

Publicado en www.relats.org

LA PROFUNDIDAD DE LA CRISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO. INTERROGANTES Y PERSPECTIVAS

Guillermo Pérez Crespo

Marzo 2019

1. Algunas reflexiones previas.

Parece ser que en lenguaje chino el ideograma de *crisis* es la conjunción de los ideogramas *amenaza* y *oportunidad*; y ésta habría sido la razón para la tan difundida afirmación de que toda crisis encierra una oportunidad. La idea es interesante, pero la conclusión resulta un poco forzada: no toda crisis es oportunidad y la historia suministra numerosos ejemplos al respecto¹.

Lo cierto es que a un siglo del Pacto de Versalles y el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo, un derecho del trabajo modelado en ese contexto histórico de principios del siglo veinte atraviesa un proceso de profunda crisis, de una magnitud tal que nos lleva necesariamente a preguntarnos seriamente sobre su posibilidad de supervivencia.

Reflexionar sobre las causas o motivos de lo ocurrido, así como las perspectivas de esta disciplina, exige desprendernos de afirmaciones superficiales y mitos repetidos hasta el hartazgo, analizar críticamente los desafíos de la actualidad y plantearnos cómo responder los múltiples interrogantes que nos interpelan.

Pensar un futuro posible obliga a tomar conciencia de que los procesos históricos no son mecánicos ni lineales, y que nuevos cambios pueden derivar en respuestas y realidades diferentes. Cualquier perspectiva que se construya tiene la limitación propia de lo coyuntural, pero nos exige a la vez mirar más allá del horizonte inmediato.

Es en ese devenir que nos vemos desafiados a repensar el derecho del trabajo, pero ello no puede significar en modo alguno la aceptación resignada de un discurso interesado en sostener -y convencer a fuerza de reiteración- que las necesidades de la economía conducen obligadamente a una readecuación

¹ En realidad, de las crisis más profundas surgen nuevas realidades que no son necesariamente iguales a lo anterior pero que pueden resultar en su superación como avance o como retroceso. Como el proceso no es mecánico, depende de los hombres -en este caso de las clases sociales en pugna- hacia que dirección apunte la nueva realidad, y en el caso del derecho del trabajo tengo pleno convencimiento de que es muy difícil que pueda volverse a la esencia propia de su período clásico - ligado al fenómeno de acuerdo de clases en el marco del denominado *estado de bienestar*- pero también de que los trabajadores tienen la capacidad y la fuerza -por lo menos en potencia- para reconstruirlo otra vez como nuevo derecho en función de sus intereses, y que los operadores jurídicos algo podemos aportar en ese sentido.

profunda y unidireccional de las relaciones laborales en función de los requerimientos del capital, lo que debería significar inevitablemente el sacrificio de derechos relacionados con la vida y la dignidad de los trabajadores.

Una cosa es comprender que eso es lo que está ocurriendo y otra muy distinta es aceptar que ello resulte inevitable.

El derecho del trabajo, como construcción superestructural, necesita de una sólida correspondencia con la realidad, con el mundo del trabajo y con las relaciones económicas y sociales que en él se entrecruzan.

Y en la medida en que esa base material se transforma, la regulación de la misma también, pero a la vez, con los cambios producidos en el plano de lo jurídico se intenta promover y dar solidez a nuevos cambios en las relaciones laborales, en una suerte de proceso de auto reproducción constante, la que no resulta ajena a la esencia de un derecho que se construye y reconstruye permanentemente en el conflicto social.

En ese difícil marco -por naturaleza inestable y contradictorio-, cualquier intento de reflexión debe desbrozar un camino lleno de supuestas verdades que se repiten sin analizar si configuran realmente un reflejo de la praxis.

Del lado de quienes sostienen la *necesidad* de un derecho del trabajo como derecho social, en su concepción *clásica*, vinculado al concepto más amplio y abarcador de estado social del derecho, que llegó a su formulación más avanzada en la segunda mitad del siglo veinte, la discutible noción de un carácter protectorio inmanente al mismo, de larga historia, de progresividad necesaria, golpeado circunstancial y temporariamente por determinadas políticas económicas².

El derecho del trabajo que tuvo plena vigencia décadas atrás, por supuesto dentro de los límites del sistema³, no fue producto de una construcción de laboratorio por parte de juristas sino la expresión concreta de la organización y las luchas de los trabajadores, con sus aciertos y errores, en un período histórico determinado. No tenía nada de necesario, inmanente o eterno, no fue jamás derecho *natural*, y -como producto histórico- estuvo siempre sujeto al devenir de las condiciones sociales que le dieron origen y forma.

En realidad, este derecho clásico tuvo un tiempo de vigencia más reducido de lo que usualmente se supone: si bien comenzó a esbozarse como tal a

² Adelanto desde ya que los conceptos que se exponen en estas líneas no pueden llevarnos a desconocer dos elementos esenciales: que la construcción del derecho del trabajo ha sido obra de la organización colectiva de los trabajadores, a lo largo de años y con enorme sacrificio, y que su defensa en esta coyuntura es una acción de importancia fundamental. Y en ese marco, conceptos como el del *principio de progresividad* han sido y siguen siendo una importante herramienta en el debate ideológico, aunque ello no debe llevarnos a evitar la reflexión necesaria que en todo caso nos permita una imprescindible actualización. Tengo el convencimiento -creo que compartido por muchos- de que cualquier defensa que ensayemos del derecho del trabajo en la actual relación de fuerzas exige el más crudo análisis de sus límites, y su superación a través del esfuerzo de reconstruirlo con nuevo contenido. De lo que se trata aquí es apenas del intento de repensar algunas cuestiones vinculadas a esta disciplina jurídica y la crisis que la atraviesa.

³ Por las condiciones en que nació y se desarrolló, nunca fue un derecho de *todos los trabajadores*, sino de amplios sectores trabajadores en los países más avanzados, y de fracciones más reducidas en la periferia del mercado mundial, quedando fuera de su ámbito de tutela una parte no menor de la clase trabajadora mundial, incluyendo por supuesto en este concepto, además de obreros industriales, a campesinos, mineros, y hombres que cumplen actividades diversas, y por otro lado los falsos *autónomos*, en todas las regiones y países.

principios del siglo veinte, llegó a su plenitud con la posguerra, a principios de la década del cincuenta, y comenzó a sufrir las consecuencias de las nuevas condiciones del mercado mundial ya en los primeros años de la década del setenta.

Un derecho necesariamente vinculado al denominado *estado de bienestar*, modelo social cuya vigencia plena apenas sí alcanzó algunas décadas.

Con el riesgo que implica toda generalización se podría señalar que parte importante de la doctrina que defiende la concepción del derecho laboral como derecho social protectorio, compensador de las desigualdades económicas y de poder existentes entre las partes, sustenta su posición en elaboraciones teóricas que se acercan de una u otra forma a una interpretación del derecho como derecho natural: es en el mismo derecho del trabajo donde estarían los límites a la precarización laboral, y todas las normas que avanzan sobre determinados institutos jurídicos laborales resultan esencialmente inadmisibles en cuanto violan los principios fundamentales del derecho social del trabajo, aquellos que podríamos resumir en los enunciados por Plá Rodríguez, enriquecidos posteriormente por otros trabajos doctrinarios⁴.

En lo que hace al *principio de progresividad*, levantado firmemente por muchos juslaboralistas, como elemento necesario de esta disciplina jurídica, es de señalar que tal concepto resulta válido como idea o consigna de batalla, pero no sirve como autoconvencimiento de una suerte de necesidad histórica, propia de un pensamiento mecanicista con raíz en concepciones filosóficas positivistas⁵.

Es que, lo que desde lo axiológico lleva necesariamente a una concepción del derecho del trabajo en permanentemente progresividad hacia su horizonte de teórica desaparición en una sociedad sin enajenación de la fuerza de trabajo por un salario, desde el plano concreto de las relaciones sociales no es así, y esto no puede ser soslayado: una cosa es empujar para acercar al derecho del trabajo real a ese valor ideal – siendo en esa dimensión ética absolutamente válido el planteo del principio de progresividad- y otra muy diferente confundir los intereses y las fuerzas en juego⁶.

En todo caso, sí se puede afirmar que desde una óptica de los derechos humanos el derecho del trabajo debería ser necesariamente progresivo, y en la medida en que no lo es no cumple con su finalidad esencial como disciplina jurídica. Pero desde la realidad de un derecho que se construye dialécticamente al

⁴ Alguna correspondencia tiene esta posición con la elaboración doctrinaria del constitucionalismo social, de una riqueza conceptual indiscutible, pero donde a veces pareciera que el enfrentamiento de clases se da exclusivamente al interior del derecho y como parte de las distintas concepciones existentes, omitiendo en cierta forma el sustrato social ineludible, sin el cual no se explican las diferentes posiciones ideológicas jurídicas y, en definitiva, el resultado del conflicto.

⁵ Me remito a aclaración en nota 1.

⁶ Es que la doble esencia del derecho del trabajo ha hecho del mismo una herramienta esencial de los trabajadores, pero también un renunciamiento en cuanto a cuestionar a fondo el sistema social en que se desarrolló. Joaquín Pérez Rey, *Derecho y Mercado del Trabajo: evolución y contextualización en el escenario económico actual*, en *El Derecho Laboral en la crisis global*, VVAA, coord. por Luis Ramírez, edit. IBDeF, Buenos Aires, 2009, señala que el derecho del trabajo tiene en su código genético un marcado carácter ambivalente: mejora la situación de la clase obrera en forma significativa, pero a su vez consolida su explotación y aplaza la emancipación.

interior de una sociedad dividida en clases, son los intereses que hegemonizan el conflicto social los que definen en última instancia el mismo⁷.

Por el lado de los partidarios de la subordinación del derecho del trabajo a un *nuevo derecho económico*, que responda a las necesidades del mercado, quizás el más evidente mito guarda relación con la presentación como *modernidad* de una concepción atada en realidad a un pasado de precariedad y marginación de amplios sectores de la población, y el convencimiento de la *necesidad de esta modernidad* en la forma en que es pensada, en el marco limitado de las relaciones capitalistas de producción como única dimensión posible.

Una suerte de acto de ilusionismo ideológico que presenta elementos propios del pasado más oscuro como promesas del futuro más promisorio. Pero el pasado como futuro es en realidad la renuncia al futuro.

Contrariamente a su definición como derecho moderno, la doctrina que sustenta la necesidad de adecuar el derecho del trabajo a las necesidades de la realidad económica⁸, constituye una reelaboración, hábilmente maquillada, a través de un discurso eficaz, de posiciones teóricas que impugnaron desde un principio el derecho del trabajo como rama o disciplina autónoma: en el siglo diecinueve defendieron la integración subordinada de las normas laborales en el derecho civil, y a finales del siglo veinte descubrieron que correspondía integrarlas como subdisciplina jurídica a un nuevo derecho económico.

En relación a esa construcción doctrinaria, Ermida Uriarte hace referencia al manejo intencionado del lenguaje en expresiones como *flexibilidad* y *rigidez*, señalando que mediante esta táctica discursiva todo proyecto de flexibilización (precarización) laboral se presenta como de *modernización* de las relaciones laborales, cuando en verdad lo es de *posmodernización*⁹.

Barbagelata menciona que la denominación de *derecho nuevo* se utilizó en realidad en la primera mitad del siglo veinte para identificar a la concepción social protectora del derecho del trabajo, en contraposición con la doctrina que pretendía incluirlo en el derecho civil, desconociendo las particularidades profundas que encierra la regulación de las relaciones laborales¹⁰ y su impacto directo sobre derechos humanos fundamentales.

