ENCUENTRO ARGENTINO-URUGUAYO DE PROFESORES DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

Transformaciones de la empresa y el Derecho del Trabajo

Por Guillermo Gianibelli (UBA).

1. ¿Qué cambia, cómo cambia y por qué cambia?:

Podemos partir, a los fines del presente trabajo, de algunas verdades aceptadas. En primer lugar que la empresa, entendida preliminarmente como centro de imputación de relaciones jurídicas diversas, entre las que, en lo particular, se cuentan las derivadas del conjunto de prestaciones de trabajo que van decantando en el producto o servicio que la misma coloca en el mercado, ha visto modificada su conformación, organizativa, productiva y económica.

A la par, o precisamente como artífice, del proceso de reestructuración económica – de raíz política como se verá – que abarca un largo período con un inicio que la mayoría de los autores ubica a mediados de los ´70 y que, también hay coincidencia en ello, comenzó a poner fin a aquellos *treinta gloriosos años* constitutivos de un modelo hegemónico que, en sus variadas denominaciones, puede ser señalado como *fordismo*, *keynesianismo*, estado de bienestar o estado social de derecho[1], la empresa se fue transfigurando, se fue vaciando de personas, perdió su anclaje territorial y ganó versatilidad productiva.

Todavía en el plano de caracterización inicial, si la empresa de ayer es recordada como ese amplio espacio de sociabilización y organización, con confines definidos y acendrado sentido de pertenencia de todos aquellos que participaban en la misma, la empresa de hoy difumina sus contornos, aligera su carga y reconduce sus actividades más como resultado de las decisiones del *management* estratégico, y menos de las necesidades u oportunidades económicas, nacionales o sociales. El paso de la empresa "robusta" a la empresa "raquítica" , sin embargo, no ha supuesto pérdida de importancia de la empresa en la consideración por los poderes públicos o en el discurso dominante, que la refrenda como el único vehículo del crecimiento económico y, tesis del "derrame" mediante, social en algún futuro mediato.

Hace seis décadas, Karl Polanyi dio cuenta de *la gran transformación* que, en el siglo XIX en el Reino Unido determinó la consolidación del sistema de trabajo asalariado, la conformación de un mercado de trabajo y la importancia de la producción industrial.[2] La segunda gran transformación tiene lugar cuando

[1] Utilizados las más de las veces como sinónimos, cada uno puede encerrar un perfil epistemológico distinto. *Fordismo*, a la vez, expresa el sistema de organización del trabajo que completó al *taylorismo*, y al modelo de organización social coincidente también con la expresión Estado de Bienestar (cfr. Gramsci, Antonio, "Americanismo y fordismo"); *keynesianismo*, versión más estrictamente económica; y Estado Social de Derecho, paradigma jurídico constitucional, en la explicitación de Ferrajoli, ver *infra* punto 6 del presente.

[2] Polanyi, Karl, "La gran transformación", FCE, 1992, pág. 17.

se extiende el método de organización científica del trabajo, la producción en masa y, con ello, el *fordismo* como modo de regulación. La tercera, ya clásicamente denominada *post-fordismo*, cuyo genoma se encuentra en el "sistema toyota", desestandariza y especializa la producción y el consumo, desestructura y flexibiliza la empresa y, pretende, la adapta a las nuevas variables y a las nuevas demandas. Estas transiciones son *definidas* por Accornero como *tres épocas* en las que se cambia de un modelo productivo y de consumo a otro, y por lo mismo, de cambios en el trabajo, ante todo porque han cambiado las estructuras y el funcionamiento de las empresas.[3]

Esta relación, entre estructura empresarial y régimen de acumulación, merece explicación. En primer lugar, por los profundos efectos sobre el trabajo y su regulación y, en su consecuencia, sobre el modelo social en su conjunto. En segundo término porque se presenta como un doble juego de orden causal: las modificaciones empresariales moldeando el sistema económico en un momento dado o, por el contrario, el sistema económico, por razones de eficiencia o más explícitamente de tasa de ganancia, exigiendo y compeliendo las modificaciones a su interior, especialmente en su unidad productiva por antonomasia, la empresa.

Esta suerte de determinismo empresarial, que erige a aquella como factor clave del funcionamiento económico tiende a encubrir, mistificando, el verdadero sujeto destinatario de la atención especial dispensada a la empresa que no es otro que su titular, el empresario, último apropiador del beneficio que ésta obtiene.[4]

El desarrollo del sistema capitalista, en donde la propiedad de la empresa parece oculta bajo la forma indeterminada, y mucha veces difícilmente determinable, entidad de sus titulares provista por su distribución en capital accionario, contribuye a colocar en segundo plano al empresario y en el rol estelar a la empresa. A tal punto esto es funcional a una visión extrema de la tasa de ganancia, que el ropaje de la empresa, a la que se dirigen todas las políticas de tratamiento específico, la convierte en un fin en sí mismo, desvinculándola y aislándola de su titular o titulares, efectiva manifestación del capital.

Desde aquí cabe explicar el enorme efecto disciplinador, favorecedor de todo el período de reestructuración empresario y del régimen de acumulación, que desde el plano discursivo se instituyó como un dogmático mensaje de superación de todas las dificultades y garantizador de la única salida existente ante la crisis. La atención a la empresa, y por ende al capital, desplazando toda otra función que, como en el sistema fordista, la misma cumpliera, implicó, en definitiva, un mecanismo de transferencia de ingresos a escala nacional y global, que se saldara con desprotección social creciente y enormes dudas sobre su viabilidad política final.

Así planteado, corresponderá referirse, sucesivamente, al concepto de empresa y sus formas evolutivas, a una explicación sobre la relación entre los cambios de los modos de producción y organización y el modo de regulación del trabajo, describiendo ambos procesos, y al sistema jurídico-constitucional que, a su pesar, los contiene. Intentaremos, por último, abordar los instrumentos específicos de tratamiento de las situaciones de crisis de empresa, también necesariamente confrontados con el régimen constitucional

[3] Accornero, Aris, "El individualismo de mercado y el trabajo postfordista", en "Quaderni di Rassegna sindacale-Lavori", Núm l, enero-marzo de 2004.

[4] Cfr. Fernández López, María Fernanda, "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar", en Fernández López, M. F. (coordinadora), "Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas", Trotta, 2004, pág. 21.

aplicable, y apuntar algunas líneas de desenvolvimiento futuro, especialmente en torno a los derroteros de la acción sindical, como posible soporte de un cambio o limitación del paradigma construido sobre o a excusa de la crisis.

2. El concepto de empresa:

En el plano jurídico, especialmente en nuestra disciplina, la empresa y su conceptualización fueron también variando en el tiempo. Si intentáramos captar dicho concepto en los mismos momentos históricos que enunciábamos al comienzo, y que se asumen como tres modelos hegemónicos de organización económica, podríamos aludir a un concepto clásico o tradicional de empresa, a uno moderno y a uno postmoderno, o actual.

En el primer caso lo estamos situando en la etapa de consolidación del sistema capitalista, que no es otra que la del afincamiento de una economía de mercado, el abandono de formas corporativas o estatutarias que definían el modo y alcance de la asignación de recursos sociales, en forma institucional, y su reemplazo por un sistema en el que el mercado controla, dirige y regula por medio de los precios, los que aseguran por sí solos el orden en la producción y distribución de los bienes.[5] El salario entonces pasa a ser el método racional de asignación del precio del trabajo y el contrato la necesaria articulación para darle cauce. Empresa y empresario coinciden en el desarrollo económico y en la identificación como contraparte del contrato de trabajo. Sin embargo, éste no es más que el momento constitutivo de la relación; siendo luego reemplazado en su aspecto regulativo por la propia y exclusiva voluntad empresarial.[6]

La complejidad de la relación de intercambio, las crecientes necesidades de implicación del trabajador a su puesto de trabajo y la hipócrita concepción del contrato entre *como si iguales* [7] determinaron la insuficiencia del vínculo contractual [8] y su paulatina absorción dentro de una estructura más amplia, de carácter orgánico, en la que el trabajador se integraba. Las teorías en torno a la relación comunitaria del trabajo dieron su marco y el carácter y potencial organizativo de los distintos factores productivos constituyó la idea fuerza en la que su titular se desdibujaba, colocándose casi como un elemento más entre tantos. Ello no importaba, por cierto, el desplazamiento de su poder de dirección pero aún así éste aparecía funcionalizado, o encubierto, en los fines propios de dicha comunidad empresaria.[9] La supervivencia de la empresa más allá de su titular encontrará aquí raíces para posteriores desarrollos normativos, discursivos y prácticos.[10]

---

[5] Polanyi, Karl, ob.cit., pág. 77. Hobsbawm, Eric, "La era del capital", Crítica, 1998, pág. 49. Expresada, por todas, en la Gewerbeordnung alemana de 1869: "Quedan determinadas mediante contrato libre las relaciones entre quienes de manera independiente tengan un comercio o negocio y sus oficiales y aprendices"; únicamente el mercado regiría la compraventa de mano de obra, como gobernaba las demás cosas.

[6] Alonso Olea, Manuel, "Introducción al derecho del trabajo", Civitas, 1994, pág. 306.

[7] Cfr. Barcellona, Pietro, "La formación del jurista", en Barcellona, P., Hart, D. y Mückenberger, U., "La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica", Cuadernos Civitas, 1983, pág. 18.

[8] Su "destronamiento", en términos de Baylos (cfr. Baylos, Antonio, "Derecho del trabajo: modelo para armar", Trotta, 1991, pág. 23).

[9] Baylos, Antonio, ob. cit., pág. 24. Alonso Olea, Manuel, ob. cit., pág. 64.

[10] Ver luego justificación en la crisis de empresa, normas sobre transferencia de empresa, empresas recuperadas, etc.

El sistema *fordista* estilizó y normalizó esta concepción de la empresa con fines propios, modelando con ello, además, al sistema de organización social, económico y político. La preponderancia de la empresa como proveedora de bienestar y garantía de subsistencia la colocaban en el centro de la escena productiva pero además, en tanto laboratorio de socialización y homogeneizador de conductas, contribuía a dar densidad social al sistema en su conjunto.

El carácter estabilizador del *Estado de Bienestar*, en el que las ganancias de productividad de las empresas en particular, y del sistema económico en general, se redistribuían, en parte, vía monetización salarial contribuía a percibir una especie de círculo virtuoso de la economía y, de manera creciente, su extensión a la población incluso en incapacidad de trabajar, a través de los modernos regímenes de la seguridad social.

La empresa del *fordismo*, esencialmente expansiva, amalgamó tecnología, estabilidad laboral y productividad y se convirtió en uno de los íconos culturales del siglo XX.

El denominado *post-fordismo*, aunque se lo vincule en exceso como resultado de la innovación tecnológica y, en especial, de la información, como veremos más adelante, se inscribe en un profundo proceso de reestructuración económico, social y político. En esa inteligencia hay que examinar el rol asignado a la empresa, vehículo, entre otras variables, para dar por cerrado aquel período de desarrollo económico y social que, aunque resiste – sobre todo en algunos países de la Europa continental - , se lo conoce como el de la crisis del Estado de Bienestar.

