

Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?

Juan Raso Delgue
Profesor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad
de la República (Uruguay)

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993

SUMARIO

I. Introducción.- II. Dificultades para una conceptualización de la flexibilidad.- III. Las fuentes.- IV. Las expresiones de la flexibilidad.- V. La flexibilidad encubierta.- VI. Flexibilidad y contexto laboral contemporáneo.- VII. Derecho del Trabajo: los cambios y lo permanente, VIII. ¿Hacia la desregulación o la adaptación del Derecho del Trabajo?

I. INTRODUCCION

El tema de la flexibilidad ha marcado especialmente el debate laboral en los últimos cinco años. La cuestión no es nueva y ya se había planteado en oportunidad de las diversas políticas europeas de concertación y del naciente neoliberalismo de los países anglosajones. Pero es a partir de 1985 que congresos, seminarios, publicaciones especializadas, encuentros técnicos entre los interlocutores sociales hacen permanente referencia a la cuestión de la flexibilidad, que bajo diversas formas es impulsada por las políticas económicas de la mayor parte de los países.

Este debate está generalmente cargado de dogmatismo y en él se radicaliza un verdadero disenso ideológico. Es, en general, un debate en blanco y negro en el que todos los bienes o todos los males del futuro del Derecho Laboral se atribuyen a la flexibilidad. Por un lado, están quienes consideran que no es posible modernizar las economías y enfrentar los desafíos del sistema productivo del futuro sin quitar las rigideces que atribuyen al Derecho del Trabajo; por otro lado, los defensores de la protección laboral afirman que estamos asistiendo a un ataque frontal a la disciplina jurídica y los que tratan de justificar la

flexibilidad, lo hacen con argumentos similares a los que se expresaban a comienzo del siglo, ante el avance de las normas protectoras del trabajo. Como indica Bronstein, la "flexibilidad es para algunos una idea moderna y seductora que inspira simpatías, mientras que para otros es un caballo de Troya, cuyo interior encierra peligros susceptibles de amenazar la solidez de un edificio jurídico cuya consolidación hasta hace poco tiempo parecía un hecho irreversible"¹.

Es además un tema que provoca alta conflictividad social, porque flexibilizar significa quitar garantías laborales y en definitiva existe la idea generalizada que esa pérdida de garantías provoca a la larga desocupación y colectiviza un estado social de inseguridad.

De todos modos y más allá del debate de mérito sobre la "flexibilidad", ésta constituye una realidad que va introduciéndose en mayor o menor medida en los sistemas de relaciones laborales de todos los países. Como acertadamente señala Plá Rodríguez, en un excelente y meditado estudio sobre el tema, "el debate de fondo - ¿hay que flexibilizar o no? - ha sido reemplazado por un debate pragmático: ¿cómo flexibilizar? Este cambio de planteo supone ya un triunfo de la tendencia flexibilizadora y una capitulación de la posición opuesta"².

Por otra parte, el debate ideológico al que nos referíamos sufrirá evidentemente el influjo de los acontecimientos de agosto de 1991 en el mundo comunista, que probablemente han determinado el final histórico aunque no cronológico, del siglo XX: los datos emergentes de la realidad parecen indicar que inicia una nueva época en la que el capitalismo y la burguesía han triunfado, sus sistemas económicos ya no tienen competencia, sus organizaciones políticas ya no tienen opositores³.

¹ BRONSTEIN A. S., "La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate", en rev. *Derecho Laboral*, N° 153, Montevideo, 1989, p. 3.

² PLA RODRIGUEZ, A., "Un enfoque sobre la flexibilización", en rev. *Derecho Laboral*, N° 155, Montevideo 1989, p. 437.

³ ROMAGNOLI, U. vaticinaba esta situación en su intervención sobre *La efectividad del Derecho del Trabajo*, en las Primeras Jornadas Chileno Italianas de Derecho del Trabajo, Santiago de Chile, noviembre de 1990.

En este contexto ideológico es difícil armar una discusión científica o, cuanto menos, racional. Plá Rodríguez señala precisamente que aunque es difícil ser neutral ante este tema, debe examinárselo "con la máxima serenidad y objetividad"⁴.

Admitida esta realidad, cargada de maniqueísmo⁵ e influida intensamente por los cambios políticos, se plantea para el juslaboralista lo que Javallier llama un desafío normativo. En el alba del siglo XXI -expresa el profesor francés- cualquiera sea el país, el ordenamiento jurídico o el sistema de relaciones laborales, el proceso de flexibilidad impone una profunda reflexión sobre los fundamentos y finalidades del Derecho del Trabajo. Es necesario un debate amplio y riguroso, al que cada uno debe aportar su análisis y su respuesta, pero en el que ciertos principios deben subsistir, en especial el que da fundamento a la acción de la OIT: el trabajo no es una mercancía⁶.

II. DIFICULTADES PARA UNA CONCEPTUALIZACION DE LA FLEXIBILIDAD

Antes de seguir el debate que nos ocupa y a riesgo de ser tediosos, consideramos útil resumir algunas ideas básicas que caracterizan la llamada flexibilidad laboral.

No existe un concepto acabado de la misma y su significación puede diferir según modelos de relaciones industriales y países. Como recuerda Sagardoy Bengoechea, el Director General de la OIT en la Memoria de la 72 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1986) expresó que "no hay una definición aceptada de la palabra **flexibilidad**, agregando que entre sus diversos aspectos cabe citar la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, la flexibilidad de los costos de mano de obra (incluidas la flexibilidad de los salarios cuando cambia la situación económica y la flexibilidad de las diferencias de salarios entre sectores y ocupaciones), la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos en cada empresa (que comprende todo lo relacionado con la contratación de

⁴ PLA RODRIGUEZ, A., *ob. cit.*, p. 431.

⁵ BRONSTEIN, A. S., *ob. cit.*, p. 3.

⁶ JAVILLIER, J. C., "Ordenamiento jurídico, relaciones profesionales y flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales", en *rev. Trabajo y Seguridad Social*, año 1987, N° 1, Buenos Aires, p. 17.

personal, ciertos aspectos de la supresión de puestos y las condiciones que procede asignar al trabajo temporero y al trabajo con contratos de duración limitada), la organización del tiempo de trabajo en el sentido más amplio de este concepto y el tamaño mínimo de las empresas a las que deban aplicarse diversas disposiciones de la legislación social y fiscal”⁷.

Para Hoyos, flexibilidad es “la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad”⁸. A una conceptualización similar arriba Romagnoli, utilizando una imagen muy colorida: la flexibilidad es una surtida caja de herramientas que se le entrega al empresario para enfrentar las nuevas realidades. El empresario dispondrá de un número de herramientas mayor del que disponía hace una década para poder ajustar el trabajo a las necesidades de su producción⁹.

En términos más formales, Antunes Furtado define la flexibilidad del mercado de trabajo como el conjunto de reformas que tienden a ajustar la cantidad, calidad y precio del factor de producción “trabajo” a las conveniencias del sistema productivo¹⁰. Interesa la definición del jurista brasileño en cuanto pone el acento sobre la importancia que la idea de “mercado” tiene en el sistema de relaciones laborales: Galiana Moreno señala precisamente que así como la crisis del treinta llevó al fortalecimiento del pensamiento intervencionista y a la idea del Estado interventor, hoy asistimos a la expansión de un pensamiento “promercado” que invade el campo laboral y se transmite al ordenamiento regulador de sus relaciones: a la idea de **Estado interventor**, se sustituye la de **Estado mínimo**, no intervencionista, de corte neoliberal¹¹.

⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Flexibilidad laboral. El caso de España”, en *Revista del Trabajo*, N° 83, Vol. III, Madrid 1986, p. 9.

⁸ HOYOS, A., “La flexibilidad del Derecho Laboral tradicional: tendencias internacionales recientes, en *Actualidad Laboral*, mayo/junio 1987, p. 12.

⁹ ROMAGNOLI, U. en *Primeras Jornadas ... cit.*, también recordado por Plá Rodríguez, *ob. cit.* p. 435.

¹⁰ ANTUNES FURTADO, S., *Crisis económica e flexibilização do mercado de trabalho*, en revista LTr, Vol. 51, n° 9, San Pablo 1987, p. 1067.

¹¹ GALIANA MORENO, J.M., *Orden económico y ordenamiento laboral* (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1984, p. 13.

En otro enfoque, la flexibilidad más que un concepto con contenido propio aparece como una reacción contra el ipergarantismo, que muchos autores atribuyen al Derecho del Trabajo. La normativa laboral en su afán de proteger, ha congelado con excesivas rigideces la relación de trabajo, asfixiando en definitiva las fuentes de empleo, que pretende proteger. Ya Giugni en un debate de 1987 en Buenos Aires expresaba: "Di garantismo si può pure morire". En tal sentido Bronstein afirma que "la flexibilidad, antes que un concepto formulado en términos afirmativos es una reacción con respecto a alguna institución, alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida... Los planeamientos sobre flexibilidad nos dicen que en el Derecho del Trabajo hay demasiada protección y poca libertad" ¹².