⁷ Mario Elffman, en *La conflictividad social y el derecho del trabajo*, en *Estudios Críticos...* ob. cit., expone con claridad la concepción del derecho del trabajo como resultante de la conflictividad entre las clases y la imposibilidad de entender sus instituciones por fuera de la presencia constante de la acción colectiva de los trabajadores. Señala -a mi juicio correctamente- la dualidad conceptual de esta disciplina jurídica en cuanto se encuadra como derecho de la sociedad capitalista, en la medida y con el sentido de que no es extraño, ajeno ni contradictorio (en lo esencial) respecto del conjunto de las instituciones de la sociedad en que se origina, y a la vez lleva la marca indeleble en su nacimiento, desarrollo (e involuciones) y pervivencia, de las luchas sociales.

⁸ En realidad, a la necesidad de una política económica determinada, no la única posible, pero eso ya es otra cuestión, ajena a los límites de este trabajo.

⁹ Oscar Ermida Uriarte, *La flexibilidad*, edic. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000. Sobre este uso intencionado de los términos flexibilidad, desregulación y emergencia, y su importancia en el debate ideológico, me referí algo más ampliamente en *La Trampa de la Flexibilidad Laboral*, edit. Cinco Continentes, Buenos Aires, 1995.

¹⁰ Héctor Hugo Barbagelata, *El particularismo del Derecho del Trabajo*, edit. fcu, Montevideo, 1995, donde hace una reseña muy interesante sobre el debate doctrinario producido alrededor de la configuración del derecho del trabajo como rama autónoma. Alfredo Palacios, *El nuevo derecho*, edit. Claridad, Buenos Aires 1934, hace referencia a *fórmulas jurídicas revolucionarias que surgen de la acción de los trabajadores y cristalizan en un nuevo derecho*.

Que hoy el llamado *derecho económico* se presente como *derecho nuevo*, y que la rigidez más absoluta de sus normas en desmedro de los derechos fundamentales de gran parte de la población sea conocida como *flexibilidad laboral*, parece insólito, pero en realidad es el resultado de una compleja construcción discursiva de evidente eficacia, que ha logrado presentar lo viejo como nuevo, el pasado como futuro, el interés de unos pocos como de todos.

Los ideólogos de la precarización repiten constantemente que de la crisis económica se sale con modernización y que para lograrla es imprescindible flexibilizar la legislación laboral. Así *flexibilidad* y *futuro* son términos que aparecen unidos en una concepción que identifica los derechos del trabajador con un pasado esquemático e ineficaz, superado por los nuevos conocimientos y la anunciada muerte de las ideologías.

Pero la principal dificultad en la defensa del derecho del trabajo reside en haber aceptado finalmente que la discusión de los derechos sociales se desarrolle al interior del espacio del pensamiento de la productividad como único posible, con la obvia consecuencia de la necesaria supeditación de aquellos a ésta: cualquier discusión en el terreno de la lógica del capital necesariamente conducirá a conclusiones previsibles sobre las normas de protección laboral como impedimento del progreso económico; allí es donde se instala cómodamente el discurso de la supuesta rigidez que impediría el acompañamiento de las normas a los cambios sociales acelerados, en sentido inverso a las condiciones que le dieron origen.

El debate doctrinario alrededor del derecho del trabajo encierra también una amplia gama de grises, que van desde propuestas flexibilizadoras que intentan compensar con límites humanitarios la necesaria adecuación normativa propugnada, hasta elaboraciones teóricas que defienden el núcleo central del derecho del trabajo, pero admiten la adecuación de algunas normas a la *nueva realidad*.

Como ejemplo de estas posiciones intermedias, se ha afirmado que el mundo cambiante en que vivimos requiere cierta dosis de flexibilidad laboral, sosteniendo que el punto no consiste tanto en rechazarla o aceptarla, sino en saber distinguir entre las flexibilidades verdaderamente útiles a las empresas y aquellas que sólo responden a las preocupaciones de los ideólogos del mercado, y comprender que las leyes del trabajo se deben inspirar tanto en la equidad como en la pura lógica económica¹¹.

En el mismo sentido se ha sostenido que el camino viable para el derecho laboral es uno intermedio: la *protección flexible*, planteando que existen fundamentalmente tres áreas de las instituciones jurídicas (jornada de trabajo, salarios y terminación del contrato) que deben ser flexibles, proveyendo al empleador de mecanismos que le permitan ajustar la producción y ciertas condiciones de trabajo a las fluctuaciones del sistema económico¹².

¹¹ Arturo Bronstein, *Reforma laboral en América Latina; entre garantismo y flexibilidad*, revista de la OIT, 1997. Cabría señalar, entre otras cuestiones, la dificultad de diferenciar ambas situaciones cuando el discurso de la precarización termina identificando interés de la empresa -organización colectiva de trabajo- con interés de su titular -empresario-.

¹² Arturo Hoyos, *Los desafíos presentes*, en VVAA: *La negociación colectiva en América Latina*, Antonio Ojeda Avilés y Óscar Ermida Uriarte comp., edit. Trotta, Madrid 1993.

Más allá de la intencionalidad de sus exponentes, estas posiciones doctrinarias que sostienen la necesidad de un derecho social protector pero adecuado a las nuevas realidades económicas, o la imperiosidad de una flexibilización con límites en la dignidad del trabajador, terminan configurándose como variantes lavadas de la doctrina de la precarización del derecho del trabajo, y -en definitiva- una puerta abierta a la política de destrucción del derecho del trabajo como derecho social protectorio.

2. Los cambios producidos, sustento necesario de la transformación.

En realidad, los límites que presenta el derecho del trabajo tienen un sustento material, que va más allá del régimen jurídico en sí. Después de todo, se trata de un derecho al que los juristas le han dado redacción pero no propiamente elaboración: fue elaborado en un largo proceso de construcción histórica por los propios trabajadores en su enfrentamiento cotidiano con el capital y en el marco de condiciones objetivas cambiantes¹³.

Cualquier análisis que se intente sobre lo ocurrido con el derecho del trabajo debe partir de los cambios económicos producidos, la profundización del fenómeno de globalización del mercado mundial, el acceso a nuevas tecnologías, las modificaciones en el mapa político, simbolizadas en la figura del naufragio del denominado *socialismo real* o el agotamiento de las variantes tradicionales del modelo socialdemócrata en Europa y de las alternativas progresistas en América¹⁴, por lo menos en su forma atada a la etapa histórica del denominado estado de bienestar.

Estos procesos constituyen el marco general de todos los cambios habidos en la estructura de clases, las profundas modificaciones producidas al interior de las distintas fracciones de la clase trabajadora, los cambios en los procesos de producción y en las formas de gestión del trabajo.

El discurso de la *organización científica del trabajo* como componente que se pretende objetivo y racional, de implicancia directa en las relaciones sociales de trabajo, se ha instalado fuertemente y es uno de los pilares indiscutibles de la ofensiva del capital sobre los derechos de los trabajadores.

2.a.

Taylorismo y fordismo fueron elementos determinantes en el proceso inicial de apropiación del saber obrero y de una política hegemónica del capital en las relaciones laborales.

La destrucción del oficio, como espacio de poder del trabajador, fue el gran desafío del capital a principios del siglo veinte. La sustitución del control obrero de los modos operatorios por *un conjunto de gestos de producción* concebidos y preparados por la dirección de la empresa, que a su vez vigila su cumplimiento,

¹³ Matías Cremonte, *La inserción singular del derecho del trabajo en los ordenamientos jurídicos*, en *Estudios críticos...* ob cit., traza un ilustrativo recorrido de los complejos orígenes del derecho del trabajo en su concepción clásica, y cita a Horacio Zamboni, quien señala que el derecho del trabajo se compone de las normas que la clase obrera le arrancó al capital en las luchas que constituyen su historia, además de las que éste, por razones de conservación del sistema, puede haber concedido en forma preventiva.

¹⁴ Habitualmente denominadas como “*populistas*” en el sur de América, entiendo que esta denominación encierra un valor negativo de menosprecio, ajeno al concepto de lo *popular*, aunque el término de *progresismo* puede también dar lugar a confusión.

constituyó el éxito temprano del taylorismo, rompiendo el monopolio de la clase obrera sobre el saber y el control que tenía sobre los tiempos de producción, y permitió el despegue de la producción en masa¹⁵, lo que se tradujo en un cambio importante en la composición de la clase obrera requerida por el empresario¹⁶.

La cadencia del trabajo pasó a estar regulada mecánicamente, de manera totalmente exterior al obrero, por la velocidad dada al transportador que pasa delante de cada operario¹⁷.

Todos estos cambios impactaron en su momento profundamente en la composición y en la identidad cultural de la clase trabajadora.

Junto con el proceso de trabajo taylorista-fordista, se erigió, particularmente durante la posguerra, una suerte de mecanismo de acuerdos y regulaciones que, restringido esencialmente a una serie de países de capitalismo avanzado, ofreció la ilusión de que el sistema de metabolismo social del capital podía ser regulado y controlado de manera efectiva, duradera y definitiva, apoyándose en un compromiso entre el capital y el trabajo, mediado por el estado¹⁸.

La necesidad del modelo fordista de sociedad respecto del salario como factor determinante de la ampliación del consumo de sectores de la población exigía la intervención del Estado en el ámbito nacional, así como acuerdos entre estados de países con similar desarrollo económico social en el marco de las relaciones internacionales¹⁹.

Un compromiso vinculado directamente a aspectos propios de las políticas keynesianas que se fueron dando, según cada país y región, a partir de la década del treinta, como producto de la propia lógica del desarrollo anterior del capitalismo y a su vez del precario e inestable equilibrio en las relaciones de fuerza entre el capital y la clase trabajadora, buscando delimitar el campo de la lucha de clases mediante la obtención de importantes conquistas sociales y al mismo tiempo de un abandono del proyecto político histórico de los trabajadores en relación a la construcción de una sociedad diferente²⁰.

¹⁵ Benjamín Coriat, *Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. Edit. Siglo XXI. México, 1997.

¹⁶ Que ya puede contratar masivamente a obreros sin especialización.

¹⁷ Coriat, ob. cit. Con el fordismo, la máquina especializada cerró el círculo de apropiación del saber obrero y marginación del oficio en la gran producción industrial.

¹⁸ Ricardo Antunes, *Os sentidos do trabalho*. Edit. Boitempo, San Pablo, 2000 (hay edición en castellano: *Los sentidos del trabajo*, edic. TEL – Herramienta, Buenos Aires 2005). Este fenómeno se dio también, pero en menor medida y en diferente forma, en países de la periferia de capitalismo relativamente desarrollado.

¹⁹ Alain Lipietz, *El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital-trabajo en el mundo*. Edic. Piette, Buenos Aires, 1994. Por supuesto que el concepto de *compromiso* debe ser relativizado y no olvidar que el conflicto social no desaparece realmente y que, por otra parte, los destinatarios de esas políticas económicas son sólo fracciones de clase o sectores sociales determinados, a lo que cabe agregar la inestabilidad permanente y el grado de contradicción de estos fenómenos sociales más bien coyunturales en el devenir histórico.

²⁰ El abandono de las concepciones clasistas anteriores ha sido motivo de grandes controversias doctrinarias, con una preponderancia de interpretaciones a favor de esta mutación como forma más eficaz de intervención en la realidad por parte de los sindicatos; hoy pareciera que esta forma de construcción e intervención se degrada aceleradamente con la crisis del modelo de estado de bienestar y reactualiza algunos interrogantes y debates de principios del siglo veinte alrededor del derecho del trabajo como aceptación de las relaciones sociales basadas en una economía capitalista.

