

CAPÍTULO SEGUNDO
LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO
INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. Consideraciones preliminares	19
2. La historicidad del contrato individual del trabajo y su naturaleza protectora	20
A. Noción de contrato de trabajo	21
B. La subordinación como elemento fundamental en la relación de trabajo	22
C. Diferentes etapas de protección del contrato de trabajo	22
D. Los principios rectores del contrato de trabajo y su cuestionamiento	23
a. Principio protector	23
b. Principio de irrenunciabilidad	24
c. Principio de continuidad	24
d. Principio de primacía de la realidad	25
e. Principio de racionalidad	26
3. La mutación del contrato de trabajo	26
A. La crisis del contrato de trabajo y la emergencia de la parasubordinación	27
B. La transición del contrato de trabajo	30
a. Autonomía de la voluntad como ficción en el contrato civil	30
b. Las cercanías entre el derecho civil y el derecho del trabajo	31
c. Hacia una nueva regulación de los contratos de trabajo	34
4. Reflexiones preliminares	41

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. Consideraciones preliminares

En su libro *La Decadencia del Contrato*,³³ el doctor Néstor de Buen plantea tres preguntas: ¿Qué es el contrato? ¿De dónde viene? ¿A dónde va? Al respecto, el doctor De Buen sostiene que el contrato responde a momentos históricos determinados, ya que, por ejemplo, la autonomía de la voluntad, elemento esencial de validez del contrato, ha sufrido una serie de matices o limitaciones (las figuras de la imprevisión, el término de gracia, las moratorias, el estado de necesidad, la protección al consumidor, el control de los asentimientos humanos, etcétera). Figuras, que señala el doctor Néstor de Buen: ...constituyen la mejor expresión de la crisis de la autonomía de la voluntad como elemento determinante en la constitución, modificación, obligaciones y derechos y, por lo tanto, de relaciones jurídicas.³⁴ Situación que ha llevado a la creación de “ficciones contractuales”³⁵ (contrato de trabajo, contratos de estado civil, contrato de sociedad, contrato por adhesión) que sin tener la naturaleza contractual —autonomía de la voluntad— siguen usufructuando de la expresión.

En el presente estudio, pretendemos saber si el contrato de trabajo, al igual que el contrato de derecho civil, responde también a un momento histórico determinado, y si acaso actualmente se encuentra en un franco proceso de cambio, incluso de decadencia, en la medida en que la noción de subordinación —intrínseca al contrato de trabajo— es fuertemente

³³ Buen Lozano, Néstor de, *La decadencia del contrato*, con un apéndice, “Veinte años después”, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 330.

³⁴ Cfr. *Idem*. p. 149.

³⁵ Que en realidad representa una doble ficción, por que el contrato, en sí como figura ya es una ficción, y en tal sentido, una ficción “contractual” vendría a ser una doble ficción, es decir, una ficción de la ficción.

cuestionada, así como al declive del contrato de trabajo por tiempo indeterminado —figura jurídica que por mucho tiempo ha sido el modelo principal de pactar una relación individual de trabajo— en beneficio de otros contratos, como los celebrados por tiempo determinado o por la aparición de nuevas formas de contratación: trabajo a tiempo parcial, trabajo temporal, teletrabajo o los contratos de formación e inserción profesional (en donde se paga no por desempeñar un trabajo sino por recibir una formación). Todo indicaría que hay un renacimiento del contrato civil, es decir, de la figura de la autonomía de la voluntad y una “desaparición” del nexo de subordinación, situación que, en consecuencia, vendría a cuestionar el contrato de trabajo.³⁶

Para analizar los posibles cambios operados en el contrato de trabajo y con el objeto de saber si éste se encuentra en un proceso de decadencia, se hace necesario hacer referencia a la historia del derecho del trabajo y en particular al actual contexto histórico de las relaciones laborales, así, como señalar las características “clásicas” del contrato de trabajo, bajo la era de la reglamentación (2); en una tercera etapa, interrogarse sobre la decadencia o transformación del contrato de trabajo (3), para finalmente, realizar una serie de consideraciones generales (4).

2. La historicidad del contrato individual del trabajo y su naturaleza protectora

Como hemos señalado, las instituciones del derecho del trabajo obedecen a una historicidad que explica su razón de ser y el porqué de ciertos principios e instituciones.³⁷ En un primer momento, en el Código Civil francés, el contrato de prestación de servicios colocaba en un plano de estricta igualdad jurídica a las partes contratantes. El empleador podía libremente reclutar la mano de obra bajo las condiciones que considerara pertinentes, sin importar la edad, el sexo, la nacionalidad del trabajador, la naturaleza del trabajo a prestar o las circunstancias económicas y sociales.

³⁶ No por nada, algunos de los ejemplos que ofrece el doctor De Buen, como muestra de la decadencia del contrato la rectoría económica del Estado y la regulación de la inversión extranjera son vistos nuevamente bajo una perspectiva liberal, lejos de cualquier rectoría, dirección o control del Estado.

³⁷ Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La nueva era del derecho del trabajo. La era de la flexibilidad laboral”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995.

Sin embargo, ese contrato de prestación de servicios fue limitado justamente por el desarrollo del contrato de trato de trabajo reglamentado por el Estado y por la aparición de la noción de relación de trabajo, que nace del simple hecho de pertenecer o laborar en una empresa. Así, para efectos de establecer si se aplica el derecho del trabajo, importa saber si se trata de una relación de trabajo, independientemente, de que exista o no un contrato nominado de trabajo.

En la era de la reglamentación, numerosas actividades han buscado beneficiarse de un contrato de trabajo, lo que ha llevado a una extensión del estatuto de asalariado, ya sea dependiendo del país, por la vía legislativa o por la vía jurisprudencial. No obstante, a finales del siglo XX, el derecho del trabajo ha sido objeto de grandes cuestionamientos y críticas, que han llevado a pensar en la posible desaparición del mismo. Aunque, antes de analizar los cambios operados en el contrato de trabajo, es necesario señalar las características de dicha figura, como una institución protectora de los derechos del trabajador.

