

LAS VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Carlos REYNOSO CASTILLO

I

Cuando recibimos la amable invitación por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas para participar en la elaboración de un libro en homenaje del Dr. Néstor de Buen Lozano, no sólo nos sentimos muy honrados con tal distinción, sino también muy agradados de poder contar con un espacio en el cual a nuestra manera, una vez más, podamos manifestar públicamente nuestro aprecio y admiración al Dr. De Buen. Los foros y pretextos para hablar de la vasta obra de este ilustre mexicano, nunca serán suficientes para coincidir o discrepar de sus opiniones; hoy en día sería difícil explicar la evolución del derecho del trabajo en México, así como la teoría sobre el mismo, sin consultar los trabajos de De Buen, sus trabajos son sin lugar a dudas, una la referencia obligada cuando se trata de intentar entender o explicar las relaciones laborales en nuestro país.

Pero si éstas no fueran ya en sí mismas razones para participar en un homenaje como el presente, existen razones de tipo personal, que dadas las características de esta obra, con la venia de los lectores quisiera compartir. Hacia el año de 1983 tuve la suerte de conseguir una cita con el Dr. De Buen en su despacho de la colonia Polanco en la Ciudad de México. El buscar a una personalidad del mundo jurídico tenía tintes de gran expectación ya que no se trataba de cualquier jurista, sino de uno de aquéllos cuya obra me había servido para ir adentrándome en el mundo del derecho del trabajo; afortunadamente la posibilidad de saludar personalmente al autor de varias de las obras básicas que pude estudiar en la carrera se concretó. Para el Dr. De Buen fue sin duda la cita con un estudiante insistente que manifestaba tener interés en el derecho del trabajo y que buscaba pedirle un consejo, tal vez más personal que profesional, sobre la aventura que al año siguiente emprendería y que sería irme a Europa, concretamente a la Universidad Sorbona de París, para

estar cerca de otro gran maestro del derecho del trabajo contemporáneo, y profesor en el más amplio significado de la palabra, el Dr. Gérard Lyon Caen. Acudí a aquella cita en Polanco, con la emoción y nerviosismo de quien verá por primera vez a una gran personalidad siempre admirada, en este caso, del mundo jurídico y académico. La entrevista duró breves minutos, y en estos casos uno siempre está atento no sólo a las palabras y a los gestos que percibe, los cuales quedan registrados por mucho tiempo, y tratamos de darles una importancia que tal vez el interlocutor no le da al encuentro. Mi coartada para ver al doctor fue pedirle opinión sobre material para el tema que visualizaba como investigación en mi tesis doctoral. La verdad no recuerdo las sugerencias bibliográficas que me dio, pero siempre me quedaron grabadas sus palabras, cuando me dijo: “nos vemos al regreso y ya hablaremos”. El momento del regreso llegó luego de cinco años de *exilio*, y deseaba ver al Dr. De Buen como quien desea acudir a un templo para dar cuenta de un compromiso adquirido y cumplido. El encuentro se dio en un momento por el cual pasan muchos que como yo, luego de haber realizado estudios en el extranjero, vivimos en carne propia la decepción de no contar con los apoyos necesarios para dedicarnos al trabajo universitario de cuerpo entero, y ronda por la cabeza la tentación de irse del país de manera definitiva. En esos momentos el fantasma que invitaba a fugarse se aparecía a todas horas y estaba muy latente la disyuntiva entre optar por una vida de precariedades como profesor universitario y la falta de interlocutores interesados en el derecho del trabajo, o regresar al Barrio Latino en París para disfrutar de las tardes y noches que nunca empiezan ni terminan, comiendo sandwiches griegos y lavando platos. Para mí, ese segundo encuentro tenía mucho de simbólico, ya que era buscar al maestro y decirle que había cumplido mi tarea. El Dr. De Buen captó de inmediato la situación por la que pasaba, y con su apoyo en semanas posteriores pude ingresar al Instituto de Investigaciones Jurídicas, del cual tengo no sólo gratos recuerdos sino apreciables amigos. El Dr. De Buen sin duda es culpable de muchos debates y polémicas en el mundo del trabajo, pero en lo personal le atribuyo tener en buena medida la culpa de que mi destino profesional haya sido México, de lo cual le estaré siempre agradecido.

II

Entiendo que la invitación para escribir estas líneas no fue para narrar vivencias personales, sino para abordar algún aspecto del derecho del tra-

bajo, y para ello hemos considerado conveniente aportar algunas ideas sobre una de las instituciones y figuras centrales del derecho del trabajo, el contrato individual de trabajo. Sin duda se trata de una institución cuyo nacimiento y evolución han sido como un personaje protagónico en la aún joven pero ya larga historia de la legislación laboral en el mundo.

En efecto, es un tema en el cual se reúnen buena parte de las glorias y derrotas que ha tenido al paso de los años una legislación como la laboral, que desde sus orígenes ha encarnado los valores más nobles de protección de sectores importantes de la sociedad.