En nuestro Derecho, Ameglio expresa que más que un concepto de flexibilidad, es posible describir una idea, que en su esencia se traduce en "la desregulación de la normativa laboral" ¹³.

Por nuestra parte, esbozaremos una conceptualización, que de alguna manera adelanta ideas que expresaremos en este trabajo. Por flexibilidad laboral entenderemos la tendencia generalizada de modificar por vía autónoma o heterónoma las reglas jurídicas de la prestación de trabajo, alterando los niveles de protección preexistentes del trabajador, con la finalidad de ajustar el factor trabajo a las nuevas exigencias del sistema de producción.

III. LAS FUENTES

Decíamos que la flexibilidad es una tendencia, un movimiento, un impulso generalizado dirigido a alterar la concepción clásica del Derecho del Trabajo. Se ha hablado con expresión gráfica de "vientos flexibilizadores" precisamente porque no es posible hablar de una flexibilidad única. La policromía de la flexibilidad deriva en gran parte de la diversidad de fuentes que la originan y sobre cuya diferenciación (y valoración) se ha pasado muchas veces por alto.

¹² BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo: panorama general*, Ginebra, octubre de 1989, pp. 3 y 5.

¹³ AMEGLIO, E. J., "La flexibilidad: sus diversas manifestaciones en la normativa laboral del Uruguay", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional* (obra colectiva), Barquisimeto (Venezuela) 1990, p. 58.

Indicaremos a continuación las diversas fuentes que operan en la flexibilidad del sistema de relaciones laborales.

1. Las normas internacionales

Las cláusulas de flexibilización de los Convenios Internacionales del Trabajo han ido adquiriendo cada vez mayor relevancia en la década de los '80. Primero por el impulso de los países del bloque comunista y luego a iniciativa de los países capitalistas y del grupo de los empleadores, son cada vez más abundantes las cláusulas que permiten a los miembros que ratifiquen un convenio, ajustar sus normas con amplia flexibilidad a las condiciones geográficas, étnicas, laborales del país en cuestión.

Ya Válticos alteraba en 1982 sobre la tendencia a introducir cláusulas de flexibilidad en los Convenios, para facilitar su aprobación y posterior ratificación, y por lo tanto su adaptación a las realidades de las diversas partes del mundo¹⁴.

Bronstein, por su parte, recuerda que en varias oportunidades (1976, 1977, 1985, 1986, 1987 y 1989) el Consejo de Administración de la OIT examinó la posibilidad de incluir el tema del trabajo a tiempo parcial (una de las principales formas de flexibilizar en los países industrializados) en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo¹⁵.

2. La Ley

Son numerosos los ejemplos en los países industrializados de normas de origen étático que han contribuido al proceso de flexibilización. Esas normas han sido dictadas en general con la finalidad de contener la inflación y reducir el desempleo: si el primer objetivo se alcanzó en diversos casos, no existen datos que permitan asegurar que la flexibilidad redujo la desocupación.

Las normas estatales pueden ser fruto de procesos de concertación (ej., Italia, España) donde el Estado busca el consenso de los interlocutores sociales como

¹⁴ VÁLTICOS, N., "Internacional Labour Law", en la obra *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, dirigida por Blanpain R., Amsterdam 1982, p. 51.

¹⁵ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 25.

forma de respaldar las medidas que dicta; pero también pueden ser promulgadas sin tener en cuenta la opinión de los interlocutores, y en especial en contra de los intereses de las organizaciones sindicales: es, por ejemplo lo que ha sucedido en la Inglaterra de la señora Thatcher.

A través de la acción legislativa del Estado, en Inglaterra se derogaron leyes sobre los derechos al "salario equitativo", se denunció el Convenio Internacional del Trabajo N° 95 sobre la misma materia y a través de la Trade Union Act de 1984 se restringieron las libertades sindicales. En Francia y España se fomentó la contratación a plazo de los trabajadores, sin que la sucesión de contratos a plazo convierta la relación en permanente. En Italia se aprobaron contratos a plazo de aprendizaje y se modificaron las reglas de la finalización de la relación de trabajo, mientras que en Alemania se redujeron las protecciones contra el despido en las pequeñas empresas ¹⁶.

La intervención legislativa se centra fundamentalmente en la contratación por tiempo determinado y como señala Bronstein sus resultados pueden juzgarse por encuestas que muestran que en Francia dos tercios del total de los reclutamientos del año 1986 fueron por tiempo determinado y la proporción fue del 50% en la República Federal de Alemania y Suecia, mientras que en España una muy amplia mayoría de los nuevos empleos tienen carácter temporal ¹⁷.

En América Latina la intervención legislativa ha sido menos importante porque las normas no impiden la contratación atípica. De todos modos existen leyes vinculadas principalmente con la política de empleo (como el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM) en Perú, el FGTS en Brasil, la posible aprobación del Proyecto de Ley de Empleo en Argentina) y una amplia tolerancia de las agencias de contratación de mano de obra temporal.

3. El Convenio Colectivo

La negociación colectiva tiene especial relevancia como fuente de flexibilización. Como señala Pinto, en los modelos de sistema legislativo del

¹⁶ HOYOS, A., *ob. cit.*, p. 14.

¹⁷ BRONSTEIN, A.S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 24.

Derecho Laboral (mayoría de países europeos y América Latina), se comprueba (con la flexibilización) una tendencia general a reducir el papel protector directo de la ley en favor de una mayor negociación colectiva ¹⁸.

Así como la fuente etática origina nuevas formas de contratación temporal, el convenio colectivo es la fuente típica de la flexibilidad salarial. Bronstein recuerda que la reducción convencional de los salarios comenzó con la llamada "negociación colectiva de concesiones" (*concession bargaining*), que empezó a conocerse en América del Norte, a fines de los '70, a partir de las negociaciones para evitar el cierre de la empresa Chrysler. Pero tal flexibilización no solamente opera sobre el *quantum* de los salarios, sino también sobre la estructura y el funcionamiento de los mecanismos de fijación ¹⁹. Es así que Estado y empresarios reclaman que la composición salarial tenga en cuenta factores diversos como la productividad, la eficiencia, los costos y la calidad del producto ²⁰ y es evidente que la negociación colectiva es la fuente reglamentaria que más se adapta a la nueva policromía salarial.

Javillier señala acertadamente que no existe un rol unívoco de la negociación colectiva, cuya concepción es el fruto jurídico de la historia social. Y subraya la diferencia profunda que existe entre la concepción transaccional de la "concession bargaining" (el sindicato trata de obtener las mejores condiciones posibles aceptando las contrapartidas requeridas por el empleador) y la concepción protectora (el convenio colectivo es un simple instrumento de mejoramiento normativo de la situación de los trabajadores, con ausencia de todo compromiso para el trabajador). El laboralista francés sostiene que se estaría produciendo un acercamiento entre los dos modelos y en lo que a nosotros interesa (país con modelo de concepción protectora), los sindicatos se ven enfrentados a presiones patronales, que en virtud del fuerte desempleo y una débil relación de fuerzas, implican a veces una verdadera "transacción" ²¹. En otras palabras, las mutaciones del sistema de relaciones laborales (a las que ya nos referimos) y los vientos de flexibilidad están empujando nuestro

¹⁸ PINTO, M., Resumen de la relación sobre Flexibilización del tiempo de trabajo, Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, París, setiembre de 1989, p. 5.

¹⁹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ...*, pp. 9 y 10.

²⁰ *Diario El País* de 21-10-91, Montevideo, p. 1.

²¹ JAVILLIER, J.C., *ob. cit.*, p. 9.

tradicional modelo de negociación colectiva a la **concessin bargaining** de corte anglosajón: el sindicato, que antes sólo pedía mejoras, ahora es obligado a entrar en una lógica del "*do ut des*".

4. La jurisprudencia

La jurisprudencia puede ser fuente de flexibilización de los derechos del trabajador: fuente silenciosa, que opera en forma más desapercibida, pero que va modificando las reglas del juego en el sistema de relaciones laborales.

Como es notorio, en el proceso laboral la doctrina tiene particular relevancia en el juzgamiento de los conflictos. Los principios de la disciplina se derivan en la mayoría de los países de la elaboración doctrinaria y no de normas del Derecho Positivo. Sabido es que en nuestro país un gran porcentaje de conflictos sometidos a los jueces, son resueltos invocando tal o cual principio o acudiendo a la doctrina más recibida. Estos principios y estas doctrinas han demostrado tener más fuerza que la misma norma escrita.

Especialmente en los países industrializados que en general desempeñan el rol de precursores de las tendencias del Derecho Laboral, comprobamos que se ha atemperado en las sentencias judiciales el peso de la doctrina tradicional protectora de los derechos del trabajador. Los jueces se vuelven menos "garantistas" y empiezan a introducir nuevos elementos (interés de la producción, derechos de los usuarios, derechos de la empresa) que van flexibilizando las inmovibles garantías que se habían reconocido en otras épocas al trabajador. La inderogabilidad de principios y derechos laborales ya no es un axioma y en las sentencias judiciales lo que era inderogable empieza a ceder frente a otros intereses jurídicamente tutelados o frente a nuevos convenios colectivos que reducen anteriores derechos de los trabajadores.

