo a ultranza ha llegado a ser una noción dominante que, en base a verdades pseudo científicas, ha tomado las riendas del poder de las sociedades democráticas y también de las autoritarias. Aunque la economía es una ciencia social, se presenta a sí misma como una ciencia dura, de verdades indiscutibles y dogmáticas<sup>(7)</sup>. Para el neoliberalismo no hay espacio para el derecho laboral, por el contrario, el prototipo neoliberal a escala mundial es el *trabajador desechable*<sup>(8)</sup>.

Por ejemplo, luego de la caída del Muro de Berlín en Europa del este se sustituye rápidamente la dictadura del proletariado por la dictadura del mercado. La instrumentalización del Estado (esta vez en favor del mercado) y el desprecio por el derecho (visto como un mero instrumento primero del Estado socialista y luego del libre mercado) amalgaman muy bien con el ultra liberalismo. Es así como se consolida lo que Supiot denomina la “economía comunista de mercado”, en base a la competencia de todos contra todos, la libre circulación de capitales y mercancías, la democracia limitada y la instrumentalización del derecho. Se privatiza el Estado de providencia y se legitiman los contratos sin importar la debilidad manifiesta de uno de los contratantes<sup>(9)</sup>.

Producto de esta revolución neoliberal sabemos que las diferencias entre ricos y pobres han aumentado en forma desproporcionada en los países ricos y en el mundo en general, consolidándose como nos indica Supiot lo que algunos denominan “el Efecto Mateo”<sup>(10)</sup> (Robert K. Merton)<sup>(11)</sup>, consistente en la capacidad de los fuertes para convertirse en

los primeros beneficiarios de los dispositivos concebidos para mejorar la suerte de los débiles. Vemos en esta nueva economía como el Estado dispone de enormes sumas de dinero para reflotar bancos privados en bancarrota en base a los recursos públicos que son recaudados especialmente en las clases medias y bajas, dado que los ricos cada vez pagan proporcionalmente menos impuestos. En buenas cuentas, los pobres pagan para mantener a los ricos.

El derecho del trabajo no está exento del Efecto Mateo, dado que mientras se impone una flexibilidad cada vez más extrema en desmedro de los trabajadores, los gerentes y dirigentes de empresa gozan de rigidez, a saber, contratos de trabajo de jornada completa, de plazo indefinido y sendas indemnizaciones pactadas a todo evento por término de contrato, aun cuando lleven a la empresa a la ruina. A este respecto, resultan interesantes las conclusiones de Goldstein en Estados Unidos, donde los despidos, fusiones, informatización y desindustrialización, en vez de llevar a un aumento en la eficiencia y un ahorro en personal, han conllevado a un aumento del número de directivos y ejecutivos en las empresas<sup>(12)</sup>.

El neoliberalismo ha tratado además de construir su propia teoría del derecho, el Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>(13)</sup>, subordinando a la eficiencia económica

(7) HAERVEY, David. *Breve Historia del Neoliberalismo*. Madrid: Ediciones Akal, 2007; p. 185.

(8) SUPLOT, Alain. *El Espíritu de Filadelfia*. 1ra. edición. Traducción de Jordi Terré. Barcelona: Ediciones Península, 2011; pp. 40 y siguientes.

(9) *Ídem.*; p. 57.

(10) Evangelio de Mateo, capítulo 25, versículo 29: “Porque a quien tiene, se le dará y vivirá en la abundancia, pero al que no tiene se le quitará aun lo que tiene”.

(11) GOLDSTEIN, Adam. *Revenge of the Managers: Labor Cost-Cutting and the Paradoxical Resurgence of Managerialism in the Shareholder Value Era, 1984-2001*. American Sociological Review, 2012; pp. 268 y siguientes.

(12) Para un panorama general del AED respecto del derecho del trabajo, véase: UGARTE CATALDO, José Luis. *Análisis Económico del Derecho, El derecho laboral y sus enemigos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

(13) POSNER, Richard A. *Sex and Reason*. 4ta. edición. Cambridge: Harvard University Press, 1998; pp. 119 y siguientes.

## El Derecho del Trabajo como Sistema Pendular *Labour Law as a Pendulum System*

el objetivo del Derecho. Algunos de sus exponentes más extremos, como Richard Posner, generan gran perplejidad por sus propuestas y análisis, por ejemplo, respecto de los costos y beneficios privados de las prácticas sexuales<sup>(14)</sup>, o su sugerencia de que el *mercado de adopción de niños* sería más eficiente si se los *vendiera* al mejor postor en vez de usar el sistema legal de adopción<sup>(15)</sup>.