Sobre esta realidad se terminó de configurar trabajosamente la versión del derecho del trabajo como expresión de un derecho social protectorio, pero que ya no cuestiona el sistema social en el que se inserta como construcción jurídica.

Un contrato de trabajo fuertemente intervenido por la ley y la norma colectiva, relegando la autonomía individual a un plano menor, sobre la base del trabajador como contratante débil y un desequilibrio que sólo puede ser eficazmente corregido desde el plano colectivo²¹.

Un derecho laboral en que la institucionalidad estatal media en el conflicto y lo regula por acuerdo de ambas partes, donde el concepto de lo sindical suele relacionarse con lo profesional, dejando de lado otras dimensiones de las relaciones laborales, y donde la negociación colectiva desplaza del lugar central al conflicto como mecanismo de obtención de derechos y regulación de las relaciones de poder²².

En esta acentuada mutación ideológica, se extiende la visión del conflicto ya no como connatural e inherente al modo de producción del capitalismo en sus diversas mutaciones históricas, sino como algo patológico o anormal, o -desde otra concepción diferente pero con puntos en común- el reconocimiento y la reivindicación de la institucionalización del mismo y su necesario encausamiento pacífico por vía del derecho, con la instauración de sistemas normativos para la ordenación de éste a través de la denominada autotutela en el marco de la autonomía colectiva²³. El debate es complejo y legítima parece la aspiración a que el conflicto se canalice a través de la autonomía colectiva de las partes, pero esta construcción doctrinaria sólo resulta viable en una coyuntura histórica particular, y en el contexto de un determinado modelo social de estado, hoy en profunda crisis²⁴.

Con garantía última en los tratados y normas internacionales sobre derechos humanos fundamentales, así como en los convenios de la OIT y los dictámenes y recomendaciones de sus organismos de interpretación y contralor, este derecho del trabajo se fue forjando paulatinamente, y no sin resistencia del capital, en el marco de los compromisos asumidos políticamente entre las clases en disputa²⁵.

²¹ Joaquín Pérez Rey, ob. cit.

²² Todo ello explica que este modelo se haya desarrollado más en países europeos donde el Estado de bienestar adquirió una dimensión mayor. Señala Pérez Rey (ob cit.) que esta regulación jurídica del contrato de trabajo resultaba completamente funcional al modelo económico surgido de la segunda guerra mundial, caracterizado por altas tasas de empleo y fordismo como elemento predominante de organización empresarial.

²³ José Luis Monereo Pérez, *Poder y subordinación en las relaciones de trabajo. Las relaciones de trabajo como relaciones de poder asimétrico*. En *Estudios Críticos de Derecho del Trabajo*, VVAA, dir. Moisés Meik, edit. Legis, Buenos Aires 2014.

²⁴ Por otra parte, ese modelo de hegemonía de la negociación en el marco de la autonomía colectiva se sustenta en el renunciamiento por la clase trabajadora a poner en cuestión el sistema social; si bien esta cesión es también en cierta forma esencial a la existencia misma del derecho del trabajo, la doctrina de la autonomía colectiva parece extenderla conceptualmente a su punto máximo. Esto no significa desconocer que, en el marco de las relaciones sociales vigentes, en definitiva el conflicto se traduce necesariamente en negociación como forma de saldar temporalmente el mismo, pero esta realidad hace a la negociación parte del conflicto y no desplaza la centralidad de éste en las relaciones sociales.

²⁵ En este contexto resultó esencial la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, e instrumentos de derecho internacional del trabajo como la Declaración de Filadelfia y los sucesivos convenios de la OIT. También la firma de tratados internacionales sobre derechos

Un derecho del trabajo que se fue perfeccionando y extendiendo en forma creciente, aunque nunca perdió su esencia de inestabilidad, propia del precario equilibrio en las relaciones de fuerza entre el capital y los trabajadores.

La regulación de la jornada, los sistemas de categorías, las escalas salariales de convenio, los límites al poder discrecional del empleador, los mecanismos de protección de la estabilidad contractual, más fuertes o limitados según cada país, la fuerte y extendida negociación colectiva de condiciones de trabajo y remuneraciones, todos estos elementos propios de una disciplina jurídica tan particular y conflictiva, alcanzaron su máxima expresión en este período histórico y significaron una conquista de importancia esencial para millones de trabajadores, permitiendo vidas más dignas y perspectivas de futuro, antes inexistentes.

Según las regiones, estos derechos se consolidaron esencialmente a través de normas heterónomas, emanadas del poder estatal en el marco de las relaciones sociales en juego, o también y fundamentalmente mediante la negociación colectiva.

En la Argentina fue la sanción de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo la expresión más acabada de este proceso histórico²⁶. En el marco del poder hegemónico del empleador, en cuya cabeza se pone la dirección y organización de la empresa, la facultad de modificar condiciones de trabajo y el poder de disciplina y sanción²⁷, se consagran a la vez determinados límites que expresan el resultado de la lucha de clases en ese período histórico, el grado de conciencia de los trabajadores y de relación de fuerzas: los límites al *jus variandi* y al poder de disciplina, los principios de irrenunciabilidad y progresividad, el eficaz sistema de categorías en los convenios como contrapeso del poder del empleador en el lugar de trabajo, la protección a la estabilidad laboral y la consagración de derechos sociales que resultaban esenciales a la vida y dignidad de amplios sectores de la clase trabajadora, en especial los obreros industriales y de algunos sectores de servicios.

2.b.

Pero, a partir de los años setenta, como consecuencia de una doble realidad, la de la necesidad de enfrentar los conflictos sociales y luchas obreras de fines de la década del sesenta²⁸ y el agotamiento económico del modelo de acumulación, y con sustento en los enormes y acelerados avances tecnológicos y el salto en la globalización del mercado mundial, el capital construyó nuevas estrategias de acumulación, organización de la actividad y formas de gestión del

humanos fundamentales, como el Pacto de San José de Costa Rica, o la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Sobre esta cuestión, entre otros: René R. Mirolo y Patricia J. Sansinena, *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*, edit. Advocatus, Córdoba (Argentina), 2010; Osvaldo Mantero de San Vicente, *Derecho del trabajo de los países del Mercosur*, edit. fcu Montevideo 1996. También, y fundamentalmente, los valiosos aportes en la doctrina iuslaboralista en Argentina por parte de Moisés Meik, Oscar Zas, Ricardo Cornaglia, David Duarte y otros.

²⁶ La que en alguna forma fue la expresión en la norma estatal de la generalización de los derechos alcanzados por los trabajadores de los sindicatos más fuertes a través de mecanismos de negociación colectiva.

²⁷ En el texto original de la LCT: arts 69 a 72; actuales 64 a 67 de la regla estatal 21.297 impuesta por la dictadura militar en el año 1976.

²⁸ Que en algunos casos procuraban un control social de los trabajadores sobre el proceso productivo, poniendo en discusión los métodos tayloristas y fordistas en los lugares de trabajo.

trabajo que le permitieron modificar radicalmente las relaciones de fuerza con la clase trabajadora.

Como respuesta a su propia crisis, llevó a cabo varias transformaciones en el proceso productivo, constituyendo formas de acumulación flexible, nuevas políticas de gestión organizacional, incorporando avances tecnológicos e imponiendo variantes alternativas al binomio taylorismo-fordismo, especialmente a través del denominado modelo *toyotista*²⁹.

Los mecanismos del capital hacia la apropiación del saber obrero, control y disciplina, adquirieron una nueva dimensión, bajo distintas modalidades, con la revolución tecnológica de la segunda mitad del siglo veinte, dando sustento a las nuevas estrategias empresarias, las que se explican no solo en la competencia inter capitalista y la urgencia de superar el agotamiento del modelo de acumulación, sino también en la necesidad de responder con más eficacia a las luchas sociales relacionadas con el mundo del trabajo³⁰.

Surgieron nuevos procesos de trabajo donde la producción en serie y en masa es sustituida por la flexibilización de la producción, por la *especialización flexible*, por nuevos patrones de búsqueda de productividad, por nuevas formas de adecuación de la producción a la lógica del mercado³¹.

Los círculos de calidad y el *justo a tiempo* en reemplazo de las viejas formas tayloristas y fordistas se desarrollaron entre las décadas del cincuenta y sesenta en Estados Unidos y Japón³² y adquirieron mayor dimensión y extensión a partir de los años setenta.

El control ya no está tan centrado en la persona del trabajador sino en el grupo, y las tácticas de coerción se desplazan parcialmente, por lo menos en la forma, a políticas de consenso, donde se propone en teoría darle mayor participación al obrero y enriquecer su trabajo.

La organización de la actividad es diferente, y se pasó del trabajo especializado a la polivalencia, estimulándose formalmente la iniciativa, pero con un control estricto de lo que se tiene que hacer, en cuánto tiempo y cómo tiene que hacerse³³.

En este período y gracias a las nuevas tecnologías, el capital pasó de la automatización a la informatización del proceso de trabajo, multiplicando el control sobre los operarios³⁴.

²⁹ Antunes, ob. cit. La aparición y crecimiento del toyotismo (u ohnismo, por su creador: Ohno), generó un profundo y extendido debate entre quienes lo vieron como una interesante alternativa de democratización de las relaciones laborales al interior de la fábrica, estimulando -en esa perspectiva- la libertad y creatividad del operario, y quienes sostuvieron la falsedad del discurso de libertad y creatividad y denunciaron que no pasaba de ser una nueva estrategia del capital que posibilita un modelo de producción más flexible y directamente vinculado a las necesidades de la demanda, y a la vez un mayor control de la fuerza de trabajo a través de ganarse la conciencia del trabajador.

³⁰ Antunes, idem.

³¹ Ricardo Antunes. *Adios al Trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y el rol central del mundo del trabajo*. Edit. Antídoto. Bs As, 1999.

³² Con las diferencias propias de dos realidades históricas, sociales y culturales sustancialmente distintas.

³³ Daniel Ximénez y Oscar Martínez, *Porqué las nuevas tecnologías*, publicación del Centro Gremial Fábrica Nacional de Cerveza, Montevideo, 1991.

³⁴ Benjamín Coriat, *Ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era de la electrónica*. Edit. Siglo XXI, México 1992. Posteriormente Coriat varió su interpretación, destacando lo que

La denominada organización científica del trabajo no se limitó por supuesto a la introducción de nuevas tecnologías, sino que incidió en nuevas formas de gestión del trabajo, pero usó de aquellas para los cambios que quiso imponer en la organización de las tareas.

Presentada como ciencia, tuvo más de ideología, con un sustento esencial en el discurso de la lógica de la productividad.

Es que en la medida en que las concepciones científicas afectan directa o indirectamente a las relaciones sociales, constituyen una parte de la ideología dominante en la formación social donde éstas existen³⁵.

Las técnicas desarrolladas en el marco de la organización científica del trabajo son relativas a aspectos en los que el conflicto entre el capital y los trabajadores es permanente. La fijación de los ritmos de trabajo, el reconocimiento de la calificación profesional, la determinación de los rendimientos normales y de los sistemas de remuneración por rendimiento, los círculos de calidad, los sistemas de mejoras continuas, no son aspectos asépticos, neutros, técnicos, susceptibles únicamente de un análisis de carácter científico, sino que condicionan fuertemente las formas de trabajo y las relaciones entre capital y trabajadores, en función de los intereses y la lógica de la clase dominante³⁶.