El legislador y la doctrina al definir el contrato de trabajo, han buscado la protección del trabajador (A), han tratado de señalar los elementos esenciales que lo integran, así como resaltar algunos de esos elementos, tales como la noción de subordinación (B), las diferentes etapas de protección (C) y, los principios rectores del contrato de trabajo que se desprenden de los principios generales del derecho del trabajo (D).

A. *Noción de contrato de trabajo*

El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que el contrato de trabajo: *...cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.* De la anterior definición se desprenden los elementos esenciales del contrato (la voluntad de las partes y el objeto posible), se encuentran presentes los presupuestos de validez del mismo (la capacidad, el libre albedrío, la licitud en el objeto y la forma, aunque, como se sabe, de la forma no depende la existencia o no de la relación de trabajo).³⁸ De la definición también se desprenden tres elementos constitutivos: la prestación de un trabajo

³⁸ Para un estudio a profundidad ver la obra del doctor Néstor de Buen, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, pp. 47 y ss.

personal, el pago de una y el vínculo de dependencia, es decir, el nexo de subordinación jurídica.

Por otro lado, la evolución del derecho del trabajo ha permitido considerar que cualquier relación de trabajo deja de ser un asunto privado —es decir, de carácter civil— para convertirse en una cuestión social, en la que se debe tomar en cuenta: el nivel de ocupación y la remuneración (salario), y por la otra, la organización productiva y o el desarrollo económico de un país.

B. La subordinación como elemento fundamental en la relación de trabajo

La subordinación es el elemento característico del contrato de trabajo o de la relación laboral, la subordinación trae consigo la aplicación del derecho laboral. El empleador durante la duración de la relación laboral, cuenta con un poder de autoridad sobre el empleado y es quien, al mismo tiempo, recibe los beneficios y corre los riesgos económicos de su empresa.

Se ha dicho que la subordinación jurídica no debe confundirse con la subordinación económica, situación en la cual se puede encontrar un trabajador independiente en relación con su cliente único, cual jurídicamente es independiente. No obstante, se ha reconocido también que la subordinación económica es demasiado imprecisa.

C. Diferentes etapas de protección del contrato de trabajo

La naturaleza del contrato de trabajo a partir de la era de la reglamentación, fue considerada como protectora, debido a la condición de inferioridad en que se consideraba al trabajador ante el empleador. En tal sentido, se podían identificar tres momentos diferentes en que el trabajador contaba con una protección particular:

- Protección en el momento de contratar (el respeto de los derechos mínimos establecidos en la ley, en materia de salario, horario y en general sobre las condiciones de trabajo).
- Protección durante el desarrollo de la relación laboral (respeto de la legislación, vía la inspección del trabajo o vía jurisdiccional).

- Protección ante la terminación de la relación laboral (el derecho de reinstalación o en su caso la necesidad de justificar un despido o el pago de una indemnización).

D. *Los principios rectores del contrato de trabajo y su cuestionamiento*

El derecho del trabajo se inspira en una serie de principios que han determinado su devenir histórico durante el siglo XX.³⁹ Los principios del derecho del trabajo son máximas, así como válidas por sí mismas, que se encuentran fuera del derecho positivo y al mismo tiempo son: ...*inspiradores de un derecho positivo, en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría si estuviera presente, o habría establecido de prever el caso.*⁴⁰

Algunos autores, como Américo Plá, han hecho una relación de los principios del derecho del trabajo: principio protector, principio de la irreñunciabilidad, principio de continuidad y, principio de primacía de la realidad. Todos, como veremos a continuación, en íntima relación con el contrato de trabajo.

a. Principio protector

Consiste en la protección que se otorga al trabajador; este principio en particular, resulta distinto de las demás ramas jurídicas, aquí se le da preferencia a una de las partes, que en este caso será al trabajador. Todo ello es con la finalidad de crear igualdad sustantiva y real entre las partes. El fundamento de este principio está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo; estriba en el propósito de nivelar desigualdades, que no consiste en igualar a las personas, sino en la nivelación de las desigualdades.

³⁹ Para el estudio de los principios del derecho del trabajo nos hemos basado en: Plá, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, Uruguay, M.B.A., 1975, p. 333; Podetti, Humberto A., “Los principios del derecho del trabajo”, en Buen, Néstor de y Morgado, Emilio, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM-AIDTSS, 1997, pp. 139-153.

⁴⁰ Buen, Demófilo de, *Introducción al estudio del derecho civil*, Madrid, 1932, pp. 321 y ss.

La especial necesidad de protección del trabajador tiene un doble fundamento: el signo distintivo del trabajador es su dependencia, su sometimiento a las órdenes del empleador. Esa dependencia afecta a la persona del trabajador, y la dependencia económica que si bien no es conceptualmente necesaria, se presenta en la gran mayoría de los casos, pues en general sólo pone su fuerza de trabajo al servicio de otro, quien se ve obligado a ello para la obtención de sus medios de vida.

En cuanto a sus formas de aplicación, éstas pueden entenderse en tres: la regla *in dubio pro operario* (criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador), la regla de la *norma más favorable* (determina que en el caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable aunque no sea la que hubiese correspondido de acuerdo a los criterios clásicos de la jerarquía de las normas), y la regla de la *condición más beneficiosa* (criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse el trabajador).

b. Principio de irrenunciabilidad

En la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. La prohibición de renunciar importa excluir la posibilidad de que pueda realizarse válida y eficazmente el desprendimiento voluntario de los derechos, en el ámbito alcanzado por aquella prohibición. Al contrario de lo que ocurre en el derecho común donde rige el principio de renunciabilidad, en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. Las leyes laborales pueden considerarse prohibitivas en cuanto prohíben pactar condiciones de trabajo inferiores a las ya establecidas, que marcan niveles mínimos de protección. La irrenunciabilidad se ha convertido en un principio propio del derecho del trabajo.

c. Principio de continuidad

Para comprender este principio debe partirse de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de trato sucesivo, es decir, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino

que dura en el tiempo. La relación laboral presupone una vinculación que se prolonga. Todo lo que tienda a la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no sólo constituye un beneficio para él en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redunda en beneficio de la propia empresa, y, a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes. En cuanto a la denominación de este principio, la mejor acepción es la de “continuidad”, alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa; y es, precisamente esa la idea central que se quiere evocar con este principio. Este principio está establecido a favor del trabajador. En consecuencia, puede no ser invocado ni ejercido por éste, pero sí por cualquier circunstancia y que prefiere no invocarlo. En tal supuesto no se presenta el problema de la irrenunciabilidad porque si así ocurriera, el plazo estaría operando como una limitación para el trabajador, con la consecuencia de encontrarse con el contrato de trabajo de por vida que el legislador quiso evitar.