Debemos advertir que no todos los exponentes de esta visión son tan extremos, por ejemplo, Guido Calabresi explica que su línea de trabajo es más bien de "Derecho y Economía", dado que el Análisis Económico del Derecho consiste en aplicar teorías económicas para analizar, criticar o confirmar teorías legales vigentes, tomando la economía como dada, a diferencia de la corriente de Derecho y Economía que toma como punto de partida el derecho, mira el mundo real del derecho y se pregunta si la economía puede explicarlo. Cuando la teoría económica no nos puede dar una respuesta, en vez de asumir que el mundo real está mal o es irracional, el abogado de Derecho y Economía se pregunta si esa teoría económica puede alterarse o expandirse para explicar mejor la realidad legal<sup>(16)</sup>.

Finalmente debemos aclarar que las críticas a la postura más extrema del Análisis Económico del Derecho han sido numerosas, como por ejemplo, la de Owen Fiss quien discute la hipótesis de eficiencia que está en la base del AED<sup>(17)</sup>, relativizando todos los valores<sup>(18)</sup>, y la de Robin Malloy, quien sostiene que la búsqueda de la eficiencia económica, como generalmente se la entiende, no conduce a la creación sostenida de riqueza<sup>(19)</sup>.

### 3. El Derecho del Trabajo en la Globalización

Para muchos se ha constituido en un lugar común hablar de la crisis del derecho del trabajo<sup>(20)</sup>. Considerando que en numerosos países desarrollados algunos derechos laborales han sido rebajados y el trabajo precario ha ido en aumento, pareciera que sólo queda por resignarse frente al aumento de la incertidumbre y desprotección de los trabajadores. Sin embargo, observando la situación en una escala más global, podemos afirmar que el derecho laboral individual (pilar individual) goza de buena salud, aunque en el caso de los países ricos esta salud enfrente algunos tropiezos.

En el caso del pilar colectivo, del derecho colectivo del trabajo, sin duda ha impactado fuertemente la pérdida de poder del movimiento sindical<sup>(21)</sup>, sobre todo en los países ricos, aunque desde una perspectiva fáctica, apreciamos que en el mundo sigue presente el sindicalismo y se va conformando como un incipiente polo de poder en países como China.

De esta forma podríamos observar el siguiente panorama global.

(14) POSNER, Richard A. *The Regulation of the Market in Adoptions*. Boston: University Law Review, 1998; pp. 59-72.

(15) CALABRESI, Guido. *Prefacio. Un vistazo a la catedral*. Lima: Palestra, 2011; pp. 13 y 14.

(16) FISS, Owen. *El Derecho como Razón Pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007; p. 252.

(17) *Ídem.*; p. 355.

(18) MALLY, Robin P. *Derecho y Economía de Mercado*. Madrid: Marcial Pons, 2007; p. 175.

(19) Los lamentos de los autores son numerosos. Por citar algunos, ESTLUND, Cynthia. *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*. En: Columbia Law Review. Volumen 105. No. 2. Columbia : Columbia Law Review, 2005; pp. 319 y siguientes; LANGUILLE, Brian. *Labour Law's Back Pages, Boundaries and Frontiers of Labour Law* (editado por Guy Davidov y Brian Langille). Portland: Hart Publishing, 2006 ;p. 13; HYDE, Alan. *What is Labour Law, Boundaries and Frontiers of Labour Law* (editado por Guy Davidov y Brian Langille). Portland: Hart Publishing, 2006; pp. 37 y siguientes; y MIZUMACHI, Yuichiro: *Métamorphose du Droit du Travail: Le Fondement Théorique et le cas Japonais, Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*. En: COMPTRASEC, 2012; pp. 25 y siguientes.

(20) ATLESON, James B. *Reflections on Labor, Power, and Society*. Maryland Law Review. No.44, 1985; pp. 842 y siguientes.

(21) POLLER, Anna y Paul SMITH. *The Limits of Individual Employment Rights: The Reality of Neoliberalism*. The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective, Bulletin of Comparative Labour Relations Series, 2009; pp. 133 y siguientes.



