

DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

EMILIO MORGADO VALENZUELA*

Sumario:

I. El trabajo objeto del derecho del trabajo. II. Los sujetos de las relaciones de trabajo. III. Las materias objeto de las relaciones de trabajo. IV. Los niveles de las relaciones colectivas de trabajo. V. Desafíos. 1. Naturaleza de la relación de trabajo. 2. Diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo. 3. Segmentación de la trama normativa. 4. Regulación heterónoma y regulación autónoma. 5. Contenidos temáticos y niveles de actuación. 6. Los operadores privados y públicos. VI. Perspectivas.

En un libro editado en mayo de 1997, en homenaje al gran juslaboralista uruguayo Héctor-Hugo Barbagelata, se publicó un breve ensayo sobre “La nueva cuestión social en Latinoamérica”, en el que sostuve que “la cuestión social” instalada en nuestros países hacia fines del siglo XIX, no ha desaparecido del todo sino que se ha transformado y ahora presenta nuevas causas, expresiones y modalidades, que requieren de nuevos enfoques e instrumentos de acción para atenderla. En efecto, los problemas sociales derivados de la implantación del industrialismo han cedido paso a los problemas sociales nacidos del intenso, veloz y extendido proceso de cambios que hoy vivimos, especialmente en lo referido a las transformaciones de los modelos y estilos de desarrollo e intercambios comerciales en un mundo cada vez más globalizado, con los

(*) Director del Instituto de Estudios del Trabajo (Universidad La República). Profesor de Derecho del Trabajo en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en la Escuela de Derecho de la Universidad La República. Asesor internacional y nacional. Presidente de Honor y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Doctor Honoris Causa (Université de Bordeaux).

consiguientes cambios en la organización y sistemas de producción, las innovaciones tecnológicas y la organización del trabajo.

Los cambios tienen lugar en ordenamientos políticos internacionales que se reacomodan en torno a un modelo esencialmente unipolar. A la vez, los cambios se dan en entornos políticos nacionales en los que disminuye el tamaño y presencia del Estado, incluyendo lo vinculado a las políticas sociales. También, en esos entornos se ha extendido la presencia de sistemas democráticos de gobierno que, en muchos casos, enfrentan la necesidad de atender con urgencia y eficacia lo concerniente a la eliminación de exclusiones y marginaciones, especialmente las derivadas de la pobreza, la indigencia y la discriminación.

Asimismo los cambios han acelerado la ampliación del campo de las inseguridades e incertezas, y - en cierta medida- han dado cabida a confusiones entre lo que son principios y medios, así como al creciente reemplazo de lo social por lo individual y al abandono de ciertos valores éticos. Paradigmas de justicia, solidaridad y fraternidad tienden a ser reemplazados por inequidades, intolerancias, dogmatismos y fundamentalismos de todo tipo.

Al mismo tiempo los cambios tienen lugar en un medio de creciente fortalecimiento de la sociedad civil, en el que la gobernabilidad y la “imagen-país” reconocen como referentes protagónicos a la participación y el diálogo social.

¿Cuáles son, en este contexto, los desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo? Intentar una respuesta exige tratar de identificar, primero, cuáles son las grandes interrogantes actuales acerca del trabajo objeto del derecho del trabajo, de los sujetos de las relaciones de trabajo y del contenido temático y nivel de esas relaciones. El examen de esas interrogantes nos permitirá precisar los caracteres de los principales desafíos ahora existentes, a la vez que posibilitará configurar algunos elementos necesarios para delinear las perspectivas del Derecho del Trabajo.

I. EL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Parte del actual debate radica en el cuestionamiento de la clásica concepción del trabajo objeto de nuestro Derecho como aquél realizado por el hombre en condiciones de subordinación o dependencia, y en ajenidad.

