

**ALGUNOS RASGOS DEFINITORIOS DE UN DERECHO DEL TRABAJO EN
PROCESO DE CAMBIO***

**SOME DEFINING TRAITS OF A LABOR LAW IN A TRANSFORMATION
PROCESS**

Adrián Goldin¹

RESUMEN: Operando sobre el nivel de la construcción teórica e institucional del Derecho del Trabajo, este estudio procura identificar los rasgos definitorios de este Derecho, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Este ensayo se propone, además, llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un Derecho del Trabajo que cambia.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo. Rasgos Definitorios del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo en Cambio.

ABSTRACT: Operating at the level of theoretical and institutional construction of Labor Law, this study seeks to identify the defining traits of this law, understanding as such those that are basic and structural components of its broader and permanent configuration. This essay also aims to draw attention to the usefulness of this kind of distinction to better understand the intensity of the transformation processes that Labor Law has experienced.

KEY WORDS: Labor Law. Defining traits of Labor Law. Labor Law in transformation.

Introducción

No siempre es sencillo distinguir la fundamentación del derecho del trabajo (ética, política, filosófica, económica) de su construcción teórica e institucional. Tampoco es fácil

Artigo recebido em 09/05/2015.

* Publicado en Relaciones Laborales, Madrid, 2014 No. 2

¹ Profesor Emérito de la Universidad de San Andrés (Argentina). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Ayres. Codirector de la “Internacional LabourReview”, revista de la OIT. Integra el Comité Editorial del “Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale” de la Université Montesquieu (Bordeaux IV), de la France.

considerar esta última separada de los hechos económicos, sociales, tecnológicos que inciden sobre su desempeño y evolución.

Admitiendo esas dificultades de distinción y, aún así, operando por ahora sólo sobre ese nivel “intermedio” – el de la construcción teórica e institucional del Derecho del Trabajo - este estudio procura identificar los rasgos definitorios del derecho del trabajo, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Ese enfoque incluye, desde luego, a aquello que conformó al Derecho del Trabajo en su idea original e histórica y, además, a cuanto esta rama del derecho acumuló en su trayecto de expansión y consolidación.

Es muy difícil, si no tal vez imposible, imaginar que se pueda reconocer esa configuración “definitoria” de modo tan comprensivo que alcance una entidad próxima a lo universal. Tal vez sí esté más cerca de esa condición lo que en un estudio anterior caracterizamos como la idea básica o histórica del derecho del trabajo, a la que sólo consideramos posible establecer en una dimensión extremadamente elemental, esquemática y estilizada. Otros componentes – otros rasgos que podamos considerar definitorios del derecho del trabajo y que por lo tanto también nos interesan en este análisis - forman parte de lo que entonces llamamos las ideas particulares del derecho del trabajo, y que en esta oportunidad procuraremos reconocer en la idea continental – una de aquellas – a la que también adscriben los derechos sociales de América Latina. Ejercicios similares, nos parece, podrían ejecutarse sobre otras ideas particulares.

Si en aquel esfuerzo inicial formulamos hipótesis sobre la diversa proclividad de las distintas ideas particulares para apartarse de la idea histórica del Derecho del Trabajo, la indagación que ahora se propone se instala en un segundo nivel más abarcativo (porque incluye a aquél, pero además a otros rasgos incorporados más tarde pero que también se juzgan definitorios). Este ejercicio de reconocimiento teórico e institucional no tiene un interés puramente descriptivo; por el contrario, se trata de saber cuáles son esos rasgos para “medir” la incidencia de los procesos de transformación teórica, en el entendimiento de que si estos últimos operan sobre los rasgos que se reputen “definitorios”, los cambios resultantes son más sustantivos y radicales – el derecho del trabajo que cambia, cambia entonces de modo más íntimo y profundo – que si las transformaciones operaran sobre rasgos que, por importantes que sean, puedan considerarse meramente contingentes o menos estructurales.

Más allá del mayor o menor acierto que se logre en la identificación de cuáles son los rasgos definitorios del Derecho del Trabajo – más bien, de una de sus ideas particulares – este

ensayo se propone llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un Derecho del Trabajo que cambia.

1. De qué se trata

No siempre es sencillo separar la fundamentación del derecho del trabajo (ética, política, filosófica, económica) de su construcción teórico-jurídica e institucional. Tampoco es fácil considerar esta última haciendo abstracción de los hechos económicos, sociales, tecnológicos que inciden sobre su desempeño y evolución.

Admitiendo esas dificultades y, aún así, operando por ahora sólo sobre ese nivel “intermedio” – el de la construcción jurídica e institucional del derecho del trabajo - este ensayo procura identificar algunos de los *rasgos definitorios* de esa rama del derecho, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Ese enfoque incluye, desde luego, a todo aquello que constituyó al Derecho del trabajo en su *idea original e histórica* y, además, a cuanto esta rama del derecho acumuló y retuvo en su trayecto de expansión y consolidación. Se trata, en otras palabras, de identificar y caracterizar brevemente algunos rasgos que tienen aptitud definitoria del derecho del trabajo, en la medida en que se hayan demostrado capaces de atravesar con visos de permanencia las instancias de creación, profundización y desarrollo transitadas esa rama del derecho.

Nos resulta evidente, no obstante, que no es posible pensar en reconocer alguna dimensión “universal” al producto de esta indagación; esa condición, que sí creímos posible atribuirle a la *idea básica e histórica del Derecho del trabajo* concebida en su nivel más elemental y estilizado², no nos parece que pueda extenderse a otros rasgos definitorios sobrevinientes que, por lo tanto, y por muy difundidos que estén, sólo referiré en esta oportunidad a la *idea continental* del derecho del trabajo – una de las que en aquel estudio llamé *ideas particulares del derecho del trabajo* - a la que, salvando distancias, adscriben las *ideas particulares de los derechos sociales de América Latina*. Sobre ambos conceptos – el de la *idea básica e histórica* y el de las *ideas particulares* del derecho del trabajo – volveré sucintamente algunas líneas más abajo.

² Véase, Adrián Goldin, “Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law” Chapter 5 OF “*The idea of labour law*”, Davidov and Langille, comps, Oxford University Press, 2011; su versión en español ha sido publicada por Relaciones Laborales (Madrid) en su número 19, Octubre de 2010

Como se anticipó en las primerísimas líneas, esta tarea de reconocimiento ha de operar sólo en una perspectiva técnico-jurídica, propia de la ciencia normativa. Ello no implica, sin embargo, una opción radicalmente positivista ni niega la significación de la consideración de estos mismos mecanismos en términos de valor o preferencia (por ejemplo, de justicia o, alternativamente, de eficiencia). Se trata, tan sólo, de una opción metodológica apenas parcial y fragmentaria: reconocer unos rasgos del derecho del trabajo que han revelado su capacidad de transitar sus instancias de creación, desarrollo, profundización, crisis y reforma, evidenciando su aptitud para perdurar, y reclamando por ello que se les reconozca su carácter definitorio en la construcción lógico-jurídica del derecho del trabajo. No se ignora, por lo tanto que la introducción de esos dispositivos jurídicos ha respondido en cada caso a consideraciones de valor, implícitas en ellos; por el momento, nuestra pregunta sólo se propone establecer si ha pasado o no a formar parte de esa configuración definitoria del Derecho del trabajo en el marco de una de sus ideas particulares.

2. Algunas precisiones previas

En primer lugar, he de señalar – y es autoevidente - que no todas sus técnicas instrumentales que aquí evocaremos son singulares en sí, desde que reproducen las de otros sectores del orden jurídico; su singularidad se constituye por el modo o contexto en que aquí operan y se expresan, y es en esa relativa dimensión en la que se les reconoce³.

Eludiré en esta oportunidad, por otra parte, incursionar en el terreno de los contenidos concretos del Derecho del trabajo – por ejemplo, el modo de regular la prestación del trabajador y la contraprestación salarial (el intercambio salarial), la jornada, los descansos, las reglas relativas a la duración y la terminación del contrato de trabajo, entre muchas otras - sin negar, por cierto, la riqueza de las aproximaciones que transitan esos trayectos, particularmente en clave comparativa.