En los últimos tiempos también en nuestro país han aparecido sentencias en las diversas instancias judiciales, en que se atemperan garantías de los trabajadores en materia de libertad sindical, conducta laboral y principios como el de la gratuidad procesal.

²² BALLESTRERO, M.V., "La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?" en *Revista Lavoro e Diritto*, Bologna, abril de 1987, p. 294.

5. La doctrina

Es otra fuente de Derecho que acompaña la flexibilización de la relación laboral. Y no nos referimos a aquellos autores desde siempre favorables a privilegiar los factores económicos sobre los sociales, sino a la doctrina más prestigiosa que siempre ha promovido la protección del trabajo humano y que de ese modo ha contribuido al desarrollo del Derecho del Trabajo.

Hoy la doctrina más recibida -casi unánimemente (y no pretendemos sustraernos a esta tendencia)- empieza en grado diverso a reconocer la necesidad de flexibilizar en alguna medida la reglamentación del trabajo. Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en las ya citadas y valiosas reflexiones de Plá Rodríguez sobre la flexibilidad. El autor de **Los principios del Derecho del Trabajo** -obra cumbre de la doctrina- expresa en ese artículo que el principio protector (en algunas de sus aplicaciones), el de irrenunciabilidad y el de la continuidad pueden verse afectados por la tendencia flexibilizadora. “No puede confundirse -expresa Plá Rodríguez- lo habitual con lo deseable ni con lo mejor porque ello importa una visión congelatoria de la realidad, inadecuada al acelerado ritmo histórico de nuestra época... Hasta cierto límite puede admitirse la flexibilidad en esta materia”, aunque no más allá de ese “cierto límite”, que el autor fija en el principio de la razonabilidad ²³.

6. La voluntad unilateral del empleador

Sin pretender ser exhaustivos, señalaremos como última fuente de la flexibilidad la voluntad del empleador: voluntad que se expresa en forma unilateral y de manera diversa, desde la simple orden impartida en función del poder de dirección hasta el contrato individual de trabajo que -salvo excepciones- bajo el ropaje de un acuerdo bilateral refleja la voluntad del más fuerte sobre el más débil. Y no se nos acuse de demagogia laboral, si afirmamos que nunca desde la segunda posguerra la posición del empleador fue tan fuerte y la del trabajador tan reducida, en la relación contractual.

Si bien desde un punto de vista jurídico esta fuente de Derecho parece no merecer destaque especial, no es menos cierto que la gran flexibilización

²³ PLA RODRIGUEZ, A., ob. cit., pp. 438 a 441.

contemporánea se apoya fundamentalmente sobre los nuevos poderes de la empresa, que impulsa el contrato individual de trabajo como plataforma esencial para consolidar su posición de fuerza frente al trabajador. Y si en el mundo del trabajo formal esta fuente cohabita con otras fuentes de Derecho que la limitan y regulan, no olvidemos que en el mundo de la informalidad y en el trabajo liso y llanamente “negro”, ésta es la única fuente reguladora de la relación laboral.

Pero la flexibilidad de hecho no se registra sólo en situaciones de informalidad. Recuerda Javillier que existe una flexibilidad al margen del Derecho, que el empleador practica inmediatamente “sobre el terreno” ²⁴. El abuso de la contratación atípica (en nuestro país, especialmente el contrato de prueba y de zafra), la imposición de trabajo extraordinario “contra legem”, la disminución de la protección asegurativa a través de la declaración de un salario inferior al real, la aparición de una creciente contratación cero horas o de trabajo a disponibilidad, la invasión técnicamente organizada de la intimidad del trabajador, la proliferación de comisiones como forma de ligar el salario a los resultados de la producción, son algunas de las formas de flexibilidad que - aunque no previstas a veces en la legislación, como en el caso de nuestro país - son sin embargo impulsadas y se generalizan por voluntad unilateral del empleador.

IV. LAS EXPRESIONES DE LA FLEXIBILIDAD

Ya hemos indicado las dificultades existentes para enmarcar en una definición el concepto de flexibilidad. Más fácil es la tarea de describir las diferentes modalidades en que se ha expresado la tendencia flexibilizadora del Derecho del Trabajo en la época contemporánea. Señalaremos las más importantes:

1. Formas de contratación

Una de las principales características del contrato de trabajo era su duración por tiempo indeterminado cubriendo una jornada laboral de 8 horas. En los países industrializados, la tendencia flexibilizadora ha dado origen a una mul-

²⁴ JAVILLIER, J.C., *ob. cit.*, p. 4.

tipicidad de contratos -los que llamamos "contratos atípicos de trabajo"-, que con diversa intensidad significan pérdidas de garantías para el trabajador. Esta proliferación contractual -que permite a Ojeda Aviles hablar de "neocontractualismo" laboral- fue motivada por la convicción que el excesivo garantismo del contrato típico desestimulaba la ocupación. Aclaremos que es un fenómeno de países (fundamentalmente europeos) donde efectivamente existen muchas garantías (fundamentalmente la estabilidad) que rodean la relación laboral. En América Latina no ha existido una similar expansión de las formas atípicas, porque el contrato típico tiene reducidos niveles de protección.

Para tener una idea del "neocontractualismo", Ojeda Aviles señala doce formas contractuales distintas en países europeos: temporales causales (o por motivos tipificados), temporales con abstracción de motivos o "libres", temporales de jóvenes, para trabajadores de edad madura, de aprendizaje, de empleo-formación, de adaptación o en prácticas, de empleo-orientación de jóvenes, de solidaridad, de empleo compartido, de jornada variable, a tiempo parcial ²⁵.

Ameglio al referirse a nuestra realidad subraya la expansión de los contratos de zafra (extendidos a trabajos por temporada), contratos a plazo, por obra determinada o en calidad de suplente, empleo de jornaleros o destajistas por menos de 100 días (plazo de carencia legal en el que no se genera derecho a la indemnización por despido), contrato a prueba y contratación indirecta a través de empresas suministradoras de mano de obra temporal ²⁶.

2. El tiempo de trabajo

La revolución industrial de comienzos de siglo exigía una gran aplicación del factor trabajo a la máquina. En esa época la lucha obrera se centraba precisamente en la regulación de una jornada, que el empleador quería extender a los límites de la resistencia humana. La revolución tecnológica produce en cambio un fenómeno contrario -la reducción del tiempo de trabajo- y el empresario busca

²⁵ OJEDA AVILES, A., "El neocontractualismo en Europa: Balances y Perspectivas", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional* (obra colectiva), Barquisimeto (Venezuela), Diciembre de 1990, pp. 172 y ss.

²⁶ AMEGLIO, E. J., *ob. cit.*, pp. 61 y ss.

hoy la optimización del tiempo de empleo de la mano de obra a las exigencias de la producción ²⁷.

Ante esta nueva realidad podemos distinguir la jornada reducida (part-time) con horario predeterminado y nuevas formas de adaptación horaria del factor trabajo a las exigencias de la producción. La fórmula más novedosa es la de la jornada variable o "mini-max" en la cual empleador y trabajador pactan una jornada que se va ajustando a las necesidades de cada momento de la empresa. Se acuerda, por ejemplo, una jornada 20/40: esto significa que el empleador tendrá la obligación de dar trabajo a su trabajador entre un mínimo de 20 y un máximo de 40 horas semanales. Obviamente el salario se ajustará a las horas efectivamente trabajadas. Esta forma de trabajo puede ser especialmente perjudicial para el trabajador, porque como señala Javillier "la protección de la personalidad del trabajador deja de estar asegurada cuando la desproporción entre el trabajo efectivo y la situación de disposición es demasiado amplia: el asalariado ya no cuenta más con la disponibilidad de su tiempo personal. Por la otra, la flexibilidad introducida en el contrato puede frustrar ciertas reglas del Derecho del Trabajo. En especial, el derecho a desempeñar otro empleo a tiempo parcial (cuando el trabajo no le asegura condiciones normales de existencia)"²⁸.

También se ha desarrollado la llamada "anualización" del trabajo como alternativa a la jornada laboral típica: determinadas horas de trabajo se distribuyen en forma desigual a lo largo del año. En esta hipótesis, se sabe de antemano la cantidad de horas que se realizan (y por ende la retribución que se percibirá), mientras que se plantea el problema de quién distribuye las horas a lo largo del año. La solución puede ser de máxima flexibilidad, dejando la decisión al arbitrio del empleador, o puede ser regulada con criterios objetivos a través de la negociación colectiva ²⁹.