Así, hoy en día cuando el derecho del trabajo se encuentra ante una encrucijada, como diría el Dr. Américo Plá, y se debate sobre los caminos que habrá de tomar en algunos países como México, el contrato de trabajo, como figura de primer orden y actor principal de una obra no concluida, no podía faltar y pareciera estar dispuesto a la transformación, así como a utilizar una multiplicidad de vestuarios que según parece se le ofrecen para lanzarse a su próxima aparición en la escena del mundo del trabajo.

Ante la cercanía de su readecuación, es importante tomar distancia para ver que en otras latitudes los debates que hoy en México se presentan como novedosos o como ideas originales, hace tiempo que se dieron en otras regiones, y que la eventual modificación del contrato de trabajo o sus diversas modalidades, tan sólo forman parte de una tendencia que desde hace años se inició en América Latina, y desde hace ya bastantes más años en Europa.

En el caso de América Latina, la última década fue prolija en renovaciones a las leyes y códigos del trabajo con diversas intensidades; así por ejemplo República Dominicana (1992), Venezuela (1990), Argentina (1991), Colombia (1990), Ecuador (1991), Perú (1992), son tan sólo algunos casos precursores de estos cambios, en donde las normas relativas al contrato individual de trabajo, fueron objeto de alguna modificación.

Así mismo, en el contexto iberoamericano, sin duda destaca por su importancia en los años recientes, el caso de España en donde en la última década (aunque se remonta a aquella reforma de 1984 al Estatuto de los Trabajadores), se asistió a una importante y trascendente modificación del marco jurídico del contrato individual de trabajo; en ese país ibérico destacarían los contratos a prueba, los de aprendizaje y de prácticas, aquéllos para el fomento del empleo, o para relevo, los de obra determinada o servicio determinado, o bien los permitidos para el lanzamiento de nueva actividad o para atender circunstancias del mercado. El caso español es un referente importante ya que no sólo permite ver los efectos, no

siempre deseados, que en ese caso se dieron, sino también porque muchos países latinoamericanos han encontrado en éste una fuente de inspiración para actualizar su derecho del trabajo. Frente a este panorama, México aparece con un retraso que lo hace discordante con buena parte del contexto laboral internacional.

Detrás de los cambios al marco regulador del contrato de trabajo, está una constatación de la realidad, en la cual es fácil advertir cómo hace tiempo que la misma lo rebasó en un terreno donde este contrato se muestra con limitaciones, siendo objeto de simulaciones, con desvíos y disfraces, que han venido a mermar la fortaleza que quizá alguna vez tuvo. Hace tiempo que el contrato de trabajo dejó de ser, si es que alguna vez lo fue, el más importante mecanismo jurídico regulador de las relaciones entre alguien que trabaja y alguien que paga por ese trabajo.

Las paradojas de la vida son curiosas, quién nos hubiera dicho que el contrato de trabajo otrora valuarte de la justicia social, con un alto espíritu reivindicador e institución fundamental del patrimonio de los trabajadores, hoy tendría una nueva misión como salvador de la economía de mercado e incluso como herramienta contra el desempleo.

En este turbulento panorama, sin aparentes asideros a la vista, estas notas pretenden ofrecer algunas reflexiones con las cuales se busca participar en el debate sobre el cómo pudiera actualizarse el marco jurídico del contrato de trabajo. Un debate que finalmente tiene mucho de trucado, ya que la realidad modificó al contrato y lo ha desplazado de su papel protagónico que en sus orígenes tuvo, aparte de que las tendencias mundiales darían amplia información a quienes siguen preguntando cómo modificamos la ley laboral y en particular el contrato de trabajo.

III

El contrato siempre ha ocupado un papel estelar en diversas ramas del derecho, primero en materia civil, más tarde como herencia en el derecho del trabajo. Desde su aparición como *sponsio* y más tarde como *stipulatio*, pasando por los contratos literales y los reales, avanzó a su consolidación como acto formal y su ulterior consolidación en la Europa occidental;¹ el contrato iría manteniéndose firme al paso de los años, y sería exportado

¹ Buen, Néstor de, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986.

para América Latina como institución pilar en la construcción de los sistemas jurídicos en esta región.