Es la misma opción metodológica la que me separa en este ensayo de los debates tan ricos y dilatados acerca de la razón de ser, el fundamento y los fines del derecho del trabajo.

³ En evocación de la construcción que Pillar Palasí elaborara para el derecho administrativo, José Vida Soria (“La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo. Observaciones críticas acerca del proceso de conceptualización del Derecho del Trabajo”, 1975, inédito) ha ubicado al Derecho del trabajo entre los derechos “horizontales”, concebidos para aplicarse a ciertas personas cuya especial calificación en el mundo del Derecho determina la creación de una normativa singular, que “capturan” buena parte de sus técnicas de los diversos derechos “verticales”, homogéneos por razón de una cierta función. Aquellos atraviesan transversalmente a estos últimos (entre otros, el derecho civil, el administrativo, el internacional, el derecho penal) y de ellos se abastecen. De tal modo, los *derechos horizontales* remiten o reenvían a los diversos *derechos verticales*, cuyas instituciones reformulan para satisfacer su propia singularidad.

El propio análisis funcional queda al margen de nuestra reflexión pese a su altísima significación, postergando la contemplación de sus funciones permanentes y limitando nuestro objeto a ciertas técnicas de su construcción técnico jurídica que, nos parece, han evidenciado una muy significativa aptitud para tipificar y perdurar.

Tampoco se me escapa hoy la visión dinámica que caracteriza al derecho del trabajo como proceso en constante transformación⁴; lo es, sin duda, y esa perspectiva es expresiva y fructífera. Hoy, no obstante, procuro decantar aquello que, en esta aproximación estrictamente técnico-jurídica, parece a esta altura de la evolución del Derecho del trabajo, porque tuvo la capacidad de atravesar el tiempo, capaz de proporcionarnos un insumo válido para el conocimiento de nuestro objeto.

¿Cómo “juegan” las actuales tendencias de transformación en este empeño, orientado a reconocer las constantes históricas que han revelado aptitud de perdurar? Del mismo modo en que no es posible entender el proceso de cambio si no hay una clara percepción del estado original del objeto desde el que se proviene, *sirven también las tensiones de cambio para identificar y reconocer la significación estructural de los componentes que se pretenden alterar*. Algo, en efecto, acerca de lo que el derecho del trabajo es, nos lo informan las tendencias de flexibilización, de contractualización, de *debilitamiento subjetivo*...

Desde luego, este pequeño intento nada tiene de novedoso. Múltiples han sido los esfuerzos de los juristas para transitar las singularidades del Derecho del trabajo, ora para reconocer y sostener su autonomía⁵, ora para explorar sus particularismos con menos restricciones metodológicas que las que hoy me impongo, o simplemente para establecer su configuración básica desde la que emprender análisis con variados objetivos⁶. La vasta pluralidad de los intentos de identificar desde las más diversas perspectivas los elementos

⁴ Véase Bob Hepple (1994), Introducción a “La formación del derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945” (Bob Hepple, comp), págs. 17-52, Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid, que, revisa los procesos de la industrialización y el desarrollo económico, la modernización del Estado. las características de las organizaciones empresariales y sindicales y el papel de la ideología y la expansión de la lógica jurídica en las relaciones laborales.

⁵ Es el caso de Paul Durand para quien que los particularismos sirven como signos distintivos que habilitan la autonomía del derecho del trabajo. (Paul Durand, *Traité de droit du travail* t. 1 Dalloz 1947 págs.254/258). También el de Barbagelata, que evoca como dato singular la necesidad de explicar los efectos jurídicos de los convenios colectivos, difíciles de resolver “recurriendo a los clisés del Derecho Civil”. Para Barbagelata es oportuno aplicarse a examinar los rasgos que hacen a este derecho distinto y configuran lo que siguiendo a Paul Durand él mismo califica como particularismos del DT (en “El Particularismo del Derecho del Trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria, 1a. Edición, Montevideo, 1995).

⁶ Entre tantos otros, Jeammaud, Le Friant y Lyon Caen en “L’ordonnancement des relations du travail » en *Recueil Dalloz* 1998, 38 Cahier, Chronique, páginas 359-368 y Wilfredo Sanguinetti Raymond en “El Derecho del Trabajo como categorías histórica” artículo publicado en C. Arenas Posadas, A. Florencio Puntas y J. I. Martínez Ruiz (editores), “Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX),” Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998, págs. 459-478; Sanguinetti Raymond procura establecer lo permanente y lo contingente en el Derecho del trabajo y las señas básicas de identidad del DT a partir de su análisis histórico.

diferenciadores del derecho del trabajo ponen en evidencia que ninguno – *menos aún, este que ahora se intenta* – puede pretenderse completo ni definitivo. Todos ellos, sin embargo, aportan a una mejor comprensión del Derecho del trabajo y es a ese objetivo fragmentario, parcial y muy modesto al que ahora se apunta.

3. La idea histórica del derecho del trabajo

En esa búsqueda de algunos de los rasgos definitorios más extendidos, emprendimos no hace mucho una reflexión tendiente a establecer si existe una idea histórica del Derecho del trabajo de vasta implantación, que tenga capacidad de trascender la diferenciación de los diversos sistemas jurídicos; una idea primaria e inicial del derecho del trabajo que sea común a una parte significativa de los derechos del trabajo del mundo⁷.

Me pareció pronto evidente que una idea de ese tenor, sólo podría alcanzarse si se la formulara del modo más básico y estilizado que quepa concebir.

Para reconocerla, me pareció oportuno dirigir la mirada al momento liminar de la aparición de las acciones normativas que luego serían reunidas por su común pertenencia al naciente derecho del trabajo, recordando que hasta entonces el trabajo humano, excepto en manifestaciones excepcionales que se juzgaban elevadas y distinguidas, se expresaba en vínculos que no incluían el componente de la libre voluntad del prestador (la esclavitud, el vasallaje feudal, los gremios y las corporaciones; en el continente americano, antes y aún después de la colonización, la mita, la encomienda y el yanaconazgo).

En ese ominoso contexto, el derecho del trabajo encuentra su primer espacio de construcción en torno del *reconocimiento del carácter voluntario del vínculo* que anuda el prestador de sus propios esfuerzos; *no se trata sino del advenimiento del contrato a este orden de relaciones, como luminosa manifestación de libertad*⁸.

Sin embargo, es probable que esa apertura a la libertad no habría sucedido si no hubieran estado asegurados al mismo tiempo los recaudos para asegurar el disciplinamiento de las vastas cohortes de trabajadores que habrían de desempeñarse en la industria⁹. En este

⁷ Op. Cit en nota 1

⁸ Bruno Veneziani en “La evolución del contrato de trabajo” su contribución a “La formación del DT en Europa. Análisis comparado de la evolución en nueve países hasta el años 1945 (Bob Hepple Comp), citado en nota 3, dice en página 79 que ninguna rama del ordenamiento jurídico ha podido demostrar mejor el acierto de la afirmación de Maine, según la cual el movimiento definitivo hacia adelante de las sociedades progresistas coincide con el paso de una situación definida por el status a una situación regulada por el contrato

⁹ En referencia a la experiencia británica, Antonio Ojeda dice que “...una nueva figura contractual que surgiera en tal momento debería atender a las necesidades de los fabricantes de disciplinar fuertemente el trabajo de una

esfuerzo de estilización, esos recaudos de disciplinamiento no son sino los que provee la *dependencia o subordinación* que el propio contrato de trabajo, con fundamento último en la manifiesta desigualdad de sus sujetos, hace posible¹⁰.

El derecho del trabajo ha de partir pues de esta notable contradicción que nace con el advenimiento del contrato; conviven en él el *contrato-libertad* junto al *contrato-sometimiento*. El contrato implicó, como queda dicho, el luminoso reconocimiento del trabajador como persona libre, habilitada para decidir sobre la puesta a disposición de su capacidad de trabajo, pero al mismo tiempo lo colocó en condiciones de sometimiento¹¹.