No podemos efectuar un análisis particular de estos procesos, en toda su complejidad, extensión y multiplicidad de causas y efectos. Sin embargo, el recorrido histórico social precedente, un tanto tópico, sólo procura mostrar esa unidad/dualidad entre empresa/empresario y prepararnos para observar más atentamente el funcionamiento actual de las relaciones de trabajo a partir de una sublimación de la empresa como creadora de riqueza y la supeditación creciente a sus designios tanto de las normas de tutela laboral, como de las políticas públicas.

Quien mejor ha expresado el lugar de la empresa en este período es Supiot al aludir a la empresa como "objeto de derecho". El debate sobre esta noción de empresa ha estado dominado por dos tesis opuestas: una, individualista, según la cual la empresa es una combinación de la propiedad de los medios de producción y de la libertad contractual; la otra, comunitaria, en la que es una institución que une con un interés común al Capital y al Trabajo.[11]

Es de utilidad detenerse en aquel aspecto relativo al derecho del propietario de vincularse contractualmente y, de tal modo, darle cauce a la organización productiva. El centro de relacionamiento es aquí el titular o capitalista quien establece una red de contratos, entre ellos con los trabajadores, opacando la existencia de un ente abarcador u omnicomprensivo de dichas relaciones y sus fines. La autonomía contractual prevalece aquí por sobre la visión interna u organicista.

Abonan esta tesis las tendencias actuales del funcionamiento de la empresa: la fluidez y movilidad del capital, los procesos de fusión o de grupos de empresas, la discontinuidad y pluralidad de sus formas jurídicas, la externalización de sus actividades. En todos los casos la empresa es un objeto maleable que

[11] Supiot, Alain, "Crítica del derecho del trabajo", MTAS, 1996, pág. 202.

sucumbe ante las decisiones que, a veces con escasa lógica de largo plazo, quienes ejercen como empresarios - la clase ejecutiva - van adoptando en términos de liquidez o renta inmediata.

Sin embargo, y volvemos a Supiot, no cabe reducir la empresa a esa área de ejercicio soberano del derecho de propiedad y de la libertad contractual.[12] Como lo demuestran numerosos institutos del derecho del trabajo – y otras áreas del derecho - , es posible afirmar la noción de empresa más allá de las formas jurídicas que fija el empresario.

De lo que se deduce una tensión entre dos lógicas antagónicas: una de naturaleza *ficcional*, que resguarda la personalidad jurídica tal como el empresario la ha dispuesto, inmunizándola de otros efectos distintos a su propia actuación individual y que, se argüirá, descansa en su derecho constitucional a la propiedad y a la libertad de empresa, aún cuando pueda demostrarse que articula, transfiere o agrupa otros fines, actividades o fuentes de renta, conformando una unidad mayor que la trasciende; y la otra, de naturaleza *material*, que da cuenta fundamentalmente de la existencia de un objetivo real, común a la diversidad formal, cuyo soporte normativo, también con asiento constitucional, se encuentra referido en términos genéricos, aunque un tanto problemáticos, a la función social de la propiedad pero más explícitamente a los derechos fundamentales, particularmente del trabajador.

En forma paradójica, el discurso justificador de la importancia de la empresa, que la eleva a la mayor consideración en el orden social[13] y, por ende, la asume como un ente con vida propia es justamente aquel que luego se cierra en las formas y en la libertad para organizar, en orden a aquel derecho de propiedad, objetos y sujetos que atomizan y repelen toda vinculación.

Un camino alternativo puede transitarse, como lo propone Fernández López, focalizando en el empresario no en su condición de "dueño" o titular del establecimiento en donde el trabajo se presta, sino en su posición de parte del contrato de trabajo, sustituyendo las connotaciones relativas al derecho de propiedad por la referencia a la titularidad efectiva, real, de los poderes contractuales en que se manifiesta la noción de dependencia.[14]

No puede dejar de mencionarse, en esta línea exploratoria, el clásico e indispensable trabajo de Vardaro, quien no sólo apuntó a desmontar el artilugio del único y formal empresario, dando cuenta de un cambio del "tipo" de empleador, lo que lleva a una configuración también diferente del poder de dirección, sino que puso de manifiesto una forma de observar la empresa y su desenvolvimiento como proceso (empresa de grupo o, agregamos nosotros, formas de externalización) y la actuación de cada empresa (de grupo, o la cadena de sub-contrataciones) como fases de dicho proceso.[15]

Corresponderá explorar con este instrumental teórico los procesos con que hoy se expresa la actividad empresarial.

---

[12] Ibidem, pág. 204.

[13] "Esta nueva epifanía de l empresa", cfr. Baylos, Antonio, "Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo", Cuadernos de Relaciones Laborales, nro. 5, 1994, pág. 141.

[14] Cfr. Fernández López, M. F. , ob. cit., pág. 26.

[15] Vardaro, Gaetano. "Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di grupo e relazione industriali", en Itinerari, 1989, págs. 329 y sgtes.

3. Relaciones entre los cambios de los modos de producción y organización y los modos de regulación:

Se pueden intentar dar dos explicaciones de la relación entre los cambios en las formas de producción y organización (objetivos) y los cambios en el modo de regulación, que viabilizan, facilitan o determinan los cambios en la organización productiva (sujetivos).

En un primer caso, una lectura evolucionista, materialista o causalista, señalaría que los cambios obedecen al desarrollo de las fuerzas productivas, entre ellas y preponderantemente el cambio tecnológico, y el cambio en el modo de regulación es natural consecuencia de esa transformación.

En el otro, en una versión superestructural, los cambios del modo de regulación son "decididos" como cambio de régimen, a fin de provocar modificaciones estructurales en las relaciones de las fuerzas productivas de manera de "forzar" un cambio, primero, de las relaciones de poder, y segundo, permitir ir fluidizando el cambio, paralelamente, de las formas organizativas en la empresa y en el sistema general de acumulación.

En el primer supuesto nos encontramos con una visión esencialmente económica. En el segundo, política, aunque con evidentes implicancias económicas.

El soporte teórico de la terminología utilizada lo provee la escuela de la regulación.[16] En este caso Lipietz, conceptualiza lo que denomina "modelo de desarrollo" como una conjunción de un *modelo de organización del trabajo*, o paradigma tecnológico, que abarca no sólo las formas de organización del trabajo **dentro** de las empresas, sino también las formas de división del trabajo **entre** las empresas; un *régimen de acumulación*, consistente en la lógica existente entre las condiciones de la producción (productividad del trabajo particularmente) y las condiciones del uso social de la producción (su distribución); y un *modo de regulación*, constituido por las normas (no necesariamente jurídicas) que ajustan los comportamientos a los principios del régimen de acumulación. Este aparece entonces como el resultado macroeconómico del funcionamiento del modo de regulación, a partir de un modelo de organización del trabajo.[17]

En 1973, cuando las evidencias de los cambios que la crisis suministraría todavía eran inadvertidos, Daniel Bell llamó *sociedad post-industrial* a su idea basada en una prognosis sobre un cambio en el entramado social de la sociedad occidental. Con ello ponía de resalto que los cambios, ante todo, serían de estructura social, a la manera como estaba siendo transformada la economía y remodelado el sistema de empleo.[18] Dichas modificaciones ¿tenían como origen el cambio tecnológico?, ¿o éste es una variable más del proceso de innovación social?. El progreso tecnológico se compone de todos los mejores métodos y organización que perfeccionan la eficiencia del capital.[19] Desde esa perspectiva, la natural dinámica del capitalismo sería la causa endógena del cambio, técnico primero, social luego. Schumpeter sin embargo aclara que la innovación capitalista es un concepto mucho más amplio que la idea de la innovación

[16] Cfr. Boyer, Robert, "La teoría de la regulación", Edic. Alfons el Magnánim", 1992; Aglietta, Michel, "Regulación y crisis del capitalismo", Siglo XXI, 1991.
[17] Lipietz, Alain, "Elegir la audacia", Trotta, 1997, pág. 22.
[18] Bell, Daniel, "El advenimiento de la sociedad post-industrial", Alianza Universidad, 1991, págs. 24 y 28.
[19] Ibidem, pág. 225.

tecnológica . La innovación se define generalmente como la realización de nuevas combinaciones de los medios de producción.[20]

Por su parte Coriat distingue cuidadosamente las innovaciones organizacionales de las tecnológicas. Las primeras, según su análisis, preceden a las segundas. Desde fines de los sesenta, sostiene, las empresas desarrollaron un intenso movimiento de experimentación e investigación cuyo objetivo era disminuir la vulnerabilidad de la cadena de montaje al ausentismo pero más generalmente a las diferentes formas de resistencia obrera.[21]

Mas allá de las diferentes disquisiciones teóricas está claro que los sistemas de organización del trabajo, *taylorismo* y *fordismo*, fueron pensados como formas organizacionales primero y, en función de ellos, la máquina, rudimentaria pero efectiva en el taylorismo, perfeccionada sucesivamente luego como aplicaciones de la tecnología, cumplió un rol más en el sistema total. A su vez, y como quedara reconocido por sus gestores, tanto uno como otro estaban dirigidos a limitar el "poder del trabajo" [22], y elevar indefinidamente (¿?) la productividad.

En este sentido, Kern y Schuman se preguntaban hace un tiempo: ¿pierde definitivamente el progreso técnico su inocencia?. Y se respondían que los componentes tecnológicos van insertos cada vez con mayor frecuencia en una concepción modificada de la racionalización. Los sistemas de transmisión de datos y el ordenador otorgan una nueva cualidad al potencial de racionalización actual en las empresas y van a provocar, irremediablemente, profundos cambios en la calidad, composición y cantidad de la mano de obra. En esta perspectiva, el desempleo resulta consecuencia obligada del progreso técnico. [23]

Cómo afecta este proceso a los territorios, sectores de trabajadores y empresas, resulta en función del lugar que ocupen dentro de la reestructuración en curso, así: trabajadores cualificados de sectores clave industriales, especialmente asociados a las nuevas tecnologías de la información, aprovechan del cambio y constituyen la "nueva clase" de trabajadores de "cuello blanco"; trabajadores sin cualificación o destinados a tareas secundarias, directas víctimas de la segmentación; empresas o territorios afectados por crisis de actividades en declive, a las que se destinan las políticas de reconversión, y en las que numerosos trabajadores son expulsados definitivamente del mercado de trabajo.

Como estamos observando, aún sin una aceptación expresa del carácter funcional que va a adoptar el cambio tecnológico, las diferentes expresiones van conformando un cuadro en el que el mismo, no sólo no es inocente, sino que se inscribe en un proceso más amplio de reordenación de las relaciones de producción. A partir de ello, y previo a analizar la conformación del mercado de trabajo, sobre la base de esta

[20] Schumpeter, "Teoría del desarrollo económico", FCE. Un tratamiento detallado del sentido y formas explicativas del cambio tecnológico puede verse en Elster, Jon, "El cambio tecnológico. Investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social", Gedisa, Barcelona, 1990. Señala una dicotomía entre las teorías de elección racional y las teorías evolucionistas, que se corresponde con la distinción entre explicación intencional y funcional del cambio tecnológico. A las primeras se corresponden tanto las de la economía neoclásica como las marxistas. Difieren unas de otras en que, para los neoclásicos la explicación es la maximización de la ganancia, en tanto para los marxistas tienden a argumentar que lo que está en juego es el poder y que el empresario utiliza la innovación como un arma en la lucha de clases, cfr. Elster, pág. 14.

[21] Coriat, Benjamín, "El taller y el robot", Siglo XXI,1992, pág. 20.