En lo que se refiere a nuestro país, Ameglio recuerda que en materia de duración del trabajo las manifestaciones de flexibilidad son incipientes, manteniéndose el tema dentro de sus cánones tradicionales: contratación por hora o jornal, uso

²⁷ HERNANDEZ ALVAREZ, O., "La flexibilidad del Derecho del Trabajo", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio ...* cit., pp. 254 y 255.

²⁸ JAVILLIER, J. C., *ob. cit.*, p.6.

²⁹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ...* cit., pp. 16 y ss.

discrecional de trabajo extraordinario, difusión del contrato a tiempo parcial en relación directa al ingreso masivo de la mujer al mercado de trabajo ³⁰.

3. El salario

La intangibilidad del salario es uno de los dogmas que ha caído bajo los impulsos de la flexibilidad. Bronstein reseña las principales modalidades de flexibilización salarial: la desindexación en países donde existían sistemas automáticos de ajuste (Bélgica, Dinamarca, Italia), la reducción o la renuncia a nuevos aumentos pactada en la negociación colectiva de concesiones (paradigmático siempre el caso de Chrysler), la nueva práctica negociada de "doble escala salarial", en la que el sindicato acepta para los futuros trabajadores salarios menores de los que rigen para los trabajadores en servicio en el momento de la firma del convenio³¹. Se ha generalizado también la práctica de la "individualización de los salarios" que consiste en la posibilidad de fijar salarios diferentes para funciones similares en una misma empresa y se han promovido políticas de empleo exonerando a los empleadores de pagar durante determinado tiempo las cargas de la seguridad social³². Otra forma de flexibilizar el salario es la de asignar cuotas cada vez más altas del mismo a factores como la productividad, la presencia, la calidad del resultado, de manera de estimular el resultado final del trabajo.

4. El despido

La flexibilidad se ha manifestado también en este instituto del Derecho Laboral allí donde existen reglamentaciones que establecen el derecho a permanecer en el empleo (estabilidad propia) o sistemas relevantes de indemnizaciones (estabilidad impropia).

La posibilidad del despido individual está ínsita en la gran mayoría de los contratos atípicos. La elaboración de las distintas "atipicidades" contractuales se efectúa precisamente para eludir las normas sobre estabilidad: los contratos

³⁰ AMEGLIO, E.J., *ob. cit.*, pp. 66 y ss.

³¹ BRONSTEIN, A. S., *Idem*, p. 10.

³² BRONSTEIN, A. S., *Idem*, p. 8 y ss.

a término, a prueba, de aprendizaje y formación, de jóvenes o de tercera edad, etc., todos ellos prevén la posibilidad de rescindir -generalmente luego de un plazo- la relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador. Es más, la doctrina que justifica la existencia de modalidades atípicas de contratación expresa que las rigideces de la estabilidad laboral han terminado por volverse en contra del trabajador, por haber sido el principal disuasivo para el empleador de nueva contratación laboral. Todas las políticas de fomento del empleo han recurrido a la reducción de las garantías de conservación del puesto de trabajo.

La flexibilidad se ha expresado también en los "despidos colectivos" productos de la crisis y el cambio tecnológico. La reducción del trabajo manual, la sustitución del hombre por la máquina, el cierre de sectores de producción causado por la crisis ha obligado al sindicato a negociar la salida del personal en caso de despidos masivos. Ante realidades incommovibles de reducción de tareas, el sindicato las ha aceptado con la condición de fijar criterios objetivos de despido (edad del trabajador, antigüedad, profesionalidad, etc.).

A nuestro criterio, la flexibilización de las normas sobre despido ha constituido el más importante ataque a la concepción clásica del Derecho del Trabajo. Esta concepción reposaba sobre la idea central de la permanencia en el puesto de trabajo: lo normal para el trabajador era seguir trabajando para la misma empresa; lo excepcional, el despido. Hoy esta idea se ha revertido y ha dado lugar a la formación de lo que Lyon-Caen llama "el trabajo diferenciado"³³: por un lado, seguirán existiendo trabajadores con un trabajo estable y con cierta "seguridad" sobre los beneficios que de ese trabajo derivan; por otro, trabajadores sujetos a los temores provocados por la fragilidad de su contrato. Bien dice Sagardoy Bengoechea, cuando expresa que se está produciendo un cambio de la sociedad laboral de ser estable, a ser itinerante, móvil³⁴.

Aunque en este trabajo no hagamos referencia al empleo público, queremos aquí recordar que el Estado a través de nuevas y a veces ajurídicas formas de contratación de su personal, ha provocado una verdadera precarización del empleo público, antes templo sagrado de la estabilidad.

³³ LYON-CAEN, G., "La batalla engañosa de la flexibilidad", en *rev. Derecho Laboral*, Año XXVIII, N° 4, Buenos Aires 1986, p. 148.

³⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, *ob. cit.*, p. 17.

5. Otras condiciones de trabajo

Hasta aquí hemos reseñado los principales elementos de la relación laboral en los que puede actuar la flexibilidad. Es evidente de todos modos que ella puede afectar cualquier otro aspecto de la relación laboral.

El clásico sistema de producción industrial inspirado en el Taylorismo (reglas de ejecución de trabajo estrictas, control jerárquico y escasa movilidad interna) favoreció la idea de la categorización del personal con la relativa descripción de tareas y calificación profesional ³⁵. Con el tiempo las categorías fueron considerados verdaderos derechos adquiridos por parte de los trabajadores, que incluyeron las relativas descripciones -cada vez más precisas- en los convenios colectivos.

Hoy las empresas sostienen que la modificación del sistema de producción -donde interviene cada vez más la actividad intelectual en detrimento del trabajo manual- exige flexibilizar las rigideces de las categorías. El empleador reclama **polifuncionalidad** a sus trabajadores: afirma que las nuevas tecnologías abren posibilidades de actuación que rebasan el ámbito cerrado y fijo de las categorías.

La nueva tecnología también plantea la reorganización de las tareas internas, la recalificación profesional de los trabajadores afectados, la reasignación de funciones ³⁶. La concepción clásica de que el *jus variandi* no podía "tocar" las categorías -elemento esencial del contrato de trabajo- parece vacilar y ceder ante la disyuntiva que plantea la opción "recapacitarse o perder el empleo" ante el empuje tecnológico ³⁷.

La flexibilidad también actúa sobre el elemento medular de la relación de trabajo, la **subordinación**, produciéndose un desplazamiento del trabajo jurídicamente subordinado al trabajo a domicilio (desde las formas más

³⁵ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ... cit.*, pp. 30 y 31.

³⁶ BRONSTEIN, A. S., *idem*, p. 32.

³⁷ TREU T., "Flexibilidad y rigidez en el Derecho del Trabajo italiano", en *La flexibilidad del trabajo. Un estudio internacional*, cit., p. 211 recuerda el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores italiano que admite la modificación de las funciones para las cuales el trabajador ha sido contratado si el cambio se hace a funciones equivalentes.

tradicionales, hasta el moderno teletrabajo) formalmente independiente, pero económicamente subordinado a una gestión central ajena.

La flexibilidad puede operar también en la movilidad geográfica, facultando al empleador a trasladar a sus trabajadores de un lugar a otro fuera del área donde está instalado su lugar habitual de trabajo ³⁸.

Finalmente podemos considerar una modalidad de la flexibilidad, la aprobación de normas (estatales o negociadas) que establecen el pago de importes, cuya naturaleza jurídica es típicamente salarial, pero que por expresa disposición de la norma no serán considerados salario a ningún efecto ³⁹.

V. LA FLEXIBILIDAD ENCUBIERTA

Es creencia generalizada en un sector de nuestra doctrina que la flexibilidad es cosa de otros países y que la mejor forma de defenderse contra las nuevas tendencias es librar una lucha sostenida y firme contra ella. Se sostiene -convencidos de la justeza de esta posición- que la flexibilidad no ha corroído nuestro Derecho del Trabajo y que el país puede orgulloso situarse entre aquellos en los que las alteraciones del Derecho del Trabajo tradicional han sido excepciones, que sólo pueden expresarse a través de pobres y limitados ejemplos.

Ermida Uriarte señala que Uruguay pertenece al grupo de países donde el Derecho del Trabajo, como tal, habría permanecido inmutable en lo esencial, "casi diríamos ajeno a la crisis, imperturbable, resistiendo en defensa de los principios o ignorante de la realidad, según el color del cristal con el cual se le mire. El Derecho Laboral continúa siendo protector y todo lo rígido que sea necesario para proteger". Pero agrega que en estos países la situación del trabajador es francamente menos segura; el salario ha descendido o se ha desplomado, concluyendo que en América Latina "el costo social del ajuste

³⁸ PASCO COSMOPOLIS, M., "La flexibilización en el Perú" en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, cit., p. 194, señala que en Perú se han aprobado normas para los desplazamientos de trabajadores de una fábrica a otra y las indemnizaciones a abonar a aquellos trabajadores que no puedan trasladarse.