Tal vez como consecuencia de esa contradictoria convivencia, el derecho del trabajo, a partir de su centro histórico de imputación, que es el contrato así configurado, puso en evidencia la ineptitud radical de este último para hacerse cargo por sí de la función de regular la relación resultante, *e incorporó una tipología de acciones tendientes a imponer ciertos límites al sometimiento*, de límites por tanto al ejercicio de la problemática autonomía de la voluntad¹². Contra la idea de que ello implicaba la necesidad de abandonar la perspectiva contractual por formalista y patrimonial¹³ pareciera que lo que se produce es la constatación de *la insuficiencia de la perspectiva contractual*, y la búsqueda del modo de completarla mediante la introducción de esos límites y restricciones *que cada sistema jurídico – cada idea particular del derecho del trabajo - realizaría a su manera*.

masa de personas sobre todo cuando vivían en condiciones explosivas y dedicados a una actividad que requería una gran sincronización por efecto de la división del trabajo... condiciones que se daban ya en UK desde 1750, con gran antelación a los demás países europeos...” (“La genealogía del contrato de trabajo”, En Revista Española de Derecho del trabajo No. 135 páginas 533-555.

¹⁰ Como señala Bruno Veneziani en op. y loc. cit. en nota 8, si bien el contrato liberó al trabajador de la tela de araña de la regulación policial en la Europa continental y de las Master and Servant Laws en Gran Bretaña, lo sujetó al poder del empleador para regular su vida laboral, poder que, sostiene, se ocultaba bajo el disfraz del contrato. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, proveniente en este caso de las categorías del derecho civil, dijo lúcida Muriel Fabre-Magnan que la función de la dependencia, es la de servir de sustituto de la desposesión propia de los intercambios en los contratos civiles, pero inaccesible en el vínculo laboral en virtud del reconocido rasgo de la inseparabilidad de la persona y su trabajo (Fabre-Magnan, Muriel, “Le contrat de travail définit son objet”, en “*Le travail en perspectives*”, dirigé par A.Supiot, LGDJ, París, 1998, p 101-124).

¹¹ Alain Supiot en “Por qué un derecho del trabajo” (Documentación Laboral Núm. 39 1993-1, páginas 11 y sges., en particular, pág. 19) afirma que en el derecho del trabajo, a diferencia del derecho civil, la voluntad no se compromete, sino que se somete. Compartiendo esa lúcida precisión, y apenas parafraseándola, yo diría que la contradictoria dimensión del contrato de trabajo implica *que la voluntad del trabajador al mismo tiempo y de modo indiscernible, se compromete y se somete*.

¹² Problemática, porque si bien es un valor del que no se puede prescindir desde la perspectiva de la libertad, conlleva también elementos de disvalor, ahora desde la del sometimiento que pone en cuestión aquella misma luminosa condición.

¹³ Es lo que sostiene Antonio Baylos en “Derecho del trabajo, modelo para armar” Ed. Trotta, Madrid 1991. En sentido análogo, Otto Kahn-Freund sostiene que el sistema liberal exige que las situaciones de subordinación aparezcan como relaciones de coordinación entre seres libres e iguales; necesita por tanto que un acto de sumisión se presente bajo la máscara de un contrato (en “Trabajo y Derecho”, traducción de la tercera edición en inglés de “Labour and the law” (Paul Davies y Mark Freedland, eds.) publicada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1987

La construcción histórica elemental del Derecho del trabajo descansa, pues, sobre una fórmula compleja y paradójica: *libertad + sometimiento + límites al sometimiento*¹⁴. Al derecho del trabajo le compete la difícil tarea de resolver una compleja situación. “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad: el hombre tiene una dignidad”¹⁵; el hombre tiene una dignidad y el trabajo tiene precio. Nada fácil resolver esa contradicción en relación a un fenómeno – el del trabajo humano – que es inseparable del hombre que lo presta.

Para completar la idea, podría decirse que *la idea original del derecho del trabajo* transita el tiempo como una suerte de arbitraje o composición entre las dos inseparables vertientes del contrato de trabajo: el *contrato libertad* y el *contrato sometimiento*, y se diferencia de la idea dominante en el ámbito del derecho civil en que en aquél – en el derecho del trabajo – lo que predomina es la presencia indiscerniblemente entremezclada de los componentes de voluntad y libertad junto a los de dependencia y sometimiento. Desde una perspectiva que admitimos sublimada, pero que sirve a nuestro propósito de estilización, lo que el derecho del trabajo persigue, ya en diferenciadas expresiones jurídicas que consideraremos enseguida, es *el reconocimiento del nivel óptimo de libertad compartida* (sobre lo cual, demás está decirlo, las diversas posiciones, por razones ideológicas, de intereses sectoriales o de otra naturaleza, suelen divergir de modo abrumador). Si ello fuera así, el debate de siempre en torno del derecho del trabajo no tendría otro objeto que el de establecer *cuál es el nivel óptimo de libertad compartida*.

4. Las ideas particulares del derecho del trabajo

Si hasta allí llega *la idea básica, histórica* y más extendida del derecho del trabajo, sería válido afirmar que a partir de ella se distinguen las diversas *ideas particulares del derecho del trabajo* para cuya delimitación y reconocimiento no habría reglas universales: según el grado de agregación/o desagregación con el que se pretenda practicar su análisis, esas *ideas particulares* podrían recortarse por países (por cada país), por grupos de países de configuración regional u otro criterio de agrupación, por sistemas jurídicos, etc.

¹⁴ En palabras de Sinzheimer (“La esencia del Derecho del Trabajo” en “Crisis Económica y Derecho del Trabajo. (Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo)”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Colección Estudios e Investigaciones, MTySS Madrid 1984, página 71, el derecho del trabajo expresa un itinerario: desde el hombre como cosa, al derecho civil en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el derecho social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad

¹⁵ Es el modo en que Sinzheimer cita y evoca a Kant en op. óp. y loc. cit. en nota anterior

Todas esas *ideas particulares* se hacen cargo, como se anticipara, de la función de limitar el sometimiento. Varían sin embargo las fuentes e instrumentos técnicos de su realización.

Por ejemplo:

1. En el sistema continental, es la ley, experiencia jurídica primaria y dominante en el mismo¹⁶ (aunque la autonomía colectiva, en medida diversa, acompañe su ejercicio).
2. En el sistema comunitario alemán, también la ley, pero junto a una presencia dominante de las comunidades profesionales.
3. En el sistema del *common law*, el abstencionismo del legislador y del juez, reemplazado por el voluntarismo de los sindicatos¹⁷, en un contexto de reglamentación del fenómeno colectivo – es el caso de los Estados Unidos de América - o sin ella¹⁸.

Es válido sugerir que esa diferencia original en fuentes e instrumentos así como en los demás elementos constitutivos de los diversos derechos del trabajo vigentes en el mundo, caracterizan a las que llamé *ideas particulares del derecho del trabajo*, más allá de su mayor o menor grado de difusión o generalización en su implantación; esto es, por muy generalizado que esté uno de esos elementos – una técnica, una función, un contenido en varias o hasta muchas de las *ideas particulares del Derecho del trabajo* - no alcanza la dimensión de “quasiuniversalidad” que sí poseería aquella que denominamos “*idea básica o histórica*” del derecho del trabajo. Esas *ideas particulares* han sufrido históricamente desafíos idénticos, similares o singulares; en todos los casos, sus respuestas han sido variadas, a veces coincidentes, a veces muy distintas¹⁹.

Resta decir que, a mi juicio, las diversas *ideas particulares del derecho del trabajo*, en su mayoría incluyentes de la que denominamos *idea histórica del derecho del trabajo*,

¹⁶ Ver Luis Diez Picazo, “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho”, Ariel, Barcelona 1973

¹⁷ Ver, Otto Kahn Freund en óp. y loc. cit. en nota 13

¹⁸ En el caso de la “idea particular” británica, el objetivo central del derecho del trabajo se concreta en el mantenimiento de un equilibrio entre empresarios y trabajadores garantizando la plena operatividad del un sistema autónomo de negociación colectiva, al margen de la intervención tanto de los gobiernos como de los jueces.