## Sergio Gamonal Contreras

En Europa encontramos desde la década de los ochenta por un lado reformas flexibilizadoras que han desregulado (eliminado estándares de protección laboral), por ejemplo, en Gran Bretaña<sup>(22)</sup> o España<sup>(23)</sup>, así como países que, pese a algunas reformas flexibilizadoras moderadas (de adaptabilidad donde el estándar laboral de protección puede ser moderado transitoriamente por medio de acuerdos sindicales), mantienen una elevada protección, como Alemania o Francia. Por otra parte, países que han flexibilizado las normas de despido (haciéndolo más fácil para el empleador), han aumentado al mismo tiempo la seguridad del trabajador, sobre todo de sus ingresos patrimoniales, promocionando además un sistema de formación continua junto a una real política de reinserción en el mundo laboral, dando nacimiento a la noción de *flexiguridad*. Originalmente fue el caso de Dinamarca, pero luego este modelo ha sido establecido como el sistema a seguir en la Unión Europea<sup>(24)</sup>.

Frente a esta crisis de los países europeos (de la idea protectora tradicional del derecho del trabajo), la doctrina ha reaccionado sugiriendo el restablecimiento de la idea protectora<sup>(25)</sup>, o buscando la tutela del trabajador por medio de la noción de capacidad civil desde la perspectiva de la *capability* (capacitas), postulada por Amartya Sen, como condición para operar en el mercado<sup>(26)</sup>. Otros autores también han enfatizado la importancia del derecho internacional del trabajo para proteger al trabajador<sup>(27)</sup>.

En Estados Unidos la doctrina del *employment at will* (despido sin expresión de causa) permite sostener la idea de que el tema laboral no está regulado por estándares protectores del trabajador<sup>(28)</sup>. Con todo, la Ley Wagner consagra protección sindical a nivel federal y otras numerosas leyes como *la Federal Labor Standard Acts* (FLSA) o la Ley de Derechos Civiles, contienen normas de tutela del trabajador. Además, parte de la doctrina exige un cambio de rumbo en pos de un derecho social en Estados Unidos<sup>(29)</sup>, así como la construcción de principios propios del derecho laboral que den cuenta de la variada legislación existente<sup>(30)</sup>. Por otro lado, en ese país no está consolidada en la jurisprudencia la idea de que el trabajador negocie en igualdad de condiciones con el empleador, dado que es posible encontrar la aplicación de la regla *in dubio pro operario* en casos muy recientes, decididos por la Corte Suprema federal<sup>(31)</sup>.

En nuestro continente la flexibilidad laboral en su modalidad de desregulación tuvo su período de gloria desde los años ochenta, siendo el de Chile uno de los casos paradigmáticos,

- (22) RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *La Réforme Espagnole de la Négociation Collective de 2011/2012*. Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale 2012/1, 2012; pp. 1 y siguientes.
- (23) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Trabajo y Derecho*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010; pp. 191 y siguientes.
- (24) DAVIDOV Guy. *The (changing?) idea of labour law*. En: *International Labour Law Review*. Volumen 146. No. 3-4. 2007; pp. 311 y siguientes.
- (25) DEAKIN, Simon. *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market. Capacitas, contract law and the institutional preconditions of a market economy* (editado por Simon Deakin y Alain Supiot). Oxford: Hart Publishing, 2009; pp. 18 y siguientes.
- (26) ARTHURS, Harry. *Óp.cit.*; pp. 23 y siguientes.
- (27) La desregulación en materia laboral es defendida fervientemente por algunos de los más importantes exponentes del Análisis Económico del Derecho, por ejemplo, EPSTEIN, Richard. *On Liberty*. Cambridge: Harvard University Press, 2011; pp. 122 y siguientes.
- (28) FORBATH, William E. *Worker's Rights and the Distributive Constitution*. Dissent a quarterly of politics and culture, 2012; pp. 58 y siguientes.
- (29) ZIMMER, Michael J. *The Restatement of Employment Law is the Wrong Project*. En: *Employment Rights and Employment Policy Journal*. Volumen XIII, 2012; pp. 205 y siguientes.
- (30) Por ejemplo, en los casos recientes denominados NLRB contra Washington Aluminion o Kasten contra Sait-Gobain Performance Plastics Corp, o IBP, Inc. contra Alvarez. véase: GAMONAL C., Sergio y Cesar ROSADO MARZÁN. *Protecting Workers as a Matter Principle: A South American View on U.S. WorkLaw*, trabajo en proceso de publicación, 2013.
- (31) Sobre la flexibilidad, véase: ERMIDA URIARTE, Óscar. *La Flexibilidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. Respecto de la flexibilidad en América Latina, véase: GAMONAL, Sergio 2011; pp. 11 y siguientes.