Los alcances de este principio son los siguientes: preferencia por los contratos de duración indefinida, amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato, facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido, resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal, interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones y, prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

d. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En materia laboral importa más la práctica que lo pactado entre las partes, en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de contralor.

Sobre su fundamentación, la primera razón resulta del principio de buena fe: La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la fic-

ción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales para obtener un provecho ilícito. La segunda deriva del propio contenido de contrato que supone actividad humana prolongada en el tiempo. La tercera proviene de la desigualdad de las partes. Es ampliamente conocida la situación de desigualdad económica y cultural que normalmente separa a las partes en el contrato de trabajo; justamente esa desigualdad fue uno de los supuestos que dieron origen al derecho del trabajo, que busca compensar con desigualdad jurídica y la desigualdad económica inicial, la forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica.

e. Principio de racionalidad

El principio de racionalidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. El debido proceso exige una cierta sustancial y razonable relación entre la ley y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar, etcétera, de la población. Es lo que se ha llamado la regla del equilibrio conveniente o de racionalidad o de las relaciones sustanciales.

Por su parte el doctor Néstor de Buen ha señalado una serie de principios propios al derecho mexicano del trabajo, que encuentran su fuente original en el artículo 123 de la Constitución mexicana, y en el primer capítulo de la Ley Federal del Trabajo, a saber: el equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones, como fin de las normas de trabajo (artículo 2o. de la LFT); el concepto de justicia social (artículos 2o. y 17 de la LFT); el trabajo como derecho y deber sociales (artículos 2o. y 3o. de la LFT), y la libertad, la igualdad, la dignidad y la salud de los trabajadores como fines del derecho laboral (artículo 3o. de la LFT).⁴¹

3. La mutación del contrato de trabajo

El derecho del trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos estables,

⁴¹ Buen, Néstor de, “Los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 91-92, t. XXII, julio-diciembre de 1973, pp. 247-361.

regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran en tiempo completo, ejecutando su trabajo para un sólo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. Sin embargo, varias formas de empleo,⁴² no corresponden más a esta imagen clásica. Hoy en día vivimos una crisis de la relación laboral fondista.⁴³ Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta, si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales⁴⁴ o reglamentar los nuevos fenómenos laborales, tales como el trabajo informal.⁴⁵ La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, nos permite hablar de una posible crisis del contrato de trabajo y en particular de la noción de subordinación (A), o quizás de un proceso de transformación del contrato de trabajo (B).

A. *La crisis del contrato de trabajo y la emergencia de la parasubordinación*

¿El contrato de trabajo se encuentra, en un proceso de decadencia, es decir, de debilidad, menoscabo o de ruina? Muchos factores podrían abonar esta idea: la competencia de los países “emergentes”, la tesis neo-liberal que busca una deregulamentación —la cual pretende a la vez desaparecer todo monopolio y toda limitación a la libre empresa en materia de gestión de personal, puesto que se considera que la rigidez del derecho del trabajo es nefasta para los empleadores sobre todo para las pequeñas empresas, por lo que al mismo tiempo la rigidez, constituye un obstáculo a la contratación y a la creación de nuevos empleos—,⁴⁶ las reestructuraciones de las empresas que desembocan en el despido de una cantidad importante de trabajadores, el cambio constante de las empresas de un país a otro en busca de costos de mano de obra y de infraestructura más baratos o

⁴² Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, 1999, pp. 205-237.

⁴³ Cfr. Castel, Robert, “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, núm. 5, mayo 1999, pp. 438-442.

⁴⁴ Cfr. Beffa, Jean-Louis, Boyer, Robert y Touffut, Jean-Philippe, “Les relations salariales en France: État, entreprise, marchés financiers”, *Notes de la Fondation Saint-Simon*, núm. 107, junio 1999, p. 95.

⁴⁵ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *El sector informal y el derecho del trabajo y la seguridad social en América Latina*, en prensa.

⁴⁶ Javillier, Jean-Claude, *Faut-il déréglementer les relations de travail?*, París, Dailloz, 1995, chron., p. 344.

la búsqueda de paraísos fiscales, etcétera. Existe, además, un continuo proceso de externalización del empleo, un aumento del número de trabajadores independientes (o encubrimiento bajo dicha categoría) y la subcontratación de servicios; así como el aumento de trabajos precarios caracterizados por la inseguridad, la discontinuidad, la inocupación parcial o la pobreza —en la medida que el salario resulta insuficiente—.⁴⁷

Bajo estas nuevas circunstancias la idea del derecho del trabajo como un derecho protector resulta inadecuada, por su parte, la estabilidad en el empleo aparece fuera de contexto en los modelos de relaciones laborales caracterizados por la flexibilidad externa. Por otro lado, se dice que el salario, las cotizaciones salariales y todos los costos que implican la mano de obra es un obstáculo para el desarrollo de la economía de mercado y de la posibilidad de crear nuevos empleos. Asimismo, se dice que el sindicalismo constituye un obstáculo para el buen funcionamiento de una empresa.

Por su parte el sindicalismo todavía no ha asimilado la mundialización de las empresas, la transferencia constante de empresas de un lugar a otro, cada vez mayor alejamiento del centro de decisiones de una empresa (lo que va ocurrir en un país se decide en otro), esto aunado a que las demandas de un sindicato de determinado país no son las mismas de un sindicato perteneciente a otro país, no obstante que quizás la empresa donde laboran es la misma.