¹⁹ Desde el comienzo mismo del desarrollo del derecho del trabajo – y con mayor rapidez a partir de los desafíos del último cuarto del siglo XX - todos los derechos del trabajo han experimentado desafíos similares (últimamente por ejemplo, economy claims, the changing of the dominant ideological paradigms, the clamour of markets deeper internationalization, new hard and organizational technologies re work and production, new ways of hiring and including huan labour, among others), y antes otros singulares según los países , vinculados, por ejemplo con su diverso grado de industrialización, el modelo de estado, el tipo de fenómenos colectivos dominantes, la impronta ideológica de los fenomenos sociales y la lógica jurídica prevaleciente (Hepple, en op. y loc. cit en nota 3). Por lo tanto, desafíos planteados de formas diferenciadas o coincidentes, y respuestas no siempre iguales

exhiben una diversa proclividad a apartarse de la misma²⁰ lo cual, nos ha parecido, obedece a la diversa condición de ciertos elementos presentes en aquellas *ideas particulares*.

A continuación, procuraré deliberar sobre esos rasgos definitorios que, en adición a los que forman parte de la *idea básica o histórica del derecho del trabajo*, están presentes en el sistema jurídico continental, por mucho que sobre algunos de esos rasgos puedan justificarse reflexiones análogas en otros sistemas jurídicos, otras *ideas particulares* del derecho del trabajo.

5. De nuevo sobre el contrato

Anticipamos nuestra convicción de que *el contrato de trabajo es la piedra fundamental sobre la que se erige el derecho del trabajo*²¹; sin embargo, habrá que admitir que el contrato marca el punto de partida del Derecho del trabajo, pero no alcanza para definirlo.

Esa centralidad del contrato es congruente con la constitución de una sociedad que instaure la igualdad entre los hombre y valoriza los acuerdos de voluntad en libertad²². El contrato de trabajo puso al trabajador al margen de las regulaciones policiales que imperaran hasta entonces en la Europa Continental y de las Master and Servant laws en Inglaterra²³, pero al propio tiempo colocó al trabajador en una singular condición de dependencia/sujeción/sometimiento respecto de su empleador. Sería pues, para algunos, un logro falso, pues la libertad de contratación nunca estuvo de verdad disponible. No comparto esa visión tan excluyente; más que un “logro falso” se trata, a mi juicio, de una *realización incompleta*, pues el componente de libertad que en efecto tiene se revela, sin embargo, insuficiente para materializar un vínculo entre iguales.

El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento en cuanto hace posible el predominio del mayor poder de un hombre sobre otro. *El derecho del trabajo asume la compleja tarea de armonizar aquel factor de libertad, al que habilita,*

²⁰ Así lo sostuvimos a modo de hipótesis en. óp. cit. en nota 1.

²¹ Dice Alain Supiot en “Un faux dilemme : la loi ou le contrat? Droit Social No. 1 Janvier 2003, page 59. « Ce droit (le droit du travail) est né de l’irruption du travail dans la sphère du contrat. Arraché aux disciplines des corporations, le travail est devenu un objet d’échange dès 1789 et la contractualisation des relations de travail est donc de ce point de vue une chose aussi ancienne que fondamentale... »

²² Conf. Veneziani, Bruno, en op.cit. en nota 9.

²³ Véase Deakin, Simon and Frank Wilkinson (2005) “The law of the Labour Market. Industrialization, employment and legal Evolution” Oxford University Press, Oxford.

con este último factor de sometimiento, que, como se expresara antes, procura limitar. No es, por lo tanto, que el derecho del trabajo abandone la perspectiva contractual²⁴, sino que reconoce su singularidad y, precisamente por ella, su *insuficiencia* para contener por sí vínculos tan sensibles. Procura entonces completarla, lo que, como señalaremos luego, se realiza por medio del conjunto de técnicas que procuran realizar la redistribución de los poderes y, en algunas *ideas particulares*, sirviéndose de la incorporación de la perspectiva comunitaria a modo de fundamentación, lo que deriva en esos casos en la construcción del híbrido contractual-comunitario evocado por Supiot²⁵.

Vale la pena, por tanto, insistir en que *el contrato de trabajo y su limitación son parte inseparable de aquella idea histórica*. El fenómeno colectivo, que pese a su amplísima difusión se integra mejor a las que llamara *ideas particulares del derecho del trabajo*, no enerva aquella centralidad; bien por el contrario, agrega más contrato y más limitaciones (se somete a las limitaciones impuestas por la ley, impone las propias al contrato individual).

6. A su interior, la idea de dependencia

A partir del reconocimiento del contrato, se afirma la constante teórica de atribuir al Derecho del trabajo la condición de ser *un sistema de reglas aplicable a las relaciones de trabajo dependiente*²⁶, con la singularidad de tratarse del único vínculo que coloca, aunque sólo sea por necesidad institucional, a un sujeto bajo la dependencia de otro sujeto²⁷ y que legitima de tal modo una caracterizante condición de inferioridad²⁸.

Miremos con algo más de atención la idea de la *dependencia laboral*. Aún consciente de que se corre el riesgo de encerrarse en la estrechez inevitable de las simplificaciones, me parece válido caracterizar el proceso de construcción del concepto de dependencia laboral como el producto del reconocimiento de las notas que caracterizaran históricamente el modo

²⁴ Ese abandono era sugerido por Baylos en “Derecho del trabajo, modelo para armar”. Ed. Trotta, Madrid 1991 imputándole a la perspectiva contractual un carácter “formalista y patrimonial” en tanto implica el reconocimiento de la pérdida de libertad.

²⁵ En Supiot, Alain, (2004) *Le droit du travail*, PUF (Que sais-je) Paris

²⁶ Desde los albores, el propio Sinzheimer, en op.cit en nota 14. Más recientemente, y por todos, Antoine Jeammaud, “Le droit du travail en proie aux changements” (texte destiné a un ouvrage collectif sur les changements du droit sous la direction de Michel Miaille, à paraître en 1997 dans la Collection Droit Et Société à LGDJ

²⁷ Ver, Francesco Santoro Passarelli (1963) “Nociones de Derecho del trabajo “ Traducción de la 14ava edición italiana por Fernando Suarez González)

²⁸ La idea de “dependencia” de Sinzheimer es producto de la concepción de Marx y de Renner en el sentido de que la propiedad capitalista implica una dominación sobre los seres humanos (Bob Hepple, su Introducción a “La formación del derecho del trabajo en Europa” (Bob Hepple, comp.) Análisis comparado de la evolución de 9 países hasta el año 1945. Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid 1994)

en que el típico trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vincularon en el marco de la primera revolución industrial. Dicho de otro modo, primero fue el vínculo (¡vaya evocación aristotélica!) y sólo después la construcción teórica del concepto, que se sirve de los contenidos fácticos que se reconocen en cada una de esas relaciones individuales típicas, se reproducen a modo de constante en las del mismo tipo y se transfieren inductivamente a niveles superiores de abstracción, configurando de ese modo una “matriz” de referencia que no sería sino la proyección – la réplica - conceptual y abstracta de la figura material y concreta del trabajador industrial subordinado

Desde allí, la determinación de la existencia de relación de dependencia en cada vínculo concreto es el producto de su cotejo y ajuste con esa “matriz” o como de modo menos mediatizado (y anticipando la “expansión” conceptual que en seguida describiré) propone D’Antonna²⁹ “...más próximo a un juicio de semejanza, caso por caso, al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente, que al juicio de inclusión en un tipo legal”.