## El Derecho del Trabajo como Sistema Pendular *Labour Law as a Pendulum System*

pero luego desde los noventa hubo reformas en sentido protector, incluso en Chile (básicamente en el ámbito del derecho individual del trabajo)<sup>(32)</sup>. A lo anterior, cabe destacar que la doctrina ha enfatizado la importancia del *bloque de constitucionalidad* basado en los nuevos textos constitucionales, en numerosos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, y en desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia. Esta noción integra todas las normas y principios de derechos fundamentales laborales en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa<sup>(33)</sup>. En este contexto es posible concordar con Ermida en el surgimiento de un derecho laboral *posneoliberal* en nuestro sub continente<sup>(34)</sup>.

En Asia, por ejemplo el caso de China, se ha promulgado una nueva legislación de contrato de trabajo, de mediación y de arbitraje, de higiene y seguridad y de ingreso mínimo<sup>(35)</sup>. No cabe duda de que esta nueva legislación ha tenido importantes problemas de aplicación. Con todo cabe destacar su dictación, como el inicio de un camino protector que, obviamente, deberá ser complementado con la aplicabilidad efectiva de dichos estatutos, como fue también el itinerario del derecho laboral europeo en sus orígenes. Una vía similar, de tutela individual, es observable en países como Taiwán y Corea del Sur<sup>(36)</sup>.

En el sur de África, desde la década del noventa, Sudáfrica, Namibia, República Unida de Tanzania, Suazilandia y Lesoto, han dictado normas protectoras y de término de contrato<sup>(37)</sup>.

Los países de Europa del Este, como Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Polonia, Rumania,

Eslovaquia y Eslovenia, han adoptado un derecho laboral en base al modelo europeo<sup>(38)</sup>.

En Oceanía, las vicisitudes del derecho laboral han sido en cierto aspecto similares a la de Latinoamérica, primero con reforma flexibilizadoras (desreguladoras) y luego de vuelta a la protección del trabajador. Es así como en Nueva Zelanda en 1991 y en Australia en el 2006 se aprobaron leyes que desregulaban el derecho del trabajo y luego ambos países restablecieron la tutela laboral revirtiendo en gran parte las reforma neoliberales<sup>(39)</sup>.

En materia de derecho colectivo, sin perjuicio de la pérdida de poder sindical en los países ricos, observamos que la libertad sindical mantiene una vigencia importante en el contexto global.

Si bien en Japón la negociación colectiva ha estado en crisis, su desarrollo sigue siendo muy relevante. En este país los contratos colectivos son de dos tipos: remuneraciones y de condiciones de trabajo. Los primeros realizados anualmente en primavera, entre abril y mayo de cada año<sup>(40)</sup>. En China desde hace unos 15 años ha adoptado regulaciones incipientes en materia de negociación

(32) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. 2da. edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009; pp. 219 y siguientes.

(33) ERMIDA URIARTE, Óscar. *Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa*. En: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*. Volumen I. No. 1. Santiago: Thomson Reuters, 2013; pp. 50 y siguientes.

(34) BROWN, Ronald C. *East Asian Labor and Employment Law. International and Comparative Context*. New York: Cambridge University Press, 2012; pp. 410 y siguientes.

(35) *Ídem.*; pp. 494 y siguientes, para el caso de Taiwán y pp. 368 y siguientes para el caso de Corea del Sur.

(36) BRONSTEIN, Arturo. *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*. Traducción de Marinao C. Melero. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2010; pp. 286 y siguientes.

(37) *Ídem.*; pp. 224 y siguientes.

(38) ANDERSON, GORDON y otros. *The Evolution of Labor Law in New Zealand: A Comparative Study of New Zealand, Australia, and Five Other Countries*. En: *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Volumen XXXIII, No. 1, 2011; pp. 137 y siguientes.

(39) KUWAHARA, Yasuo. *Employment Relations in Japan*. *International and Comparative Employment Relations*. 4ta edición. Editado por Greg J. Bamber, Russell D. Lansbury y Nick Wailes, Londres, Sage Publications, 2004; p. 290. Véase también Brown, 2012, pp. 332 y siguientes.

(40) WU, Jinyu. *Il regolamento della città di Shanghai sulla contrattazione collettiva*. *Dirittodelle Relazioni Industriali*, No. 2/XVIII, 2008; pp. 603 y siguientes.



## Sergio Gamonal Contreras

colectiva, incluyendo negociación por área de actividad desde el año 2008<sup>(41)</sup>.