Si bien no se pone en duda que el Derecho del Trabajo regula el trabajo humano, se afirma que el tránsito desde las relaciones de trabajo típicas hacia las atípicas, suele conducir a la disminución de la presencia y nitidez de los tradicionales componentes de la clásica concepción del trabajo subordinado y dependiente, dificultando así la percepción de la efectiva presencia de subordinación y dependencia. En otros términos, la línea demarcatoria entre trabajo dependiente e independiente no tiene ya la precisión que poseía antes de los actuales cambios. A esa afirmación se agrega que la ausencia

o insuficiencia de factores indiciarios que permitan definir con precisión la presencia de relaciones de trabajo, hace aumentar el campo de las llamadas zonas grises. Ello ocurre, por ejemplo, en el trabajo que tiene lugar en nuevas estructuraciones productivas en las que la subordinación -y la correspondiente supervisión- resultan muy atenuadas, como es el caso de los equipos autónomos de trabajo, el trabajo realizado fuera de los centros productivos de la empresa, los esquemas remuneracionales basados la productividad alcanzada mediante aumentos del rendimiento, ahorro de insumos y oportunidad y calidad del trabajo efectuado.

Ambas afirmaciones se refieren a dificultades objetivas para configurar lo que constituye subordinación y dependencia, derivadas de la multiplicidad, variedad y plasticidad que asume la prestación de trabajo en el actual proceso de cambios, también caracterizado e influido por el tránsito de la actividad económica desde el sector de la industria al de los servicios.

A ellas cabe agregar la constatación de un número creciente de modalidades -generalmente dolosas y fraudulentas- en las que relaciones de trabajo son artificialmente desplazadas hacia el campo de aplicación de otros ordenamientos jurídicos, de tal modo que la legítima presencia de casos dudosos es reemplazada por encubrimientos y deslizamientos. Su número crece en proporción directa a los niveles de desempleo y subempleo, que magnifican la necesidad de procurarse ingresos aunque ellos provengan de trabajos desprotegidos o hipoprotégidos.

Íntimamente relacionado con esas manifestaciones deslaborizadoras de lo laboral en el sector formal de la economía, se debe recordar que en el creciente sector informal generalmente existe una absoluta desvinculación laboral de quienes laboran en tal segmento del mercado de trabajo, incluyendo a los que en verdad tienen el carácter de trabajadores dependientes. Por ello, si se tiene presente que estudios de la OIT revelan la alta incidencia que en América Latina, tienen los empleos informales en el total de puestos de trabajo creados en los años recientes, crece aún más el número de trabajadores que de hecho quedan marginados del Derecho del Trabajo aumentando así las serias consecuencias de la "huida" desde la normatividad reguladora del relación subordinada y dependiente hacia el campo de las relaciones inciertas y desprotegidas.

II. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

Al determinar las características del sujeto trabajador en las relaciones de trabajo en los comienzos del siglo 21, se pueden anotar que existe una creciente participación femenina, incluso en trabajos y niveles jerárquicos históricamente reservados a los hombres, así como una también creciente participación de jóvenes con mejorados niveles de formación y capacitación. De otra parte, su vínculo laboral tiende a ser de plazo determinado o por obra o servicio, y generalmente tiene las características correspondientes

a lo que antes era considerado atípico en una relación de trabajo. La precariedad derivada de esa relación crea inseguridades y, a la vez, la certeza de que debe estar permanentemente en búsqueda de nuevas y mejores oportunidades de trabajo. También es común el trabajo objeto de ese vínculo cambie de naturaleza o contenidos, lo que exige poseer destrezas y capacidades diferentes de las iniciales, naciendo así necesidades de capacitación y formación profesionales permanentes que no resultan armónicas con el carácter temporal de la relación de trabajo

Del sujeto trabajador se espera que tenga un alto nivel de adaptabilidad a los cambios incesantes en la forma de producir y organizar el trabajo, para lo cual se requiere que sea potencialmente polivalente, y que asuma activamente los cambios que legítimamente ocurran en la descripción de sus funciones, asignación de tareas, determinación del lugar y del tiempo de su trabajo. Al mismo tiempo se espera que sea participe de las políticas y programas de aumento de competitividad de la empresa, que suelen incluir la fijación de remuneraciones estrechamente vinculadas a logros en la productividad y calidad de los bienes y servicios generados con su trabajo.