Hay que decir, además, que esa *matriz* implicaba también *una estilización del tipo social dominante* que habría de permitir la inclusión ulterior de otros sujetos demandantes de protección³⁰ haciendo posible la tendencia expansiva del derecho del trabajo,

Pese a aquella condición de desigualdad implícita en el vínculo de la dependencia laboral, el transcurso del tiempo y el avance de las ideas sociales no alcanzaron para abolirla, sino apenas para mejorar el diseño de los límites que la restringen, *una de cuyas manifestaciones más recientes es, sin dudas, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo*. A mi modo de ver, los modernos discursos de abolición de la dependencia, radicados principalmente en una muy buena literatura anglosajona del derecho del trabajo³¹, no logran desplazarla más que argumentalmente, pues

²⁹ En D’Antonna, Massimo, “La subordinazione e oltre. Una teoría giuridica per el lavoro che cambia”, in “*Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*”, a cura di Marcello Pedrazzoli, Ed. Il Mulino, Trento, 1989, p 43.

³⁰ Trabajadores del comercio y otros servicios, trabajadores agrícolas, trabajadores del servicio doméstico, del sector público, etc. Para Rodríguez Piñero (en “*Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*”, registrado en “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo”, Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999), esa separación del modelo social (*la estilización a la que vengo de referirme*) posibilitó construir una categoría general y universal de trabajador extremadamente amplia, que desborda y supera la esfera inicial del obrerismo industrial, “...aunque este siga siendo por mucho tiempo el modelo ideológico de referencia”.

³¹ See Freedland, Mark and Kountouris, Nicola, (2011) “The Legal Construction of Personal Work Relations”, Oxford Monographs on Labour Law, OUP; Freedland, Mark, (2007) “Developing the European comparative law of personal work contracts”, in, 28-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 487; Deakin, Simon, “Does the “Personal Employment Contract” Provide a Basis for the Reunification of Employment Law” Industrial Law Journal Vol. 36 No. 1 March 2007 págs. 68-83; Linder, M (1999), “Dependent and Independent Contractors in Recent U.S.

ella subsiste aún en la realidad de manera dominante, aunque tal vez expresándose de modos diversos. *Más bien me parece que lo que sucede es que no acertamos aún a reescribirla de un modo más próximo a algunas de sus expresiones más actuales.*

Así concebida la dependencia, y denotada por esa evocada condición de inferioridad (del trabajador), se hace evidente que el propio ordenamiento que la legitima - puesto que si bien el derecho no la crea, sí la reconoce y convalida - debe darle un tratamiento que parezca apropiado, tras constatar la inutilidad de los auxilios comunes del derecho privado informados por la idea de la igualdad de sus sujetos. De allí pues – de la idea de desigualdad y consiguiente inferioridad del prestador del servicio - el reconocimiento de un interés público superior en la observancia del derecho del trabajo y la consiguiente necesidad de incorporar técnicas más cercanas al derecho público, como lo son el carácter imperativo de las normas, la idea de orden público y, en fin, la intervención activa del estado³². Huelga decir, además, que hay también una secuencia lógica entre la dependencia/sometimiento, la respuesta colectiva y los sujetos colectivos que participan en su formulación, ideas que se explican recíproca y sucesivamente.

Es válido poner en duda, cuanto menos a modo de hipótesis, que la oposición trabajo dependiente/trabajo autónomo tenga una virtualidad determinante y definitoria del derecho del trabajo³³ que le cierre en los tiempos por venir a la inclusión de formas de trabajo que no se ajusten a aquel modelo teórico, por mucho que sea cierto que el evocado tipo de la dependencia haya sido dominante en la concepción histórica del derecho del trabajo. La fórmula que constituyera el presupuesto de aplicación del orden de protección [trabajo humano + subordinación jurídico-personal] *implicaba de hecho la diferencia de poder contractual a la hora de la fijación y conservación de las condiciones de empleo pues así se presentaba el tipo dominante*. En un ejercicio elíptico, también pragmático, se “hacía pie” en la faceta jurídica de la dependencia, la más aprehensible, para llegar, en realidad, al fenómeno

Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness” 21 Comp. Lab. L. & Policy J.187. These authors’ constructions differ from one another, and so do their respective conceptions of the path labour law should take – in some cases they are even contradictory; however, all of them coincide in calling into question the traditional idea of subordination and contract of employment, and that is what is worth pointing out here within the framework of the hypothesis constituting the object of this reflection. Up to now, the law does not seem to have come this far: the British figure of the ‘worker’ as a subject enabled to access some rights (its conceptualization in G Davidov, ‘Who Is a Worker?’ (2005) 34 Indus LJ 2005, 57 and of the dependent contractor in Canada, seem – mutatis mutandis – rather to recall the idea of the ‘quasiddependent’ worker of the continental experience).

³² Dice Sinzheimer en. óp. y loc cit. en nota 14 que “...el Derecho del Trabajo abre una brecha en el sistema de derecho tradicional, al eliminar la desunión entre derecho público y derecho privado y, junto al ordenamiento jurídico de las cosas, introduce un ordenamiento jurídico de las personas en el conjunto del Derecho”.

³³ Carácter definitorio que le atribuía Alain Supiot en “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo” International Labour Review vol. 115 (1996) núm. 6 pag. 665

siempre implícito del desequilibrio de los sujetos del contrato, manifestación conspicua de la desigualdad económica. Sí el tipo así configurado tendiera a perder su carácter dominante, conservaría *apenas la condición de ser una de las variantes* en las que se manifiesta la fórmula que de verdad convoca la necesidad de un sistema de protección: [*trabajo humano + desigualdad contractual*]. Fórmula ésta, hay que decirlo, que nada tiene de novedosa y que constituiría el rasgo verdaderamente definitorio. La necesidad de protección siempre tuvo su más profunda fundamentación en los términos de ese binomio; *lo novedoso (lo que hoy es posible advertir) es que la desigualdad contractual no necesariamente ha de encontrar por siempre en la faceta jurídica de la dependencia su más visible “alter ego” material, su condición de eficaz criterio intermediario*³⁴.

Mientras tanto, será difícil no advertir, un cierto proceso que yo llamaría del *debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo*, producido por ciertos fenómenos convergentes como los de *informalidad, deslaboralización*³⁵, *desintegración vertical de las empresas, fraude y huida (no siempre fraudulenta) del derecho del trabajo, preferencia por el trabajo autónomo, multiplicación de las relaciones ambiguas* entre otros fenómenos, que conllevan una gradual pérdida de representatividad del tipo dominante, todo lo cual produce un proceso de contracción del ámbito personal del derecho del trabajo.

7. El derecho del trabajo y la redistribución del poder

Porque el trabajador se encuentra sometido a una relación desigual, *el empleador goza desde los albores del Derecho del trabajo de poderes de los que el trabajador carece*. No es, por cierto, el ordenamiento legal el que los consagra; le preexisten y, como tantas veces se ha dicho, el derecho del trabajo no hace más que reconocerlos...para someterlos a sus técnicas de limitación³⁶. Los poderes del empleador, por tanto, forman parte de la configuración básica

³⁴ Con esa capacidad de anticipación que no termina nunca de sorprender, decía Deveali ¡hace casi 50 años! (Revista Derecho del Trabajo 1953 pág. 53), que “...es nuestra opinión que *el concepto de subordinación jurídica...está destinado a desaparecer...*”. Esa predicción no se fundamentaba en la posición relativa de los astros, sino en la idea de que “...el concepto de subordinación jurídica adoptado para caracterizar el contrato de trabajo no coincide siempre con el de hiposuficiencia, que constituye la verdadera ratio de la legislación laboral...” Léase: cuando ya no se verifique de modo sistemático la dominante coincidencia fáctica entre la desigualdad económica y la subordinación jurídica, este último criterio perderá su eficacia calificatoria; en ese momento (¿ha llegado ese momento?) habrá que “barajar y dar de nuevo”.

³⁵ Neologismo que significa tratar - en la ley, en los convenios colectivos - a un vínculo dependiente como si no lo fuera.

³⁶ Dice Ojeda Avilés en “El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX”, Revista Derecho del trabajo (Buenos Aires, Ed. La Ley) núm. 2, 2011, pp. 235 a 246 que ese nacimiento obliga a reconocer dos aspectos importes: el primero, que lo medular en él es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre los

del derecho del trabajo y constituyen fundamento de algunos de sus rasgos definitorios, como lo es el que examinamos en esta sección.