Sin embargo, como se recuerda, ante la imposibilidad de las instituciones del derecho civil, y en particular de los diferentes tipos de contratos, para poder regular de manera adecuada las relaciones entre trabajadores y empleadores, se fue abriendo paso la idea de contar con instituciones jurídicas adecuadas a la nueva realidad. Fue así como la idea de un contrato de trabajo autónomo del derecho común fue ganando terreno como pilar en la construcción del marco legal destinado a regular las relaciones de producción. En éste, según buena parte de la doctrina, se reunían las aspiraciones de justicia de los trabajadores al reconocer las desigualdades que el frío derecho civil no tomaba en cuenta, para de esta manera contar con una institución jurídica autónoma que como arma de los trabajadores permitiría superar la situación de desventaja en la que se encontraban e incluso, según algunos análisis, aspirar a la instauración de un modo de producción más justo. Esta historia aparece cada día menos exacta, sobre todo por el hecho de que buena parte de las personas que realizan alguna actividad productiva, en países como el nuestro, están alejadas del derecho del trabajo y la seguridad social y parecieran situarse cada vez más en la arena del derecho común. ¿Se trata acaso del regreso de normas respecto de las cuales se supone el derecho del trabajo se había alejado? O más bien se da la posibilidad de ver ahora con mayor nitidez un conjunto de criterios normativos que nunca se habían ido, sino que habían permanecido latentes y aplicables en la vida de los centros de trabajo, cubiertos por un velo delicado que creaba ilusiones ópticas, pero fortalecido por la complicidad de buena parte de la doctrina de los laboristas que contando narraciones de epopeyas del derecho del trabajo y sus huestes, nos hicieron creer que los civilistas, como villanos del cuento, se habían batido en retirada.

Tal visión novelesca, hoy en día tan sólo forma parte de los recuerdos de un romanticismo añejo y empolvado que se desgasta y resiste poco ante el análisis de la manera como viven las relaciones laborales en los centros de trabajo. Se trata de una visión que ayudó en su momento a construir un razonamiento lógico en el cual el derecho del trabajo, y en particular el contrato de trabajo, aparecían como el *robin hud*, cuyo manto protector venía a salvar a los trabajadores de las garras del malvado capital. Hoy en día los cultores de esta historia suspiran por los años que se fueron, vendiendo aún una versión e interpretación del mundo laboral que poco sirve para, como propuesta teórica, entender lo que hoy está pasando en la manera de rela-

cionarse entre trabajadores y empleadores. El momento de máxima emoción se daría, según se ha dicho, cuando el contrato de trabajo adquiere autonomía de derecho civil y se convierte, como señalan algunos enfoques del derecho del trabajo, en el mecanismo de adquisición de la fuerza de trabajo en un modelo determinado de relaciones de producción, para dar lugar así a la consolidación de un conjunto de normas especiales dirigidas al sector de trabajadores, para beneficio y protección de los mismos.

IV

De esta manera en muchos países se fue abriendo paso un conjunto de disposiciones que buscaban reconocer jurídicamente la existencia de situaciones novedosas que antes el marco jurídico no incluía. Así, para el mundo laboral, la idea de *contrato de trabajo* permitiría encontrar un referente propio, a partir del cual el nascente derecho del trabajo podría ir construyendo no sólo el resto de los contornos de las relaciones obrero patronales, sino los planteamientos teóricos sobre los mismos, impulsando lo que también se conocería a lo largo del siglo XX como el derecho social.

En el caso mexicano, estas ideas se retomarían en la legislación laboral, en particular en la Ley Federal del Trabajo (LFT) la cual define al contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, como aquél por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

Al paso de los años, la figura del contrato de trabajo, no sólo sirvió de baluarte de las más nobles aspiraciones que muchas sociedades planteaban frente a sus trabajadores, sino siguió cargando cierta herencia civilista en las interpretaciones que los tribunales hacían de él, al insistir en que uno de los elementos de su existencia era no sólo el acuerdo de voluntades de las partes, sino su carácter formal al necesitar plasmarse en un documento escrito. Estos elementos impedirían el que en muchas circunstancias el contrato de trabajo no pudiera servir de mecanismo de protección de los trabajadores, ya que no siempre estaba presente de manera evidente ni el acuerdo de voluntades, ni la formalidad en el acto jurídico contractual. Esta *deficiencia* del contrato se haría evidente a los pocos años de su nacimiento a la vida jurídica, lo cual provocó que se buscaran alternativas que no frenaran el impulso protector del derecho del trabajo. Una de las más importantes sería a la postre el hablar de una figura jurídica, con la cual se aplicara el derecho

del trabajo sin necesidad de constatar la existencia de aquellos elementos heredados; esa figura sería la *relación de trabajo*, que en el caso mexicano se incluiría en la ley a partir de 1970, junto a la de contrato de trabajo.

La ley (LFT) señala que se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Esa afirmación sería coronada, en la misma ley, al señalar que la prestación de un trabajo en una relación de trabajo o en un contrato de trabajo, producen los mismos efectos, a saber la aplicación plena del derecho del trabajo. Además como complemento a este cuadro, el legislador consideró prudente agregar un refuerzo protector, por medio de una presunción, expresada al señalar que se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Junto a esta definición conceptual, la legislación mexicana se ocupó de las modalidades específicas que un contrato podía asumir, desde el punto de vista de la duración, estableciendo cuatro posibles modalidades expresas y una modalidad tácita. Las modalidades expresas serían aquellas en las que el contrato señala el tipo de duración al cual las partes desean sujetarse y son por obra determinada, por tiempo determinado o por tiempo indeterminado y el caso excepcional de contratación de minas en donde la duración de cierto capital determinará la duración del contrato. La modalidad tácita sería aquella en la cual, dice la ley, a falta de estipulación expresa sobre la duración del contrato, la relación será por tiempo indeterminado.