³⁹ Tal es el caso en nuestro país del salario vacacional (norma ética) o del beneficio de alimentación y alojamiento de la gente de mar del sector pesquero (norma negociada).

económico ha generado una **deuda social** creciente e impaga, uno de cuyos componentes es, precisamente, el deterioro de las condiciones de trabajo”⁴⁰.

Consideramos que en nuestro país no ha existido ni un debate sobre la flexibilidad, ni modificaciones importantes en la regulación del trabajo. Desde el punto de vista formal por lo tanto, y para consuelo de muchos, el Derecho del Trabajo está a salvo, pero resta verificar la realidad. Y en este examen comprobamos que existe una flexibilización de hecho mucho más expandida y mucho más grave, que en aquellos países donde la flexibilidad ha sido estudiada, discutida, confrontada y en definitiva conocida y negociada en normas precisas.

Resumamos algunos de los ejemplos más notorios de la flexibilidad de hecho en el Uruguay:

- habitualidad de las transacciones en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el pago en cuotas del despido y demás créditos laborales;
- abusos del contrato a prueba o del plazo de carencia de jornaleros y destajistas para no pagar el despido;
- generalización de la práctica de declarar sueldos inferiores a los reales a la inspección del trabajo y al sistema de seguridad social;
- sustitución del goce de la licencia anual por retribución monetaria del trabajo realizado en el presunto período de licencia;
- extensión habitual de la jornada de trabajo más allá de las 8 horas, sin notificar ni solicitar autorización de la autoridad competente;
- dificultades de los trabajadores -especialmente del interior del país- para acceder a la justicia;
- tolerancia cada vez mayor de la administración y la jurisprudencia al ejercicio amplio de *jus variandi*.
- descontrol del trabajo a domicilio, doméstico y rural por falta de recursos de la inspección y por las características de la actividad.
- falta total de inspección del trabajo negro, considerado por su expansión una plaga nacional de imposible contención y control con los escasos medios de la autoridad administrativa.

⁴⁰ ERMIDA URIARTE O., *El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*, Informe General al XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Atenas, setiembre de 1991, pp. 54 y 55.

La lista podría seguramente engrosarse con otros ejemplos, pero creemos que los apuntados son de por sí suficientes para confirmar nuestra afirmación sobre la gran flexibilización existente en el país. Y seguramente por cada situación de uso abusivo de *jus variandi* que se ventila ante la justicia, existen diez más de trabajadores que aceptan sumisamente alteraciones del contrato de trabajo presionados por el temor de perder el empleo y que nunca llegan a plantear el reclamo de sus derechos.

No podemos dejar de mencionar una acertada afirmación de Romagnoli, quien recuerda que la flexibilidad legaliza el trabajo negro de la economía sumergida⁴¹.

Participamos de los deseos de quienes quisieran que nunca se hubiera alterado el Derecho de Trabajo, pero consideramos preferible una flexibilidad legalizada a una flexibilidad oculta.

VI. FLEXIBILIDAD Y CONTEXTO LABORAL CONTEMPORANEO

En el apéndice de su ya citado estudio sobre flexibilidad Hernández Álvarez recuerda una enseñanza de Efrén Córdova: “el estudio de los sistemas de relaciones de trabajo no puede encararse exclusivamente desde el punto de vista jurídico y el Derecho Laboral, que constituye el marco normativo de tales sistemas, no puede ser plenamente comprendido cuando se le analiza con prescindencia de las otras disciplinas que lo informan”⁴².

Hemos optado por describir primeramente algunas expresiones jurídicas de la flexibilidad, para luego ubicar el fenómeno en su contexto actual.

Si bien es de los últimos años la violenta expansión de la flexibilidad, los primeros indicios se remontan a la crisis petrolera de los '70, que cerró un ciclo de prosperidad en Europa conocido como los “gloriosos treinta”⁴³ y ya a comienzo de la década del '80 encontramos expresiones legales de la misma.

⁴¹ ROMAGNOLI, U. en las citadas Primeras Jornadas Italo-Chilenas.

⁴² Ver HERNÁNDEZ ALVAREZ O., *ob. cit.*, p. 225.

⁴³ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 4, quien cita el conocido libro de Fourastie, Jean “Les trente glorieuses” ou “La Révolution invisible de 1946 a 1975”, París 1979. También OLEA M., Alonso, debate sobre *El futuro del Derecho del Trabajo*, Montevideo 1989, pp. 23 y 24, en el que recuerda que luego de dos décadas de esplendor en lo económico-social, se ha vuelto al “tiempo de la escasez”.

A partir de este momento, se van produciendo mutaciones cada vez más intensas en los sistemas de relaciones laborales que de alguna manera culminan con los sucesos políticos internacionales de este año 1991.

Fundamentalmente entra en crisis el Estado que ya no puede cumplir con su idea de "Estado de bienestar" en los países de occidente o que sucumbe ante el gigantismo de su aparato burocrático en los países del este europeo. En el nuevo Estado va perfilándose un gran sentido economicista que preside la conducción de los gobiernos, postergando lo social. "Los planteos económicos empiezan a primar sobre los planteos sociales" expresa Plá Rodríguez⁴⁴ y las relaciones laborales pasan antes por los despachos de los Ministerios de Economía que de los de Trabajo: estos últimos tratan de atemperar las tensiones sociales, que las decisiones económicas producen.

Se va formando conciencia de la mala gestión administrativa, en la que subyace la idea que el Estado no puede -por sí mismo- mejorarla. La grandeza del Estado se vuelve paradójicamente su principal debilidad y empiezan a dictarse reglas que atacan el principio de estabilidad en el empleo público: nuevas causas de despido, trabajo contratado, privatización de servicios.

La crisis del Estado generaliza el sentimiento de inseguridad, que marca la época contemporánea y es causa de desempleo que castiga un mercado de trabajo de por sí congestionado.

La flexibilización de las estructuras del Estado y del sistema de relaciones laborales encuentra su soporte ideológico en el neoliberalismo impulsado por los gobiernos del Presidente Reagan y de la Sra. Thatcher: más mercado, más responsabilidad, menos garantismo. El neoliberalismo busca su justificación moral en elementos de la tradición luterana y calvinista: el individuo debe servir a la comunidad y no vivir a expensas de ella. Pero también es cierto que en esta lógica el hombre fuerte sobrevive y triunfa, mientras el débil sucumbe.

Los trabajadores son por su parte quienes han mayormente soportado el peso de la crisis. A ella se une una nueva realidad: los cambios tecnológicos, que

⁴⁴ PLA RODRIGUEZ, A., *ob. cit.*, p. 431.

contribuyen a la expansión de la desocupación. El sindicato que tradicionalmente negociaba mayores salarios y mejores condiciones de trabajo, ahora lucha para no retroceder en las conquistas alcanzadas: la conservación del puesto de trabajo es más importante que la lucha salarial. El fantasma del desempleo debilita la fuerza sindical: un trabajador que teme el despido, se vuelve más dócil y disponible a las nuevas condiciones que impone el empleador. La competitividad en el mercado de trabajo entre ocupados e inocupados debilita la fuerza negociadora de los trabajadores: entra en crisis la solidaridad obrera, base esencial del sindicalismo. La situación determina que por vez primera se plantea el problema del trabajador individual enfrentado a su sindicato y cuestionando la representación sindical: el trabajador calificado quiere negociar su propio contrato y cuestiona el "*erga omnes*", que significa reglas idénticas para todos.

Debe también señalarse que el cambio tecnológico lleva a la reducción de la clase obrera y a la terciarización de las grandes fábricas, tradicionales centros de la fuerza sindical. Con menos fábricas y una más reducida clase obrera, en los términos tradicionalmente admitidos, la organización sindical pierde afiliados y, por lo tanto, energías en su enfrentamiento con la empresa y el Estado.

La empresa privada se vuelve la gran protagonista de la nueva década. Modifica sus estrategias en el sistema: de las tradicionales actividades defensivas frente a los embates del sindicato, ha pasado al ataque y con el pretexto de hacer frente a nuevas realidades económicas, trata de sacar el mayor provecho de las circunstancias favorables e imponer sus posiciones. "De hecho -expresa Ermida Uriarte-, no de derecho, la crisis refuerza la posición del empleador frente al trabajador" ⁴⁵.

Por primera vez -como señala Hoyos- "la iniciativa del cambio en materia laboral se ha desplazado de los sindicatos a los sectores empresarial y estatal, en ese orden, a diferencia del pasado en que el impulso del cambio provenía de los trabajadores" ⁴⁶.

⁴⁵ ERMIDA URIARTE, ob. cit., p. 50.

⁴⁶ HOYOS, A., ob. cit., p. 12.

La nueva empresa desea aumentar su influencia sobre trabajadores individuales y se resiste a negociar con el sindicato. Interviene además con sus asesores en la mesa de la concertación para imponer sus estrategias. Sigue atenta al proceso de reestructuración del Estado que tiene para ella un triple significado: a) afirmación de su posición ideológica; b) cuestionamiento de la regulación estatal de las relaciones laborales (¿cómo puede un Estado que no sabe administrar sus propios servicios, dictar reglas de gestión a la empresa privada?); c) la reestructuración del Estado significa básicamente desmonopolización y privatización y por lo tanto ampliación del campo de acción de la empresa privada.