La supuesta racionalidad y objetividad de los métodos impuestos como lo único posible en el marco de la lógica de la productividad, fue importante para vencer la resistencia de los trabajadores³⁷, y no sólo se fueron modificando las formas de trabajo y la organización de las tareas, sino también -una vez más y ahora con mayor profundidad, deteriorando lazos de solidaridad al interior de la profesión- la misma cultura de la clase trabajadora.

En el proceso de transformación de las relaciones sociales en el mundo del trabajo la clase asalariada sufrió un proceso de recomposición profunda, tanto en el ámbito productivo y social como en el ámbito territorial. La denominada reconversión necesitó de las nuevas tecnologías, pero en el fondo fue menos innovación tecnológica que reestructuración de las relaciones laborales en beneficio del capital, en el espacio fabril-productivo y consecuentemente en el espacio sindical, político y en el espacio jurídico de la normativa laboral³⁸.

En Estados Unidos y Japón tuvieron lugar las primeras experiencias avanzadas de las nuevas formas de la organización del trabajo. Los sistemas *científicos* de control de la fuerza de trabajo fueron, en sus orígenes, importados de Estados Unidos por el Centro Japonés de Productividad creado en 1955, y desde un principio fueron orgánica y conscientemente combinados con la reestructuración del proceso de producción³⁹.

consideraba como *introducción de la democracia en el taller*, aunque con algunos interrogantes (Coriat, *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*. Edit. Siglo XXI, México 1995).

³⁵ Oskar Lange, *Economie Politique*, Paris, 1962.

³⁶ José M. Vergara. *La organización científica del trabajo. Ciencia o ideología*. Edit. Fontanella, Barcelona, 1971.

³⁷ Aunque resistencias hubo, y de todo tipo, según los países y regiones. En algunos casos superadas a través de políticas violentas o luego de grandes conflictos y derrotas sindicales.

³⁸ Adolfo Gilly. *Flexibilidad, o el asalto contra el trabajo*. En *Pensando la reconversión*. VVAA, edit. CIPES, Buenos Aires, 1994.

³⁹ Muto Ichiyo. *Lucha de clases e innovación tecnológica en Japón*. Edit. Antídoto. Buenos Aires, 1996.

El proceso *Kanban* como forma de diagramar las tareas y cumplir con la producción justo a tiempo, los *círculos de calidad*, con sustento en el sistema *Kaizen* de mejora continua y calidad total, todos estos cambios introducidos por el capital en el mundo del trabajo no hubieran sido posibles sin las nuevas tecnologías informatizadas, pero son mucho más que incorporaciones tecnológicas.

Más allá de la mitología expandida por el discurso interesado en poner el énfasis en la cultura y la laboriosidad de la clase trabajadora japonesa como razón de su aceptación de las nuevas formas de trabajo, y en los supuestos beneficios que ello le irrogó, hay una realidad muy distinta que tiene que ver con políticas de represión y violencia sobre la fuerte organización sindical, decidida a resistir las modificaciones que se pretendían imponer⁴⁰. Fue necesaria la derrota de los grandes sindicatos para imponer las profundas modificaciones en la organización de las tareas y en las formas de gestión del trabajo.

En Estados Unidos, luego de importantes conflictos en la década del setenta, en los años siguientes las nuevas formas de organización científica del trabajo se fueron imponiendo paulatinamente, en las grandes automotrices, acerías, empresas electrónicas, atacando el sistema de categorías como espacio de especialización y avanzando en el concepto de multifunción o polivalencia (*multiskilling*)⁴¹.

Las derrotas sufridas por los sindicatos estadounidenses durante el gobierno de Reagan, o las de los británicos en el período tatcherista, permitieron doblegar las últimas grandes resistencias de los trabajadores organizados e imponer las nuevas condiciones derivadas de la denominada organización científica del trabajo⁴².

El capital avanzó así, no solo en lo que hace en forma directa a la imposición de una determinada organización del trabajo al interior de las fábricas, al control de formas de operar, a los ritmos de producción, sino también a un mayor disciplinamiento de la clase trabajadora y a una importante desarticulación de las organizaciones sindicales.

En la segunda mitad de los noventa se señalaba que un 40 por ciento de la población activa del Japón trabajaba por cuenta propia, a tiempo parcial o en régimen temporal, y en Inglaterra la proporción era semejante. El empleo a tiempo parcial registraba un crecimiento acelerado desde comienzos del decenio de 1980 en Francia, Alemania y el Reino Unido; en Francia el trabajo temporal registraba un incremento de un 3 a un 10 por ciento del empleo total entre 1980 y 1993. En Estados Unidos la expansión del denominado *empleo flexible* a las relaciones

⁴⁰ Primero con el apoyo de las fuerzas militares estadounidenses de ocupación, a principios de los cincuenta, y luego a través de conductas mafiosas, el grado de violencia fue brutal. Sobre este punto, Muto Ichiyo, ob. cit., y *Japón: Milagro o Pesadilla. La otra cara del toyotismo*, VVAA, Oscar Martínez, compilador, edic. TEL, Buenos Aires, 1997.

⁴¹ Jane Slaughter y Mike Parker, *EEUU: el trabajo en equipo, ideología y realidad*, en revista *Cuadernos del Sur*, n° 14, Buenos Aires, octubre 1992.

⁴² En los países de Sudamérica fueron necesarias las dictaduras militares como paso previo, para poder desarticular los colectivos de resistencia a través de los secuestros, desaparición y muerte de tantos militantes de base, y posteriormente los gobiernos con voto popular, de sentido inverso a sus razones de origen, que completaron la tarea de desmantelamiento del poder de las organizaciones sindicales o de cooptación de sus dirigencias.

laborales hasta entonces relativamente estables se perfilaba como un fenómeno masivo⁴³.

En lo que hace a Brasil y Argentina, por las deficiencias estructurales de su desarrollo económico y la fuerte dependencia del capital externo el proceso fue de un toyotismo restringido o limitado, donde se mantuvieron elementos esenciales del fordismo taylorismo. El desarrollo del toyotismo sistémico en el marco de la particularidad histórica de la región se caracteriza por un lado por la amplitud e intensidad de los nexos contingentes del toyotismo volcados a la captura de la subjetividad obrera, y por el otro por la preservación de la superexplotación del trabajo como dimensión estructural de la propia acumulación capitalista y la reproducción ampliada de una nueva precariedad al interior del mundo del trabajo⁴⁴.

Todas las nuevas estrategias empresarias, desde el *justo a tiempo* hasta los círculos de control de calidad, la gestión participativa, la búsqueda de la *calidad total*, son las expresiones visibles de una nueva realidad que incide directamente en las formas de gestión de la fuerza de trabajo y en la subjetividad de la clase trabajadora, contribuyendo a una consolidación de la hegemonía del capital en las relaciones sociales de producción.

Fueron tan intensas las modificaciones que se ha señalado con acierto que la *clase-que-vive-del-trabajo* sufrió la más aguda crisis del siglo veinte, que afectó no sólo su materialidad, sino que tuvo profundas repercusiones en su subjetividad, y en la íntima interrelación de estos niveles afectó su *forma de ser*⁴⁵.

Las modificaciones en las relaciones de poder al interior del proceso de trabajo, en el control de los tiempos, en las formas de trabajo o usos operarios, en la división técnica de labores, los usos técnicos de las herramientas, los saberes productivos, las capacidades organizativas, en la misma realización práctica del acto de trabajo, hacen a relaciones de trabajo cualitativamente diferentes. Y a su vez estos cambios impactan directamente en el componente cultural de la clase⁴⁶ y configuran un factor ineludible en cualquier reflexión sobre la crisis del derecho del trabajo.

Un elemento central de muchas de las nuevas estrategias empresarias pasa por un nuevo tipo de captura de la subjetividad operaria por el capital, capaz de promover una nueva vía de racionalización del trabajo. Si bien el taylorismo-fordismo ya presenta elementos de relación entre coerción capitalista y consentimiento operario, el valor universal del toyotismo como momento predominante de la denominada reestructuración productiva, pasa por instaurar una nueva hegemonía del capital, en el plano de la producción de mercaderías,

⁴³ Datos extraídos del trabajo de Carnoy, Castells y Benner, *Mercados laborales y formas de empleo en la era de la flexibilidad. Estudio monográfico de Silicon Valley*. Revista OIT n° 116, año 1997. págs. 29 y sgtes.

⁴⁴ El extenso análisis que hace Giovanni Alves en *O novo (e precário) mundo do trabalho*, edit. Boitempo, SP, Brasil, 2000, en base a esta realidad en el desarrollo de la economía capitalista brasileña es aplicable a la realidad argentina y en cierta medida a México, donde la yuxtaposición de las nuevas formas del toyotismo con las anteriores del fordismo aparece en toda su dimensión, aunque las respuestas sindicales en cada uno de estos tres países marcan algunas diferencias a tener en cuenta.

⁴⁵ Antunes, *Adiós al trabajo?* ob. cit.

⁴⁶ Álvaro García Liñera, *La condición obrera en Bolivia, Siglo XX*, edit. Plural, La Paz, 2014.

articulando coerción y consentimiento en una dimensión hasta entonces no concebible⁴⁷.

El concepto de *involucramiento* adquiere una dimensión significativa. Aquellos trabajadores que en empresas y circunstancias particulares pueden negociar sus conocimientos y aportes de experiencia al diseño del proceso productivo se involucran en un intercambio puntual con el empleador y el convenio de empresa adquiere una centralidad esencial en ese relacionamiento⁴⁸.

El cambio en la conciencia de los trabajadores industriales, la ruptura de los mecanismos de solidaridad y conciencia de clase, una nueva cultura con predominio de lo individual sobre lo colectivo: el resultado de las nuevas formas de acumulación y gestión del trabajo derivó en la conformación de una clase trabajadora con diferencias importantes respecto a la de décadas anteriores, lo que llevó a su vez a una profunda crisis del modelo sindical construido por aquella.

El debilitamiento de las organizaciones sindicales se hizo evidente y desde el capital se inició un proceso paulatino y gradual, pero constante, de articulación de nuevas reglas jurídicas que posibilitaran un mayor control del conflicto social y un redisciplinamiento de los trabajadores en función de las necesidades de la producción.

Y para ello se hizo imprescindible y posible la virtual demolición del derecho del trabajo que respondía a las relaciones de fuerza vigentes en la etapa anterior.

Si el conflicto había sido desplazado por la negociación colectiva, ahora los trabajadores y sus organizaciones descubren que la misma pierde peso como medio de obtención y resguardo de derechos, y hasta puede ser herramienta del capital para avanzar sobre sus conquistas⁴⁹.

Y las normas legales pierden efectividad como garantías de derechos cuando son avasalladas por imposiciones de hecho en la nueva relación de fuerzas entre las clases⁵⁰.

Todo el derecho del trabajo construido paulatinamente durante décadas en la etapa anterior empieza a perder efectividad en la medida en que las relaciones sociales que le dieron vida desaparecen y son reemplazadas por otras muy diferentes.

Es en este cuadro de profunda modificación de las relaciones laborales que dan en última instancia el sustento que necesita la normativa laboral para tener real vigencia, a través del requerimiento básico de eficacia como elemento

⁴⁷ Giovanni Alves, ob. cit.