[22] Holloway, John, "Marxismo, estado y capital", Cuadernos del Sur, 1994, pág. 37.

[23] Kern, Horst y Schuman, Michael, "El fin de la división del trabajo", MTSS, 1988, pág. 6.

reestructuración que tuvo como eje a la empresa, alguna referencia a los sistemas de organización del trabajo que se han dado en llamar *posfordistas* conviene hacer.

Corresponde aclarar, no obstante, que no resulta suficiente referir a un único y acabado sistema que reúna las nuevas características y formas del proceso de producción. El *posfordismo* reúne tanto a las versiones extremas de robotización, eliminando al máximo posible el trabajo vivo; como la incorporación sistemática de métodos de producción por ordenador, pero con trabajadores cualificados que operan "con y sobre" ellos; hasta la vía *neotaylorista*, caracterizada por sub-contratación en el nivel más bajo de la calificación. En cada versión se evidencian sus efectos sobre el trabajador y su organización: polarización, segmentación o implicación, y flexibilidad o rigidez en el contrato salarial.[24]

La visión más acusada, explicativa de los cambios como decisión estratégica y destinados a ocasionar determinados efectos sobre el sistema social, la suministra Anisi quien, refiriéndose al modelo de organización del *Estado de Bienestar* y su crisis, descarta causas endógenas, fundamentalmente de orden económico, y alude a que el mismo "fue puesto en crisis".[25] Dicha apreciación se completa, con consideraciones más complejas, en las que se incluyen, por un lado el decrecimiento de la tasa de beneficio de las empresas por la incorporación de maquinaria, incrementando el capital orgánico; pero, por otro, el aumento del "poder del trabajo", solventado en su organización colectiva y el pleno empleo. La paradoja del *fordismo*, que lo hace estallar, consiste en que así como intenta expropiar el saber del trabajador, calcándolo a la máquina, las crecientes inversiones en tecnología reducen la cantidad de trabajadores, pero también el volumen de salarios y con ello la plusvalía, y al tiempo, el salto en productividad consiente el aumento relativo del salario y da mayor poder al trabajo. En el largo plazo el capital denuncia el pacto e instala las condiciones para la reestructuración del sistema.

Sin necesidad de adscribir completamente a lo anterior, y comenzando ahora a vincular más estrictamente sistema de organización y modo de regulación, es notorio que las nuevas tecnologías no han determinado las modificaciones que, en el período que estamos analizando, se produjeron particularmente, y como luego veremos, a través de las distintas vías de la flexibilidad. Señala Recio que el papel que juegan las modernas tecnologías es básicamente el de permitir dichas modificaciones del modo de regulación.[26]

En consecuencia cabe descartar un determinismo entre cambio tecnológico, que intenta justificar cambios en el modo de regulación, y un particular modelo de desarrollo. Si, como hemos visto, se han privilegiado cambios organizacionales, y por ende del sistema de organización del trabajo, en el cual las nuevas tecnologías han cumplido un rol más pero no el sustantivo; que se ha dispersado el trabajo entre empresas –segmentación –; y debilitado la condición salarial con alteraciones del modo de regulación; podemos concluir, provisoriamente, en que estamos en presencia de un nuevo régimen de acumulación o, al menos, que este ha sufrido una profunda reestructuración.

En dicha lógica se entiende no solo la "crisis" del Estado de Bienestar, sino las políticas aplicadas en su consecuencia, que comenzaron a desmentir la vigencia de otro paradigma, en este caso jurídico, el del

[24] Leborgne, Daniele y Lipietz, Alain, "El posfordismo y su espacio", en Les Temps Modernes, nro. 501, abril de 1988.
[25] Anisi, David, "Creadores de escasez, del bienestar al miedo", Alianza Editorial, 1995, pág. 70.
[26] Recio, Albert, "Flexibilidad, eficiencia y desigualdad (notas sobre la flexibilidad laboral)", en Sociología del Trabajo, nro. 4, otoño de 1988.

Estado Social de Derecho. Pero esto ya es materia de un tratamiento específico al que luego volveremos. Corresponde previamente afinar nuestro punto de mira sobre las modificaciones a las que venimos superficialmente refiriendo, respecto de las formas de organización de las empresas y sus efectos sobre el trabajo dependiente.

4. Los cambios en la organización del trabajo:

A esta altura del relato resulta evidente que somos contestes en una visión de las transformaciones en la empresa, enmarcadas en un fenomenal cambio en las formas de organización productiva, en los sistemas de organización del trabajo, en sus modos de regulación y, con ello, en el régimen de acumulación.

Se puede dudar sobre la intensidad que le cupo a la empresa en la actuación y generación de dichos cambios. Podemos volver a discutir, en términos de causalidad, entre los roles de empresa-artífice / empresa-destinataria de dichos cambios. Pero lo que parece indudable es que la empresa ha tenido y tiene un lugar axial en el sistema. En consecuencia su configuración determinará efectos en el sistema económico – aumento de productividad, especialización, rentabilidad – y en el sistema social en que se inserta – demanda de trabajo, cualificación, localización, mercado interno / externo, etc. -. Ahora nos referiremos a esa nueva configuración, luego a su consideración jurídica, en materia de regulación del trabajo, y sus efectos sobre éste. No sin ello dejar de anticipar uno de sus rasgos más acusados, tanto por la estructura de la empresa como por los cambios regulativos, sus efectos sobre el sujeto sindical y la acción colectiva de los trabajadores, de lo que nos ocuparemos finalmente.

Habiendo relativizado – aunque no despreciado - en el apartado anterior la incidencia del cambio tecnológico respecto de la nueva conformación de la empresa, vamos a centrarnos ahora en las formas organizacionales. Respecto de estas se observará que existe un doble orden de circunstancias y formulación: en el plano de la estructura jurídico-formal que adoptan, y en la trascendencia que ello determina sobre la organización del trabajo.

Si intentáramos, esquemática y conceptualmente, definir esa nueva conformación de la empresa, al menos en sus consecuentes efectos sobre el trabajo, deberíamos hacerlo de la siguiente manera: a) concentración de capital y diversificación productiva; b) descentralización dependiente. Corresponde explicarlos.

Aunque parezcan conceptos en sí mismo antagónicos, casi una contradicción en sus términos, creemos que pueden revelar el carácter paradójico con que se expresan, descartar la ambigüedad con que pueden ser presentados y reconocerlos como efectivos pares conceptuales y sistemáticos.

Con concentración económica aludimos a un evidente proceso de adquisición de distintas unidades productivas por parte de otras que paulatinamente van conformando un centro de control, dirección y propiedad sobre el conjunto. En algunos casos la adquisición se trata de empresas con la misma actividad que la controlante, con la finalidad de anular competidores o sumar mercados, pero el dato característico se da cuando el proceso de concentración de titularidad se refiere a empresas con actividades diversas, en las que sólo su referencia a una matriz que las contiene y de la cual dependen, será su elemento unificador.

En su configuración jurídica estamos en presencia de la figura del grupo de empresa o "empresa de grupo" [27]. En su versión real se trata de un conocido proceso de adquisiciones, fusiones, transferencias, en los mercados nacionales o internacionales, efectuados por empresas locales o multinacionales, con eje en los sectores financieros o productivos, que en alguna medida conducen a una nueva expresión del monopolio, no ya dirigido a una determinada actividad sino a una acentuación del carácter dependiente de la economía en general o del resto de las empresas a las que se somete, de parte de estos nuevos grupos diversificados, extendidos y con suficiente capacidad y poder económico para actuar, también, como limitante de las políticas públicas de los estados en que se desenvuelven.

Habituados a considerar las modificaciones en la propiedad del capital al interior de los sujetos, como propias de la naturaleza accionarial de las sociedades, y subalternizando sus efectos sobre el sistema económico, estamos ante un fenómeno que por su intensidad y densidad debe tratarse en toda su complejidad y ser observado, desde fuera de la forma societaria, para captar los diferentes momentos y efectos que producen, en este caso, respecto de sus trabajadores.

La identificación del empleador como sujeto responsable de las obligaciones laborales es sólo uno de los problemas que se pueden presentar. La mayor andadura se encuentra en la estrategia de desconexión que provee la estructura societaria, formalmente independiente, a lo que se suma, en el plano de los sujetos laborales, la realización de actividades diversas y, por ende, la obturación de todo intento de comprender al grupo como un único colectivo.

La idea de grupo o concentración, disimulada luego en la forma de entes societarios con actuaciones independientes, requiere de fórmulas de unificación que reflejen el poder del trabajo en el poder empresario.

De lo que se trata es de enfatizar el método de relacionamiento en su faz organizacional, en tanto aglutinadora del interés del grupo, relegando las tendencias propias del formalismo jurídico que anteponen el sujeto y la contractualidad entre los mismos como únicos elementos definidores. A falta de tipicidad normativa – luego nos referiremos a los supuestos normativos en nuestro derecho positivo – es preciso acudir a un intento de definibilidad subjetiva *a posteriori* y no *a priori* de los sujetos.[28]

La noción de interés, del grupo, diverso del perseguido singularmente, resultará fecunda para reconstruir una subjetividad oculta en la dispersión de unidades pretendidamente autónomas.[29]

Esta dinámica de la empresa de grupo debería generar en el derecho del trabajo numerosos problemas. La cerrazón a admitirse como tales a dichos fenómenos de concentración económica todavía viene impidiendo su consideración. Sólo para señalarlos, ya que el sentido de este trabajo impide su tratamiento particularizado, apuntemos los derivados no sólo de la titularidad del empresario sino de la ubicación real

[27] Monereo Pérez, José Luis, " Teoría Jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo", Comares, 1997, pág. 1.
[28] Molina Navarrete, Cristóbal y Olarte Encabo, Sofía, "Los nuevos escenarios de la flexibilidad en el sistema de relaciones laborales. El grupo como nivel específico de negociación de empresa", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, MTSS, abril/junio 1993, pág. 22.
[29] Sin embargo, es del caso apuntar, que aunque se encubra en el dispositivo de la personalidad jurídica independiente, en el plano comunicacional repetidas veces el grupo se reivindica como tal.

del ejercicio de los poderes que a éste le son concedidos; la extensión de responsabilidad por créditos laborales, en especial cuando la retícula de empresas se pretende escudo para la insolvencia de unas sin contaminación a las otras; y, en fin, los aspectos colectivos que, como se anticipara, recibirán algunas referencias específicas más adelante.

El otro fenómeno al que hay que referirse, de mayor extensión y envergadura, aunque de similar complejidad, es el denominado, alternativamente, descentralización productiva, externalización, sub-contratación u *outsourcing*. Se trata, a grandes rasgos, de una decisión empresarial, adoptada "desde" el lugar con capacidad de autodeterminar a otras unidades con las cuales se relaciona, mediante la cual partes o sectores de la actividad productiva, comercializadora o de servicios de la unidad central son derivados a terceros, a través de una vinculación ínter subjetiva y de naturaleza contractual.

En primer lugar cabe advertir, en una lectura histórica de los procesos tal como se propuso en el segundo apartado, que la descentralización viene objetivada en tanto, en la mayoría de los casos, y poniendo ello en evidencia la escasa utilidad actual del concepto de empresa *fordista*, las partes de actividad que se externalizan eran, en aquel modelo, comprendidas y completadas por una única unidad empresarial. Observación del cambio que permite inscribir esta lógica empresarial en términos de estrategia, con los efectos que enseguida examinaremos.