Casi con la pretensión de volver sobre la *idea básica e histórica del derecho del trabajo*, podría a esta altura formularse una suerte de corolario dogmático que de algún modo la exprese y la complete: el derecho del trabajo es un derecho basado a. en la desigualdad como presupuesto fáctico; b. en la *igualdad en dignidades* como contrapartida axiológica y c. en la construcción de equilibrios como instrumento de realización.

Hay un generalizado consenso, en efecto, en el sentido de que el derecho del trabajo apunta a la *construcción de equilibrios*³⁷, en un contexto en que la *igualdad* es fundamento axiológico pero de ningún modo objeto de posible realización entre las partes del contrato de trabajo, desde que, como sabiamente se ha apuntado, el ordenamiento tiende a la conservación del orden establecido³⁸. Resta agregar que la construcción de ese equilibrio estructural no es nada simple, puesto que debe articularse con otro, que en verdad también lo compone, según el cual el sistema debe garantizar además un equilibrio entre la libertad de empresa y su capacidad productiva y la protección del trabajo asalariado³⁹.

Entendido que el contrato de trabajo establece una relación de poder, parece evidente que el modo de realizar el equilibrio perseguido, consiste en producir una redistribución de las energías de poder existentes al interior de ese vínculo que, en la lógica de las "*ideas particulares*" del derecho del trabajo, cada ordenamiento realiza de un modo diverso⁴⁰.

¿Cómo se lleva a cabo esa redistribución de poderes?

En el marco de la relación individual, se trata de expropiar poder de negociación del empleador, mediante normas de límites que cada sistema vehiculiza en sus propias fuentes y recursos: límites en la fijación de condiciones de trabajo y límites también en el ejercicio de los poderes que detenta el empleador (entre ellos, los de dirigir y organizar la empresa, aplicar sanciones, especificar y variar condiciones de trabajo, reglamentar). Otras técnicas para el mismo espacio proponen dotar al trabajador de una mejor posición relativa del poder mediante, por ejemplo, la facilitación del acceso directo al beneficio retaceado, el incremento

trabajadores; el restante, que el contrato de trabajo surge para poner de relieve tal aspecto y, a renglón seguido, procurar un equilibrio real mediante contrapoderes internos al contrato.

³⁷ Por todos, Manuel Carlos Palomeque López en "La función y la refundación del DT", publicado en Relaciones Laborales (Madrid) Año XVI, Núm. 13, 8 de julio de 2000 pág. 21 sgtes.

³⁸ Conf. Otto Kahn Freund, en op. y loc. cit en nota 14.

³⁹ Conf. Palomeque en op. y loc. cit. en nota 37.

⁴⁰ Alain Supiot en "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo" en Revista Internacional del Trabajo vol. 115 1996 núm. 6 pág. 657 y sgtes. evoca el modo en que los ordenamientos francés y alemán conciben la redistribución de los poderes (lo citamos aquí sólo para ilustrar esas diversidades): el enfoque francés plantea, hoy como ayer, el problema en términos de derechos personales garantizados por el poder público; el alemán, como producto de la actuación de las comunidades organizadas.

de multas e indemnizaciones en favor del trabajador y a cargo del empleador que agrede en represalia, la nulidad absoluta de los actos realizados en fraude a la ley, la posibilitación de la reversión de los que se hubieran cometido⁴¹.

En el marco de lo colectivo la redistribución de poderes se materializa en el reconocimiento de la acción colectiva – ya un modo de legitimar una manifestación conspicua de poder – y en la promoción del poder del sindicato mediante variados instrumentos.

En el espacio de lo procesal se expresa en la consagración de una jurisdicción especial que incorpora los principios de protección, en la mejora de la posición probatoria del trabajador (presunciones, apreciación en favor del trabajador de las formas omitidas), en la evitación de las restricciones económicas mediante la técnica de la gratuidad (litigar sin gastos, eximición de costas, comunicaciones sin costo), en la no admisión de acuerdos que implican renunciaciones, en la reivindicación de la realidad por sobre los acuerdos o las calificaciones.

En lo administrativo, por fin, controlando y sancionando los incumplimientos del empleador, restringiendo los acuerdos transaccionales o liberatorios legalmente impropios, etc.

8. Un ordenamiento “bajo fuego” que se configura para la resistencia

No es más que una obviedad afirmar que el Derecho del trabajo es un derecho “bajo fuego” por lo menos en dos frentes.

Se le ataca, en efecto, desde la perspectiva de su misma legitimidad teórica. Muy sintéticamente, de su compatibilidad con los criterios de eficiencia y flexibilidad y con el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo y el empleo y de los mercados de productos. Se alude, entre otros déficits, a las asimetrías que provoca entre “*insiders* y *outsiders*”, entre otras imputaciones no menos conocidas. Desde esa perspectiva, se alega que los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis; en ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia

⁴¹ Está claro que las técnicas que instrumentan la resistencia a la elusión también forman parte de este entramado orientado a la redistribución del poder, pero asumen además una dimensión tan propia y extendida que justifica que se las reconozca, además, como expresión de otro de los rasgos identificatorios del Derecho del trabajo; vuelvo sobre ellas enseguida.

que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

Todo ello forma parte de un debate teórico, económico, filosófico y político que no tenemos la intención de abordar hoy.

Hay otro frente de ataque, ahora no teórico sino más bien directamente operativo. Se ataca sistemáticamente al derecho del trabajo para neutralizar su efectividad⁴² y su eficacia. Junto a su *debilitamiento normativo* que se procura por medio de las demandas de flexibilidad y desregulación – de la reducción de su intensidad regulatorio - se procura desde tiempo inmemorial su *debilitamiento aplicativo*⁴³ mediante la limitación de la significación, el poder y las competencias de los actores que tienen a su cargo la aplicación del derecho del trabajo y de la protección social (ministerios de trabajo, inspección del trabajo, tribunales especiales, etc) y de los propios actores sociales (debilitamiento y pérdida de influencia de los sindicatos), junto a estrategias más directamente elusivas como el fraude laboral, la desintegración vertical de las empresas, la huida del derecho del trabajo y otros modos de sustraerse a la aplicación efectiva de sus normas.

No me parece que otros ordenamientos que relacionan sujetos privados en esa dimensión imperativa estén sometidos al mismo tipo e intensidad de los embates y desafíos.

Intensidad de la que tiene cierta aptitud explicativa el sistemático conflicto de intereses subyacente al fenómeno laboral en sí⁴⁴ que no existe en las diversas manifestaciones del derecho público – al que pertenecen buena parte de las normas imperativas – ni otros sectores del derecho privado⁴⁵. Tampoco nos parece que tenga en ello una incidencia menor el carácter “semiimperativo” (el de la “imperatividad relativa”) de esas normas, cuyos efectos restrictivos juegan sólo a favor de uno de los sujetos, atrayendo consigo energías de rechazo de parte del restante.

⁴²En “Droit du travail” (2000), Jean Pelissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, 20a. edición Précis Dalloz página 38 párrafo 41, consideran al derecho del trabajo como «un droit exposé à l’ineffectivité » Las normas del DT parecen particularmente expuestas a la ignorancia, al rechazo de su aplicación en un espacio privado donde se impone a menudo el poder no compartido del empleador.

⁴³Caractericé esos procesos de *debilitamiento normativo* y *debilitamiento aplicativo* junto con el de *debilitamiento subjetivo* en mi “Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law”, in “Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work”(Guy Davidov and Brian Langille, comps), Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁴⁴ Uno de los “particularismos” señalados por Barbagelata en op C en nota 5.

⁴⁵El derecho de familia, por ejemplo, con toda su compleja institucionalidad no refiere un conflicto de esa centralidad; tampoco, al menos en la misma histórica dimensión, otras experiencias contractuales frecuentemente intervenidas por las normas, como pueden ser (en ciertas circunstancias, contenidos y contextos) el régimen de las locaciones, el de los mutuos o el de los seguros.