También son notables los efectos de los cambios en el sujeto empleador de las actuales relaciones de trabajo. De una parte, tal calidad suele desdibujarse como resultado de los frecuentes cambios de propiedad de la empresa, principalmente como efecto de ventas, fusiones o desmembramientos, especialmente si existen manifestaciones demostrativas de la existencia de unidad económica o jerárquica en un grupo de empresas, no obstante que legalmente son entes separados e independientes. De otra parte, nacen serias dificultades para determinar quién es empleador real y cual es la naturaleza de las responsabilidades -directas, solidarias y subsidiarias- de los diferentes empleadores en los casos en que existen contratistas, subcontratistas o relaciones triangulares en las que el que recibe el trabajo no es el empleador formal. También la condición jurídica de empleador suele transformarse en una vinculación contractual ajena al Derecho del Trabajo como consecuencia del nacimiento de relaciones que pueden tener ese carácter o pueden traducir maniobras de encubrimiento de relaciones de trabajo verdaderas.

Los cambios habidos en los sujetos individuales de la relación de trabajo han repercutido en los actuales perfiles, desafíos y funciones de los correspondientes sujetos colectivos. En general se puede señalar que asistimos a un fortalecimiento de las relaciones individuales de trabajo en desmedro de las relaciones colectivas, por lo que el protagonismo de los sujetos tiende a expresarse en niveles descentralizados como la empresa, el establecimiento, el lugar de trabajo y el trabajador individualmente considerado. Las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores, de hecho desprovistas de parte o gran parte de sus funciones originales, suelen orientarse hacia funciones de asesoramiento y orientación de las organizaciones de base y de los trabajadores interesados; de movilización; de vinculación y articulación con otras organiza-

ciones de la sociedad civil y, de coparticipes en procesos de diálogo macrosocial, cuando existen.

Severas reducciones se observan en lo atinente al número y nivel de compromiso de los afiliados sindicales, así como en lo referido a la presencia, cobertura y contenidos de la negociación colectiva. Además ella suele aumentar la frecuencia y profundidad de concesiones peyorativas o “congeladoras” a cambio de la mantención del nivel de empleo o de la desaceleración de su caída. La huelga en el sector privado tiende a perder efectividad. La participación tiende a ser substituida por modalidades de cooperación y de integración.

III. LAS MATERIAS OBJETO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

Diversos autores han señalado que la construcción normativa del Derecho del Trabajo corresponde al trabajo industrial, especialmente en sus manifestaciones “fordistas” y “tayloristas”, lo que tiende a ser inarmónico e incoherente con los principales perfiles que ahora presenta el trabajo principalmente en el sector terciario, y crecientemente en el secundario.

En ese contorno, el antiguo paradigma de la relación típica de trabajo adquiere singularidades de muy diferente orientación. La profundidad de esas singularidades ha dado fuerza a postulaciones doctrinarias referidas al surgimiento de relaciones de trabajo “parasubordinadas”, lo que podría justificar -o tornar necesario- el establecimiento de estatutos normativos diferenciados.

A la vez, el trabajo “en ajenidad” tiende a ser adjetivizado como cooperativo, concepto en torno al cual se desarrollan múltiples y renovadas técnicas de gestión de recursos humanos, que asignan a la relación de trabajo unos contenidos adicionales al de las contraprestaciones de trabajo y remuneraciones. Objetivos de competitividad, productividad y calidad informan tanto al trabajo dado como a la remuneración debida.

Esos contenidos, y los prestacionales, ya no se dan exclusivamente en la escala de lo local sino que resultan influidos por los efectos de los procesos de globalización y, a la vez, tienen proyecciones en la calidad y condiciones en que lo producido se inserta en los mercados nacionales e internacionales.