Como capítulo siempre a debate, estuvieron modalidades del contrato laboral que buscaban atender necesidades específicas del empleador, en esta situación estuvo siempre el denominado *contrato a prueba*, el cual contaría con simpatías mayores o menores según la época de la que se hable.

Durante mucho tiempo se dijo que el contrato a prueba carecía de validez y de fundamento legal, aunque buena parte de la doctrina de manera recurrente señaló dos casos de excepción, aparentemente tolerada por la misma ley. Uno es el caso del artículo 47-I donde el empleador puede rescindir una relación de trabajo cuando haya sido engañado por el trabajador o el sindicato que en su caso lo envió con certificados falsos o referencias respecto de sus capacidades aptitudes o facultades que no tenga. El otro caso es el de los trabajadores domésticos para los cuales se puede, sin responsabilidad para el empleador, dar por terminada su relación dentro de los 30 días siguientes al inicio de la misma, sin necesidad de causa justificada alguna.

Pero el análisis del contrato de trabajo exige tener claros los momentos cronológicos en que el contrato aparece; así, el antes, durante y después, dará lugar a normas que irían conformando el esquema regulador. Por lo que se refiere al primero de estos aspectos, señala el maestro De Buen que los presupuestos de validez en el contrato de trabajo son: la capacidad, el libre albedrío, la licitud en el objeto y la forma, se trata de aspectos que conviene repasar brevemente.

En cuanto a la capacidad, tanto de goce como de ejercicio, existen limitaciones en cuanto a la edad mínima (catorce años) para ser considerado trabajador, así como la existencia de reglas precisas para ciertas edades por debajo de la mayoría de edad (entre catorce y 18 años). Sin embargo, la capacidad de ejercicio en materia laboral, se tendría a los 16 años, al poder celebrar por sí mismo contratos de trabajo, antes de esa edad tendrían que intervenir los padres o tutores y a falta de éstos, el sindicato al que pertenezcan, y si no la Junta de Conciliación y Arbitraje, el inspector del trabajo o la autoridad política. Para el Dr. De Buen, de manera acertada desde nuestro punto de vista, la omisión en cuanto a la representación de los menores, no podría acarrear la nulidad de la relación en perjuicio del trabajador.

En cuanto al libre albedrío, el significado que le atribuye el Dr. De Buen es que la relación laboral carezca de vicios del consentimiento, como en el eventual caso previsto en la fracción I del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, cuando se considera como causa de rescisión sin responsabilidad para el empleador, el hecho de que un trabajador haya engañado a su patrón o el sindicato que lo haya propuesto, si hubiese cláusula de exclusión, con documentos o competencias que no fuesen verdaderas.

La licitud en el objeto tiene que ver con las causas de ilicitud señaladas en el artículo 5o. de la ley, y que se refieren básicamente al respeto de ciertos márgenes mínimos de algunas condiciones de trabajo (jornada, salario, pago periódico del salario, etc.).

Por lo que se refiere a la forma, para el Dr. De Buen se trata de un tema al cual el legislador, en su momento, decidió dedicarle cierta atención, ya que en el artículo 24 de la ley se estipula que las condiciones de trabajo deben establecerse por escrito y con un contenido mínimo, salvo que existan contratos colectivos aplicables; sin embargo, agrega, la importancia de la forma en el contrato se da *ad-probationem* y en beneficio del trabajador. Se trata de un requisito al inicio de la relación contractual pero que, de alguna manera, se mantiene vigente a lo largo de la vida de la relación laboral, ya que la ley exige que el empleador entregue constancias de la antigüedad del

trabajador, así como información del periodo vacacional al cual se tenga derecho. Paradójicamente señala el Dr. De Buen, esta situación que en su origen busca una protección del trabajador, se traduce muchas veces en una peligrosa práctica para el empleador, ya que al documentar la relación, se contaría con una prueba en su contra llegado el caso de un litigio.²

Sin embargo, estos presupuestos cuyas deliberaciones han ocupado muchas horas de discusión y han consumido mucha tinta, hoy en día se encuentran inmersos en una crisis ante la cual los laboristas permanecen impávidos, indiferentes y carentes de ideas para superarla. Precisamente en el análisis objetivo sobre la manera como cada uno de estos presupuestos de validez viven en los centros de trabajo y, de manera general, en la economía de un país como el nuestro, es que se constata qué tan lejos estamos a veces de encontrar de manera generalizada cada uno de estos elementos. Así por ejemplo, en el caso de la capacidad, como ya se anotaba, estamos en presencia de un régimen que acertadamente tenía en sus orígenes el interés por establecer un marco jurídico protector de los menores que tienen necesidad de acceder al mercado de trabajo; se trata sin duda de uno de los capítulos dramáticos del mercado de trabajo en muchos países en donde de manera creciente amplios contingentes de menores apoyan los procesos productivos, y en muchos casos, su aporte es sustancial en áreas completas de la producción. Ahí el discurso de la ley aparece como una broma de mal gusto, y el derecho del trabajo muestra con mayor crudeza y vergüenza su fracaso para regular y limitar el trabajo de los menores. Los recientes informes de la OIT sobre la situación del trabajo infantil en el mundo no dejan lugar a dudas.