En materia contractual, nos encontramos ante la emergencia o el auge de contratos de aprendizaje, por tiempo determinado, a tiempo parcial, intermitente o temporal, el desarrollo del teletrabajo; asimismo, nacen nuevos contratos, los de formación profesional o de inserción profesional, por ejemplo, el contrato empleo-solidaridad, contrato de aprendizaje, contrato de estancia profesional, contrato iniciativa-empleo, contrato a prueba, contrato de reinserción profesional, etcétera. Los contratos de formación profesional, que si bien remuneran la prestación de un trabajo, al mismo tiempo, también pagan por aprender o por actualizar conocimientos o técnicas. En la mayoría de estos contratos el Estado contribuye económicamente para cubrir el salario de los trabajadores, ya sea directamente (pagando todo o parte del salario), o ya sea indirectamente (vía exoneraciones fiscales).⁴⁸

⁴⁷ Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 30.

⁴⁸ Verdier, Jean-Maurice, Cœurent, Alain y Souriac, Marie-Amelle, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1999, pp. 254-264.

Por otro lado la noción de subordinación laboral, como uno de los elementos característicos de una relación laboral clásica, es objeto de amplios cuestionamientos. Si existe una figura que no ha sido claramente discernida por la doctrina, es la de la subordinación, por ejemplo, todavía se discuten los nexos de subordinación tratándose de trabajadores independientes. No obstante la dificultad de explicar plenamente dicha figura, actualmente, ya se habla de parasubordinación. Se habla de parasubordinación en la medida en que se comparte el riesgo económico y las tareas ha realizar, es decir, se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación.⁴⁹

Se puede presentar el caso, por ejemplo, de la existencia de dos tipos de trabajadores bien diferenciados el uno del otro: los trabajadores de una empresa del sector formal que se encargan de distribuir diferentes catálogos de productos que son propuestos a la venta —ropa, perfumes, etcétera— y los trabajadores que reciben esos catálogos y se encargan de la venta de los productos, ya sea visitando casas familiares o ya sea realizando pequeñas reuniones en donde ofertan dichos productos. En este segundo caso de trabajadores, se trata de una especie de *tercium genus* que no tiene horario preestablecido, ni un salario regular. En principio existe una relación más cercana al comercio que una relación típica entre empresa y asalariado. Se trata de una categoría de trabajadores “parasubordinados” a medio camino entre un asalariado sujeto a un nexo de subordinación explícita con un empleador y un empresario independiente. Es necesario preguntarse, en tal sentido, si la “parasubordinación”, no es en el fondo una manera de esconder una relación de subordinación efectiva. Quizás ha habido una confusión entre una actividad independiente con una empresa personal. Un empresario, a diferencia de un asalariado, normalmente es el propietario de sus instrumentos de trabajo, pero sobre todo, trabaja bajo su propia cuenta y responsabilidad, lo que significa que soporta sólo los riesgos de su actividad, de la cual él recoge, al mismo tiempo, todos los beneficios, es decir, no trabaja en el marco de un servicio organizado ni bajo el control de una autoridad jerárquica.

⁴⁹ Cfr. Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (Rapport pour la commission européenne), París, Fammarion, 1999, pp. 32 y 33.

B. La transición del contrato de trabajo

A pesar de que existen elementos para hablar del contrato de trabajo como una institución protectora del trabajador o que al menos pretende proporcionar una protección determinada al trabajador, por otro lado, también existen elementos para hablar de un proceso de decadencia —si se hace un análisis pesimista— o de un proceso de constante transformación, como ya ha sido señalado por algunos autores el derecho es flexible por naturaleza.⁵⁰ Proceso de transformación que permite, al mismo tiempo, señalar claramente el alcance de la institución contrato de trabajo.

En tal sentido, ubicar en su exacta dimensión los cambios operados en el contrato de trabajo, implica alejarnos del halo romántico que se le otorga al derecho del trabajo, particularmente, de la opinión de algún sector de la doctrina, que ha sostenido la total independencia del derecho del trabajo público y privado. Uno de los objetivos centrales de esta visión, ha sido la separación del derecho del trabajo, en nuestro caso del contrato de trabajo, del *imperium* que pudiera ejercer el derecho civil. Asimismo, se habla de la limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, como un elemento que lo separa del contrato civil, por lo que se le pretende separar de la regulación civilista o privatista.

En tal sentido, interesa interrogarse, en primer lugar, si la autonomía de la voluntad existe verdaderamente, incluso en los contratos de derecho civil (a), si debemos hacer una separación tajante entre contrato civil y contrato de trabajo (b), si la noción de parasubordinación da lugar o no a otro tipo de protección o relación de trabajo (c), si los principios del derecho del trabajo y en particular del contrato de trabajo deben estudiarse a partir de las funciones del contrato de trabajo (d), de las limitaciones que se establecen para contratar (e) y del respeto de los derechos fundamentales del trabajador (f).

a. Autonomía de la voluntad como ficción en el contrato civil

La teoría jurídica civilista ha sostenido que los contratos de derecho civil se rigen por el principio de autonomía de la voluntad.⁵¹ Sin embargo, la autonomía de la voluntad, en realidad resulta una ficción jurídica:

⁵⁰ Carbonnier, Jean, *Flexible droit*, París, LGDJ, 1995.

⁵¹ Esta forma de descontextualizar de la sociedad a la actividad del ser humano fue llamada por Marx: "Robinsonadas" Marx, K., *El Capital*, México, FCE, 1894, t. I, p. 41.

- En primer lugar, nadie puede hacerse asimismo de derechos, dado que todo derecho presupone la obligación del otro.
- En segundo lugar, y suponiendo un sistema jurídico donde sólo existan dos individuos, yo y el otro, la autonomía de mi voluntad en un negocio jurídico se encontraría limitada por la autonomía de la voluntad del otro.
- En tercer lugar, la autonomía de las voluntades tanto mía como del otro se verían limitadas por el orden jurídico en el cual ambos estaríamos inmersos (*Grundlegung*) y que tendría al menos la regla *pacta sunt servanda*, que nos facultaría para celebrar la convención y que nos vincularía a obedecerla. En efecto, cuando el orden jurídico prescribe que hay que conducirse de acuerdo con lo convenido en el contrato, hace de éste un hecho creador de normas jurídicas, y en este caso hay una delegación de una norma general en la convención.⁵²