⁴⁸ Alain Lipietz, ob. cit., refiere el caso de la Toyota Corolla en Toyota City y lo compara con el de la planta Ford de Hermosillo, resaltando el involucramiento de los trabajadores en la Toyota, donde aportaron a la empresa en forma importante, bajando costos y tiempos. Otra forma posible de involucramiento -ya en el plano de la sociedad y no de una fábrica determinada- pasa por la variante *kalmarista* en los países nórdicos, la que necesita de una negociación colectiva de características más amplias y con intervención estatal en cuanto al impulso de determinadas medidas económicas y sociales que generen el contexto necesario para el desarrollo de la misma. Pero en todas estas variantes, más allá de las diferencias importantes entre las mismas, el fenómeno solo es posible a través de la captura de la subjetividad obrera y necesita de determinados parámetros, hoy en crisis.

⁴⁹ En lo que se llama, con cierta dosis de sarcasmo, *disponibilidad colectiva*: este punto se desarrollará con mayor extensión más adelante.

⁵⁰ La denominada *flexibilidad de hecho*, que también será objeto más adelante de tratamiento en mayor detalle.

regulador de esas relaciones de base, que se genera un complejo proceso de debilitamiento del poder sindical y degradación del derecho del trabajo que a la vez acelera -en un cruce vectorial de sentido inverso- las modificaciones en curso.

La multiplicación de contratos temporarios y el abaratamiento de los despidos mediante distintas variantes -según cada ordenamiento jurídico local o regional-, los contratos a tiempo parcial, jornadas flexibilizadas mediante el sistema de *banco de horas*, las diferentes formas de exclusión de la normativa laboral -pasantías o contratos de trabajo fraudulentos, falsas categorías de autónomos-, regímenes salariales atados a eficacia y rendimiento, la implementación de la multifuncionalidad a través de la virtual desaparición del régimen de categorías de convenio, son todos elementos que configuran un proceso de degradación del derecho del trabajo que pareciera a primera vista como indetenible.

La negociación colectiva pierde su naturaleza histórica esencial de instrumento de adquisición o consolidación de derechos por parte de los trabajadores, para constituirse en novedoso mecanismo de *disponibilidad colectiva*, ya sea para negociar o condicionar la pérdida de derechos por parte de las organizaciones sindicales o como mera vía de imposición de estas pérdidas por la sola razón de fuerza en las relaciones sociales.

Las leyes laborales pierden eficacia y ya no son -en la misma magnitud de ayer- instrumento válido para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.

2.c.

Y esto ha dado paso a un tercer momento, donde las nuevas tecnologías y la propia crisis de las organizaciones de trabajadores y del derecho del trabajo han permitido una profundización y extensión aun mayor del fenómeno de precarización mediante otras modificaciones de no menor importancia en el sector servicios.

Actualmente, y a caballo de una mixtura entre uso de nuevas tecnologías y políticas de fraude laboral, presentadas como nuevas formas organizacionales o de gestión del trabajo, la precarización se extiende aceleradamente en los servicios frente a una muy insuficiente reacción de las organizaciones sindicales.

Los centros de operaciones telefónicas o *call centers*, fueron de los primeros espacios donde este fenómeno adquirió particular magnitud, pero luego se fue extendiendo rápidamente y en una dimensión preocupante.

El supermercadismo es otro de los servicios que tempranamente precarizó, en este caso con algunas estrategias de organización de la actividad y de gestión laboral similares a la del sector industria⁵¹.

En la actividad bancaria, el proceso de reorganización de la misma y paralela precarización de las condiciones laborales, ha sido demoledor, con pérdida importante de puestos de trabajo a través del reemplazo de empleados por tecnología y a la vez sobreexplotación de la fuerza laboral. En Buenos Aires, la

⁵¹ Como el uso del método *Kanban*, muchos de cuyos elementos en realidad pasaron de esta actividad a la industria.

reciente instalación de los *bancos cafés*⁵² es apenas un ejemplo de la profundización de dicho proceso.

Las cabinas de cobro en los sistemas de peaje han sido automatizadas en numerosos países y el proceso de reemplazo de trabajadores peajistas se extiende en forma acelerada.

En el transporte por trenes de superficie y subterráneo se reemplazan trabajadores boleteros por máquinas expendedoras de boletos, y en el caso de los trenes subterráneos se está ante un proceso de automatización que podría excluir a los conductores⁵³.

La conocida *uberización* del transporte de pasajeros y la modalidad de servicios de reparto a domicilio o *delivery*, a través de aplicaciones web en celulares, han destruido la anterior -y primaria- organización del trabajo en estos sectores y generado nuevos y más profundos espacios de precarización.

2.d.

Llegamos así a tres momentos o períodos -que claramente pueden considerarse uno solo con variantes producidas en el tiempo a través del aprovechamiento de la incorporación tecnológica- donde el capital ha hegemonizado las relaciones laborales de tal manera que ha puesto en una crisis sin precedentes a las organizaciones sindicales y al derecho de trabajo⁵⁴.

Desde la temprana organización científica a través de la incorporación del control taylorista y las formas fordistas de producción en la industria, pasando por toyotismo y círculos de calidad, y llegando a las aplicaciones por celulares en los servicios, la precarización absoluta de las condiciones laborales, la política del capital se instaló con fuerza y no encuentra respuesta eficaz.

Cambiaron las condiciones materiales de la clase trabajadora, cambió su cultura y su identidad, sus formas de respuesta colectiva son otras y aparecen hoy como muy limitadas.

Y en el tercero de los momentos descriptos el discurso empresario se desnudó -despojándose de ataduras que en cierto modo lo condicionaban pero a la vez le eran necesarias-, revelándose ahora sí en toda su dimensión: si a comienzos del proceso -últimas décadas del siglo veinte- se sostenía que la aceptación de la *flexibilidad laboral* constituía un requerimiento esencial para reacomodar la economía, asegurar empleo y enfrentar la crisis, en los últimos años el concepto de *flexiseguridad* encierra un mensaje sustancialmente diferente: las relaciones laborales ya no serán como antes, la precarización vino para quedarse y amplios sectores de la clase trabajadora deben renunciar a sus *privilegios* para que pueda haber trabajo para todos.

Los representantes del capital advierten ahora en forma abierta que el trabajo estable era una ilusión que se hizo insostenible y que las conquistas obtenidas por los trabajadores en el período del estado de bienestar deben ser

⁵² Donde las personas pueden concurrir los siete días de la semana, abrir cuentas, hacer operaciones, negociar préstamos, tomando un café.

⁵³ Luis Ramírez, *Un debate impostergable: el efecto de las nuevas tecnologías en el empleo*. Buenos Aires, 2018, hace un sucinto pero preciso relevamiento de muchas de estas incorporaciones de nuevas tecnologías que permiten reemplazar trabajadores.

⁵⁴ La parcelación en tres momentos o períodos es al solo efecto de una mayor claridad en el análisis, pero de ningún modo puede pensarse en etapas diferenciadas sino en un mismo devenir donde a lo ya existente se van sumando nuevos fenómenos que lo modifican hasta cierto punto, no totalmente.

revisadas y no pueden ser reconocidas ya en la magnitud que tenían porque resultan inaceptables para los requerimientos de la competitividad.

Cualquier semejanza con el discurso del capital del siglo diecinueve no es mera coincidencia: *el futuro se hizo pasado*.

3. Globalización e institucionalidad estatal.

Lo que se ha denominado como *globalización del mercado mundial* es un concepto que admite diferentes significados e interpretaciones.

Pero en lo que nos interesa en este análisis, cabe destacar que, fundamentalmente a través del constante y extendido avance tecnológico, en especial en las comunicaciones, el capital ha hecho uso de la globalización en una doble dimensión.

Por un lado, desplazando inversiones y empresas por todos los continentes y regiones, pero particularmente hacia zonas de desarrollo más primario y donde la protección de las leyes laborales es más limitada.

Es de señalar que estos desplazamientos en las localizaciones fabriles de grandes empresas en países de la periferia implicaron en cierta forma una ruptura con el modelo social fordista en cuanto en muchos de estos casos no hay una ecuación necesaria *producción-salario* en la medida en que se produce fundamentalmente para la población de otros países, con lo que desaparece la exigencia de altos salarios como garantía de consumo masivo que asegure la reproducción del proceso productivo.

En un cambio de estrategia, las grandes multinacionales pasaron a coordinar el conjunto de subsidiarias a través del concepto de redes mundiales, integradas estrechamente por gerencia, producción, marketing y tecnología⁵⁵. Es que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten que el proceso productivo se desarrolle a escala mundial, en lo que se conoce como *fábrica global*, donde del comercio o desplazamiento de mercancías entre países o del control del proceso productivo por el dominio tecnológico asociado a las inversiones, se pasa al reparto de las tareas productivas a lo ancho del planeta⁵⁶.

Las inversiones en las subsidiarias son negociadas con los gobiernos locales y se instalan y desinstalan, o crecen o se reducen, con gran facilidad y según las concesiones obtenidas u otros elementos que hacen a un factor de permanente inestabilidad.

Los fenómenos de las zonas francas donde la posibilidad de inversión está condicionada a la desprotección laboral, constituyen otro elemento de peso.

⁵⁵ Giovanni Alves, ob. cit.

⁵⁶ Juan Ignacio Palacio Morena, *Derecho y economía: antagónicos o complementarios*, en *Estudios Críticos...* ob. cit. Señala este autor que los que acumulan mayor conocimiento e información se reservan las tareas o fases de producción más rentables y externalizan el resto hacia quienes ofrecen mejores condiciones de calidad y costes.

En América, el ejemplo más emblemático es probablemente el de las maquilas en México, donde las condiciones de trabajo pueden llegar a ser brutales y las dificultades en la organización sindical se multiplican⁵⁷.

Pero por otro lado, también el capital ha generado a través de distintas estrategias, entre ellas el desarrollo de conflictos bélicos, el apoyo a gobiernos autoritarios y violentos, y la brutal extracción de riquezas de los países de la periferia, el desplazamiento de una constante corriente migratoria, que en algunos momentos se transforma en aluvión, que le permite contar, en los mismos países centrales donde tiene radicadas sus principales empresas, con mano de obra barata y disciplinada por la necesidad y el desarraigo.

Una intensificación de las relaciones sociales a escala mundial, que relaciona regiones distantes de tal manera que lo que ocurre en una incide directamente en otra más allá de la distancia⁵⁸, impactando tanto en la competencia inter capitalista como en las relaciones de clase.

La clase trabajadora queda atrapada en la competencia entre capitales y sufre un proceso de división y transformación que también la modifica ideológica y culturalmente

Por un lado, la llegada de importantes contingentes de trabajadores migrantes, dispuestos a cumplir las tareas más sacrificadas y menos especializadas a cambio de menores salarios y más precarias condiciones laborales, por necesidad de integración a las sociedades donde arriban.

Este fenómeno se traduce en enfrentamientos entre los trabajadores nativos y trabajadores migrantes, debilitamiento de las organizaciones sindicales y reforzamiento de la ofensiva empresaria sobre las condiciones de trabajo.

Por el otro, empresas que -ante la facilidad de las nuevas incorporaciones tecnológicas- pueden desplazar sus inversiones de un país a otros a costos no tal altos.

Ello ha llevado a que gobiernos de un país se vean obligados a competir con los de otro, forzando en algunos casos una determinada flexibilización de la ley laboral para que empresas de importancia radiquen ahí sus inversiones y no en un país vecino⁵⁹.

Pero más grave aún es que trabajadores de un país se ven forzados también a ingresar en la competencia con los de otro u otros países, renunciando a determinadas condiciones de trabajo o aceptando una reducción de sus propios salarios, a fin de obtener de las empresas que mantengan sus inversiones y no las desplacen generando pérdidas de puestos de trabajo⁶⁰.