Esta breve aproximación permite distinguir ambos fenómenos – concentración económica y descentralización productiva – en los cuales el elemento diferenciador está dado por la estructura de relacionamiento entre las unidades de empresa. En el primer supuesto, la concentración acentúa la idea de pertenencia por cuanto los capitales están residenciados en un único centro y el fin común valoriza y acumula los resultados de cada esfera en función del conjunto. En el segundo, las empresas menores no sólo están diferenciadas en términos de personalidad jurídica independiente, como también ocurre en el grupo, sino que no existe ligamen accionarial o de otro tipo de vinculación entre capitales con la empresa mayor.[30]

No obstante esta distinción, que permite aludir al control del universo empresario en razón de la consolidación del capital en el grupo, frente a la inexistencia de este rasgo en la externalización propiamente dicha, existe un elemento común a ambos que simplifica la perspectiva de estos procesos.

En efecto, en ambos casos las relaciones son caracterizadas por el control que unas unidades ejercen sobre las otras, en el supuesto de grupo, como medio de valorización del mismo, en el de descentralización, como fórmula de flexibilización, adaptabilidad y, fundamentalmente, reducción de costes. Las nociones de dependencia y ajenidad, desarrolladas por el derecho del trabajo, resultarán de utilidad al momento de calibrar adecuadamente el carácter de esta relación.

Tampoco aquí el cambio resulta inocente. La identificación de esa dependencia explícita entre sujetos aparentemente independientes se gradúa al momento de la contratación, durante el desarrollo de la relación, y en torno a los efectos que su finalización puede determinar sobre la empresa contratista. La relativa fungibilidad – sobre todo en las parcelas segundarias de actividad – de las prestaciones de ésta, acentúa su carácter dependiente respecto de la contratante. La capacidad o poder de contratación de la principal, sobre todo al momento de fijar el precio de los servicios, asociada a aquella finalidad de reducción de

[30] Podría darse algún caso de empresa de grupo en la que, a su vez, exista externalización entre las mismas empresas pertenecientes al grupo.

costos, permite apreciar la magnitud de la apropiación de renta que, al incorporar a su producto o servicio, la misma aprovecha. Que sea la empresa mayor[31] la única con capacidad de colocar los productos o servicios – finales – en el mercado determina que las escalas en la cadena del proceso productivo sean amoldadas y cuantificadas por aquella y soportadas por las empresas menores[32].

La segregación de funciones y trabajadores que las cumplen se inscribe en la lógica de reducción de costos de producción. Sin embargo, a los efectos del sistema de relaciones de trabajo, aunque el efecto inmediato resulte salarial, la finalidad última está dirigida, como se verá, a las relaciones de poder.

En este punto convendría introducir otra de las vertientes que desarrolla la externalización, en este caso no ya hacia empresas que a su vez organizan el trabajo de sus propios trabajadores dependientes, sino hacia personas que asumen compromiso de prestación bajo la forma de trabajo autónomo. Aquí el proceso se repite, tareas que originariamente se cumplían en la empresa[33], son desplazadas fuera y encomendadas a trabajadores externos (autónomos).

Conocido como un sistema de *autonomización* de tareas es, en el intento, a la vez un proceso de *deslaboralización*. Se pierde la naturaleza del vínculo, y también se pierde la identidad en la condición de sujeto trabajador.[34]

Sin embargo por ahora no nos ocuparemos específicamente de ello, lo incluimos sí para compendiar este fenómeno con el de la externalización y, en ambos casos, con la noción de ajenidad en el mercado. Serían imposible de abordar aquí las diversas posturas y análisis en torno de las nociones de dependencia como configurativas del contrato de trabajo, una y otra vez replanteadas cuando se cierne una suerte de adelgazamiento de sus contornos. Sin embargo, y sobre la base de la indicada ajenidad en el mercado, que desarrollara con toda enjundia Alarcón Caracuel, intentemos su aplicación también en el relacionamiento entre empresas.

Como resumiera Alarcón, las diversas manifestaciones de la ajenidad se presentan en dos aspectos. El primero, a partir de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, del cual se derivan dos consecuencias jurídicas: la ajenidad en los frutos y la ajenidad en la disposición de la fuerza de trabajo. El segundo aspecto, a partir de la ajenidad en el mercado, del que se derivan otras dos consecuencias jurídicas: la ajenidad en la utilidad patrimonial y la ajenidad en el riesgo.[35] Precisamente éste último es el criterio que dicho autor considera más útil como definitorio, ya que una de las características de la economía descentralizada consiste también en descentralizar los medios de producción.

Se agrega a esta circunstancia que el proceso de recalificación del trabajador, en el que el trabajo repetitivo y de escasa implicación se reemplaza por mayores dosis de inteligibilidad, y el trabajo concentrado en

[31] Entendida aquí, como hemos visto, no en relación a su tamaño sino, fundamentalmente, a su capacidad de rentabilización.
[32] También en términos de autodeterminación.
[33] O nuevas tareas sin una cualidad intrínseca diferente, sólo relativas a, por ejemplo, nuevas tecnologías, "teletrabajo", por caso.
[34] Castel, Robert, "La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado", Paidós, 1997, pág. 417.
[35] Alarcón Caracuel, Manuel-Ramón, "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo", en Revista Española de Derecho del Trabajo", nro. 28, 1986, pág. 536.

el espacio fabril se extiende a otros ámbitos, con lo que la dependencia medida por el hecho que el empresario dispone y moldea la fuerza de trabajo se encuentra resentida.[36]

Volviendo entonces a la noción de ajenidad en el mercado parece claro que el trabajador "autónomo" que presta su actividad directamente para la empresa que coloca los bienes en el mercado está ausente en el acceso al mismo. Aquí es importante señalar, como lo hace Alarcón, que en tanto el proceso capitalista de producción, considerado en su conjunto, es una unidad de los procesos de producción y circulación, producción de mercancías destinadas a ser colocadas en el mercado, donde tiene lugar la realización de la plusvalía, el acceso al mercado se encuentra franco para quien puede valorizar su capital, esto es, la producción de mercancías que contengan más trabajo que el pagado por él. El productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de los productos en los que ha tomado parte en su elaboración ya que ha quedado mediatizado por quien, titular del capital, y por ende con capacidad de organizar la producción – empresa - , quien realiza su verdadero fin, la obtención de beneficio en el mercado, esto es en la fase de circulación de mercancías, posterior a la de su producción.[37]

Pero nuestra inmediata atención se dirige ahora a los supuestos en los que la intermediación productiva no se cumple directamente por trabajadores ("autónomos") sino que estos son a su vez agrupados y organizados por otros "empresarios" que se vinculan con otra u otras empresas. No estamos aquí analizando la situación específica de estos trabajadores y sus eventuales o no derechos para responsabilizar a una u otra empresa, supuesto propio de la teoría de la responsabilidad, en su vertiente directa o por solidaridad, lo que estamos planteando y sólo como hipótesis, es que la cadena de dependencia se extiende a estas empresas en similares condiciones que las que la unen a aquellos directos trabajadores (autónomos o no). Por cierto que estas empresas – menores, dependientes, descapitalizadas – [38], tienen acceso a un mercado – al menos al que la vinculara con la contratante -, pero en tanto ese mercado es un vehículo casi nulo para realizar plusvalía, pues ésta está condicionada por la estructura de precios fijada por la empresa principal, la fase de circulación se encuentra tan acotada que resulta difícil entenderla como desarrollo autónomo de esta unidad empresarial.

En suma, y salvando por supuesto los casos en que exista verdadera organización de medios, incluidos trabajadores, a partir de la identificación de un capitalista que los dirige, elementos como la exclusividad o perdurabilidad en las prestaciones, pueden resultar eficaces para pensar algunos rudimentos de estatuto jurídico que prevea con alcances suficientes la situación del conjunto de trabajadores implicados, más allá, vuelve a señalarse, de las situaciones de fraude o de responsabilidad objetiva que pudiesen contemplar las normas existentes.

Hemos tratado dos de los aspectos principales en cuanto a la conformación de la empresa, especialmente en cuanto a la organización del trabajo en el período abierto como reestructuración del sistema de mediados de los ´70 en adelante, que se asentara profundamente, en la Argentina, en la década de los ´90.

[36] Rodríguez Fernández, María Luz, "Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado", en Relaciones Laborales, nro. 19, octubre de 2004, pág. 44.
[37] Alarcón Caracuel, ob. cit., pág. 497.
[38] Muchas veces sin más utillaje que el que brinda su mano de obra no cualificada (empresas del sector servicios, de limpieza, seguridad y vigilancia), cfr. Valdés Dal-Ré, Fernando, "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", en Derecho del Trabajo, 2002-A-682.

Corresponderá a continuación examinar si, además, han existido modificaciones regulativas que acompañaran, viabilizaran o limitaran dichos cambios.

5. Los cambios en la regulación:

La regulación, como sabemos, no ha sido indiferente a los cambios propuestos desde el sistema económico en general y desde las empresas en particular. Por el contrario, en buena parte de las economías nacionales, y con ello describiendo una tendencia de alcance global, se produjeron incisivas modificaciones normativas que, vale ya adelantarlo, acompañaron a su vez las tendencias auguradas por las políticas muy genéricamente denominadas como neoliberales.

Estamos en presencia de lo que universalmente ha sido conocido como flexibilización laboral y que, aún con variaciones, se dirigió a dos aspectos sensibles de la regulación de la mano de obra: a) a la estructura contractual, afectando primordialmente el principio de indeterminación de plazo; y b) a la naturaleza misma de la norma laboral, volviéndola cada vez más disponible y reduciendo en consecuencia su imperatividad.

Procesos ya señalados y otros que ahora agregamos, fueron acompañando este esquema que se presentaba como propio de un afán de *desregulación* en las diversas áreas de la economía [39] y, en concreto, sobre el mercado de trabajo. Entre los mencionados, la externalización o sub-contratación y la deslaboralización; entre los que ahora incluimos, la diversificación [40] de tipos contractuales, la disponibilidad individual o colectiva, la descentralización de la negociación colectiva. En todos los casos lo que surgía era un espacio cada vez más autonomizado de regulación y un dominio excluyente de la empresa. Esta se estatuía como el espacio preferente para determinar la norma aplicable y el poder unilateral del empresario con arbitrio suficiente para fijar el margen de derechos.

La situación de crisis, por su parte, incluso con la utilización del desempleo como adalid, conllevaba instalar la idea de la excepcionalidad o provisionalidad de cada norma que integraba cada reforma.

Sin aspiración de abarcar el conjunto de reformas, y limitándonos a su vez al sistema local, trataremos de referenciar la precedente conceptualización con los dispositivos normativos que se originaron en la etapa.