A partir de las anteriores consideraciones, queda claro que en el propio contrato de derecho civil, la autonomía de la voluntad es una mera ficción jurídica, por lo que el contrato de trabajo, no hace más que evidente la existencia de dicha ficción, al tratarse claramente de contratos de adhesión, al menos en materia de ciertos derechos y obligaciones del trabajador o del empleador.

b. Las cercanías entre el derecho civil y el derecho del trabajo

En ciertos países, como Francia, el artículo L. 121-1 del Código de Trabajo señala que “El contrato de trabajo está sujeto a las reglas del derecho común”. Esto se explica, entre otras razones, porque en Francia no existe la noción de derecho social como una tercera gran división del derecho. El derecho del trabajo se entiende como derecho privado. La referencia a las reglas del derecho civil, significa, en primer lugar que las reglas generales aplicables a los contratos civiles deben ser respetadas, ya sea que se trate de disposiciones relativas a la formación o a la ejecución de

⁵² En este sentido es que se ha dicho que el Estado jurídico es “la relación de los hombres entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno puede participar de su derecho”. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797) trad. de Arnaldo Córdova, México, UNAM, 1978, p. 132.

las obligaciones. Por otro lado, la referencia, expresa al derecho común, que se crea en el marco del contrato de trabajo, un “derecho civil de relaciones profesionales”.⁵³

De tal suerte, el papel que desempeña el derecho común resulta primordial, ya que permite completar el régimen jurídico aplicable al contrato de trabajo. Bajo esta circunstancia, el artículo 1135 del Código Civil abre la posibilidad a los jueces de ir más allá de la letra del contrato, a fin de encontrar las interpretaciones que la equidad, los usos o la ley le dan a una obligación, en función de su naturaleza. Esto quiere decir, que en la aplicación del derecho común al contrato de trabajo, el juez va conciliar los imperativos propios del derecho del trabajo y las posibilidades de interpretación propias del derecho civil.

La misma situación, quizás, se encuentra en el artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo en donde se establece que tanto los contratos como las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe, y a la equidad.⁵⁴ La diferencia es el ordenamiento en donde se encuentra. En

⁵³ Rade, Christophe, *Droit du travail et responsabilité civile*, París, LGDJ, 1997, p.117.

⁵⁴ De dicho artículo el doctor De Buen hace la siguiente interpretación: a) Que debe predominar la letra sobre el espíritu del contrato, esto es, la voluntad aparente sobre la voluntad real, a diferencia del criterio civilista de interpretación que hace dominar a la voluntad sobre la letra (artículo 1851 del CCDF).

b) Que lo pactado no valdrá si sus consecuencias no son conforme a las normas de trabajo. Debe recordarse, a propósito de ello, que el artículo 56 se aclara que las condiciones pactadas no podrán en ningún caso, ser inferiores a las fijadas en la ley, por lo que lo pactado valdrá si es más favorable al trabajador que el régimen legal.

c) Que en la interpretación de las normas de trabajo deberá presumirse que las partes actuaron de buena fe, esto es, sin intención dolosa o maliciosa.

d) Que el intérprete deberá seguir un criterio de equidad, lo que en materia contractual puede significar la búsqueda del equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes.

Esta interpretación que, admitimos, puede ser equivocada, choca con el principio antes examinado de que cualquiera que sea la denominación formal que se le dé a un contrato, será de trabajo si hay prestación personal y subordinada de un servicio a cambio de una remuneración salarial, lo que implica el predominio de la realidad sobre la letra. Por otra parte, parece que cualquiera que sea la interpretación, en caso de duda habrá de prever la más favorable al trabajador, tal como se dispone en el artículo 18.

A propósito de la interpretación de los contratos de trabajo por las Juntas, la Suprema Corte ha fijado el criterio de que “La materia de los contratos en ningún caso puede quedar sometida a la apreciación en conciencia de las Juntas, dado que las cláusulas de aquellos envuelven necesariamente cuestiones cuya resolución implica la necesidad de emplear procedimientos de investigación jurídica, la cual no puede confundirse con

el caso de Francia en el Código Civil, y en México, en la Ley Federal del Trabajo.

De tal suerte, que a fin de permitirle al derecho del trabajo extender su influencia de una manera más armónica, la jurisprudencia francesa va, en primer lugar, a reducir el campo de intervención de las reglas del derecho provenientes del derecho civil, con el objeto de prohibir a los actores de utilizar, por ejemplo, la responsabilidad civil, para combatir el derecho del trabajo y el tipo de indemnizaciones propias a éste.⁵⁵ Así, el derecho francés ha conseguido una armonización entre el derecho común y el derecho del trabajo, sobre varios temas: la rescisión convencional del contrato de trabajo y sobre los modos de ruptura ajenos a la voluntad de las partes contratantes, entre otros temas.

Lo anterior es posible porque el derecho civil, al aparecer, como el derecho gravitan las demás disciplinas, puede comprender dos tipos de consecuencias. Por un lado, que el derecho civil puede tener vocación para aplicarse de manera supletoria en toda ocasión en que la ley especial no disponga de otra manera. El derecho civil se aplica en consecuencia, ante la ausencia o el silencio de la ley. Esta aplicación de normas ya establecidas en otros sectores del derecho, puede calificarse de “conservadora”, en la medida que implica la aplicación de normas ya creadas, pero también puede ser calificada de “innovadora”, en la medida en que permite adoptar nociones ya establecidas a otros sectores del derecho y en tal sentido, el derecho civil contribuye a la emergencia de reglas propias para aquellas disciplinas jurídicas que están en un proceso de construcción y creación permanente. Por otro lado, en el fondo, el derecho común puede aparecer o presentarse como un derecho mínimo, es decir como un conjunto

las simples impresiones que llevan los hechos a la conciencia de los componentes de las juntas (Tesis de Jurisprudencia número 41 en Jurisprudencia de la Suprema Corte, p. 54). Por otra parte, ha precisado en alguna ejecutoria, que la interpretación que hagan las Juntas no podrá hacerse conforme a las disposiciones del Código Civil “pues las reglas de interpretación consignadas en este cuerpo de leyes no se aplican en materia de esta clase, de suerte que la interpretación de todo contrato de trabajo, tiene que regirse forzosamente por principios consignados en el derecho industrial” (Quinta Época, t. XLIV, p. 3591, Ferrocarriles Nacionales de México, Jurisprudencia de la Suprema Corte, p. 55).