Es, en suma, un ordenamiento que reconoce y replica jurídicamente el conflicto de base y *que toma partido*, al menos en cuanto al modo de configuración de sus normas.

Todo ello tenga tal vez aptitud para explicar la intensidad de los embates que le afectan y de tal modo contribuyen a su *debilitamiento aplicativo* y, correlativamente y en lo que aquí nos interesa, sirve para justificar el *enorme aparato de resistencia – la riqueza y centralidad de su instrumental – que el derecho del trabajo ha incorporado y que a mi juicio ha alcanzado tal significación que se constituye en uno de los rasgos que denotan y definen el modo de ser de ese ordenamiento*.

Sólo a título ejemplificativo, cabe mencionar, como formando parte de la “tecnología” de ese *aparato de resistencia*, el principio de realidad y sus efectos, el fraude y la simulación erigidos como verdaderas “contrainstituciones” del derecho del trabajo y las técnicas desplegadas para limitarlos, junto a otras de función “antifraude”, las garantías especiales de los créditos de los trabajadores, la imposición de diversas formas de solidaridad pasiva entre diversas contrapartes del trabajador, la imperatividad del tipo contractual y las restricciones a la libre calificación de los vínculos, la nulidad de los actos transgresivos, las presunciones y otros mecanismos para facilitar la actividad probatoria del trabajador, los que se arbitran para desalentar y prevenir represalias contra el trabajador que ejerce sus derechos y, desde luego, en el plano externo a las normas mismas y en dimensión central, *la inspección del trabajo y la acción sindical de contralor*.

En síntesis, *junto a las técnicas utilizadas para operar la redistribución de los poderes, a las que antes hicimos referencia, el derecho del trabajo exhibe un enorme arsenal institucional concebido para asegurar la aplicación de sus normas que se constituye en un rasgo destacado y definitorio de ese ordenamiento y explica, en una miríada de leyes, reglamentaciones y mecanismos jurisprudenciales y administrativos, buena parte de su operatoria y, de consiguiente, de su “modo de ser”*.

9. La cuantificación y el elemento cuantitativo

La cuantificación de la prestación del trabajo es, condición de la posibilidad de concebir una noción abstracta del trabajo que permita su medición e intercambio en el mercado. Presente desde el advenimiento del capitalismo y de la necesidad de retribuir el trabajo libre, se exagera, dice Supiot, cuando sirve como instrumento de la idea de *mercado total* desde el último cuarto del siglo pasado, para fundar las políticas en consideraciones

puramente cuantitativas desprendidas de la posibilidad de la determinación dogmática de los valores implicados en la prestación del trabajo humano⁴⁶.

Pero mucho antes de este interesado ejercicio de maximización de la dimensión cuantitativa, la *cuantificación* fue técnica propia y frecuentemente dominante del sistema de protección laboral: la tarifación de buena parte de los derechos – el elemento cuantitativo del que hablaba Mario Deveali en la primera mitad de los años 50⁴⁷- tenía *también* por objeto facilitar el acceso a la tutela, evitando la de otro modo ineludible necesidad de acudir a los tribunales para establecer la cuantificación de los derechos. Si ello implica una facilitación en el acceso a los derechos, hay que reconocer que siempre sirvió también al objetivo, de prevalente interés empresario, de asegurar la previsibilidad y asegurabilidad de los costos, configurando también aquí una de las manifestaciones de la ambivalencia que desde una lógica funcional se atribuye a las normas del derecho del trabajo⁴⁸.

En manifestación de esa técnica, la norma laboral suele asignar de modo generalizado para amplias categorías de trabajadores mediante técnicas de tarifación; la norma civil típica – por ejemplo, en el derecho de daños – propone habitualmente criterios genéricos que requieren del acto judicial para el proceso de individualización de la solución que contiene⁴⁹.

La tarifación ha devenido de tal modo en *característica dominante* de muchas *ideas particulares del derecho del trabajo*; sin visualizar esa recurrente tendencia numérica – tarifación en dinero y/o en fórmulas matemáticas, en tiempos de cobertura, en tiempos de descanso, etc., no sería posible explicar ni entender muchos ordenamientos laborales.

Para concluir hay que decir que no necesariamente es la tarifación lo que merece estar en cuestión, sino las opciones de valor que se apliquen en cada caso para determinar sus términos y la legitimidad y justeza del modo en que se arbitran los intereses en juego.

10. La singularidad del sistema de fuentes y su componente colectivo

⁴⁶ See Alain Supiot (2010) “L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total” Seuil, páginas 59 y sgtes.

⁴⁷ Conf. Deveali, Mario L (1954), “El Elemento cuantitativo en las normas del Derecho del trabajo”, en “Estudios de derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain”, Buenos Aires, Ed. Ateneo, páginas 123 y sgtes.

⁴⁸ Sobre la ambivalencia del Derecho del Trabajo, véase, entre otros, Jeammaud, Antoine (1980) en su contribución a “Le Droit capitaliste du Travail” Collection Critique de droit, Presses Universitaires de Grenoble. También en una cierta dimensión, G. Lyon-Caen en su: “Le droit du travail. Une technique réversible » donde expresa que “...le droit du travail est donc constitué de règles et d’institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu’on les présente sous une face ou une autre...”; se trataría esta última de una versión « micro » del concepto más amplio de la ambivalencia que explica la histórica desconfianza del pensamiento marxista respecto del derecho del trabajo.

⁴⁹ En el ordenamiento común, la tarifación ha sido acogida con reservas, sin llegar a instalarse como una técnica generalizada pues, se sostiene, frustraría el principio de la reparación integral del daño.

El sistema de fuentes en sí

El sistema de fuentes es un elemento fundamental en la caracterización del Derecho del trabajo. En efecto, un ordenamiento laboral *es como es*, según cómo sea el modo en que se distribuyen sus contenidos entre sus distintas fuentes. En particular, si se le contempla desde la lógica continental, según el espacio que ocupan en especial tres de ellas: la ley (cuyo rol en el sistema continental es de la máxima significación), los productos de la autonomía colectiva y el contrato individual de trabajo.

Tan es ello así, que las tendencias de cambio del ordenamiento laboral suelen implicar una cuestión de fuentes. Las relativamente recientes – y todavía actuales – demandas de *flexibilidad* lo ponen dramáticamente de manifiesto, desde que como tantas veces se ha dicho, implican una presión sistemática orientada a restar contenidos a la ley (“flexibilizarla” y en su expresión máxima, suprimirla) para trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva, y en las variantes más acentuadas, restar contenidos a la ley y a los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual; prácticas todas ellas conducentes al que líneas arriba evocáramos bajo la designación de “debilitamiento normativo” del derecho del trabajo.

Desde esa perspectiva, creo que el sistema de fuentes puede denotarse mediante una serie de continuos, y un determinado sistema nacional describirse y caracterizarse por el lugar que le sea propio al interior de cada uno de ellos. Esos continuos son, entre otros seguramente posibles:

- a. Precisamente, el del modo en el que se distribuyen sus contenidos entre la ley, el convenio colectivo y el contrato individual; por cierto, no cualquier posición en ese continuo es compatible con la *idea histórica* y con algunas *ideas particulares* del derecho del trabajo.
- b. El continuo entre Estado y contrato (más contrato implica menos intervención estatal y viceversa); el sistema continental, por ejemplo, se coloca en un punto incluyente de más ley, mientras que el *common law* refiere más contrato.
- c. Todavía en la relación entre estado y contrato, el continuo que va desde la más amplia asunción por parte de la ley de contenidos sustanciales y la mera fijación legal de reglas de procedimiento para derivar en la autonomía la determinación de aquellos contenidos (proceso llamado mediante un anglicismo, *proceduralization* o *proceduralización*)

- d. El continuo entre el máximo de centralización y el máximo de descentralización de sus diversas fuentes
- e. El continuo que va desde el grado máximo al mínimo de la influencia internacional, medida en la vigencia y acatamiento de las normas internacionales del trabajo y demás expresiones del derecho internacional del trabajo.