La *tabicación* contractual, que eludía la forma por antonomasia de ingreso del mercado de trabajo, el contrato típico por tiempo indeterminado, comienza a andar su camino mediante nuevas "modalidades", cuya única función consistía en establecer plazos contractuales que excepcionaban la continuidad del vínculo[41]. Inmediatamente después, con el objeto de universalizar el requisito subjetivo, la admisión normativa expresa del período de prueba[42] proveyó de un mecanismo idóneo para, en todos los casos y según los

[39] Cfr. Romagnoli, Humberto, "La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo", Cuaderno de Relaciones Laborales, nro. 1, 1992, pág. 15.
[40] Erosión del contrato típico, cfr. Romagnoli, U., ob. cit.
[41] Ley 24.013, de 1991.
[42] Ley 24.465, de 1995.

términos[43], despojar de todo resguardo a la extinción incausada. Luego, regímenes subjetivos específicos, destinados a colectivos particulares, dieron legalidad a lo que habitualmente era una contratación en fraude de ley [44]. De tal forma que el grueso de toda nueva contratación se habilitaba y obtenía de un conjunto de la mano de obra que había sido puesto "en emergencia" y, a condición de ello, se legalizaba un plazo extintivo de carácter determinado.

Este menú de opciones puesto a disposición del empresario importó, como es natural, un aumento de la disponibilidad individual, relativa, de la norma laboral por parte de éste. Poder de disposición unilateral porque sólo el empleador fija, de más está decirlo, las condiciones de admisión al empleo; en términos relativos porque el espacio de selectividad está conferido en relación a los nuevos "tipos" contractuales que se suministran. No obstante, y sin perjuicio de los otros efectos que luego se señalan, las ventajas vinculadas a la aceptación normativa de un contrato temporal, con ninguna o escasa carga indemnizatoria por la extinción [45] , y el manifiesto poder que ello confiere al empresario sobre esos trabajadores resulta evidente, sobre todo cuando ello está dirigido a un ámbito subjetivo *cuasi* general.

La parcelación subjetiva, con consecuencias en el objeto de regulación, se agudizó mediante un estatuto específico para la denominada "pequeña empresa" [46]. De más está decir que la sub-contratación encontraba con esto un acicate adicional: no sólo las ventajas derivadas de la externalización sino, además, un estatuto diferenciado de desregulación.

La vertiente colectiva de la disponibilidad, por su parte, se refería a la llave para extender el régimen estatutario definido, para fijar los alcances normativos específicos en su ámbito y, en relación al conjunto de la mano de obra asalariada, para regular los aspectos cuantitativos de la jornada de trabajo[47], permitiendo su cálculo en base a promedios que la puedan llevar hasta la *anualización*.

Por su parte, las normas destinadas a la ordenación de la negociación colectiva y el sistema de relacionamiento de fuentes conformaron un régimen en el que el convenio colectivo de empresa fue la norma y los espacios o ámbitos más extensos la excepción. A ello se agrega, con intensa utilización en el período, la negociación colectiva "de la crisis", con institutos específicos[48], legitimadora del ajuste.

En todos los casos, el rasgo anticipado de bloqueo normativo externo y de pronunciado grado de autonomía de regulación, situaron al ámbito de la empresa como sector característico y excluyente de la regulación en los años 90.

[43] Tres meses para cualquier empresa, extensible a 6 por la negociación colectiva. Seis meses para la pequeña empresa, extensible a 12 por la negociación colectiva.
[44] Contratos de pasantías y contrato de aprendizaje.
[45] De cero (período de prueba) a ½ salario mensual en las modalidades promovidas (ley 24.013), excepto las de práctica laboral para jóvenes y trabajo-formación que no tenían carga indemnizatoria.
[46] Ley 24.467, de 1995, que considera pequeña empresa a aquella cuyo plantel no supere los 40 trabajadores, aunque la negociación colectiva podía aumentar dicho número, y no superen un monto determinado de facturación anual. En función de dicha autorización – disponibilidad colectiva – en un sector de actividad (plásticos) se llevó el número de trabajadores a la cantidad de 400.
[47] Artículo 198 LCT, modificado por ley 24.013.
[48] Procedimientos preventivo de crisis y de reestructuración productiva (arts. 98 y 95 Ley 24.013), Convenio Colectiva de Crisis, para empresas concursadas (art. 20 Ley 24.522).

A esta altura del relato parece obvio el alcance y profundidad que adquiriera la flexibilidad en el derecho del trabajo argentino. A dichos datos normativos cabría agregar los propios del funcionamiento del mercado de trabajo, con una continua agravación de la tasa de desempleo, lo que fue, en un doble juego de causalidades o permisibilidades, favoreciendo los cambios y disciplinando sucesivamente a los posibles destinatarios de los mismos.

El trabajo se *fluidizó* en estado puro, la docilidad y disposición de la mano de obra quedó al descubierto y el proceso de reestructuración económico, pero sobre todo en términos de poder, allanado.

Un último apunte, sobre la base de la regulación del período, se completa con los efectos sobre el mercado de trabajo. En este aspecto dos son los procesos: a) una *dualización* estructural por el desempleo; y b) una *segmentación* potencial fundada en un doble orden de factores: la externalización productiva y la heterogeneidad contractual.

El desempleo, de naturaleza estructural, socava las bases democráticas por la exclusión pero, a la vez, dramatiza y condiciona la actuación de los incluidos. La externalización que, en términos de empleador, pertenencia, lugar de trabajo, condiciones laborales, norma aplicable, representación sindical, etc., desestructura el colectivo, fija la segmentación del mercado, la que a su vez se potencia con la enorme variedad de tipos contractuales.

Un elemento adicional, como en todo sistema jurídico, viene provisto por la interpretación que efectúan los jueces. El rol de la jurisprudencia, en su generalidad y en especial del máximo tribunal, fue de absoluta funcionalidad con el proceso indicado. En determinados tópicos, noción de la dependencia, subcontratación, emergencia, etc., con particular ahínco. Pero volveremos sobre ello en el capítulo siguiente, cuando de examinar el marco normativo constitucional se trate.

6. La contracara: la "constitución del trabajo"[49] :

El desarrollo precedente dando cuenta de que la empresa y sus formas organizativas, especialmente en sus aspectos laborales, parece haberse movido con absoluta libertad, desmontando tutelas, imponiendo normas y contando con la complacencia del sistema legal y sus aparatos de aplicación, debería a su vez completarse con la consideración del instrumento fundante de todo ordenamiento, la norma constitucional, la que debería conceder permisibilidad a aquella regulación legal y convalidar las transformaciones a que se han hecho referencia en su funcionamiento.

Positivistas al fin, y defensores de la supremacía constitucional como principio inalterable del Estado de Derecho, no podrían quedar rendijas ni rupturas entre ambos presupuestos normativos. Sin embargo, como intentaremos explicarlo de inmediato, el proceso de reestructuración normativo, y su concomitante de ajuste social, ha sucedido sin contar con la venia, siquiera con la indiferencia constitucional, sino, por el contrario, con la expresa normatividad de rechazo, prohibición e invalidación.

El sistema constitucional argentino, muy especialmente a partir de la reforma del año 1994[50] , adscribe explícita y enfáticamente al modelo del Estado Social de Derecho[51].

[49] Monereo Pérez, José Luis, "Fundamentos doctrinales del Derecho social en España", Trotta, 1999, pág. 195.

El Estado Social de Derecho incorpora al Estado de Derecho la dimensión sustancial de la vigencia de los derechos, particularmente, los Derechos Fundamentales, los cuales a su vez constituyen la base de la moderna igualdad, la "igualdad *en droits*", en cuanto hacen visible sus dos características estructurales: su universalidad – corresponden a todos y en la misma medida -, y su indisponibilidad e inalienabilidad – que los sustrae al mercado –.[52]

El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho se convierte así en un sistema en el que a la legalidad formal (norma de reconocimiento de validez estática) se le agrega el *principio de estricta legalidad* (o de legalidad *sustancial*), esto es el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino también sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones [53] . Esta nueva legalidad obliga a todos los poderes públicos, incluso el poder judicial [54], a funcionalizar su actuación en procura del aseguramiento de dichos derechos fundamentales. En las sociedades complejas del capitalismo avanzado, en las cuales la satisfacción de necesidades está cursada, mayoritariamente, al régimen del asalariado, su declive o menor capacidad de inclusión repercute sobre el sistema general por lo que las necesidades deben ser satisfechas mediante otras políticas de prestaciones, en las que el Estado asume un rol de intervención decidido y proactivo (acción ésta que configura la validez dinámica y la legitimidad en función del paradigma aludido).[55]

Para dar la correcta perspectiva de esta afirmación podemos acudir al ya mencionado concepto del Estado de Bienestar, que desplegó su virtualidad en determinado momento histórico. En tanto el sistema constitucional permanece inalterado, carece de validez, formal y sustancial, un cambio de régimen que no consienta la señalada efectividad de los derechos.

Resulta por lo demás indispensable para comprender el principio de racionalidad jurídico constitucional del Estado Social de derecho el concepto de *desmercantilización* [56]. Si bien el Estado Social se ha caracterizado por admitir al mercado como un ámbito con relativa autonomía para la asignación de recursos en su propia esfera, dentro del círculo más amplio de funcionamiento de todo el sistema social, su consideración dentro – y no fuera ni al margen - del sistema general de atribución de derechos, cargas y condiciones, desplaza al mercado como único mecanismo, mitigando su racionalidad reproductora de desigualdad por fórmulas progresivas de desmercantilización e igualación en derechos.

El Estado Social de Derecho consagrado por la Constitución argentina se afirma en los principios de *progresividad* y de *igualación sustancial* (arts. 75.22 y 23 CN, art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[57]). Las obligaciones dirigidas al parlamento primero, pero a la par a los

[50] Evidencia de una clara esquizofrenia: inmersos en el período de mayor retracción social se adopta un sistema de la mayor garantía de los derechos fundamentales.
[51] Arts. 75.22, 75.23, 75.19 más Tratados de Derechos Humanos que se constitucionalizan.
[52] Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Trotta, 1999, pág. 23.
[53] Ferrajoli, ibidem, pág. 66.
[54] Teoría del garantismo social (cfr. Ferrajoli, ob. cit.), reconocida por la CSJN desde el caso "Ekdmedkjian c/ Sofovich".
[55] Barcellona, Pietro, "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social", en Olivas, Enrique, "Problemas de legitimación en el Estado social", Trotta, 1991, pág. 29.
[56] Monereo Pérez, José Luis, "Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral", CES, 1996, pág. 27.
[57] "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el

otros dos poderes del estado, son obligaciones de intervención en un sentido igualador[58]. Para ello el principio de la *ciudadanía social*, mediante la atribución de derechos sociales de ciudadanía, representará la idea central del Estado de Bienestar. Los instrumentos típicos de la seguridad social han sido históricamente los más adecuados para cumplir dicha función aunque el trabajo asalariado, legalmente intervenido, ha arbitrado una *desmercantilizacion* relativa mediante la legislación laboral (norma estatal y acción colectiva). [59]

A pesar de tal plataforma en derechos y en principios normativos de intervención pública, como hemos observado más arriba, la acción estatal se caracterizó en época reciente por contradecirla, flagrantemente, por acción y omisión, patentizado todo ello en los índices de exclusión social. La *divergencia* entre el modelo constitucional y las prácticas y normas infraconstitucionales han sido puestas en evidencia repetidas veces [60] . Sobre la base de una nueva realidad política, lograda por la acción de la ciudadanía social, y constatado que ha sido el soporte constitucional de los derechos, se propone ahora una lucha por la exigibilidad o materialidad de dichos derechos [61]. El potencial democratizador de los "derechos para obtener derechos" – que en el plano del trabajo han sido identificados como el derecho a la estabilidad y a la libertad sindical - , se hará visible, no obstante, en tanto también se garanticen dichos derechos y, en especial, se vayan recuperando espacios de autonomía negados por las condiciones materiales de existencia.