En cuanto al libre albedrío, la pureza en la voluntad de las partes, y en particular la del trabajador, parece haber estado en la mira del legislador. En efecto, los principios del liberalismo decimonónico encuentran en este elemento de validez del contrato, una clara expresión. Asumir que un trabajador labora en contra de su consentimiento, o bien que el mismo se dio en condiciones que inhibieron la libertad, sería una herejía para muchos laboristas. Lo cierto es que más allá de lo poético de estos planteamientos, la libertad en la decisión de un trabajador para concluir un contrato de trabajo o para iniciar una relación de trabajo, muchas veces sólo está en las elucubraciones de los laboristas, sobre todo en países como el nuestro en

² Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 3a ed., México, Porrúa, pp. 44 y s.

donde, como ya decía un destacado laboralista español, el empleo es un bien escaso.

Por su parte, la licitud en el objeto ha sido abordada en países como México de manera negativa enunciando a veces de manera indicativa o enunciativa, aquellos casos en donde existiría ilicitud. Hoy en día la ilicitud florece a plena luz del día con el descaro propio de las personas que públicamente reconocen sus faltas y las cuentan como si fuera una cualidad digna de admiración. Estos personajes, expresión pura de la hipocresía, se presentan con el disfraz de contrataciones ajenas al derecho del trabajo, en un terreno y con un ropaje que les da cierta inmunidad y frente a lo cual el derecho del trabajo en países como el nuestro aparecen desarmados.

En cuanto a la forma, hoy en día es lo de menos, las estadísticas dan cuenta de cómo un número cada vez mayor de personas realizan alguna actividad alejados de cualquier formalismo como los exigidos por la ley.

Como puede advertirse, pareciera que llegamos a una época en donde la simulación aparece como lo normal y donde la ley, sus principios y sus instituciones han reducido su posible existencia a las aulas, y a los discursos de los especialistas en estos temas.

Nada más urgente que buscar alternativas que pongan al día varias instituciones del derecho del trabajo, pero de manera principal, al contrato de trabajo intentando actualizar, revitalizar y hacer vigente la preocupación histórica del derecho del trabajo de ser un referente para la protección de los trabajadores. Será el contrato de trabajo con otras modalidades, solo o acompañado de otros mecanismos que no lo desvirtúen y eviten abusos, o serán otros conceptos o instituciones que busquen reconocer y proteger las nuevas situaciones de trabajo, pero sería importante ir avanzando en la construcción de nuevos enfoques teórico conceptuales que permitan captar las nuevas realidades en un marco jurídico renovado.

Sin embargo, también en la ejecución misma del contrato los elementos de éste hoy en día son objeto de debate, en particular la subordinación o dependencia que se presenta entre quien presta un trabajo y quien lo recibe. Este elemento, importante en el desarrollo y vida de un contrato, históricamente se le consideró como aquél que permitía distinguir un contrato laboral de otros de naturaleza distinta; sin embargo, la identificación de tal característica se ha vuelto nada fácil, sobre todo a partir de la multiplicación de modalidades y variantes bajo las cuales se presenta una relación laboral. Así, tal y como lo señalan algunos tratadistas, uno de los temas de urgente análisis es repensar las fronteras entre el trabajo subordinado o

dependiente, propio del derecho del trabajo, y aquél carente de subordinación o independiente, saber cuando se da uno y cuando se da el otro, para entonces identificar el marco jurídico que lo habrá de regular. Este es sin duda uno de los temas de actualidad y debate, al hablar del contrato de trabajo.³ Así en algunas latitudes, términos como el de *para-subordinación* o *cuasi-laboralidad*, son muestra de los intentos por conceptuar y dar cuenta de las nuevas formas en que las relaciones de producción se presentan.

V

La idea que durante muchos años sirvió de guía para estructurar el marco jurídico de la contratación individual en buena parte de los países latinoamericanos, fue la permanencia del trabajador en su trabajo, y sólo de manera excepcional, la ruptura de esa relación. De esta manera, las propuestas del Estado de bienestar encontraron en el derecho del trabajo, expresiones jurídicas concretas que permitirían ir estructurando un sistema de relaciones de producción a lo largo del siglo XX, que hoy día pareciera obsoleto, sugiriéndose cambios a diestra y siniestra.