La “ayuda” jurisprudencial no parece que sea muy eficaz para aclarar este espinoso problema ya que la interpretación no debe fundarse sólo en principios sino en disposiciones concretas cuya objetividad haga difícil un desvío intencionado de los “principios” aplicables.

⁵⁵ *Op. cit., supra*, nota 21, p. 117.

de reglas o de principios intangibles que pueden servir de punto de partida a otras disciplinas. Por ejemplo, la doctrina civil en materia de seguridad en el trabajo, ha permitido reconocer la obligación del empleador de atender lo relacionado a la seguridad en la empresa, y de responder ante los riesgos de trabajo. Es lo mismo para el principio de estabilidad en el empleo y del control abusivo del despido. Así como de la obligación de reclasificar a los trabajadores ante un caso de enfermedad o de cierta indisponibilidad médica.⁵⁶

Claro, este estatus del derecho civil, en particular del francés, como derecho mínimo no presenta dificultad cuando no existe ninguna incompatibilidad fundamental entre el derecho civil y las actividades que entiende reglamentar, como puede ser el caso de las relaciones individuales de trabajo. Por el contrario, es legítimo preguntarse sobre el beneficio que se puede obtener de aplicar el derecho civil en sectores de la actividad humana que parecen responder a otros imperativos, a otras lógicas, como es el caso incontestable de las relaciones colectivas.

Es necesario señalar, que hacer una referencia al derecho civil, implicaría para algún sector de la doctrina, empujar al derecho del trabajo hacia el derecho privado (supremo acto herético para algunos) y en tal sentido reconocemos el “riesgo” de lo expuesto anteriormente. No obstante, la búsqueda de la exacta dimensión y ubicación del derecho del trabajo, nos lleva a señalar, el entrecruzamiento que tiene con el derecho civil (fuente de toda disciplina jurídica). No señalarlo implicaría no hacer una correcta descripción del derecho del trabajo y en tal sentido proporcionar una visión errónea del mismo.

c. Hacia una nueva regulación de los contratos de trabajo

La noción de subordinación ocupa un lugar muy importante en el derecho del trabajo. Desde el punto de vista jurídico, el contrato de trabajo se encuentra definido principalmente por el nexo de subordinación. Desde un punto de vista social, el retroceso de formas aun más tradicionales de subordinación puede muy bien conducir a formas inéditas de servidumbre de los hombres que a su emancipación. En tal sentido, una revisión de la legislación extranjera puede conducirnos a una reflexión contemporánea.

⁵⁶ *Idem* p. 237.

ránea sobre la noción de subordinación o sobre las nuevas formas en que se presenta esta.⁵⁷

El derecho alemán distingue tres categorías de trabajadores independientes: Las dos primeras se refieren a los empresarios que pueden trabajar, sea en función de un contrato de empresa (*Werkvertrag*), sea en función de un contrato de prestación de servicios libres (*freier Dienstvertrag*). La diferencia entre esas dos categorías, es que el contrato de prestación de servicios libres tiene por objeto una simple obligación de trabajar (el caso de la mayoría de las profesiones liberales), mientras que al contrato de empresa se le agrega una obligación de resultado (el caso por ejemplo, de los artesanos comerciantes). La tercera categoría es aquella de las “personas parecidas a los asalariados” (*arbeitsnehmerähnliche Personen*), que trabajan en el marco de un contrato de servicios libres o de un contrato de empresa, pero para una sola persona que les da órdenes y del cual dependen económicamente. Estas personas jurídicamente son trabajadores independientes, pero la ley les aplica una serie de disposiciones del derecho del trabajo en materia de vacaciones, de conflictos de trabajo o de convención colectiva. La dependencia económica se caracteriza por el hecho de que:

- El trabajador labora sólo (sin la asistencia de otros asalariados),
- Obtiene más de la mitad de sus ingresos profesionales por los servicios dados a la principal persona bajo la cual está a sus órdenes, y su necesidad de protección social es similar a la de un trabajador asalariado.⁵⁸

En Italia la noción de parasubordinación (*parasubordinazione*), se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, no obstante, que sus resultados sean prácticamente los mismos. La noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles) que extendió la facultad de ligar individualmente en materia del trabajo a las relaciones de agencia y de representación comercial, así como a otras relaciones de colaboración que se concretizan en la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de naturaleza personal, aunque no sea una relación subordinada (*altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e*

⁵⁷ Cfr. *Op. cit.*, supra, nota 21, p. 33.

⁵⁸ *Idem*, pp. 32 y 33.

coordinata, prevalentemente personale anche se non ha carattere subordinato). Se trata, en consecuencia, de una categoría “abierta” en donde se encuentran, en la práctica, profesiones tan diversas como las de los abogados que trabajan para una firma o médicos del servicio nacional de salud. La diferencia con los cuasi-asalariados alemanes, es que la necesidad de protección social no tiene ningún lugar en esta definición. En Italia, más bien la discusión se ha centrado en saber si era necesario ver en esta noción un reconocimiento del criterio de dependencia económica que autorizaría una aplicación del derecho del trabajo a los trabajadores, o si al contrario, estos siguen siendo trabajadores independientes, a los cuales el derecho del trabajo no les es aplicable más que en los casos expresamente señalados por la ley, es decir, principalmente en materia de procedimiento contencioso y de higiene y seguridad. Es esta segunda tesis, la que ha dominado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁵⁹

Igualmente, en Italia, el debate sobre la parasubordinación ha resurgido con el desarrollo de un nuevo tipo de relaciones, llamadas, de “colaboración coordinada continua” (*rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*) sometidas por la Ley 335/1995 a una cotización social de 10% a título de vejez, invalidez y deceso.⁶⁰ Actualmente, una parte de la doctrina italiana considera que la protección social de los trabajadores parasubordinados debe cubrir cuatro ejes:⁶¹

- El derecho a una compensación salarial equitativa en función de la calidad del trabajo;
- El derecho de conservar el puesto de trabajo;
- El derecho a la salud de los trabajadores; y
- El derecho a la libertad.