Ahora bien, hemos delineado muy sucintamente el marco constitucional y advertido el desajuste con el mismo del funcionamiento del sistema social, en particular el de las relaciones de trabajo, y de las normas que los viabilizaron. En tanto nuestra atención está dirigida al funcionamiento de la empresa, como espacio en donde se ha de debatir, en términos conflictivos, el modo de ir estableciendo normas de igualación – relativa – o, si se quiere, de adquisición de mayores y mejores derechos de tutela para el trabajador, corresponderá indagar sobre el rol asignado a aquella en la economía constitucional y, en su caso, sobre la existencia de un "modelo jurídico de empresa" determinado por la Constitución.[62]

Se ha afirmado hasta el cansancio que, existiendo los derechos de propiedad garantizados, a la par que los de libre empresa (arts. 17 y 14 CN), toda limitación o reglamentación de los mismos, con el fin de garantizar a su vez otros también de igual carácter como los del trabajador (14 bis CN), no podría ponerlos en entredicho provocando la desnaturalización, supresión o cercenamiento, debiendo en todo caso acudirse a una armonización entre los derechos en juego. Así, en algunos momentos emblemáticos de la historia constitucional del trabajo en nuestro país, se sostuvo que el derecho a la estabilidad, legal o colectivamente establecido, violentaba el derecho de propiedad y la libertad de empresa [63] y, concretamente

máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

[58] "El objetivo de la igualdad, y no solamente el de la lucha contra la pobreza, es el factor distintivo de las políticas sociales del E.B.: persigue la modificación de la desigualdad social creada por el mercado", Monereo Pérez, José Luis, "Derechos Sociales...", cit., pág. 31.

[59] Monereo Pérez, José Luis, ibidem, pág. 46.

[60] Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, "Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", en Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, 1997, pág. 159.

[61] García, Héctor O., Gianibelli, G., Meguira, H., Meik, M. y Rozemberg, E., "Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un Derecho Social en democracia", en Derecho del Trabajo, nro. 5, mayo 2005, pág. 590, y en Revista de Derecho Social, Bomarzo, nro. 28, octubre/diciembre 2004, pág. 213.

[62] Monereo Pérez, José Luis, "Teoría jurídica de los grupos de empresa...", ob. cit., pág. 13.

[63] CSJN, "De Luca c/ Banco Francés", del 15/2/1969 y "Figueroa c/ Loma Negra", del 4/9/1984.

en relación a las fórmulas organizativas de la empresa, y en la etapa que se ha aludido como de la flexibilidad, se limitó el derecho de los trabajadores frente a empresas que deciden la externalización de sus actividades, funcionalizando el sistema normativo e interpretativo a esa práctica, en tanto las normas que extienden la responsabilidad patrimonial a terceros (empresa que terceriza) tienen una "fuerte presunción de inconstitucionalidad" y que la finalidad económica de determinadas modalidades de contratación comercial (contratos de concesión, distribución, franquicia), con "considerable trascendencia económica para el país", podría frustrarse si se responsabilizara "sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias". [64]

A los fines del análisis que procuramos la última doctrina judicial citada resulta emblemática. No sólo que verbalizó el discurso dominante (neoliberal) y se fundamentó en gruesos errores interpretativos [65], sino que explayó al extremo aquella tendencia anterior que anteponía la empresa, y su libertad, frente a los derechos del trabajador. En cuánto esta interpretación podía sostenerse frente al andamiaje constitucional a que hemos hecho referencia precedentemente era un interrogante que solía contestarse desde la lógica de los derechos, también constitucionales, del trabajador. El paso siguiente era la argumentación de la supuesta colisión entre derechos de igual rango y allí se continuaba con la siempre difícil construcción y fundamentación del núcleo esencial del derecho, de la armonización entre ellos y la no frustración de unos con otros. La norma constitucional del ESD, sin embargo, parecía decir mucho más que esto que, en términos genéricos, significaba, a lo sumo, equiparar los derechos de empresa – entre ellos la libertad para organizarla – y los derechos de tutela del trabajo.

En fecha reciente, el máximo tribunal - con nueva composición - puso las cosas en claro. En el precedente "Vizzoti" [66] la Corte señaló primeramente el carácter preceptivo de la norma constitucional, desactivando la retrógrada tesitura que distinguía entre normas operativas y programáticas, y con ello esterilizaba aquel carácter. Luego, adscribiendo notoriamente a la teoría del garantismo, en este caso el garantismo social, se precisó la función del poder legislativo al momento de reglamentar los derechos constitucionales, en que debe "asegurarlos" y debe legislar "para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (art. 75.23 CN), aunque aclara que el mismo mandato está dirigido a los restantes poderes públicos los cuales, en este caso en concreto refiriéndose a los derechos de los trabajadores (art. 14 bis CN), deben hacer prevalecer el "espíritu protector que anima a dicho precepto".

En el punto a que estábamos abocados, el de la posible confrontación entre derechos de igual rango, la Corte decididamente da vuelta una página de la historia del derecho social argentino. Sostiene en este caso que la mencionada norma del art. 14 bis CN "impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad", y que si bien es cierto que en el contrato de trabajo se ponen en juego los intereses particulares del empleador y del trabajador, sólo uno de ellos – el trabajador - es "sujeto de preferente tutela", o "sujeto de preferente atención constitucional", respuesta a la comprobación fáctica de la desigualdad de las partes.

De tal forma que, aún admitiéndose que el estatuto jurídico constitucional de la empresa le da a ésta un marco de actuación generado por su titulación al derecho de propiedad, el mismo se encuentra contenido

[64] CSJN, "Rodríguez c/ Compañía Embotelladora Argentina", del 15/4/1993.
[65] Ackerman, Mario E., "Antes y después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa".
[66] CSJN, "Vizzoti c/ AMSA", del 14/9/2004.

en un espacio mayor, el de otros derechos también constitucionales, como el de "progreso económico con justicia social", "generación de empleo", "formación profesional de los trabajadores" (art. 75.19 CN), y todos aquellos que dotan al trabajador de una protección "preferente" (art. 14 bis CN y arts. 23, 24 y 25 DUDH, arts. XIV y XV DADDH, arts. 6 y 7 PIDESC). La colisión entonces no es tal y, ante eventual conflicto interpretativo, la solución viene dada por la mencionada preferente tutela del sujeto trabajador.

Dos pautas más pueden extraerse del fallo comentado, ambas de enorme trascendencia: una, que valida el derecho "al" trabajo, también con aptitud operativa con aplicaciones prácticas, por ejemplo, en relación al derecho a la estabilidad en el empleo [67] ; la otra, en que para asegurar la supremacía de la constitución, se sale al cruce del argumento preferido por el liberalismo económico, de que este tipo de "interferencias" afecta al mercado, sin ambages, hace suyo el concepto de *desmercantilización* [68] .

Con posterioridad, la Corte continuó perfilando claramente los alcances de los derechos sociales. Al aludir expresamente al principio de *progresividad*, que establece "obligaciones positivas" de los estados, se sostuvo que la garantía del ejercicio y disfrute de los derechos no sólo está conferida en relación con el poder sino, también, con la actuación de "terceros particulares". Es decir que las prerrogativas que otorga la ciudadanía social no son solo predicables frente al Estado – efecto vertical del crédito de ciudadanía – , lo son también frente a otros particulares – efecto horizontal -, lugar en que habrá que colocar a la relación antagónica entre empresario y trabajador. [69]

A partir del señalado principio de *progresividad* se extraen dos consecuencias: una, los estados deben, lo "más explícita y eficazmente posible", proceder a asegurar los derechos fundamentales; y dos, toda medida de carácter regresivo en el grado de tutela de uno de dichos derechos requerirá la consideración más cuidadosa porque, siendo que la orientación del PIDESC no es otra que la "mejora continua de la condiciones de existencia", traerá aparejada una "fuerte presunción" de inconstitucionalidad.[70]

Obsérvese el cambio. En un caso – Rodriguez – la Corte esgrimía un derecho constitucional – libertad de mercado – para considerar de fuerte presunción de inconstitucionalidad a una norma que va dirigida a la protección del sujeto trabajador; en el otro – Aquino – la inconstitucionalidad queda determinada por la regresión en el grado de aseguramiento de un derecho fundamental. Por otra parte, con este parámetro, queda en entredicho el bloque de reformas producidos en el período de reestructuración, caracterizado por la flexibilidad o retracción de las normas laborales.[71]

Quedaría referirse, para volver a enfocar en el ámbito de la empresa, a otro conjunto de instrumentos jurídicos, validados también desde la constitución, y aplicados en algún otro momento histórico. Como hemos señalado, en las estrategias de externalización y de empresa de grupo entra en juego habitual-

[67] Cfr. Baylos, Antonio, "Por una (re)politización de la figura del despido", en Revista de Derecho Social, Bomarzo, nro. 12, pág. 9.
[68] Cfr. Monereo Pérez, José Luis, "Derechos Sociales...", cit., págs. 27 y sgtes. Para la Corte queda fijado en estos términos: "... el hombre no debe ser objeto de mercado alguno (...) es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad" (fallo Vizzoti, cit.).

[69] CSJN, "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales", del 21/9/2004.
[70] CSJN, "Aquino...", cit.
[71] Por ejemplo, las modificaciones al régimen del despido introducidas por la Ley 25.013, hoy derogada.

mente el derecho de los trabajadores, no sólo en su mensura económico salarial sino en su capacidad de contra-poder y, de tal forma, de discutir otros derechos. En otra materia – fiscal – se han elaborado refinados instrumentos tendientes a hacer prevalecer la real situación económica y organizativa, desprendiendo la formal y contractual, para con ello garantizar los derechos en juego. Si bien, como hemos señalado, el más difícil de aprehender concepto de "fin social de la propiedad", utilizado a tal fin, no dota de un categórico recurso, y suele ser de mucha mayor maleabilidad, la finalidad última de su aplicación, "correr el velo" de la ficción formalística y observar la realidad organizativa de la empresa y sus concatenaciones patrimoniales y de relacionamiento, puede encaminar también otros derroteros, por ejemplo en el desarrollo de instrumentos de acción colectiva que se contrapongan al capital que distrae.[72]

7. La crisis de empresa y sus instrumentos regulativos:

Las transformaciones de la empresa no lo han sido, en todo caso, como modelo previsible y apriorístico. La inestabilidad económica que se fue instalando como una constante de su funcionamiento, explicada desde las teorías de la globalización principalmente, aunque en el fondo constituyen fases recurrentes del sistema, puso a la empresa en riesgo y en sectores específicos o en relación a determinadas empresas, las colocó en crisis.

Ahora bien,¿éste es un dato nuevo, cualitativa o cuantitativamente nuevo que implique la ausencia de instrumentos regulativos que den cauce o respuesta?, o, como se ha expresado tantas veces en relación al derecho del trabajo, la crisis ha sido compañera histórica del mismo [73] y, por tanto, dichos instrumentos han sido desarrollados a su par.