⁵⁷ Sobre la cuestión de las maquilas en México, un análisis minucioso y muy interesante se encuentra en *Globalización, Trabajo y Maquilas. Las nuevas y viejas fronteras en México*. VVAA, María Eugenia de la O Martínez y Cirila Quintero Ramírez coordinadoras, edit. Plaza y Valdes, México DF, 2002.

⁵⁸ Manuel Carvalho Da Silva, *Trabalho e sindicalismo em tempo de globalização*. Edit. Circulo de Leitores. Temas e Debates, Mafra, Portugal, 2007.

⁵⁹ El ya citado caso de las maquilas y zonas industriales francas, donde la tutela de la organización sindical y del derecho laboral sufren una fuerte depreciación.

⁶⁰ El Acuerdo de Wassenaar en Holanda, 1982, luego profundizado en pactos similares en Suecia y Bélgica, estableciendo el margen permitido para el incremento salarial a través de negociación colectiva en función de la evolución salarial en los países vecinos y principales socios comerciales, permite advertir el dudoso razonamiento de los sindicatos, o por lo menos la magnitud del

Los trabajadores no se reconocen como una misma clase enfrentada al capital más allá de la realidad de las fronteras y las nacionalidades, sino que privilegian otros elementos de diferenciación que modifican su forma de pensar y su cultura, lo que incide obviamente en sus organizaciones sindicales y en las deficiencias de sus respuestas a las estrategias empresarias.

Estamos transitando un período histórico de globalización económica y social donde el Estado nación parece haber perdido su centralidad o por lo menos parte importante de su capacidad de legislar y controlar al capital, lo que impacta a su vez en forma directa en las relaciones de clase, en las estrategias sindicales y - en la medida en que esto se traduce rápidamente en el plano de lo jurídico- en un derecho laboral que se revela como instrumento de regulación ineficaz.

El anterior modelo social del fordismo, de producción en masa necesitada de expansión de consumo en anchas franjas de la población, con crecimiento acelerado de sectores medios, implicó lógicamente una institucionalidad estatal acorde a la expansión de derechos a amplios sectores de la sociedad, y en cierto modo las fronteras de cada país eran el marco vigente de construcción jurídica estatal propia de ese modelo.

El tipo de Estado garantizaba cierta participación y protección a los sectores populares. Organizaba y regulaba el mercado de trabajo y el consumo masivo mediante derechos y garantías consagrados legalmente. Un Estado grande y poderoso, conocido como de *Bienestar*, *Benefactor* o *Welfare State*, que no sólo se hacía cargo de brindar a parte importante de la población un mínimo de seguridad social, salud, educación, vivienda, transporte, etc., sino que además intervenía asumiendo directamente la realización de actividades productivas y protegía el desarrollo de la industria: en ese modelo de sociedad los trabajadores no cumplían una función de meros productores, como en la primera época del capitalismo, sino que además eran importantes como consumidores y, por eso mismo, lograron un cierto reconocimiento en otras áreas como la educación, la salud y la participación política⁶¹.

En el actual período de globalización económica y social, y donde el capital cuenta con incorporaciones tecnológicas que le permiten romper los límites impuestos por el acuerdo social anterior, el Estado pasa a cumplir otra función y pierde su capacidad de legislar, controlar y mediar entre los actores sociales como lo hacía en el período fordista⁶².

Como un fenómeno particular de la incidencia de la globalización en el derecho del trabajo, los acuerdos regionales o supranacionales reflejan -a diferencia de los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos que se multiplicaron a partir de la posguerra⁶³- el protagonismo y el poder de iniciativa del capital en la actual coyuntura.

condicionamiento sufrido por los mismos, e identificar claramente a los beneficiarios del proceso de integración en las relaciones de negociación colectiva.

⁶¹ Daniel Ximénez y Oscar Martínez, *Reconversión en las empresas. Su repercusión laboral*, edc. Letra Buena, Buenos Aires, 1992.

⁶² Cabe hacer la salvedad de que siempre es el garante en última instancia de los intereses del capital, nunca un mediador *puro* e indiferente a los intereses en juego, pero en este proceso de transformación su representación es más directa, en cierta forma tiende a desmascararse.

⁶³ Entre ellos, la Declaración de Principios Sociales de América (Chapultepec, México, 1945), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948) y la Carta de Garantías Sociales incorporada a la misma, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Asamblea Gral. de las Naciones Unidas, diciembre de 1948), el Pacto Internacional de Derechos

Como caso paradigmático, el derecho sociolaboral europeo⁶⁴ ha ingresado en un período de clara subordinación respecto de las necesidades económicas del capital dentro del proceso de construcción de la Unión Europea⁶⁵.

La Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada por los jefes de estado o de gobierno de los estados miembros, en Estrasburgo, diciembre de 1989, constituye un amplio pero impreciso listado de derechos sociales que probablemente pueda ser considerado un intento de mejora de la situación particular de los trabajadores en algunos países de la Unión, pero cuyos límites parecen claros⁶⁶. La misma se enmarca ya en ciertas concepciones que luego aparecerán desarrolladas con mayor evidencia en algunos informes sobre crecimiento y empleo de la Comisión Europea y fundamentalmente en el denominado *Libro Verde*⁶⁷.

Es que, con el avance de la globalización, los grandes grupos económicos no sólo tienen mucha mayor facilidad de decisión que las estructuras u organizaciones representativas (o que pretenden serlo) de los intereses de los trabajadores, sino también -por lo menos hasta cierto punto- que los mismos estados nacionales.

La competencia en el mercado mundial se desarrolla en un contexto donde los gobiernos terminan aceptando el discurso extorsivo de los grandes grupos de la economía concentrada. Y en ese contexto parece inevitable una relación inversa entre el desarrollo de estructuras jurídicas supranacionales y derecho del trabajo de carácter protectorio.

En Europa, el proceso de integración fue el marco adecuado a los intereses del capital para condicionar las garantías tutelares de los trabajadores; en América, las cuestiones vinculadas a los derechos sociales apenas sí aparecen mencionadas en los acuerdos supranacionales⁶⁸.

Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, EEUU, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), y el Protocolo Adicional a la misma (San Salvador, 1988), entre otros.

⁶⁴ Que puede considerarse en muchos aspectos el más avanzado de todos los ordenamientos jurídicos laborales.

⁶⁵ Sobre este tema y con mayor detalle: Guillermo Pérez Crespo, *El derecho sociolaboral supranacional en la experiencia europea y en las estructuras regionales de América Latina*, en *Estudios Críticos de Derecho del Trabajo*, VVAA, dirigido por Moisés Meik, edit. Legis y de la Asociación de Abogados Laboralistas, Buenos Aires, 2014

⁶⁶ En su primera parte la Carta supedita en forma implícita los denominados derechos sociales fundamentales a la realización del mercado interior y en función del desarrollo y creación de empleo en el marco de la competitividad de las empresas como principio esencial.

⁶⁷ Libro Verde: *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Comisión Europea, noviembre de 2006. En el mismo se refiere la existencia de dos realidades diferentes en el mundo del trabajo, la de trabajadores integrados con empleo permanente (*insiders*) y excluidos (*outsiders*) y el mecanismo de la *flexiseguridad* como forma de nivelar e integrar a los excluidos a través de renuncia o pérdida de derechos de los incluidos. La Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, Bruselas, 21 de mayo de 2006, que lleva el título de *Ha llegado la hora de acelerar. La nueva asociación para el crecimiento y el empleo*, revela en forma abierta la direccionalidad del movimiento.

⁶⁸ La Declaración Sociolaboral del Mercosur, aprobada en Brasilia en el 2008, se inscribe en el fenómeno de coincidencia de gobiernos progresistas en la región, que intentaron de alguna manera y en el espacio posible, algún avance coordinado en esa dirección, pero no pasa de configurar un intento limitado que no refleja la historia del continente ni los objetivos iniciales y centrales del Mercosur.

Y no se puede omitir un elemento común a ambas experiencias: la ausencia de estrategias sindicales regionales o supranacionales de respuesta al capital que aparezcan como sólidas y eficaces. No se advierten desde la acción ni desde la elaboración ideológica alternativas sindicales a los aspectos negativos de la construcción de estructuras supranacionales ni a las estrategias de aprovechamiento hegemónico unilateral de la globalización por parte del capital.

4. Negociación colectiva como disponibilidad colectiva de derechos.

Los convenios colectivos –en su concepción más primitiva- constituyeron la primer forma o herramienta de adquisición de derechos por parte de los trabajadores, antes aun del desarrollo de la economía capitalista a través de la revolución industrial y la conformación de la clase trabajadora propiamente como tal. Con anterioridad también a las primeras leyes de protección al trabajo⁶⁹.

En una primera aproximación al concepto actual podemos definir a la negociación colectiva como uno de los dos mecanismos esenciales *diseñados* históricamente por los trabajadores y sus organizaciones sindicales para la adquisición de más y mejores derechos laborales y sociales⁷⁰.

Los reclamos salariales y de condiciones de trabajo en cualquier actividad se expresan a través del conflicto y de la negociación, en ambos casos particularmente con dimensión colectiva.

Es que no existe negociación colectiva donde los trabajadores puedan obtener las condiciones laborales y salariales que demandan si no hay detrás –en acto o en potencia- un conflicto también colectivo⁷¹.

⁶⁹ En civilizaciones antiguas, como la egipcia de los faraones, la griega de los clásicos, o la romana imperial, aparecen referencias históricas a negociaciones colectivas entre organizaciones de siervos y de artesanos con los señores, a fin de intentar fijar determinados límites a la explotación económica de que eran objeto. Este fenómeno se reitera a lo largo de la historia y aparece aún con mayor claridad durante el período feudal, pero fue adquiriendo paulatinamente las formas modernas de negociación con el desarrollo de la economía capitalista. Se suele citar como uno de los primeros antecedentes de este período el acuerdo de tarifas y de tribunal arbitral negociado por los obreros tipógrafos de Breslau y Leipzig en 1869, aunque ya en el siglo 18 algunos *clubes de artesanos* en Inglaterra (sombrieros, sastres, cuchilleros, y otros) habían obtenido acuerdos de tarifa y condiciones de trabajo que pueden considerarse convenios colectivos; en la Argentina, el primer antecedente registrado es el acuerdo de los obreros gráficos de la ciudad de Buenos Aires en 1878. En cuanto a las regulaciones legales de los procesos de negociación colectiva, en 1907 ya se registra su regulación por ley en Holanda, en 1911 en Suiza, 1915 Noruega y así sucesivamente y con poca diferencia de años en Alemania, Francia y Austria, entre otros países europeos. En América, la primera regulación legal de convenios colectivos fue en Méjico en 1923, siguiéndole al año siguiente Chile. En Argentina hubo numerosos procesos de negociación colectiva, especialmente a partir de la década del treinta, y muchos más en los años cuarenta, pero la primera ley (14.250) es del año 1953.

⁷⁰ El otro es, obviamente, la huelga en sus diversas formas.

⁷¹ Sobre algunas cuestiones de la negociación colectiva vinculadas a este punto, más en detalle: Guillermo Pérez Crespo, *La negociación colectiva en el sector educación: VVAA, Pensar las prácticas sindicales docentes*, comp. Julián Gindin, edic. Herramienta, Buenos Aires, 2011.