Desde una perspectiva funcional, es pertinente señalar una singularidad - tal vez la más marcada - del sistema de fuentes del derecho del trabajo: es, ante todo, *un sistema de limitaciones a la autonomía de la voluntad (de la individual, generalmente, y también de la colectiva, en los ordenamientos de raíz continental)*. Es en él *donde se realiza normativamente el ejercicio de la redistribución de los poderes del que me ocupara líneas arriba*.

El fenómeno colectivo y las fuentes

Ese esquema de limitaciones determina que al momento de elegir la norma aplicable – al momento de operar el orden de prelación de las normas – hemos de recurrir siempre *a la norma de jerarquía menor que establezca el mayor beneficio para los trabajadores alcanzados*. Desde luego, esa prelación de las normas de menor jerarquía no implica en modo alguno el abandono del criterio jerárquico; por el contrario, si ese es el orden de prelación es porque es el que (implícitamente) prescribe en cada caso la norma de jerarquía superior al configurarse como una norma de *imperatividad relativa*.

Desde luego, el sistema de fuentes del derecho del trabajo debe mucho de su singularidad y también de su siempre recordado carácter plural a los fenómenos propios de la acción colectiva y de su marco jurídico (el derecho colectivo del trabajo). Es precisamente de ese orden de relaciones que puede afirmarse que si el trabajador está subordinado al poder del empresario (aspecto que consideramos más arriba), este último es, al propio tiempo, un poder coordinado con el de las organizaciones sindicales. De este modo las obligaciones mutuas entre empresario y trabajador se establecen unilateralmente por el empleador, bilateralmente por la negociación colectiva y finalmente, de modo imperativo para uno y otro espacio por obra de la ley⁵⁰.

Desde luego, el fenómeno de la acción colectiva es absolutamente determinante, en general, en la configuración del derecho del trabajo y, en particular, en la del sistema de fuentes que ahora nos ocupa. Es, por cierto, el rol del fenómeno colectivo como *aparato productor de*

⁵⁰ Ver Otto Kahn-Freund en opy loc. cit. en nota

una tipología normativa, lo que contribuye a la más nítida singularización del derecho del trabajo pero, hay que decirlo, es también su aporte a la afirmación de la eficacia de la ley que “...en todas partes...depende de los sindicatos mucho más de lo que estos dependen de la eficacia de aquellas”⁵¹

Es sobre todo merced al fenómeno colectivo que puede afirmarse que el Derecho del trabajo dista de ser sólo un producto de la actuación de los poderes del estado, para serlo también de los agrupamientos profesionales (de sindicatos y empresarios), de los reglamentos de trabajo impuestos por los empleadores dentro de los límites fijados a sus poderes, de los usos y costumbre de los sindicatos, etc. *No está demás apuntar la paradójica configuración de un ordenamiento como el Derecho del trabajo, íntimamente penetrado por la intervención estatal, el orden público y otras manifestaciones del derecho público, que sin embargo tiene una presencia destacada y en algunos sistemas, dominante de la participación de sujetos privados en la formación de sus sistemas de fuentes.*

Para terminar

Resta decir que este ejercicio de reconocimiento teórico e institucional que venimos de practicar no tiene un interés puramente descriptivo; por el contrario, saber cuáles son esos rasgos definitorios sirve para “medir” la incidencia de los procesos de transformación en curso desde hace algunas décadas, en el entendimiento de *que si estos últimos operan sobre esos rasgos, los cambios resultantes han de ser más sustantivos y radicales – el derecho del trabajo que cambia, cambia entonces de modo más íntimo y profundo – que si las transformaciones operaran sobre otros rasgos que, por importantes que sean, pueden considerarse meramente contingentes o menos estructurales.*

Esos *rasgos definitorios* constituyen, por otra parte, otras tantas claves de comprensión del derecho del trabajo⁵² que permiten transitarlo por sus señas de identidad más profundas y arraigadas.

En fin, más allá del mayor o menor acierto logrado en la identificación de algunos de esos *rasgos definitorios* del Derecho del trabajo – más bien, de una de sus *ideas particulares* – este ensayo se propone llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para

⁵¹ Conf. Baylos, Antonio, en op. y loc. cit. en nota

⁵² “Clés d’intelligibilité” les llama Alain Supiot (2004) en su « Le Droit du Travail » Colección Que sais-je » PUF, Paris.

hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un derecho del trabajo que cambia y, más simplemente aún, para comprenderle mejor.

Referencias

- AVILÉS, Ojeda. El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX. *Revista Derecho del trabajo* (Buenos Aires, Ed. La Ley) núm. 2, 2011
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo, modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid 1991
- DAVIDOV, G., *Who Is a Worker?* 34 *Indus LJ* 2005
- DEAKIN, Simon. Does the “Personal Employment Contract” Provide a Basis for the Reunification of Employment Law. *Industrial Law Journal* Vol. 36 No. 1 March 2007
- DEVEALI, Mario L. El Elemento cuantitativo en las normas del Derecho del trabajo, en *Estudios de derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*. Buenos Aires, Ed. Ateneo. 1954
- DURAND, Paul. *Traité de droit du travail* t. 1 Dalloz 1947
- DURAND, Paul. *El Particularismo del Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, 1a. Edición, Montevideo, 1995
- FREEDLAND, Mark and KOUNTURIS, Nicola. The Legal Construction of Personal Work Relations, *Oxford Monographs on Labour Law*, OUP.2011
- FREEDLAND, Mark. Developing the European comparative law of personal work contracts. in, 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 487.2007
- GOLDIN, Adrián. Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law. Chapter 5 of DAVIDOV and LANGILLLE, comps, *The idea of labour law*, Oxford University Press, 2011
- GOLDIN, Adrián. Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law, in DAVIDOV and LANGILLLE. *Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work*. Hart Publishing, Oxford, 2006
- HEPPLE, Bob. Introducción a *La formación del derecho del trabajo en Europa*. Análisis comparado de la evolución de 9 países hasta el año 1945. Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid 1994
- JEAMMAUD, Antoine. Le Friant y Lyon Caen. en L’ordonnement des relations du travail. en *Recueil Dalloz* 1998, 38 Cahier, Chronique

JEAMMAUD, Antoine. *Le Droit capitaliste du Travail*. Collection Critique de droit, Presses Universitaires de Grenoble. 1980

KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1987

LINDER, M (1999), "Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness" 21 Comp. Lab. L. & Policy J.187

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. La función y la refundación del DT, publicado en *Relaciones Laborales* (Madrid) Año XVI, Núm. 13, 8 de julio de 2000

MASSIMO, D'Antonna. La subordinazione e oltre. Una teoría giuridica per el lavoro che cambia, in PEDRAZZOLI, Marcello. *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*. Ed. Il Mulino, Trento, 1989

MURIEL, Fabre-Magnan. Le contrat de travail défini par son objet, en SUPIOT, A. *Le travail en perspective*. LGDJ, París, 1998

PELLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail* 20a. edición Precis Dalloz. 2000

PICAZO, Luis Diez. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona 1973

RAYMOND, Wilfredo Sanguineti El Derecho del Trabajo como categorías histórica. artículo publicado en POSADAS, C. Arenas; PUNTAS, A. Florencio; RUIZ, J. I. Martínez (editores), *Mercados y organización del trabajo en España* (siglos XIX y XX), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998

SIMON, Deakin; WILKINSON, Frank *The law of the Labour Market. Industrialization, employment and legal Evolution*. Oxford University Press, Oxford, 2005.

SINZHEIMER, La esencia del Derecho del Trabajo en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. (Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo)*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Colección Estudios e Investigaciones, MTySS Madrid 1984

SORIA, José Vida *La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo. Observaciones críticas acerca del proceso de conceptualización del Derecho del Trabajo*, 1975, inédito

SUPIOT, Alain. Un faux dilemme: la loi ou le contrat? *Droit Social* no. 1 Janvier 2003

SUPIOT, Alain. *Por qué un derecho del trabajo* (Documentación Laboral Núm. 39 1993-1

SUPIOT, Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. *International Labour Review* vol. 115 (1996) núm. 6

SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*. Seuil. 2010