La flexibilidad laboral es una de las materias centrales del debate en torno a la funcionalidad del Derecho del Trabajo en los tiempos actuales. ¿Para qué se flexibiliza?, ¿cuánta flexibilización es necesaria?, ¿cómo se flexibiliza?, ¿quién flexibiliza?. La respuesta a cada una de esas interrogantes exige considerar al conjunto de ellas. En tal empeño hay quienes auguran la desaparición del Derecho del Trabajo, otros su reemplazo por uno nuevo, y otros su “aggiornamento” vitalizador.

No cabe duda de que la velocidad y plasticidad de los cambios y de las requerimientos que ellos plantean a la normatividad laboral, tornan indispensable armonizar

las necesidades de la protección con las de la producción. En ese contexto, al concepto de flexibilización desreguladora se opone el de flexibilización re-reguladora, en sus dos variantes: la que no afecta la protección pero cambia su expresión, y la que tiene un carácter peyorativo pero no desregulador. A la vez, a la llamada flexibilización “salvaje” se opone la regulada, distinguiéndose entre la regulación emanada de la ley y la convenida colectiva o individualmente entre las partes. En ese caso, se discute en torno a la preeminencia jerárquica de la fuente heterónoma y se indican mecanismos de articulación con la regulación autónoma, señalándose resguardos que favorecen a la de carácter colectivo.

IV. LOS NIVELES DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

La descentralización de las relaciones colectivas de trabajo, a menudo excesiva y desprotectora al no considerar los desequilibrios existentes entre las partes, resulta disfuncional y paradójica con los caracteres mundializantes de la globalización. Por ello crece la incoherencia entre enfoques minimalistas y localistas frente a desafíos y oportunidades globalmente extendidas.

Parece aconsejable que en la determinación de los niveles de las relaciones de trabajo prime la consideración de las materias que comprenden. Respecto de algunas será apropiado establecer alguna nivel centralizado y respecto de otras será preferible un nivel descentralizado. Al respecto debe tenerse presente que en sistemas de pluralidad de niveles es recomendable contemplar mecanismos de articulación que eviten la reiteración “en casada” de una misma materia.

Atendida la naturaleza de los cambios y de la velocidad con la que se manifiestan sus efectos, la determinación de los niveles de las relaciones colectivas debería corresponder a las partes y no ser determinada heterónomamente. Tal fijación autónoma facilitaría la oportuna revisión de los niveles fijados

V. DESAFÍOS.

Múltiples 1y variados son los desafíos vinculados con las materias ya presentadas. Sin restar importancia ni protagonismo a todos ellos, creo útil centrar mi análisis en torno a ciertos desafíos derivados de la naturaleza de la relación de trabajo, la diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo, la posibilidad de segmentar la trama normativa y sus elementos condicionantes, el recurso a la regulación heterónoma y a la autónoma, los contenidos temáticos y los niveles de actuación, y los operadores privados y públicos.

1. Naturaleza de la relación de trabajo.

A los indicadores y referentes determinadores de la relación subordinada, dependiente y en ajenidad, vinculados al arquetipo de la relación de trabajo que era típica antes de los cambios, se debe adicionar a los que resulten más apropiados para definir la existencia y niveles de subordinación, dependencia y ajenidad en las nuevas formas contractuales y relaciones de hecho que coexisten con las clásicas.

2. Diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo.

De ese examen resultarán más acentuadas que antaño las peculiaridades que presenta la relación de trabajo según el sector de actividad económica y tamaño de la empresa, el sector de actividad profesional de los trabajadores y las diversas manifestaciones que, en esos entornos, asuman las relaciones subordinadas, dependientes y en ajenidad, incluyendo en ese repertorio de diversidades a las llamadas relaciones parasubordinadas y paradependientes.