Pero los cambios como ya se señalaba al inicio de estas notas, ya se iniciaron desde hace mucho tiempo, en ocasiones haciendo uso de términos como el de *precarización*, para dar cuenta de la percepción que sobre los cambios algunos estudiosos advierten al poner frente a frente las instituciones del pasado con las modificadas. Pero uno de los términos hoy en día mas socorridos para hablar de estos cambios ha sido el de *flexibilidad* del derecho del trabajo. El término es muy gráfico, ya que evoca la cualidad que algunos materiales tienen para poder cambiar su forma con relativa facilidad. De esta manera con este término, se parte de la idea según la cual el derecho del trabajo se ha caracterizado por cierta rigidez que durante largos años ha imposibilitado que sus normas no se hayan podido ir adaptando a las nuevas necesidades y realidades. En ese sentido, la flexibilidad sería toda esta serie de modificaciones a las normas jurídico laborales que irían en contra de aquella rigidez para adecuarlas. Se trata de una percepción no siempre demostrada y con la cual no estaríamos totalmente de acuerdo, ya que tal vez no hay algún otro sector del orden jurídico que sea tan

³ Cfr. Supiot, Alain, *Au delà de l'emploi*, París, Flammarion, 1999, pp. 41 y s.

flexible como el derecho del trabajo, no sólo porque es parte de su naturaleza el irse adaptando a las situaciones siempre novedosas en los centros de trabajo, sino también porque entre sus fuentes y mecanismos de creación normativa se han institucionalizado, en el cuerpo mismo del derecho del trabajo, mecanismos de flexibilización, tales como la negociación colectiva y sus resultados, los contratos colectivos.

El tema de la flexibilización ha avanzado ya un buen trecho en la doctrina extranjera e incluso se habla de tipologías de la misma,⁴ así por ejemplo, el profesor Javillier distingue la flexibilidad de protección (la que busca mayor protección del trabajador), la de adaptación (buscando adecuar las normas a nuevas circunstancias, y se da generalmente mediante la negociación) y la de desregulación (donde hay una simple eliminación de derechos).

Evidentemente, esta tendencia flexibilizadora esconde una valoración subjetiva no siempre declarada y menos explicada, según la cual aquella dureza del derecho del trabajo, hoy en día no adecuada ni conveniente sería *mala* e inhibitoria de todo el funcionamiento de la economía. Por supuesto se trata de una visión que en el terreno de las valoraciones y filosófico daría para amplios debates, pero que la mayoría de los laboralistas han evitado enfrentar. En efecto, la flexibilidad como tendencia renovadora, sustentaría parte de su *valía* en las necesidades del mercado y de una determinada concepción de la economía, la cual en sí misma permitiría no sólo la creación de empleos e ingresos en una sociedad. Sin embargo, la justificación de aquella aparente rigidez del derecho del trabajo, no se sustentaba en las reglas del mercado, sino justamente en tratar de evitar que esas reglas lo rebasaran, de tal suerte que hoy la crítica a las normas jurídicas se basa en un esquema deontológico, en principio desconocido en los orígenes de esta rama del derecho.

En los orígenes del derecho del trabajo estuvo siempre claro el porqué era necesario un marco jurídico especial, que escapara a la lógica del derecho común; mientras que ahora la explicación teleológica deja de lado los porqué de una modificación a las normas, para centrarse en la explicación del para qué modificar.

Sin embargo, mas allá de la explicación y justificación sobre la necesidad de reformar el marco jurídico laboral, lo cierto es que no se ven por ningún lado los equilibrios necesarios, que en estos cambios serían desea-

⁴ Ermida Uriarte, Óscar, "La flexibilidad", *Cuadernos de Fundación*, Montevideo, núm. 3, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pp. 10 y s.

bles. Por un lado, las modificaciones sugeridas parecieran estar justificadas por el fin que sería crear empleos y mejorar en sentido abstracto a amplios sectores de la sociedad. Pero por otro lado, no se advierte propuesta alguna para saber qué tipo de protección o ventaja tendrían los eventualmente afectados por esos cambios, independientemente de que sería prudente tener claro y contemplarlo en la ley, señalando cómo prevenir y sancionar los posibles abusos que llegado el caso se tendrían al aplicar un nuevo esquema, por ejemplo, de contrataciones individuales flexibles. Tampoco queda clara cuál sería la suerte que correrían todas las otras instituciones del derecho del trabajo, que están *atadas* al principio del tiempo indeterminado de las relaciones y contratos de trabajo, tales como la antigüedad, la prima de antigüedad, las vacaciones, aparte de las prestaciones contractuales que siguen esta misma suerte, etc., Quedan pues algunas preguntas sin respuesta, por ejemplo ¿el nuevo esquema de contratación individual sería aplicable a las futuras contrataciones?, ¿sería parcial o totalmente aplicable a las contrataciones ya existentes?, ¿habría un esquema de transición? No se sabe, y habrá que estar atentos a la evolución de los debates y propuestas para tratar ahí de encontrar respuestas.