Desplazando el foco de planteos más generales y haciéndolo sobre el contexto de la recurrente crisis de la economía argentina, podemos apuntar algunos detalles. En primer lugar, y para examinar dos períodos recientes y sintomáticos, cabría referirse a las características de la crisis y su tratamiento en la década de los ´90, en la que tuvo lugar como hemos dicho la profunda tansformación del mercado de trabajo, y cuya orientación y justificación estaba sustentada en la modernización de nuestra economía y su integración internacional, por un lado; y la más reciente y traumática, que estalla a fines de 2001, se extiende en su significación y reacomodamientos durante los años siguientes, y se lee como consecuencia de "fin de ciclo" en su más aguda expresión [74], por otro.

En el primer caso la reestructuración económica tuvo dos vertientes principales, una, un verdadero "golpe de mercado", mediante el cual se intenta una re-mercantilización intensa de todas las áreas de la vida social, y que completa la salida del "estado de bienestar a la argentina" comenzada a partir del golpe de la dictadura; la otra, de carácter más contingente, atada a la suerte de las empresas en particular, y según se integren o no en el proceso indicado.

[72] CSJN, "Compañía Swift de La Plata", del 4/9/1973, "Parke Davis y Cía. de Argentina", del 31/7/1973 y "Kellogs Cía. Argentina", del 26/2/1985.
[73] Palomeque López, Manuel-Carlos, "Derecho del trabajo e ideología", Tecnos, 1989, pág. 23.
[74] Cambio de régimen de acumulación (cfr. Basualdo, Eduardo, "Sistema político y modelo de acumulación", FLACSO, 2001).

La re-mercantilización supuso, principalmente, la huída del estado en áreas características de su actuación y en esferas irrenunciables en el marco de su estructura constitucional. En un caso, en su participación económica a través de las empresas del estado, abriéndose el más amplio proceso de privatización de las mismas, con la consecuente crisis de empleo. En el otro, admitiendo la valorización financiera del capital en la misma seguridad social. [75]

Ello a su vez impactaba al interior de las empresas en tanto unas se sumaban a las privatizaciones participando en la titularidad de las nuevas, en su mayoría, empresas de servicios públicos; otras, de naturaleza financiera, lo hacían en las nuevas empresas gestoras de las prestaciones de seguridad social. En conjunto significaba una extranjerización de la economía, una prevalente financiarización y una reprimarización productiva.

Siendo que los ejes de apropiación de renta estaban asegurados en mercados cautivos de consumidores de servicios públicos y en obligados a cotizar sobre salarios a sociedades administradoras, la economía acrecentó su tendencia a la desindustrialización y desinversión en dicha área.

Las consecuencias sobre el empleo fueron escasamente amortiguadas a través de instrumentos, creados al efecto, para la salida de personal de las empresas que se privatizaban. Las fórmulas impuestas quedaron más asociadas a garantizar la docilidad, especialmente sindical, mediante sistemas de participación accionaria [76] de carácter trancisional, sin participación efectiva alguna, confinados a una eventual distribución de dividendos o una adquisición de las acciones por parte de la propia empresa. Los trabajadores expulsados recibían sumas de dinero – "retiros voluntarios" – sin posibilidad ni articulación estatal que diera una trama de solidaridad o capacidad cierta de valorizar en forma conjunta esas pequeñas dosis de capital. Los trabajadores que permanecen, ahora en la empresa privada, fueron fuertemente reajustados, en cantidad y en derechos. Los marcos colectivos de la empresa estatal renegociados impúdicamente [77] determinaron una extendida retracción de condiciones de trabajo, que a su vez iba modelizando la regulación del conjunto de los trabajadores, en todo caso en renegociaciones *in pejus*.

Paralelamente, un nuevo instrumento normativo, que anticipaba el proceso de reestructuración inmediato, dio marco de actuación colectiva a las crisis de empresa [78] . Aunque del texto legal pueda parecer un mecanismo idóneo para el tratamiento colectivo, con participación, consulta, información y negociación, de la crisis, en la práctica, favorecido ello por su ejercicio en un contexto de políticas oficiales que aludían a lo inexorable de la modernización productiva en curso, consistieron en acotados procesos de "toma de conocimiento" sindical de las necesidades planteadas por el empleador (despidos, suspensiones, pero fundamentalmente reajuste de condiciones de trabajo, incluso reducciones salariales) y, por el solo agotamiento de los plazos previstos – diez días - , y el fantasma de que las medidas anunciadas, a su término, se efectuarían por la sola unilateralidad del empresario, en una suerte de legitimación sindical con acuerdo o asentimiento tácito para la adopción de las mismas medidas o una leve amortiguación de ellas.

La incorporación a nuestro derecho de estas fases – aunque acotadas – de *procedimentalización* de las decisiones empresariales se hizo en estas condiciones y tiende a generar una visión crítica de su existen-

[75] Nuevos regímenes del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y de Ley de Riesgos del Trabajo.
[76] Programas de Propiedad Participada, incorporados por ley 23.697.
[77] Incluso bajo la imposición estatal. Ver decreto 817/92, CSJN "Cochia c/ Estado Nacional".
[78] Procedimiento Preventivo de Crisis, arts. 98 a 105 y reestructuración productiva, arts. 95 a 97, Ley 24.013.

cia [79]. Sin embargo, luego retomado este instituto, en el período de crisis siguiente, y perfilado para una real y generalizada crisis de empleo, parecía, en tanto iba acompañado de un límite más preciso y extenso – suspensión de los despidos por 180 días, y luego sus prórrogas – que debía desplegar toda su virtualidad de efectiva constatación y negociación sobre causas y efectos de la crisis. Sin embargo, su posterior esterilización suspensiva, y su consiguiente *monetización* automática, también agotaron rápidamente su posible utilización. [80].

Adelantamos en el párrafo anterior el segundo período al que habíamos hecho referencia. A diferencia de lo acontecido en los ´90, en donde efectivamente estábamos en presencia de un punto de ruptura, cambio de régimen de acumulación en el sistema, de carácter intenso pero contingente, en donde se presentaban como absolutamente funcionales, y necesarias, todas aquellas vías de encauzamiento de las manifestaciones de la crisis. En este caso se acudió, una vez más, aunque en sentido contrario al que habitualmente era utilizado, al instituto de la "emergencia". La "emergencia ocupacional, laboral y social" en la que estaba inmersa la economía nacional, requería de medidas compatibles. Paralelamente al curso que se adoptaba en relación a las empresas que se encontraban en la incertidumbre del momento, en las que la suspensión, negociación y hasta el incremento indemnizatorio parecieron hábiles para sostener la crisis, en otros tantos sectores se produjo un cambio radical en las condiciones de relacionamiento del capital y el trabajo. Se trató, en concreto, de la "huída" del capital, desistiendo de la continuación en la gestión de la empresa y, ante la situación de insolvencia, en gran parte deudas laborales, los propios trabajadores asumieron la gestión y continuación bajo diversas formas y modalidades. El estado acompañó dicho proceso, con instrumentos, aunque rudimentarios – recurso a la normas sobre expropiación –, para garantizar la continuidad productiva.[81]

Hemos aludido a algunos de los instrumentos regulativos aplicados, en una y otra crisis. Amen de ellos, y parte de la estructura legal argentina histórica, y dentro de la debilidad de tutela del empleo (despido libre indemnizado), el régimen del contrato de trabajo tiene previsto un instituto de adecuación de salida para las llamadas situaciones de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable. Solventada exclusivamente en una reducción indemnizatoria, y previo a la vigencia del decreto 264/02, sin mediación alguna (ni administrativa, ni judicial), operaba como una justificación del despido que, aunque en la práctica concluía con una obligación a completar judicialmente, garantizaba el fin buscado, la reducción de personal, también por decisión unilateral innegociada.

En el plano colectivo, además de la vía complementaria que suponía el PPC para, bajo el arma del despido, modificar marcos convencionales, cabe sumar un procedimiento que, incorporado en los ´90, proveyó también de un cauce de ajuste para las empresas en crisis, en este caso concursadas. La norma específica, injertada en el régimen concursal, traía añadida una similar vía de chantaje, la presentación en concurso determina la "caída" de todo marco convencional aplicable a la empresa concursada, rigiendo exclusivamente durante el período de tres años, salvo que se renegocie un nuevo CCT, en este caso de crisis, el régimen de la ley de contrato de trabajo.

[79] Versión inicial, aunque no actuada en la LCT del estado de derecho, mutilada también esta norna (art. 276) por la dictadura. Cfr. Confalonieri, Juán A. (h), "Procedimientos previos a los despidos sin causa, por causas económicas, tecnológicas, organizativas y razones de fuerza mayor", en Revista de Derecho Laboral, nro. 2-2002, pág. 79.
[80] Decretos 264/02 y 265/02.
[81] Es el fenómeno de las "empresas recuperadas", como manifestación aguda de la crisis, no reeditado al menos en las condiciones planteadas en 2001/2002.

Una valoración del conjunto normativo referido pone de manifiesto que, no sólo que no ha sido valladar para el uso unilateral y fluido del poder empresario para poner fin al contrato de trabajo, poniendo en evidencia la más de las veces la insuficiencia del régimen indemnizatorio del despido y las recurrentes prácticas discriminatorias que a su condición se encubren, sino que, además, las vías de procedimentalización o negociación colectiva se han demostrado insuficientes o desnaturalizadas por la práctica posterior.

En todo caso pareciera ponerse sobre la mesa la necesidad de rediscutir el marco normativo de la extinción del contrato, sobre otras bases y con otra perspectiva constitucional.[82]

8. La reconfiguración de la empresa en el plano colectivo:

Si hemos dado cuenta del proceso de transformación de la empresa, que ha tenido lugar desde su propia configuración, debemos ahora observar cómo el sujeto sindical ha metabolizado los cambios y se ha reorganizado, en estructura u organización, para responder a ello.

La empresa es el lugar en donde se desarrollan institucionalmente las relaciones de poder, donde se conforman las posiciones subjetivas de las cuales resulta quien dirige el trabajo y quienes, grupo de trabajadores, los prestan subordinadamente o de forma dependiente de aquel. La relación conflictual propia del trabajo asalariado se expresa, inmediatamente, en esa dimensión. La presencia del conjunto de trabajadores, identificada primero por esa inmediación en la actividad pero, fundamentalmente, por el vínculo de solidaridad que nace de la identificación del antagonista evidente en dicha relación, constituye el colectivo y éste, mas allá de las formas representativas que adopte, se plantea como el contra-poder frente al empresario. [83]

La reelaboración de esa noción clave para el derecho del trabajo, la de interés colectivo [84], que aparece controvertido en un sistema económico que ha modificado su estructuras productivas y organizativas pero que, conjuntamente o por ello, ha desestructurado las relaciones sociales, requiere atención.

Las nociones de categoría profesional, oficio, especialidad y hasta la de clase [85] entraron en crisis conjuntamente con el cambio de paradigma de empresa. La identificación del interés colectivo, sobre la base de aquellas categorías también se problematiza. Sin embargo, el rasgo permanente de referencia explícita del sujeto empleador, en términos de marco para la expresión del conflicto, ha sido desde siempre un espacio dúctil para el desarrollo de dicho interés y, en su actuación, del sujeto de representación.