Muchos países europeos mantienen un esquema de negociación colectiva supra empresarial, como Alemania, Bélgica, Finlandia, Holanda y Suecia<sup>(42)</sup>. En el caso de Europa del Este y la ex Yugoslavia, también encontramos niveles de negociación colectiva supra empresarial, por ejemplo, en Bulgaria<sup>(43)</sup>, Hungría<sup>(44)</sup>, Kosovo<sup>(45)</sup>, Macedonia<sup>(46)</sup>, Montenegro<sup>(47)</sup>, República Checa<sup>(48)</sup> y Serbia<sup>(49)</sup>. En el resto de los países de esta zona, también se ha desarrollado la negociación colectiva aunque sea a nivel empresarial, por ejemplo en Estonia, Letonia, Lituania y Polonia<sup>(50)</sup>.

Finalmente, en nuestro sub continente la negociación colectiva por área de actividad ha tenido un fortalecimiento importante en el Uruguay<sup>(51)</sup>.

### 4. Algunas conclusiones: el derecho del trabajo como sistema pendular

Por todo lo anterior es que debemos preguntarnos, ¿cuál es la tendencia en el Derecho Laboral contemporáneo? ¿Se trata de una crisis y, por ende, los estándares cada vez se rebajan más? La respuesta es relativa: depende.

En los países en los cuales se desarrolló más este derecho, como fue el caso de los europeos, es posible observar una tendencia a la baja de estándares, la cual, como hemos explicado, no es absoluta y subsisten países con fuerte normativa protectora. En Estados Unidos la tutela tradicional se ha mantenido sin enmiendas importantes (Ley Wagner, FLSA y Ley de Derechos Civiles), y parte de la doctrina discute acerca de la importancia de la protección del trabajador. En países de Europa del este y en países de América Latina, Asia y África es posible observar una tendencia protectora, más marcada en el caso del derecho individual y, por cierto, no exenta de problemas, sobre todo, de aplicabilidad.

Por ello estimamos que, más bien, la protección laboral está oscilando como un péndulo, desde países ricos con mayor tutela a países pobres y en desarrollo con menor protección. Por ello hablamos del derecho laboral como sistema pendular<sup>(52)</sup>.

- 
- (41) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Las dos almas del derecho del Trabajo*. En: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*. No. 1. Volumen I. Santiago: Thomson Reuters, 2013; p.19.
- (42) Aunque la negociación por empresa es la más importante, también hay negociación supra empresa, véase: Tomev, Lyuben. Bulgaria: *Industrial Relations Profile*, Eurofound, 2009; p. 7. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/bulgaria.pdf>>
- (43) NEUMANN, László. *Hungary: Industrial relations Profile*. Eurofound, 2009; pp. 7 y 8. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/hungary.pdf>>
- (44) SHAIPI, Kushtrim. *Kosovo: Industrial Relations Profile*. Eurofound, 2012; p. 6. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12152.htm>> Con todo, los acuerdos nacionales han tenido problemas de eficacia, véase: SHAIPI, 2012; p. 6.
- (45) HRISTOVA, Lidija y Andon MAJHOSEV. *Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM): Industrial Relations Profile*. Eurofound, 2012; pp. 6 y siguientes. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12153.htm>>
- (46) SCEPANOVIC, Vera. *Montenegro: Industrial Relations Profile*, Eurofound, 2012; pp. 5 y 6. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12154.htm>>
- (47) MYANT, Martin. *Trade Union in the Czeck Republic*. Report No. 15, Bruselas: ETUI European Trade Union Institute, 2010; pp. 18 y siguientes.
- (48) En el sector público la negociación colectiva es sectorial y en el privado por empresa, aunque existen dos áreas con negociaciones por sector o rama de actividad. Véase ARANDARENKO, Mihail, 2012, *Serbia: Industrial Relations Profile*, Eurofound; pp. 5 y 6. Consulta: 14 de enero de 2013. <<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12155.htm>>
- (49) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Óp. cit.*; p.20.
- (50) LOUSTANAU, Nelson E. *Consejos de Salarios*, Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 2010; pp. 31 y siguientes.
- (51) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Óp. cit.*; p.21.

**El Derecho del Trabajo como Sistema Pendular**  
*Labour Law as a Pendulum System*

Lo ideal sería que todos tuviéramos lo estándares de los países escandinavos. Pero al parecer eso no es posible desde una óptica económica, dado que para que algunos hagan

buenos negocios otros deben hacer un mal negocio. Es decir, pareciera que no todos los países del mundo pueden ser desarrollados al mismo tiempo. Y esta es una gran pregunta, no para los laboristas, sino para los economistas. 

MIRANDA & AMADO  
ABOGADOS