⁵⁹ Cfr. Mengoni, L., “La questione de la subordinazione in due trattazioni recenti”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1986/1, pp. 5 y ss.; Ballestrero, M. V. “L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato”, *Lavoro e diritto*, 1987, p. 41, cit. por Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 17, p. 33.

⁶⁰ Cfr. Lagala, C., “La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa”, en Cester, C. (dir), *La riforma del sistema pensionistico*, Turín, Giappichelli, 1998, p. 170 sq. cit. por Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 17, p. 35.

⁶¹ Cfr. Pera, Giuseppe, “Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XVIII, 1998, pp. 371-385.

Finalmente, en los Países Bajos, un proyecto de ley que se encuentra en proceso de discusión, pretende garantizar a los trabajadores económicamente dependientes una protección equivalente a aquella de los asalariados. Por otro lado, en España, el Estatuto de los trabajadores prevé la extensión parcial del derecho del trabajo al trabajador independiente o que trabaja por su cuenta.⁶²

La extensión del criterio de subordinación en Alemania, en Italia y posiblemente en los Países Bajos, resulta sumamente trascendente en la medida en que puede permitir la “asalarización” de un número importante de empleos. En tal sentido, el derecho del trabajo podría dejar de ser el derecho de los obreros o de los empleados y convertirse en el derecho común de toda relación laboral.

A nivel internacional, se ha percibido la necesidad de una categoría jurídica intermedia entre el asalariado y el empresario, particularmente, en lo que concierne a la subcontratación.⁶³ Al respecto, existe un proyecto de la OIT en vista de instaurar una Convención sobre la Subcontratación. La OIT ha identificado la existencia de una importante categoría de trabajadores que son dependientes, que no disponen todavía de contratos de

⁶² *Op. cit., supra*, nota 21, p. 33.

⁶³ Según el artículo 1o. del proyecto de Convención sobre la Subcontratación, se entiende por subcontratación, subcontratista e intermediario:

- La expresión “trabajo en régimen de «subcontratación»” designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como “empresa usuaria”) por una persona (designada como “trabajador en régimen de subcontratación”), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:

i. El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o

ii. El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;

- “Subcontratista” designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;

- El término “intermediario” designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores. *Cfr.* “Conférence International du Travail, 86a. sesión, Rapports des commissions de la Conférence. Instruments et textes adoptés par la Conférence. Rapport V (2B) Le travail en sous-traitance. Cinquième question à l’ordre du jour”, Ginebra, BIT, 2-18 junio 1998. <http://www.ilo.org>.

trabajo. Luego de la 86a. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de junio de 1998 (hubo una primera discusión en la 85a. Sesión), se ha abierto un debate sobre ese proyecto de convención sobre la subcontratación. Una recomendación acompaña al proyecto de Convención con el objeto de desarrollar más detalladamente los diferentes aspectos. La Convención buscaría establecer o garantizar una protección adecuada a los trabajadores que desempeñan labores de subcontratación.⁶⁴

Este instrumento se aplicaría al conjunto de trabajadores ocupados en labores de subcontratación, pero serían excluidos aquellos trabajadores que tengan un contrato de trabajo con la empresa que utilice la subcontratación o que sean trabajadores de agencias de empleo privadas.

1) Las funciones del contrato de trabajo

Independientemente, del cuestionamiento o de la crisis del derecho del trabajo como un derecho protector, así como a los principios que lo fundamentan, se han podido identificar tres funciones propias a dicha figura jurídica:

- Es el acto que condiciona la aplicación de un sistema normativo denominado derecho del trabajo. Todo trabajador asalariado, está sujeto a dicho estatuto, quien no lo es, no puede pretender ser protegido por dichas normas. Así el contrato de trabajo puede significar: seguro de desempleo, tribunales laborales, indemnización en caso de ruptura de la relación laboral, derecho de huelga, derecho a la negociación colectiva, etcétera.
- Es el medio para acceder a un empleo disponible y ofrecido, es decir, no bajo su cuenta, sino ofrecido por una organización que va a pagarle un salario. Esta función, fundamental desde el siglo pasado, está en un proceso de declinación. Cada vez el acceso al empleo es limitado o se da bajo condiciones precarias.

⁶⁴ *Cfr. “Conférence International du Travail, 86a. session, Rapports des commissions de la Conférence. Instruments et textes adoptés par la Conférence. Rapport V (2B) Le travail en sous-traitance. Cinquième question à l’ordre du jour”, Ginebra, BIT, 2-18 junio 1998. <http://www.ilo.org>.*

- Como todo contrato es creador de obligaciones y derechos: el trabajador se compromete a desempeñar una actividad y el empleador se compromete a pagar una remuneración.⁶⁵

2) Limitaciones para contratar

Al mismo tiempo, la legislación ha establecido una serie de limitaciones respecto a los sujetos con quienes se puede contratar o se debe contratar. Limitaciones, que directa o indirectamente, recuperan la función equilibradora que pretende asegurar el derecho del trabajo en toda relación laboral:

- La edad del trabajador. Un empleador no puede celebrar contratos de trabajo con menores de edad, aunque existen una serie de condiciones bajo las cuales es posible celebrar un contrato de trabajo con un menor de edad.
- La nacionalidad del trabajador. La prohibición para celebrar un contrato de trabajo puede obedecer a la nacionalidad del trabajador, cuando este no cuenta con las autorizaciones administrativas para poder celebrar un contrato de trabajo.
- Prohibición de discriminación. Si el empleador tiene, en principio, el derecho de escoger entre varios candidatos a un puesto de trabajo, no los puede hacer a un lado por cuestiones de sexo, nacionalidad, religión, raza, edad, actividad sindical o de un estado de discapacidad física.
- Limitación a las prioridades del empleo. En ciertos países, se tiene la obligación de contratar un porcentaje mínimo de personas con algún tipo de discapacidad, mutilados de guerra, etcétera.⁶⁶

3) La contratación individual y los derechos humanos

En realidad el principio de no discriminación, también puede encontrar otro fundamento en la Declaración de la OIT Relativa a los Princi-

⁶⁵ Lyon-Caen, Gérard, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1998, p. 113.