Ejemplos abundan en reformas parciales o amplias, tanto en Europa como en América Latina, en donde desde los años ochenta, pero sobre todo en la década de los noventa, los cambios al marco jurídico laboral se multiplicaron. Sin embargo, a pesar de que muchas de las variantes introducidas al derecho del trabajo han tocado y a veces trastornado las estructuras de importantes instituciones jurídicas del mundo del trabajo, lo cierto es que ha sido precisamente el contrato individual de trabajo una de las instituciones que han sido objeto de mayor atención cuando estos cambios se han planteado y concretado. Estos cambios se han dado por lo menos en cuatro grandes *canales*.

1. *En la periferia de la legislación laboral*

En efecto, el debilitamiento de la figura *contrato de trabajo*, como eje articulador de las relaciones laborales, se ha visto desplazado muchas veces por la irrupción de nuevas modalidades de relacionamiento entre las personas que patrocinan un proceso productivo y quienes aportan su esfuerzo físico o intelectual para ello. Estas nuevas formas se han descubierto fuera del derecho del trabajo, a veces totalmente al margen de regulación social

alguna, si acaso administrativa como el sector informal de las economías, o bien, aprovechando el siempre generoso y acogedor derecho civil, quien ofrece sus instituciones para disfrazar a los contratos de trabajo.

En ocasiones se han ideado mecanismos más sofisticados como la subcontratación, terciarización, etc., en donde el derecho del trabajo aparece inhibido o aniquilado.

De esta manera se ve frenada aquella aspiración original del derecho del trabajo de cobijar a los trabajadores, lo cual se traduce en la existencia creciente de grandes contingentes de personas para las cuales el derecho del trabajo y la seguridad social son verdaderos desconocidos.

2. *Al interior mismo de la legislación laboral*

Pero los cambios al contrato de trabajo se han dado también *al interior de la casa*, tratando de adecuar esta institución haciendo uso de varias estrategias. A veces se han modificado sus posibles modalidades en cuanto a la duración del contrato, ampliando el abanico de posibilidades legales de duración y ofreciendo diversas y variadas opciones para que el empleador elija aquella que se adapta mejor a sus necesidades. En otras ocasiones, las modificaciones han atendido a la forma en que el contrato se ejecuta, estableciendo ejecuciones parciales o alternadas en tiempo, o con diversas formas de ir computando, a veces en cuanto a horas, el compromiso entre las partes, a veces también, el perfil del objeto del contrato cambio. En otras ocasiones las variantes se orientan hacia las modalidades, circunstancias y efectos de su disolución, ya sea ampliando las formas de terminación, ya sea eliminando *rigideces* para la rescisión, etc. Como quiera que sea, el problema principal en estos cambios en muchos países, ha sido la ausencia de mecanismos compensatorios que permitan a un trabajador enfrentar de mejor manera la situación de pérdida del empleo. Esta situación se ve atenuada o sus efectos se amortiguan, aunque sea relativamente, en países en los que se cuenta con un esquema que atiende la pérdida del empleo (sistema de ahorros, seguro de desempleo, indemnizaciones adecuadas, jubilaciones, pensiones, etc.), pero se presenta de manera dramática en países que como México, o carecen de un esquema de esa naturaleza o el que tienen no cumple esas funciones.

Vale la pena anotar que también en ocasiones, los cambios se han dado en la ampliación cuantitativa de los contratos temporales o de duración

determinada a los que hacíamos referencia. Como ya se señalaba, la duración indeterminada se consideró como la regla y las otras modalidades de duración como las excepciones; sin embargo, en muchos lugares y circunstancias, esas excepciones se empezarían a convertir en la regla, dejando así su carácter excepcional. Tal situación, aparte de que violentaba y distorsionaba el esquema que las leyes habían diseñado, permitiría indirectamente abaratar los costos de la mano de obra al utilizar esas modalidades de contratación que impedía consolidar la estabilidad en el empleo y muchos de los derechos asociados a la misma.

3. Desde las fuentes del derecho del trabajo

En algunos casos el contrato de trabajo se ha alterado por una vía indirecta, en el terreno de una de sus instituciones más importantes como la contratación colectiva. En efecto, el espacio de la negociación, como terreno en donde las libertades se expresan y donde los principios de normas más favorables al trabajador e irrenunciabilidad a derechos adquiridos tomarían sentido, han permitido que las partes lleguen a acuerdos en los cuales el contrato individual de trabajo aparece con deformaciones de dudosa legalidad.

4. Por la vía de los hechos

Por último, en ocasiones el contrato de trabajo se cambia, se elimina y se aniquila simplemente por la vía de hecho, sin respeto alguno a ninguna normatividad, gozando de una absoluta impunidad que muchas veces se ve consolidada cuando alguien acude a las instancias competentes denunciando tal situación.