El hecho de que el conflicto sea potencial (amenaza de medidas de fuerza) o se concrete (ya sea en medidas menores previas, ya en un enfrentamiento mayor) tiene que ver con las necesidades estratégicas de las partes y con la dureza de las posiciones y la importancia de los puntos en discusión, pero en modo alguno se puede pensar en el concepto de negociación colectiva sin conflicto –en potencia o en acto- como elemento esencial a la concreción de un resultado de mejora de derechos laborales, ya sea en condiciones de trabajo o en salarios.

Este esquema integró el bagaje ideológico de todas las organizaciones sindicales durante muchos años, pero desde las primeras décadas del siglo 20, y más aún con la consolidación del período histórico del Estado de bienestar, el mismo fue variando paulatinamente, aunque no en igual tiempo y forma en todos los países y regiones.

Lo que nació como un contrato/convenio, resultado de lucha colectiva, integrando la matriz determinante del denominado *derecho colectivo de trabajo*⁷², se transformó en la construcción institucionalizada de cuerpos normativos que racionalizan el conflicto, con la construcción independiente de sus protagonistas⁷³.

El primer elemento de cambio tuvo que ver con el desarrollo de interesantes mecanismos tendientes a darle un mayor grado de eficacia a los convenios. Si bien hay diferencias importantes entre los distintos ordenamientos jurídicos, elementos tales como la extensión *erga omnes* en cuanto al ámbito de aplicación⁷⁴, el principio de buena fe⁷⁵, el principio de progresividad y de nulidad de aquellas cláusulas por debajo del piso normativo de la ley, la prioridad de la negociación por actividad por sobre la de empresa⁷⁶, hicieron que la negociación colectiva se constituyera en una herramienta esencial para la adquisición de derechos, permitiendo mejorar condiciones de trabajo y salarios, así como limitar aspectos del poder del empleador dentro del establecimiento.

Pero un largo proceso de mutación gradual de las estrategias sindicales fue dando lugar a una concepción de la negociación colectiva con un grado mayor de autonomía del conflicto, al punto de llegar a pensarse el mismo, en cierta forma, como patología de las relaciones colectivas, supuestamente demostrativa de la

⁷² He sostenido reiteradamente que en realidad todo el derecho del trabajo es colectivo, en cuanto se conforma y se defiende por la acción colectiva de los trabajadores en su interrelación con el capital. Pero la denominación es útil a los efectos de destacar uno de los aspectos de esta disciplina jurídica más vinculado a la acción sindical.

⁷³ Ricardo Cornaglia, *Derecho Colectivo de Trabajo*, t. III, *Derecho de la negociación colectiva*, edit. La Ley, Buenos Aires, 2007.

⁷⁴ En América Latina, el principio *erga omnes* tiene sustento normativo en Argentina, Brasil, México y Panamá, y limitado a todos los trabajadores afiliados a la organización sindical en Colombia, Ecuador y países centroamericanos. Al respecto: Arturo Hoyos, ob. cit., en VVAA, *La negociación colectiva en América Latina*, comp. Antonio Ojeda Avilés y Óscar Ermida Uriarte.

⁷⁵ Bruno Veneziani, *Negociación colectiva y disciplina autónoma del conflicto*, en VVAA, *La negociación colectiva...* (ob. cit.), al referirse a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, diferencia entre normas que imponen a las empresas recibir a las delegaciones sindicales (Colombia, Costa Rica, Guatemala), y las que obligan a negociar de buena fe (Argentina, Panamá, República Dominicana).

⁷⁶ Elemento fundamental para la organización colectiva de los trabajadores en esta etapa, hoy objeto de uno de los mayores embates por parte del capital.

falta de madurez o capacidad de las partes en arribar a acuerdos sin necesidad de enfrentamientos⁷⁷.

Mientras los convenios constituían en el siglo 19 acuerdos de terminación de huelgas, ya a principios del siglo 20 en países desarrollados del norte europeo (Gran Bretaña, Francia, Bélgica), pasaron a ser el resultado de la acción institucionalizada de comisiones paritarias conformadas con el objeto de negociar las diferencias antes de adoptar medidas de conflicto, asumiendo así la negociación su propio ritmo y estructura, imponiendo el debate sobre la confrontación abierta, prevaleciendo sobre el conflicto⁷⁸.

Esta mutación en la esencia de la negociación colectiva se fue extendiendo gradualmente a otros países, aunque no en todos el reemplazo de conflicto por negociación adquirió la misma dimensión, lo que para alguna doctrina era un elemento revelador de la inmadurez de los actores sociales, de deficiencia en la acción del estado o de una normativa atrasada, como si la reconformación de la negociación colectiva pudiera explicarse por fuera de las condiciones materiales económicas y sociales e históricas que la posibilitaron en una determinada coyuntura histórica⁷⁹.

Este cambio tuvo incidencia directa en la constitución de un derecho del trabajo con fuertes limitaciones al derecho de huelga y su supeditación a la negociación colectiva, expresión lógica de un período histórico donde la institucionalidad estatal tenía el papel de regulación y control de los conflictos entre las partes⁸⁰.

Desde amplia doctrina jurídica se presentó esta nueva modalidad como una evolución del derecho del trabajo en el marco de una sociedad civilizada, donde el diálogo entre los actores sociales adquiere dimensión superlativa y permite garantizar derechos en un marco de paz social.

Pero este desplazamiento del conflicto por la negociación como fenómeno autónomo al margen del mismo, necesita como condición *sine qua non* un contexto de reglas de juego a cumplir voluntariamente por todos los actores sociales y una acción decidida del estado como garante último.

En la medida en que fueron cambiando las condiciones materiales de base que habían dado sustento a este derecho del trabajo, el esquema empezó a revelar deficiencias lógicas: el capital ya no estaba dispuesto a aceptar las mismas reglas de juego.

⁷⁷ Alguna doctrina ha sostenido que la paz social o el logro de la misma debe ser el objetivo y razón de ser de los convenios colectivos, y un compromiso en ese sentido estaría implícito en todo convenio más allá de que no aparezca expreso en sus cláusulas. Esta interpretación ha merecido sólidas críticas. Sobre la discusión al respecto es ilustrativo el desarrollo expositivo que hacen Héctor-Hugo Barbagelata, Jorge Rosenbaum Rímolo y Mario Garmendia Arigón, en *El contenido de los convenios colectivos*, edit. fcu, Montevideo, 1998

⁷⁸ Sobre este tema, en detalle: Antonio Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, edit. Tecnos, Madrid, 2003.

⁷⁹ Hoyos, ob. cit., cita a Arturo Bronstein al señalar que la negociación colectiva en América Latina ha tenido difusión creciente pero que el sistema de relaciones del trabajo no tiende a favorecerla, entre otras cosas porque el Estado tiende a utilizar la solución normativa impuesta desde afuera sobre la solución autónoma, bilateral y establecida por los propios interesados.

⁸⁰ En Alemania el derecho de huelga no está previsto en forma explícita en la norma constitucional y la huelga solo es posible como *ultima ratio*, cuando no hay otra alternativa viable y siempre dentro del ámbito de la negociación colectiva. Parecidas -aunque no idénticas- limitaciones se observan en otros ordenamientos jurídicos, como el de Inglaterra, EEUU y Canadá.

La primera consecuencia fue la inversión del sentido de la negociación colectiva, que pasó de ser una herramienta o mecanismo de adquisición de nuevos derechos a un instrumento de aceptación e institucionalización jurídica de pérdida de derechos anteriormente adquiridos⁸¹. Lo que se denominó como acto de *disponibilidad colectiva*: los trabajadores, a través de sus representaciones sindicales, firman acuerdos aceptando la pérdida de determinados derechos, supuestamente (en principio) a cambio de ciertas garantías (estabilidad, piso salarial, etc.) reconocidas por los empleadores en esa negociación.

Si bien en algunos casos, se renuncian determinados derechos a cambio de algunas otras mejoras, se fue instalando como esencia del negocio la renuncia de derechos a cambio de la garantía de no perder otros, lo que implica como saldo obvio un balance objetivo de pérdida para los trabajadores: se termina acordando el volumen y la calidad de los derechos que se pierden y de aquellos que se conservan, pero no conquistando nuevos derechos, que es algo muy distinto.

La magnitud del problema guarda relación directa con la falta de respuesta eficaz por parte de las organizaciones sindicales.

Ejemplo de esa política de negociación, los contratos de solidaridad celebrados en Bélgica e Italia, con acuerdos de reducción salarial y de la jornada y de mantención de la plantilla o de contratación de trabajadores. La reducción salarial estaba condicionada a la del tiempo de trabajo y el cumplimiento de una obligación determinable y exigible del empleador, la que de no ser cumplida hacía caer el compromiso de la parte trabajadora.

En la experiencia de la flexibilidad en Alemania, en esos años, con connotaciones especiales por la masiva mano de obra que aportó a las grandes empresas desde la zona oriental con la caída del muro de Berlín, un sindicalismo fuerte negoció y condicionó el retroceso en los derechos laborales, en un proceso histórico de gran complejidad.

El Pacto Laboral por el Empleo, de 1997 en España, negociado entre direcciones sindicales, representaciones sindicales y el gobierno español, presentaba características diferentes: el hecho de que los compromisos asumidos por los trabajadores fueran de obligado cumplimiento por Real Decreto, y los de la representación patronal en su mayoría constituyeran declaración de intenciones, ya marcaba una diferencia central.

La reforma laboral española iniciada en 2010 avanzó hacia la desestructuración del modelo clásico de negociación colectiva, permitiendo a las empresas en situación de crisis *descolgarse* del convenio de ámbito superior y priorizando los convenios de empresa en distintas materias⁸²

En Francia, ya durante el gobierno de Hollande (2012/2017) se sancionaron leyes que avanzaron hacia la flexiseguridad, entre ellas la de agosto

⁸¹ La negociación colectiva como un instrumento de flexibilización controlada por la autonomía colectiva, en la concepción de Arturo Hoyos (ob. cit.), quien señala la existencia de planteos doctrinarios que afirman que ante la fatiga del paradigma proteccionista se hace necesario impulsar el desarrollo de un mercado de trabajo eficiente mediante la desregulación de las relaciones de trabajo, lo que exigiría un desplazamiento de una tradición legalista-proteccionista en materia laboral hacia un enfoque contractualista.

⁸² María Teresa Díaz Aznarte, *La orientación político-jurídica de la reforma española. El desmantelamiento progresivo del Estado de Bienestar*, en Revista Derecho Laboral 2014-2, edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

de 2016, conocida como Ley *El Khomr*⁸³, pero es durante la gestión de Macrón que se avanzó sustancialmente sobre el modelo de negociación colectiva, introduciendo normas que posibilitan la prevalencia del convenio de empresa sobre el de actividad en determinadas materias, la negociación sin representantes sindicales en pequeñas y medianas empresas en algunos casos puntuales, y la posibilidad abierta de disponibilidad colectiva de derechos en distintas situaciones reguladas en forma expresa⁸⁴.

En México, la reforma laboral de 2012 introdujo nuevas normas de restricción del alcance de la negociación colectiva.

En Chile, la reforma de 2017 convalidó la ilegitimidad de la negociación por actividad, reservando la misma al nivel de empresa.

En Brasil, la amplia reforma laboral de 2017 autorizó situaciones de prevalencia del contrato individual por encima del convenio colectivo aun en casos de perjuicio para el trabajador, y también la predominancia de lo acordado colectivamente por sobre lo establecido en la ley en cuestiones como jornada, banco de horas, descansos, etc.⁸⁵

En la Argentina el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 200/88, reglamentario de la ley 25.346, abrió las puertas en forma igualitaria a la negociación por empresas, por oficio, por ramas de actividad, incentivando así la dispersión y el fraccionamiento de los colectivos laborales al eliminar la prioridad de negociación por actividad.