⁶⁶ Tal y como es el caso de Francia, en donde las empresas con más de 20 trabajadores tienen la obligación de contratar al menos 6% de trabajadores discapacitados o mutilados de guerra. Ley del 10 del julio de 1946, artículos L323-1 y ss.

pios y Derechos Fundamentales del Trabajo adoptada por la Conferencia General de la OIT en su 86a. sesión de junio de 1998. Entre otras consideraciones la Declaración de la OIT establece que en consideración de que tiene como función primordial asegurar la paz, el progreso social y la erradicación de la pobreza, mantener un vínculo entre progreso social y desarrollo económico, que en una situación de creciente interdependencia económica, urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal y que debe movilizar más sus medios de acción normativa, la OIT declaró que todos los miembros de la Organización, aun cuando no hayan ratificado los tienen en un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios universales en materia de derecho del trabajo pueden ser extendidos y aplicados, en su caso al contrato de trabajo. Bajo esa tónica, encontramos que el contrato de trabajo responde a una serie de funciones esenciales, a ciertas limitaciones establecidas para contratar, así como a los principios y derechos fundamentales de los trabajadores, señalados en la declaración de la OIT de 1998. Lejos de estar en un proceso de decadencia, el contrato de trabajo trata de buscar su exacta dimensión.⁶⁷ Por otro lado, la multidimensionalidad de la pobreza y de la exclusión muestra la necesidad de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos del hombre.⁶⁸

⁶⁷ Verdier, Jean-Maurice, “Relations de travail et droit fondamentaux. Une jurisprudence en éveil”, en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, París, Dalloz, 1998, pp. 653-659.

⁶⁸ Verdier, Jean-Maurice, “Grande pauvreté, exclusion et droits fondamentaux. Un autre regard enrichi par le croisement des savoirs”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social*, Burdeos, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, p. 11.

4. Reflexiones preliminares

El derecho del trabajo, y en particular, el contrato de trabajo no van a desaparecer. Lejos de eso, simplemente se transforma, se revaloran sus principios, sus funciones, sus limitaciones para contratar, etcétera. En algún momento se ha pensado que la eclosión del trabajo en cadena y de la explotación obrera había moldeado definitivamente al derecho del trabajo. Se ha creído también que el reemplazo del trabajo industrial con fuerte utilización de mano de obra por el trabajo realizado por un robot, así como el cambio de la relación capital-trabajo, implicaría la desaparición de la relación de subordinación, el derecho del trabajo, en esa dinámica, no podría más que desaparecer junto con su función protectora. Esta idea falsa ha sido ampliamente difundida. En realidad se han confundido las transformaciones del trabajo con las transformaciones del derecho. El hombre entrega cada vez menos su fuerza de trabajo, pero el intercambio de una actividad por una remuneración continua, y eso es un acto jurídico.⁶⁹

¿Hacia qué derecho del trabajo vamos? ¿Quizás a aquel caracterizado por el trabajo independiente o el subempleo o el autoempleo, sin ningún tipo de protección social ni laboral que, de hecho, ya caracteriza a varios países subdesarrollados en donde quien cuenta con un contrato de trabajo es un trabajador “privilegiado”? ¿Quizás vamos a un derecho del trabajo que sea la eclosión del derecho a la actividad, a la vez común y diverso, multiplicador de situaciones mixtas, que suprime progresivamente las diferencias entre trabajo asalariado y trabajo no asalariado, en donde, es cierto, todo está por inventarse?

En cualquier caso, es menester señalar que el derecho del trabajo está constituido de reglas y de instituciones de doble sentido, todas reversibles, que pueden coincidir con los intereses de la empresa o de los trabajadores, según, uno lo presente bajo una cara o bajo la otra. Pero ante todo, no se debe exagerar el papel y la función del derecho del trabajo o del futuro derecho a la actividad. El derecho laboral (que regula relaciones económicas bien definidas) no es el medio adecuado para actuar sobre la actividad económica general, las inversiones, el desarrollo, la competitividad y la productividad.⁷⁰ El cambio de normas jurídicas es

⁶⁹ Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 2.

⁷⁰ Respecto al tema de la competitividad y la productividad, algunos olvidamos que existe un derecho de la formación profesional muy bien definido, que tiene una relación de mutua complementariedad con el derecho del trabajo.

impotente, pero si se quiere crear puestos de trabajo, es necesario mirar hacia otros lados.⁷¹

Por otro lado, las limitaciones para contratar, las funciones del contrato de trabajo o la defensa de los derechos fundamentales, aplicada al derecho del trabajo, podría hacer pensar inmediatamente en una política asistencial. Sin embargo, no se trata solamente de eso. La obligación del Estado no se limita a la simple asistencia, es decir de urgencia. La obligación del Estado consiste, en realidad, en llevar a cabo una política de derechos fundamentales, ofreciendo a todos, en particular a los más desfavorecidos, la posibilidad de ejercer sus derechos, ya que de nada sirve contar con una serie de derechos, llámense como se llamen, individuales, colectivos o sociales, si no se cuenta con los medios para hacerlos valer. Los derechos deben ser operacionales o funcionales. De otra manera se quedan en una simple declaración de enunciados y de buenos propósitos. Asimismo, debe quedar claro que cuando sea necesario, sobre todo en casos de extrema pobreza o de extrema desigualdad, que no se debe objetar la intervención del Estado, ya que no hay que olvidar que ha sido necesaria dicha intervención para reducir los fenómenos de explotación del trabajo en las sociedades modernas. Una intervención que se debe dar bajo las nuevas características de la relación de trabajo y bajo las nuevas modalidades contractuales que se presenten, puesto que “el tema de la exclusión es para la sociedad del mañana, lo que fue la cuestión obrera para la sociedad de ayer”.⁷²

⁷¹ Cfr. Lyon-Caen, Gérard, “Un droit sans papiers d’identité”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, (Le privé et le public) Sirey éditions, 1997, t. 41, p. 190.

⁷² Tourette, Florence, *Pauvreté et droits de l’homme*, Tesis de doctorado defendida el 22 de mayo de 1998 en la Universidad d’Auvergne.