Por otra parte, las mutaciones del sistema de relaciones laborales han favorecido la aparición de nuevos actores en la periferia del sistema, que accionan sobre el mismo: son ellos los informales y los desocupados.

La informalidad de fenómeno marginal y patológico se va convirtiendo, especialmente en América Latina, en un doloroso y vasto testimonio de retroceso social. Pero el fenómeno no es exclusivo de los países pobres: el subdesarrollo ha contaminado el mundo a través de las migraciones hacia los países industrializados, donde es posible comprobar hasta qué grado se ha expandido el ambulantismo y el mercado negro.

No es posible identificar una única expresión del sector informal y al referirnos al mismo estamos pensando en los pequeños artesanos independientes sin ningún capital, los cuentapropistas que inventan trabajos sin ninguna cuota de productividad, los trabajadores empleados en empresas clandestinas, los pequeños grupos familiares que intentan estrategias de supervivencia a través de actividades de mísera rentabilidad, la mendicidad disfrazada (ej. limpiadores de parabrisas, artistas callejeros, etc.).

El sector informal por su vastedad está dando vida a una cultura de la informalidad que en definitiva atenta contra todas las reglas de organización social. Esa cultura informal del sector lleva a que los individuos se acostumbren a vivir sin reglas: seguramente construirán sus chozas sin los necesarios permisos municipales, formarán familias al margen de las normas civiles, evadirán toda responsabilidad frente al Estado, porque su cotidiano trabajo los ha acostumbrado a estar al margen de las reglas. La informalidad significa en

definitiva la máxima desregulación del Derecho y no es casual que un escritor y político como Vargas Llosa exprese que “las economías informales son la primera forma -y es significativo que sean una creación de los marginados y pobres- aparecida en nuestros países de una economía de libre competencia y de un capitalismo popular”⁴⁷. Más allá de que pueda compartirse o no esta idea, lo cierto es que la informalidad, como el neoliberalismo, promueven una desregulación que afecta especialmente al mercado laboral estructurado.

El otro protagonista que presiona sobre el sistema es el desocupado⁴⁸. Es cada día más impresionante la dimensión de este “ejército de reserva”, que entra en competencia con los trabajadores ocupados. El desocupado considera al trabajador ocupado como un ser privilegiado y no comprende que la defensa del Derecho del Trabajo es en definitiva la defensa de todos los trabajadores ocupados o no, en cuanto defensa de los intereses abstractos de la clase trabajadora. Esta situación aumenta el temor de los trabajadores ocupados de perder su puesto de trabajo, refuerza el poder de dirección en la empresa y favorece la justificación de las diversas formas de flexibilización.

Finalmente, en lo político, el neoliberalismo en mayor o menor medida ha seducido a la mayoría de los países. Los recientes cambios en los países del este europeo, además de la significación social y económica que tienen, marcan también el fin de cierto equilibrio ideológico a nivel internacional entre el capital y el trabajo. De alguna manera es posible vaticinar que a nivel de la misma Organización Internacional del Trabajo se producirá un cambio hacia posiciones más conservadoras: en efecto, creemos que el sector de trabajadores se encontrará en franca minoría debido a la nueva composición política de la Organización.

El panorama que venimos de esbozar indica que la realidad contemporánea favorece las tendencias de desregulación del Derecho del Trabajo. Esta pesimista comprobación podría hacer pensar que el Derecho del Trabajo ha entrado en su época de decadencia y hasta podría llegar a su fin.

⁴⁷ VARGAS LLOSA, M., “Todos somos liberales”, artículo publicado por el semanario *Búsqueda*, Montevideo 17 de octubre de 1991.

⁴⁸ Englobamos aquí el desocupado propiamente dicho (trabajador que ha perdido el empleo) y al inocupado (persona en busca de su primer empleo).

Opinamos todo lo contrario. En el momento en que la crisis, la desocupación y los cambios tecnológicos afligen el mercado de trabajo; cuando el Estado social va retirándose del sistema, dejando paso a una empresa fortalecida y agresiva; cuando la organización sindical enfrenta duros desafíos y se debilita la solidaridad obrera, aparece el Derecho -en este caso, el Derecho del Trabajo- como principal herramienta de ordenación de la realidad social.

VII. DERECHO DEL TRABAJO: LOS CAMBIOS Y LO PERMANENTE

Es un momento de transformaciones y el Derecho debe gobernar esas transformaciones. Frente a los nuevos vientos que tratan de marginar el Derecho del Trabajo, éste debe intervenir y guiar el proceso de "acomodación" del sistema, con autonomía y autenticidad, pero también con pragmatismo, abandonando cuando es necesario la rigidez sobre puntos tradicionales. Es necesario un cambio -no de valores-, pero sí de estrategias. Javillier con el sutil humorismo, con el que acompaña algunas de sus enseñanzas, dice: "sin vender su alma al diablo, el Derecho del Trabajo puede y debe adaptarse a las diversas situaciones"⁴⁹.

Es aquí que se plantea el verdadero desafío para el investigador: verificar qué es lo que cambia y cuáles son los elementos y valores que permanecen. En otras palabras, si el Derecho del Trabajo debe adaptarse pragmáticamente a nuevas realidades, ¿cuál es el "núcleo duro" -por utilizar una expresión gráfica- que debe permanecer para que el Derecho del Trabajo siga teniendo vigencia como tal? ¿Cuáles los elementos de cambio a tener en cuenta para evitar una congelación histórica?

Nos parece que una técnica correcta para avanzar en este camino, sea la de diferenciar aquellos aspectos que han cambiado o previsiblemente cambiarán en las relaciones de trabajo de aquellos elementos cuya permanencia es parte esencial de tal relación. Consideramos además que un examen de este tipo debe buscar lo medular, lo que realmente define en último término un cambio o una permanencia.

⁴⁹ JAVILLIER, J.C., *El futuro del Derecho del Trabajo*, Montevideo 1989, p. 39.

Los cambios

¿Qué es lo que ha cambiado o sigue cambiando en las relaciones laborales más allá de cualquier valoración jurídica o ideológica? Identificamos dos mutaciones que inciden claramente en el sistema: la creciente composición intelectual del trabajo y la dispersión de la subordinación jurídica típica.

1) La Composición del trabajo. La revolución tecnológica -más que la crisis y los cambios culturales y políticos- es la fuente última, en nuestra opinión, de los diversos cambios. El sistema tradicional de relaciones laborales se basaba en cierta ponderada distribución entre trabajo físico y trabajo intelectual. La clásica distinción entre obreros y empleados, entre "blue collars" y "white collars" -que caracterizó la segunda revolución industrial- fue también la base del sistema clásico de las relaciones laborales. Expresiones de ese sistema han sido la fábrica, la cadena de montaje, la posibilidad de fragmentar fácilmente el trabajo manual en unidades permanentes de tiempo, la producción como fruto fundamental del trabajo obrero, el empleado como administrador y organizador con el jefe de empresa de ese trabajo manual. Hoy en día la tecnología ha modificado profundamente el fenómeno **trabajo**. La producción no es más -o lo es cada vez menos- un hecho físico, sino que es una expresión intelectual, una orden mental que la tecnología transforma en un producto material. Alonso Olea habla de aumento del trabajo que se realiza con representaciones simbólicas de la materia, un trabajo cuyos límites -agregan cada vez más indeterminados y cuyas barreras cada vez más difusas⁵⁰.

No es aventurado predecir que el trabajo por cuenta ajena alcanzará porcentajes cada vez más altos de intelectualización: es éste un fenómeno que se percibe notoriamente en los países industrializados, precisamente porque son los que poseen la tecnología necesaria para la transformación cualitativa del trabajo. Si en nuestros países aún son incipientes las nuevas manifestaciones de regulación del trabajo, esto también se debe a que siguen existiendo fábricas que producen como se producía en Europa o en América del Norte hace tres décadas. Las cuotas de trabajo manual siguen siendo importantes en los países subdesarrollados, aunque puede pronosticarse que la expansión tecnológica los alcanzará en pocos años.

⁵⁰ ALONSO OLEA, Manuel, *El futuro del Derecho del Trabajo*, pp. 21 y 22.

¿Y qué significado tiene la intelectualización del trabajo? Nos parece evidente que este dato objetivo de la realidad actúa en diversos niveles y con diferentes expresiones: reducción y hasta extinción de la fábrica como centro principal de las relaciones laborales; valoración del trabajo en términos de capacitación intelectual; posibilidad de fragmentación del trabajo en una pluralidad de unidades interconectadas por la tecnología; dificultades para predeterminar la extensión y periodicidad del trabajo; reducción de la duración del trabajo; posibilidad para un trabajador individual de unificar funciones que antes eran cumplidas por diferentes categorías profesionales; “exteriorización” hacia el domicilio de tareas terciarias de la empresa en virtud de los progresos de la microelectrónica⁵¹; permanente formación o recalificación como consecuencia de las rápidas mutaciones del avance tecnológico; reducción del trabajo en términos físicos.