Para ese entonces la debilidad de las organizaciones sindicales era manifiesta y hacía su aparición en forma abierta y masiva la ofensiva del capital hacia la denominada *disponibilidad de derechos*, forma intencionalmente ambigua y distorsionada de denominar lo que en realidad es un fenómeno de precarización masiva.

La ley 25.250 de reforma laboral, ya a punto de estallar la crisis del 2001, avanzó aún más en la reforma del régimen de convenios colectivos hacia su transformación en un instrumento de pérdida de derechos, pero la ley 25.877, en el año 2004, derogó la misma y volvió a dar prevalencia a la negociación por actividad.

La nueva reforma laboral intentada en el año 2018 no pudo concretarse en ley ante la enorme resistencia de los trabajadores.

La doctrina de la flexiseguridad ha insistido una y otra vez en que el desarrollo de una negociación colectiva que posibilite flexibilizar (precarizar) derechos laborales permitiría generar un crecimiento en la importancia relativa de la regulación laboral de un modelo no discriminatorio, sosteniendo que el enfoque tradicional de condiciones de empleo iguales para todos no es coherente con el sistema de producción posfordista y tampoco con la ideología de mercado que lo

⁸³ Por el nombre de la ministra de trabajo que la impulsó.

⁸⁴ Antoine Jeammaud, *La Reforma Macrón del Código del Trabajo Francés*, en Revista Derecho Laboral, 2018-1, edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018. También Juan Raso Delgue, *Las reformas laborales en Brasil y Francia*, RDL 2018-1.

⁸⁵ César Arese, Luiz Ghunter y Manoel Carlos Toledo Filho, *Las reformas laborales de Brasil y Argentina*, en Revista Derecho Laboral 2017-2, edit. Rubinzal Culzoni, 2017.

acompaña, y en cambio la idea de la competencia justa sí lo es, permitiendo el desarrollo de una democracia industrial⁸⁶.

El razonamiento se centra en la supuesta necesidad de reducción de derechos por parte de los trabajadores más privilegiados como forma de asegurar que más trabajadores accedan a derechos básicos. Pero en la realidad, la renuncia de derechos de unos lleva a un mayor debilitamiento de todos y a mayor precarización.

Con el cambio profundo en la relación de fuerzas, la ofensiva precarizadora necesita aún de la negociación colectiva como forma de disponibilidad de derechos para terminar de perforar el entramado protectorio de las leyes laborales.

5. La denominada flexibilidad de hecho como fraude laboral institucionalizado.

Una característica particular del proceso de deterioro y virtual demolición del derecho del trabajo en su versión histórica clásica (la que presentamos como relacionada directamente con el denominado estado de bienestar), tiene que ver con lo que se conoce como *flexibilidad de hecho*.

Durante varias décadas el fraude laboral significó una conducta ilícita que constituía una válvula de escape al entramado legal de protección de los derechos del trabajador.

Según las regiones y países, su importancia podía ser muy diferente y adquiriría mayor dimensión mientras más lejos la relación laboral de la posibilidad de control de la institucionalidad estatal. Así su preponderancia se dio en los países periféricos por sobre los de las economías centrales, y en las regiones de producción minera o agraria por sobre las industrias cercanas a las ciudades, o en los pequeños comercios y empresas antes que en las grandes.

Sus formas podían ser variadas, pero las más habituales tenían que ver con el trabajo no registrado (*en negro*), el incumplimiento de los límites de la jornada laboral (con jornadas incluso superiores a las doce horas diarias) y la falta de cumplimiento de políticas básicas de seguridad y de las normas de previsión social. El caso extremo es el del denominado *trabajo forzoso*⁸⁷.

Pero este fenómeno limitado a determinados fragmentos de la sociedad fue adquiriendo características diferentes y extendiéndose a la totalidad de las relaciones laborales en los diferentes países y regiones, incluso en las economías más desarrolladas.

Ya no en forma tan burda y evidente sino a través de argucias o maniobras con aspecto de legalidad, que permiten encubrir hasta cierto punto el

⁸⁶ Ann Numhauser-Henning, *Las negociaciones colectivas y la flexibilización del derecho laboral*, en VVAA, *La negociación colectiva en América Latina*, ob. cit.

⁸⁷ En general relaciones de servidumbre o esclavitud. Los convenio 29 y 105 OIT, que lo prohíben, dan cuenta de su importancia y magnitud.

incumplimiento de la norma o, más aún, sostener que la misma se cumple y dar la discusión en el terreno mismo de la juridicidad.

Probablemente el espacio de conflicto donde más se da este nuevo fenómeno es el que tiene que ver con la crisis de los conceptos de *relación de dependencia* y *empresa*.

La proliferación de formas contractuales *no laborales* ha permitido debilitar la institución del *contrato de trabajo*, cada vez más circunscripta a determinadas relaciones laborales. El crecimiento de trabajadores supuestamente *autónomos* resulta cada vez más acelerado y el control estatal aparece como manifiestamente insuficiente.

El fraccionamiento de la empresa en distintas unidades productivas y de comercialización, supuestamente autónomas entre sí y muchas veces situadas en distintos países, ha llegado al extremo de la dilución de la empresa hasta su conversión en forma virtual, existiendo grandes multinacionales que no tienen presencia física identificable, sino que constituyen la sumatoria de numerosas empresas contratistas.

Estos fenómenos se imponen a través de la política de forzar al máximo la norma, su interpretación y aplicación, desde una legalidad que se impone por relación de fuerza.

La denominada *flexibilidad de hecho* no es en realidad otra cosa que la vulneración de la normativa laboral por imposición de la lógica de la competitividad.

Decretos que conceden excepciones en relación a lo normado en las leyes, leyes que desconocen garantías expresas que integran las respectivas normas constitucionales o los derechos fijados en los convenios de la OIT o en tratados internacionales sobre derechos humanos y sociales fundamentales, el manejo espurio de la institucionalidad jurídica ha permitido a las clases dominantes imponer una flexibilidad de hecho como nuevo tipo de fraude laboral, ya no como fraude en que incurre un determinado empleador al no registrar el contrato con su dependiente o forzarlo a trabajar jornadas superiores a la máxima legal, sino un fraude laboral institucionalizado, impuesto por razón de fuerza por una clase social sobre otra, un fraude de clase que vulnera la juridicidad de forma de alterar las relaciones sociales en su beneficio y a costa de los derechos de parte importante de la población.

Desde alguna doctrina se explica la flexibilidad de hecho como una imposición de la realidad: cuando no se consigue la sanción de una norma en el sentido de los intereses empresarios, se hace prevalecer igualmente la defensa de los mismos violando la norma vigente.

Se trata de una conducta ilícita, pero la misma es justificada en forma implícita por amplia doctrina jurídica, que la trae a colación sin ponerla en tela de juicio, como *"expresión de la realidad"* a la que hay que atender, argumentación que parece servir para justificar las exigencias de mayores cambios en la ley. Todo parece resumirse en la expresada necesidad de poner fin a la supuesta *"rigidez"* del derecho laboral.

La flexibilidad de hecho es en este sentido un fraude laboral legitimado institucionalmente. Las leyes violadas sufren un virtual proceso derogatorio, siendo su aplicación cada vez más reducida a casos individuales minoritarios.

La nueva relación de fuerzas entre las clases sociales permite al capital derogar de hecho las leyes que no derogó el parlamento.

En este sentido es que se puede afirmar que la flexibilidad de hecho es una forma particular de fraude laboral que excede la conducta individual de algunos empleadores para constituirse en un fraude de clase, una violación abierta de la normativa laboral impuesta por la sola razón de la fuerza. Deja de ser un fraude individual para constituirse en fraude impuesto por una clase social, la que detenta la propiedad del capital.

Una cuestión importante -fundamental- en el desarrollo de este fenómeno, guarda relación directa con el desplazamiento del derecho del trabajo como disciplina jurídica en un contexto de avasallamiento por otras disciplinas como el derecho civil y comercial.

Las nuevas regulaciones jurídicas de las relaciones sociales de producción, configuradas al interior del derecho civil, comercial, tributario y de otras disciplinas, que coinciden en definir conceptos como bien común o seguridad jurídica en función de intereses económicos concentrados, encierran al derecho del trabajo dentro de límites cada vez más estrechos y lo limitan como agente de resistencia a las políticas de explotación más extremas.

Los cambios en la regulación jurídica de las sociedades, la generación de figuras como la franquicia, el fideicomiso, la unión transitoria de empresas, constituyen aportes de no menor importancia a este proceso que se formulan desde una determinada visión del derecho y en función de la lógica del capital, los que inciden en las relaciones laborales desde *fuera* del derecho del trabajo⁸⁸.

6. Algunas líneas finales a modo de conclusión provisoria.

La crisis que vive el derecho del trabajo tiene un sustrato en la realidad material que no podemos omitir.

Los cambios en los procesos y relaciones de producción, en las formas de gestión del trabajo, en la globalización del mercado, en la intervención del estado como elemento de regulación de las relaciones sociales entre las clases, han incidido en una conformación y una cultura diferentes de la clase trabajadora, y en las evidentes deficiencias de respuesta por parte de sus organizaciones sindicales.

Pero estas profundas modificaciones en el plano de la base material han tenido y tienen una arrolladora incidencia en lo ideológico: la discusión ya no se da en el plano de los derechos humanos y sociales fundamentales como límite necesario a los intereses del capital, sino al interior de la lógica del crecimiento y la competitividad, y en ese plano solo hay un ganador posible.

Los derechos de los trabajadores (y de la población⁸⁹) pierden peso y ceden ante las necesidades de las empresas si la discusión se da al interior de la lógica del capital.

⁸⁸ Guillermo Pérez Crespo, *El nuevo Código Civil y Comercial y su incidencia en la corrosión del derecho del trabajo. El caso particular de los servicios de contrato de suministro, obra y servicios*. En VVAA (David Duarte coord.), *Derecho del Trabajo...*ob.cit.

⁸⁹ Al referirme a la población por supuesto incluyo a los trabajadores, pero pretendo poner el acento que esta disyuntiva en el conflicto de intereses excede las relaciones sociales de clase y toca temas como la defensa del medio ambiente, donde también la lógica del crecimiento y la competitividad se

Y ahí no hay derecho del trabajo realmente protectorio posible.

Si el derecho del trabajo debe ceder ante las normas civiles y comerciales que priorizan las necesidades productivas, el derecho del trabajo muere como tal, se convierte en herramienta jurídicamente ineficaz.

La discusión debe darse a fondo y en ella los operadores del derecho tenemos un papel importante, pero la pelea decisiva la debe dar el conjunto de la clase trabajadora, sino no hay salida posible.

No es el futuro sino el presente del derecho del trabajo lo que debemos pelear.

Si no peleamos ahora ese presente no habrá en el futuro derecho de trabajo sino alguna caricatura inocua del mismo, que es hacia donde está avanzando el capital en todo el mundo.

Y tengo el convencimiento de que cualquier alternativa real no pasa por el intento de recuperación del derecho del trabajo en su forma clásica de mitad del siglo veinte sino por la construcción de un nuevo derecho del trabajo que vaya más allá, que resulte superador, pero no desde el interés del capital, sino desde los intereses de los trabajadores, que se configure a fondo como un derecho de derechos humanos y sociales fundamentales.