3. Segmentación de la trama normativa.

La pluralidad de realidades diversas invita a pensar en la existencia de un Derecho del Trabajo básico, nuclear, conformado por principios y derechos fundamentales en el trabajo, que contenga ramas normativas diferenciadas para atender las especificidades que adquiera el trabajo humano en los diferentes ambientes productivos de bienes y servicios. Así, el Derecho del Trabajo central sería acompañado -no reemplazado-, por ejemplo, por ramas normativas propias del trabajo en el sector privado y en el sector público; el trabajo en la grande, mediana, pequeña y microempresa, el trabajo realizado por categorías de trabajadores con mayor o menor presencia de subordinación, dependencia y ajenidad, y el trabajo efectuado para empleadores directos e indirectos y co-empleadores.

Tal segmentación presenta no pocas dificultades. En primer término, se expresa que generaría categorías decrecientes de protección. En segundo lugar, se argumenta que alentaría deslizamientos, carentes de buena fe, hacia las categorías menos protegidas. De otra parte, tal segmentación tendría que ser fijada mediante normas legales, las que difícilmente podrían atender las múltiples y cambiantes complejidades propias del florecimiento de lo atípico.

4. Regulación heterónoma y regulación autónoma.

Junto con repensar lo concerniente a los campos de actuación y coexistencia de la heteronomía y la autonomía, se tiene que adoptar las medidas necesarias para que lo resultante del ejercicio de la autonomía colectiva tenga la idoneidad legitimante que asegure su eficacia social. Además, es necesario dotar de atributos de equilibrio al ejercicio de la autonomía individual. En uno y otro caso se debe regular con gran cuidado lo referido a la disponibilidad de derechos, especialmente de los establecidos mediante ley o en desarrollo de la autonomía colectiva.

5. Contenidos temáticos y niveles de actuación.

Como las posibles segmentaciones y la conjunción de decisiones heterónomas y autónomas deben ser precedidas y presididas por la determinación de los campos temáticos y niveles de actuación en cada segmento y tipo de decisiones, cabe señalar que se debería preestablecer un mecanismo que permita evaluar sus resultados y, de ser necesario, adoptar los cambios que resulten más apropiados

6. Los operadores privados y públicos.

El contenido del Derecho del Trabajo es, en parte, determinado por las orientaciones y aceleraciones que a sus normas imprimen sus operadores privados y públicos.

Ello obliga a considerar lo concerniente al grado de libertad, independencia y equilibrio de poderes de los operadores privados, individuales y colectivos. En otros términos, la tarea es construir o reconstruir, en su caso, la capacidad de actuación de los sujetos individuales y colectivos de las relaciones de trabajo.

También obliga a reevaluar lo concerniente al papel del Estado en las relaciones de trabajo, tanto en lo concerniente a la formulación de la política pública de trabajo como en lo atinente a la actuación de la administración del trabajo y la justicia del trabajo.

Al respecto se pone de relieve que a las funciones fiscalizadoras y sancionadoras de la administración pública del trabajo, se deben agregar y fortalecer las funciones preventivas, asesoras, de estudio y de difusión y formación en materias laborales, sea directamente o en asociación con entidades privadas o públicas. A su vez, en lo correspondiente a la justicia del trabajo, se debe revisar las normas procesales que garanticen la celeridad de los procedimientos y el respeto al debido proceso. También se estima conveniente articular los procedimientos judiciales y administrativos, y contemplar el recurso a procedimientos alternativos de prevención y solución de conflictos.

VI. PERSPECTIVAS.

La representación y visión de las perspectivas del Derecho del Trabajo, que atienda los desafíos que ahora enfrenta, torna recomendable formular tres consideraciones preliminares.

Primeramente se debe entender que estamos viviendo un proceso no acabado de cambios, por lo que es necesario que toda propuesta que se formule ha de contener objetivos de largo y mediano plazo, y no limitarse a recomendar soluciones que hoy parecen apropiadas pero que más tarde pueden generar efectos diferentes y hasta contradictorios con los esperados. Preparémonos para vivir futuros cambios de los cambios actuales.