2) Dispersión de la subordinación jurídica típica. La “subordinación” es probablemente uno de los temas al que más se hace referencia y menos se profundiza en nuestra disciplina. El Derecho del Trabajo clásico se ha construido entorno al concepto de subordinación, que en términos “industriales” efectivamente constituye el núcleo central de la relación individual. Debe sin embargo recordarse que el contrato de trabajo es un fenómeno histórico cuyos orígenes no se remontan más allá de la época del primer maquinismo en el siglo XVIII. Esto significa que **contrato de trabajo y subordinación** en los términos tradicionalmente aceptados, pueden sufrir modificaciones y hasta llegar a su extinción como tipología de trabajo.

La revolución tecnológica, con sus nuevos sistemas de producción, de algún modo interviene en aspectos esenciales de la subordinación y promueve nuevas relaciones laborales fuera del marco tradicional de la subordinación típica. La “exteriorización” del trabajo, la microempresa, las diversas formas de trabajo periférico semi-dependiente, los nuevos ejemplos de la subcontratación están indicando como mero dato de la realidad laboral que se ha producido un proceso de flexibilización de la subordinación: ésta en su expresión tradicional, convive con una amplia gama de situaciones en las que el vínculo de dependencia se va dispersando hasta desaparecer casi totalmente. Una autora

⁵¹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países...* cit., p. 33.

italiana, Ballestrero, se pregunta si las nuevas tecnologías y las relaciones de trabajo más flexibles están contribuyendo a una disminución de la subordinación del trabajador y aumentan su participación en la actividad productiva ⁵².

La diversa intensidad de la subordinación se proyecta además en una amplia diversificación de la condición laboral. Nuevas figuras (trabajadores autónomos, subcontratados, empresas individuales, etc.) aparecen en el escenario laboral, allí donde hace algunos años el trabajador subordinado era principal actor. Agreguemos que no necesariamente existe una comunidad de interés entre los diversos grupos.

La polémica puede plantearse en torno a si son las tendencias flexibilizadoras las que han producido la disgregación de la relación subordinada o si ella se deriva del nuevo modo de producción. No dudamos que la flexibilización ha favorecido el proceso, pero consideramos que a la base existen nuevas realidades productivas: más allá de la regulación o desregulación del Derecho del Trabajo, es la nueva tecnología la que ha permitido modificar las reglas tradicionales de trabajo. El Derecho -al igual que otras formas del conocimiento- podrá acelerar o frenar, regular o desregular el proceso, pero el proceso en sí seguirá recorriendo el rumbo que el avance tecnológico indique.

Lo permanente

Luego de haber señalado dos firmes tendencias de cambio en los años futuros, queremos indicar lo que, a nuestro juicio permanecerá invariado en la relación laboral, esto es el conflicto entre empleador y trabajador y la contratación individual como forma de explotación del trabajador.

1) El conflicto. No es necesario recurrir a concepciones clasistas para afirmar que entre el capital y el trabajo existe un conflicto que nace del mismo sinalagma contractual. El empleador persigue el lucro, el trabajador la remuneración: nos enfrentamos por lo tanto a una clara oposición de intereses, en la que el empleador buscará pagar menos salario para aumentar su lucro y el trabajador reclamará la mayor retribución posible, a expensas de la ganancia

⁵² BALLESTRERO, M. V., *ob. cit.*, p. 296.

del empresario. Por lo tanto debe concluirse -como afirma Barbagelata- que el conflicto laboral existe y existirá siempre, en todos los regímenes sociales, políticos, económicos, etc. y por consiguiente el Derecho del Trabajo también existirá "porque es necesario regular ese conflicto, encontrar bases jurídicas para ese conflicto y trabajar sobre esas bases jurídicas"⁵³.

En una época en que desde los sectores empresariales y estatales se enfatiza sobre los cambios y sobre la reestructuración del Estado y de las relaciones laborales invocando la panacea de la flexibilidad, hay que recordar con firmeza que lo sustancial -el conflicto- no ha cambiado. Podrán existir nuevas expresiones de ese conflicto (como sucede en las nuevas subcontrataciones y en las tareas realizadas fuera de la empresa), pero subsistirá siempre la confrontación entre el que enajena su trabajo y el que adquiere los frutos de ese trabajo.

Ningún planteo sobre flexibilidad puede desconocer esta realidad; pregonizar un futuro desregulado, sin Derecho del Trabajo, significa regresar a la época en que el conflicto se regulaba por la fuerza y no por la razón.

La cuestión no es por lo tanto si los trabajadores deben recibir protección en el conflicto, sino cómo debe ser esa protección en el sistema laboral contemporáneo.

2) El contrato individual. La contratación individual ha sido históricamente el punto de arranque de la explotación de los trabajadores. Esta realidad conserva hoy plena vigencia y seguirá siendo una constante en las épocas futuras. No es casual que los empresarios de todas las latitudes reclamen la regulación de la relación laboral a través del contrato individual: hoy, como hace dos siglos, el empleador sigue siendo la contraparte "fuerte" de la relación y salvo excepciones, el contrato individual -sin límites legales y negociales- constituye la propuesta de trabajo del empleador, a la cual el trabajador adhiere por necesidad.

Una flexibilidad sin límites legales y sin reglas acordadas en la negociación colectiva no es más que la voluntad del empleador impuesta al trabajador. Esta

⁵³ BARBAGELATA, H. H., en *El futuro del Derecho del Trabajo* cit., p. 24.

flexibilidad significaría simplemente el advenimiento de una etapa de prepotencia laboral, en la que el empresario es quien fija las reglas del juego.

Como corolario de lo afirmado señalamos que sólo puede formularse la hipótesis de una flexibilización jurídicamente relevante, cuando ella encuentra su fuente en los convenios colectivos, en los pactos sociales y en leyes que promueven el equilibrio de las partes. Una mera flexibilidad, sin reglas, librada a la contratación individual significará la renuncia de derechos por parte del trabajador ante el temor del desempleo.

Las opciones ideológicas

Hasta aquí hemos indicado aspectos que a nuestro juicio emergen de los hechos.

Indicaremos a continuación otros elementos o institutos de especial importancia en la definición de los sistemas de relaciones laborales futuros, pero cuya vigencia no dependerá de hechos, sino de lo que en definitiva serán “opciones ideológicas”.

Damos preeminencia a estas seis opciones:

- a) el rol de la seguridad social;
- b) la capacidad de la organización sindical en la administración del conflicto.
- c) la gestión de las políticas del empleo;
- d) la unificación internacional de mercados;
- e) la privatización del Estado;
- f) el rol de los jueces.

Son aspectos de una realidad en mutación, pero sobre las cuales no es fácil hacer previsiones confiables, porque en definitiva reposan sobre esa opción que hemos denominado ideológica. ¿Se reducirá el papel de la seguridad social? ¿Seguirán sus institutos inspirados en los principios de universalidad y solidaridad o serán sustituidos por cuentas de ahorro individual? ¿La crisis

³⁴ BALLESTRERO, M. U., *ob. cit.*, p. 299.

de la seguridad social reforzará el sentimiento de incertidumbre del individuo o a la larga presenciaremos una nueva expansión de la misma precisamente para atenuar las crecientes dificultades de los trabajadores? Reflexiones análogas plantea por otra parte el Estado: la actual tendencia a la reestructuración podría revertirse bajo la presión de nuevas situaciones que el desempleo masivo puede provocar.

En cuanto a la organización sindical, ella enfrenta dificultades notorias, y de sus propias opciones dependerá su capacidad para administrar el conflicto ⁵⁵. Daübler señala con cierto pesimismo que "el sindicato no es más la patria, sino a lo sumo un medio para conseguir los intereses particulares de manera más eficaz" ⁵⁶. Frente a las nuevas realidades, ¿logrará el sindicalismo -que ha perdido poder de convocatoria porque ha disminuido la solidaridad de los trabajadores- recuperar afiliaciones y por lo tanto poder de negociación en base a la adecuada selección de sus estrategias?

En cuanto a la cuestión del empleo, corresponderá a los Estados optar por políticas activas de promoción de puestos de trabajo y de capacitación (como ha acontecido en Europa) o limitarse a las meras teorizaciones, como parece ser la práctica constante en América Latina.

Otra cuestión que podrá influir en el sistema de relaciones laborales es la perspectiva de unificación de los mercados, cuyo ejemplo más cercano lo constituye el MERCOSUR. Más que realidades, encontramos proyectos sin contornos precisos y dependerá de diversas opciones la futura concreción de los mismos. Es evidente que la unificación favorecerá la desregulación del Derecho Laboral, porque la incidencia del mercado sobre el factor trabajo será mucho mayor que en el restringido ámbito nacional. En ese caso, no dudamos que por el efecto "dumping" la equiparación será a la baja, aunque podría existir la compensación de una mayor tonificación del mercado laboral.