[82] Convenio 158 OIT, Protocolo de San Salvador, aprobado por Ley 24.658, fallo "Vizzoti", cit.
[83] Baylos, Antonio, "La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio", en Revista de Derecho Social, Bomarzo, nro. 27, julio/setiembre 2004, pág. 11.
[84] Tarello, Giovanni, "Teorías e Ideologías en el Derecho Sindical", Comares, 2002, pág. 27.
[85] Asumiendo el siempre problemático concepto, término descriptivo que elude tanto como define. La complejidad de la realidad social, no obstante, puede continuar siendo referida en tanto proceso o relación histórica, en el que la clase cobra existencia cuando un conjunto, de resultas de sus experiencias comunes, sienten y articulan la identidad de sus intereses a la vez comunes a ellos mismos y frente a otros cuyos intereses son distintos y opuestos a los suyos; Cfr. Thompson, Edward P., "Obra esencial", Crítica, 2002.

La representación de la clase obrera en el modelo fordista de organización social, en tanto la estabilización del conflicto central estaba ordenada a la monetización de las ganancias de productividad vía salario, y en donde la rama de actividad requería de cierta homogenización, necesariamente conformaba sujetos sindicales extensos, con implantación general y con gobierno del sistema de relaciones laborales entre interlocutores más amplios que la empresa y la representación sindical en el lugar de trabajo. Este sistema acompasado, que traducía las relaciones económico- productivas en relaciones de poder sindical funcionó adecuadamente en tanto éste fue el patrón prevalente.

Los desajustes ante los cambios en el patrón productivo y en la estructura del mercado de trabajo son más difíciles de remediar. Registrar y traducir sindicalmente aquel "itinerario de la vulnerabilidad"[86], caracterizado por una vida "en precario", en donde el oficio o la especialidad en una determinada actividad han dejado de ser un valor y un patrimonio del trabajador, por un lado; y donde la heterogeneidad y fragmentación entre sectores de actividad económica, tipo de empresa, vinculación o no al mercado externo, región, etc., dificultan la agregación de intereses en ámbitos de representación extensa, por otro, determinan la progresiva pérdida de inserción y, por ende, representatividad, de las estructuras sindicales históricas.

Ubicar, no obstante, la sede del poder de los trabajadores sigue siendo una tarea dificultosa pero imprescindible para reconfigurar el modelo de relaciones laborales. Un elemento relevante, como siempre ha sido, es el de la eficacia en la acción sindical y, especialmente, en la exigibilidad de la norma estatal o colectiva. Como bien lo señalara Kahn-Freund, si bien las leyes cumplen importantes funciones en las relaciones de trabajo, no son nada sin la existencia de un poder social de los trabajadores que garantice su cumplimiento[87]. Una y otra vez, cuando aquel único modelo de organización económica general, con su virtualidades sociales consecuentes, ha sido modificado en forma tan intensa, y el espacio fordista descompuesto en unidades diversas, con escasa conexión entre ellas, y con un plano de actuación a escala global y no nacional, la atención se vuelve a la empresa.

Aún con las características con que la empresa hoy se desenvuelve, de lo que nos hemos ocupado ya, la referencia al sujeto empleador continúa siendo el espejo imprescindible para reorganizar el colectivo y repensar el sujeto representativo.[88]

Pero si atendemos a las modificaciones señaladas en torno a la empresa es menester asumir algunas cuestiones importantes: a) que el *continente* empresa no puede ser entendido sólo en relación al modelo unívoco tal como lo presenta formalmente el empresario y referenciado sólo a los trabajadores vinculados contractualmente (contrato de trabajo) con él; b) que el *contenido* colectivo no se circunscribe, por ende, al identificado sólo y directamente con dichos trabajadores sino que se extiende al interés colectivo conformado por todos aquellos que tributan o contribuyen al fin de la empresa, que se condensa en la colocación en el mercado de determinados bienes; c) que el sujeto representativo, entonces, puede dislocarse del espacio empresa cerrado, para reconocerse en el espacio empresa abierto; d) que el ámbito territorial, incluso, puede requerir de escalas tendencialmente más amplias, superando el nacional para abarcar la empresa global.

[86] Castel, R., "La metamorfosis....", cit.
[87] Kahn-Freund, Otto, "Trabajo y Derecho", MTSS, 1987, pág. 54.
[88] Lo que plantea Baylos como un "retorno a la empresa", un cierto redescubrimiento de su importancia como elemento vertebrador de la acción de tutela de los derechos de los trabajadores (cfr. "La acción colectiva..., cit., pág. 11).

En el plano negocial, como es constatable [89] , se asiste a un movimiento de descentralización, esto es, del sector hacia la empresa. Ello a su vez determina un auge de las instituciones representativas en el seno de la empresa[90]. Pero la selección del espacio de negociación no puede ser escindible de la construcción de un verdadero sujeto de representación sindical. Aún en el modelo dual de representación – en el que coexisten el sindicato e instituciones de representación como comités o consejos de empresa -, la identificación de un sujeto plural de representación de lo extenso y lo diverso en el plano de la empresa abierta sigue siendo ardua.

Asimismo, la necesidad de institucionalización de un sujeto de estas características, que atienda a las fórmulas organizativas que, real pero no formal, ha planteado el empresario, se plantea como imprescindible en sistemas en los que el componente de juridización e intervencionismo en las relaciones colectivas es alto. [91]

Las experiencias más recientes dan cuenta de nuevas formas de recentralización de la negociación colectiva, como unidades emergentes: las empresas transnacionales y los grupos de empresas [92]. Se postula, en tal sentido, que se articule como nuevo espacio negocial en el seno de las redes no sólo las relaciones del trabajo asalariado sino que pueda extenderse a acuerdos entre empresas principales y empresas subcontratistas e incluso englobando toda la cadena de subcontratación hasta el nivel del trabajador autónomo.

En el plano global, por su parte, también se vienen conformando acuerdos que manifiestan una "dimensión transnacional de la autonomía colectiva" [93], como un intento de responder a la desterritorialización o deslocalización de la empresa en dicha escala.

En el sistema argentino, particularmente por su estructura de representación sindical, y por ello su tendencia refractaria a los cambios y adaptación, la ubicación del sujeto representativo, de naturaleza plural, vuelve a ser conflictiva. Siendo que el "mapa" de la representación tiene reflejado un modelo de organización productiva superado [94], anclado en sectores de actividad, o en su caso en la profesionalidad u oficio, con escasa incidencia en el lugar de trabajo, y que ello no se modifica con la fluidez que merecerían las adaptaciones que permitan contrarrestar el poder del capital y sus formas organizativas, resulta insuficiente y escasamente permeable al nuevo escenario planteado.

[89] Supiot, Alain, coordinador, "Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa", Tirant lo Blanch, 1999, pág. 160.
[90] Ibidem, pág. 179.
[91] Cfr. Ojeda Avilés, Antonio y Ermida Uriarte, Óscar, "La negociación colectiva en América Latina", Trotta, 1993.
[92] Cfr. Supiot, A., "Trabajo y Empleo...", cit., pág. 165. Tanto la Directiva 94/45/CE, que crea los Comité de empresa europeos, que aunque no asigna facultades de negociación los constituye como órganos de representación, como la negociación colectiva de "redes de empresas", irán abriéndose paso en este sentido. Ver, además, la Directiva 92/57, que impone una obligación de coordinación entre empresas que intervengan en obras de construcción en materia de salud y seguridad.
[93] Baylos, Antonio, "Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", en Revista de Derecho Social, Bomarzo, nro. 28, octubre/diciembre 2004, pág. 193.
[94] Basado en un modelo sustitución de importaciones y desarrollo del mercado interno.

Sin embargo, y como otras tantas veces en la historia del derecho del trabajo y del movimiento obrero, los trabajadores se organizan, actúan y se expresan en el conflicto con independencia de la estructura formal de representación.

Los recientes conflictos en la empresa Metrovías – concesionaria de los servicios públicos de subterráneos y una línea ferroviaria -, llevados adelante por trabajadores, directa o indirectamente vinculados a la misma, referenciados casi con exclusividad en términos de colectivo laboral, en tanto visualizan a un único y real empleador y se solidarizan como destinatarios de sus estrategias, con escasa o nula intervención de los sindicatos que cada vez más ficcionalmente los representan, constituyen nuevas expresiones de adecuación, real y efectiva, de la acción sindical allí donde el conflicto se materializa y el sujeto sindical se fortalece, en la acción y por una directa representación. Una doble fractura se ponía en evidencia: la del sindicato tradicional en la empresa, respecto de los trabajadores y su representación en el lugar de trabajo, por un lado; y la de los sindicatos que formalmente recogerían la representación luego de la externalización, respecto de trabajadores vinculados realmente para un mismo empleador y en un mismo centro de trabajo. Así todo, los trabajadores organizaron y reunificaron la fragmentación y lograron un auténtica representación del colectivo. Por su parte, la representación formal aparece en una actuación un tanto paródica, debiendo ser convocada para legalizar lo legitimado por la representación real, permanentemente validada mediante asamblea.

Por contrario, en otros supuestos en los que justamente estaba en juego el colectivo en su real y verdadera manifestación, frente a estrategias de segmentación del empresario, la estructura formal de representación se antepuso para no sólo mantener sin forzar la dualidad laboral.[95]

En circunstancias en que tres empresas comercializadoras de productos de consumo masivo, como parte de su actividad necesaria, requiere de tareas de transporte entre sus propios establecimientos, y en el marco de las políticas flexibilizadoras de los ´90, como estrategia del capital, dirigida principalmente a operar sobre el colectivo laboral, las empresas recurrieron una y otra vez a la externalización o tercerización de sus actividades, cuando intentaron modificar dicha política empresaria, recuperando dichas tareas y los trabajadores que las prestan, se vieron envueltas en un conflicto de representación sindical a las resultas del cual, hasta lo que hoy tenemos, el "sindicato triunfante" le impone volver a tercerizar.

El caso encierra varias paradojas: a) que una parte de la representación sindical le "imponga" al empresario una política que fuera estrategia del capital en la etapa flexibilizadora; b) que el colectivo laboral se fragmente sobre la base de representaciones extensas (actividades diversas) y con eso se esterilice una representación más intensa (la de todos los trabajadores); c) que se pierda de vista que, como dos polos que se repelen, el mayor equilibrio en la confrontación se logra con acumulación de poder y que ello es factible siempre sobre la base del involucramiento "real" de los trabajadores en la acción por sobre cualquier estructura "formal" de representación.

Sin embargo, corresponde no perder de vista que la constitución de nuevas organizaciones sindicales, que vayan estructurando su acción con la directa e inmediata representación que ejercen sus dirigentes en el seno de las empresas, pero cuyo ámbito representativo registre las coordenadas reales de la organización productiva, acompasando la representación sindical con la distribución del poder, irá madurando un nuevo sistema sindical que reconozca los nuevos sujetos representativos.

[95] Casos de las empresas "Carrefour", "Walt-Mart" y "Coto".

Por sobre este ejercicio directo de representación, sustentado en la agregación de intereses homogéneos – condición de la solidaridad del grupo -, se requerirá la articulación con la representación extensa, que recoja luego las huellas de la fragmentación y de la exclusión recurrente, unificando ahora bajo la condición de clase. La pertenencia al grupo o categoría y la fortaleza de la acción sindical en su seno no garantiza la permanencia y protección en el plano individual ante las discontinuidades propias del actual sistema productivo y del mercado de trabajo. Por lo tanto, aún con la mayor eficacia en el plano local, se requiere una conjunción de la representación ligada a la organización productiva/empresaria con la representación total de la clase trabajadora, única en condiciones de agregar y sintetizar aquellos intereses divergentes y aquel itinerario impuesto por el mercado.■