En segundo lugar, habida cuenta de las dimensiones nacionales e internacionales de los cambios y de sus interacciones con las instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe admitir que toda propuesta tiene que considerar su viabilidad, eficacia, pertinencia y coherencia en esos ámbitos. Especial atención ha de darse al papel que en el derecho nacional tienen las normas internacionales del trabajo de la OIT, las adoptadas en otros niveles internacionales universales (la ONU) o regionales (la OEA, por ejemplo), así como las derivadas de otras convenciones internacionales - bilaterales o multilaterales- como es el caso de los acuerdos de integración y los tratados de libre comercio. A ellos deben agregarse los contenidos de declaraciones unilaterales, como los códigos de conducta y normas de responsabilidad social asumidas por las empresas.

También se debe comprender que las causas y contenidos de la actual cuestión social son diferentes de lo que fueron propios de la habida en el pasado, por lo que ahora no procede repetir mecánicamente las recetas y los discursos de ayer, sino que ellas deben ser funcionales con las necesidades nacidas de los problemas de hoy.

Formuladas estas consideraciones cabe identificar algunos objetivos conducentes a encimar los actuales desafíos. Entre ellos destacamos los siguientes:

1. Reconocer que el Derecho del Trabajo comprende la existencia de un ámbito general de cobertura y de ámbitos especiales que incluyen a personas cuyos vínculos de dependencia y subordinación no siempre tienen la misma intensidad o nitidez, o que trabajan en sectores de actividad o profesionales que requieren un tratamiento diferenciado, como los del sector público, la pequeña y microempresa, los profesionales y técnicos, y los empleados en la alta dirección de la empresa. En consecuencia es previsible y aconsejable facilitar la incorporación de nuevos colectivos de trabajadores al campo de cobertura del Derecho del Trabajo.
2. Redimensionar y revalorizar la función protagónica del trabajo humano “en ajenidad” y su normativa, en el logro de objetivos como la paz social, la

governabilidad, la consolidación de la democracia y la participación en la economía globalizada mediante la elevación de los niveles de competitividad basada en aumentos de productividad y calidad, y no en el deterioro de los niveles de protección y de activo respecto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En otros términos, se debe entender que los objetivos del Derecho del Trabajo y los de los actuales procesos de cambio no sólo son compatibles sino que además son interrelacionados y recíprocamente necesarios.

3. Repotenciar los sujetos e instituciones de derecho colectivo del trabajo en todos los niveles de los sectores económicos y profesionales, mediante acuerdos sociales y normas legales que garanticen la libertad sindical y el derecho de sindicación, la negociación colectiva, la solución y prevención de conflictos, la huelga, y la participación en todas sus manifestaciones y niveles. Especial atención requiere lo concerniente a la presencia de los elementos objetivos y sustantivos que aseguren la idoneidad de la autonomía colectiva, y al papel que en ello corresponde a los sujetos sociales y al Estado.
4. Evitar la deslaboralización de lo laboral habida en casos fronterizos de trabajos supuestamente independientes o regulados por otros sistemas normativos, así como resultado directo o indirecto de externalizaciones, subcontrataciones e intermediaciones.
5. Establecer ecuaciones sociales idóneas entre la flexibilización y la protección laboral, eliminando efectos desreguladores y desprotectores, a la vez que promoviendo que su implantación sea concertada.

Pensamos que en la obtención de esos objetivos se debe asignar especial protagonismo formas idóneas de diálogo y acuerdos sociales, que agreguen mayor legitimidad a las decisiones que se adopten heterónomamente, evitando así los inconvenientes derivados de la imposición unilateral o de estrategias cooptadoras.

Al terminar preguntémonos ¿cuál es el principio que informa esta presentación de desafíos y perspectivas?

La creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano de alcanzar una justa redistribución de lo logrado con la participación del trabajo, a la vez que una ecuánime redistribución de las oportunidades para mantener esperanzas, para soñar con un futuro mejor, para alcanzar la felicidad, la paz, la justicia y el amor fraternal al realizarnos y expresarnos en el trabajo que hacemos.