Finalmente, podrá sorprender la importancia que atribuimos a los jueces ("operadores" del sistema en la terminología de Barbagelata) entre las variables futuras de la regulación laboral.

⁵⁵ Ver nuestro "El nuevo sindicalismo", rev. *Derecho Laboral* ... T. XXXII, N° 155, Montevideo 1989.

⁵⁶ DAUBLER, W., *El futuro del Derecho del Trabajo*, cit., p. 36.

En un sistema donde el sindicalismo ha entrado en crisis, la justicia recobra su papel principalísimo de control de la relación de trabajo. El trabajador del futuro -creemos- acudirá más al juez, por el hecho que la organización sindical no tendrá la fuerza para defenderlo en toda circunstancia. El juez se volverá un elemento estratégico para definir las tendencias del Derecho del Trabajo. Una justicia lenta, costosa, meramente reparatoria, imbuida de ideas mercantilistas favorecerá una amplia desregulación; una justicia ágil, accesible, vigilante del cumplimiento de las normas (justicia preventiva) y guiada por los principios de nuestra disciplina contribuirá a colocar la flexibilidad en el cauce jurídico que exige la tutela del trabajador.

VIII. ¿HACIA LA DESREGULACION O LA ADAPTACION DEL DERECHO DEL TRABAJO?

Corresponde plantear nuestra posición, que de algún modo se adelanta en el título de este trabajo.

Como hemos visto, el trabajo subordinado -como hecho fenomenológico- ha sufrido importantes mutaciones que de algún modo imponen una revisión de las soluciones tradicionales del Derecho del Trabajo. También hemos señalado que no se han producido cambios en los términos clásicos del conflicto entre las partes y que el trabajo sigue siendo el interlocutor "débil" de la relación. Estas premisas imponen su consecuencia lógica: el Derecho del Trabajo debe adaptarse a las nuevas realidades, sin renunciar a su esencial misión tutelar del trabajador.

En otras palabras, participamos en la necesidad de flexibilizar el Derecho Laboral frente a circunstancias que no podían preverse hace tan sólo tres décadas. Pero, ¿qué significa flexibilizar? Este es a nuestro juicio el punto crucial de la cuestión. La idea de flexibilizar puede tener alcance muy distinto y la misma puede llevar a la destrucción del Derecho del Trabajo o a la adecuación y a la racionalización de su tutela.

El debate dogmático y violento entre quienes están a favor de la flexibilidad y quienes están en contra ha llevado muchas veces a no reparar sobre lo que en cambio es esencial: el alcance de la flexibilidad.

No puede englobarse en un mismo concepto la flexibilidad del neoliberalismo de la señora Thatcher y de Hayek (el Keynes del neoliberalismo thatcheriano), que atribuye todos los males económicos a la protección del Derecho del Trabajo y al poder de los sindicatos, y otras concepciones que reconocen que vivimos momentos de transformaciones y el Derecho debe gobernar esas transformaciones.

La flexibilidad puede significar ilimitada desregulación, pero también puede tener el alcance de un ajuste encausado en límites precisos. Y nos parece oportuno enumerar los límites que Barbagelata pone a la flexibilidad, límites que adjetiviza de "compulsivos":

a) límites sociales: si bien cada sociedad puede en mayor o menor medida aceptar la eliminación de rigideces del mercado de trabajo, esto sólo es dable en circunstancias excepcionales, no pudiendo tolerarse una cultura de la flexibilidad que favorezca la implantación de un mercado de trabajo similar al que funcionaba antes del advenimiento de la legislación social;

b) límites sindicales: en toda sociedad en la que exista libertad sindical, la acción de los sindicatos estará marcando un límite a la flexibilidad que pretenden imponer los gobiernos a los empresarios;

c) límites políticos: en los regímenes democrático-representativos, la flexibilidad tiene límites que derivan del mismo contexto democrático.

d) límites jurídicos: las protecciones de los trabajadores que constan en textos constitucionales, normas internacionales, leyes y costumbres constituyen barreras jurídicas a la instalación de una flexibilidad absoluta ⁵⁷.

Agregamos nosotros que existirá siempre el límite humano a la flexibilidad. Una desregulación absoluta del Derecho del Trabajo llevaría hoy en día a situaciones de violenta explotación. Bajo la presión del mercado internacional -enfrentado en una competencia feroz- se llegaría a promover ritmos de productividad y espacios de inseguridad tan grandes que llevarían a la

⁵⁷ BARBAGELATA H. H.: "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo", Ponencia al 8º Congreso Mundial AIRT, Bruxelles 1989, en rev. *Derecho Laboral*, T. XXXII, N° 155, Montevideo, diciembre de 1989.

destrucción del elemento más importante del trabajo: el hombre. Volveríamos al siglo XIX, cuando se tomó por primera vez conciencia que el maquinismo había descuidado lo principal: el factor humano. Recordamos aún emocionados la espléndida conferencia de Caldera en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El laborista y ex presidente de Venezuela, al recordar los hechos de Caracas de febrero de 1989, de los cuales había sido principal protagonista, expresaba que el ser humano "no va a resistir las condiciones que se le pretende imponer en aras de un supuesto progreso económico, que no es tal si no va dirigido al bienestar de la población" ⁵⁸.

En una época en que se celebra la paz internacional, se descuida la paz social interna: un país con garantías para sus habitantes y en especial para sus trabajadores será un país que se protegerá a sí mismo de la delincuencia, de la marginalidad, de la pobreza; un país que deseará emerger en el mercado internacional a expensas de la explotación de sus trabajadores, pronto se volverá víctima de las calamidades sociales que su desregulación produce.

Ermida Uriarte recuerda los principios contenidos en la constitución de la OIT, cuya obligatoriedad alcanza a todos los países miembros de la Organización: **el trabajo no debería ser considerado una mercancía; la competencia internacional no debería basarse en el costo del trabajo; las malas condiciones de trabajo atentan contra la paz.** Y señala que -como establece una Resolución de la Conferencia de 1976 - **el mejoramiento de las condiciones de trabajo debe proseguirse tanto en períodos de recesión como de expansión económicas** ⁵⁹.

Por lo tanto puede considerarse necesaria y útil la flexibilización, pero sólo en la medida que la misma signifique la racionalización del aparato normativo del Derecho del Trabajo, adaptándolo a las transformaciones de una sociedad en mutación.

Javillier marca diferencias profundas, cuando señala que "la flexibilidad puede construir un instrumento de adaptación del Derecho del Trabajo a situaciones

⁵⁸ La cita de CALDERA, R., pertenece al citado panel *El futuro del Derecho del Trabajo*, p. 31.

⁵⁹ ERMIDA URIARTE, O., *ob. cit.*, p. 56 (los destacados son del autor).

económicas o tecnológicas particulares, o incluso ser el medio de desregular tanto el conjunto de las relaciones de trabajo como el sistema de relaciones profesionales". Mientras que en el primer caso, la preocupación es la de adecuar las reglas del Derecho del Trabajo a los particularismos profesionales y técnicos, en el segundo se persigue la desaparición del principio protectorio considerado económicamente nefasto y políticamente inadecuado ⁶⁰.

Comprender que los cambios imponen adaptaciones y que la misión de la organización sindical es gobernar las mismas constituye un nuevo desafío para los trabajadores. El sindicato deberá aprender a enfrentar un cambio tecnológico irreversible; capacitarse para negociar futuros puestos de trabajo, fruto de esa tecnología; ampliar las áreas de negociación para condicionar concesiones a la obtención de nuevas ventajas; evaluar pragmáticamente las realidades para poder pronosticar los cambios; estar dispuesto a ajustar las reglas que disciplinan la relación de trabajo, sin menoscabo de los principios jurídicos esenciales.

Al concluir este examen, deseamos volver a nuestra idea central. No existe una expresión unívoca de la flexibilidad, sino una variada gama de manifestaciones que van desde razonables ajustes normativos a la supresión lisa y llana de toda regulación que signifique protecciones para el trabajador. El debate ideológico y la confrontación que rodean el tema de la flexibilidad impiden ver lo más importante que es la fijación de la línea divisoria entre la flexibilidad lícita y aquella ilícita. Es precisamente en esta área donde se vuelve indispensable el auxilio del *jus laboralista*. Su investigación no debe a nuestro juicio dejarse empañar por la polémica, sino que exige estar rodeada por la mayor serenidad y objetividad. La acción del jurista será precisamente la de orientar interlocutores y operadores sociales en un tema tan confuso y controvertido. En la medida en que se asuma este nuevo compromiso y se esté dispuesto a seguir investigando y profundizando, sin prejuicios ni dogmas, el Derecho del Trabajo -lejos de oscuros presagios de decadencia- podrá enriquecerse aún más y seguir cumpliendo su misión tutelar.

Montevideo, noviembre de 1991

⁶⁰ JAVILLIER, J. C., *ob. cit.*, pp. 15 y 16.