Estos modelos de cambio en muchos países no han sido opciones excluyentes, y lo que se puede advertir en la evolución reciente es más bien, la combinación de varios de estos esquemas en donde alguno de ellos ha tenido predominancia sobre los otros.

Como ya se anotaba líneas arriba, una de las argumentaciones que han servido para justificar estas propuestas de cambio a la estructura de contrato individual de trabajo, es aquella que se refiere a considerar al contrato de trabajo como una herramienta que pudiera venir en auxilio de la economía y apoyar en la creación de nuevos empleos. Tal argumento es comprensible

si se ubica en un contexto en el cual el desempleo forma parte de uno de los problemas que los gobiernos en turno se han comprometido a abatir ante sus electores; de tal suerte, los mecanismos que permitan lograr el objetivo de crear empleos no debieran escatimarse y, en consecuencia, la finalidad de modificar y adecuar el marco jurídico del contrato de trabajo, estaría plenamente justificado como uno de los medios más adecuados para alcanzarlo.

Sin embargo, tal argumento no deja de ser impactante, y en todo caso puede ser analizado desde otras ópticas en las cuales su contundencia no aparece tan sólida. Por ejemplo, en una economía en la que la marcha adecuada está determinada, entre otras cosas, por la existencia de actividad económica, entendida ésta como el creciente intercambio de productos y operaciones mercantiles, provocaría la necesidad de incorporar a un número cada vez mayor de trabajadores a los procesos productivos, abatiendo así el desempleo. Desde este ángulo, la creación de empleos estaría determinada por el crecimiento de la economía, y no necesariamente por la modificación del marco jurídico laboral, el cual sin duda pudiera ser un factor que coadyuvara en la lucha contra el desempleo, pero nunca como un factor determinante del mismo, siendo pues algo probablemente necesario, pero insuficiente.

VI

Como puede advertirse, la figura del contrato individual de trabajo ha estado desde sus orígenes en plena evolución y se ha enfrentado a diversos obstáculos que en buena medida han inhibido su objetivo inicial que, junto con el resto del derecho del trabajo, se planteó al buscar conseguir una protección a los trabajadores.

Esta historia poco estable en la que el contrato de trabajo se ha visto envuelto, no parece terminar y hoy en día, uno de los temas recurrentes y objeto de propuestas de reforma es precisamente esta institución.

En el caso de México, por lo menos en los años recientes se han propuesto diversos cambios al marco jurídico que regula el contrato individual de trabajo, los cuales conviene analizar teniendo presentes las ideas antes señaladas para tratar de ponerlos en su justa dimensión. Entre los cambios que la gran mayoría de los sectores de la sociedad han señalado, están aquellos en donde la constante es la sugerencia por multiplicar las modalidades que asumiría este contrato: la idea que guía muchas de estas eventuales

nuevas modalidades es el que estarían motivadas por las necesidades de la empresa, tanto internas por su funcionamiento, como externas, por las necesidades y variaciones del mercado.

Los más importantes ajustes visualizados serían por el lado de la duración del contrato, así, la eliminación o acotamiento del tiempo indeterminado en los contratos estaría en la mira.

Como ya se indicaba, una de estas nuevas modalidades sugeridas es la del contrato a prueba, en donde ya no se discute si es o no conveniente su inclusión en una nueva ley laboral, sino que la discusión se centra en saber cuál convendría que fuera la extensión en el tiempo de dicho contrato, en unos casos se sugiere un mes, en otros 180 días o más.

En buena parte de las opiniones, la eventual celebración de un contrato a prueba estaría ligado a que el contrato principal fuese por tiempo indeterminado, lo cual no deja de ser tema interesante para el análisis teórico, pero también curioso ya que se tendría probablemente un contrato por tiempo indeterminado que pudiera terminar en el periodo de prueba.

Por otra parte, algunas voces coherentes con estos planteamientos, estarían proponiendo la eliminación de la presunción de tiempo indeterminado que actualmente contempla la ley.

El tema de los efectos ante la disolución definitiva de este tipo de contrataciones se ha tratado de manera parcial, sin embargo, las propuestas caminarían hacia la eliminación de la variación en los costos que actualmente implica una ruptura de la relación de trabajo, para tratar de adoptar un esquema de certidumbre que establezca tasas fijas de pago para estos casos.

En caso de que estas propuestas de reforma llegaran a concretarse, simplemente se inscribiría a México en la tendencia mundial sobre el tema, en donde el alejamiento de las instituciones clásicas del derecho del trabajo, así como de sus elementos parece hoy en día *normal*.

Lo importante tal vez sería, en un momento tan importante de la evolución del derecho del trabajo en México, tomar en cuenta las experiencias de otros países en la materia, en cuanto a sus efectos positivos pero también en aquéllos no deseados, y tratar preverlos para evitarlos.