

La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo ()*

Umberto ROMAGNOLI (**)

1. Desregulación es uno de los numerosos vocablos que inundan de barbarismos el lenguaje de los operadores jurídicos. Paciencia: cuando una palabra tiene éxito, es señal de que lo merece.

A pesar de ello, los operadores jurídicos tienen la obligación de aclarar sus significados e implicaciones. En cualquier caso, yerran si emplean la palabra para describir una realidad en expansión sin señalar su ambigüedad. «Desregulación», en efecto, es una etiqueta que resume las orientaciones legislativas de todos los países industrializados que, más allá de las técnicas utilizadas, convergen hacia un desenlace común: ayudar a las empresas a salir, más competitivas que antes, del túnel de la crisis económica de los años setenta, restituyendo a las mismas los márgenes para una gestión flexible de la mano de obra suprimidos por el preexistente derecho sindical y del trabajo, ya fuese de origen legislativo o convencional. Y es, precisamente, con los ladrillos de las legislaciones europeas de la emergencia como se proyecta construir el edificio en el

(*) Esta relación es la síntesis de reflexiones que han sido estimuladas también por la contribución de ideas y materiales aportada por amigos y colegas a quienes deseo expresar públicamente mi agradecimiento:

Antonio Baylos, de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Brian Bercusson, del Instituto Universitario Europeo (Florencia).

Wolfgang Daubler, de la Universidad de Bremen.

Antoine Lyon-Cean, de la Universidad de París X-Nanterre.

(**) Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Bolonia. Esta es la ponencia presentada al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo celebrado en París, 13-15 de septiembre de 1989.

que deberá habitar en los años venideros el derecho sindical y del trabajo, ya sea legislado o convencional.

También por esto, existe menos desacuerdo sobre el significado descriptivo del término que sobre el preceptivo. De todas formas, gracias a la desregulación los empresarios europeos disponen ahora de una caja de instrumentos, incomparablemente mejor surtida de cuanto lo estaba hasta hace unos diez años, para llevar a cabo la flexibilización tanto de entrada como de salida del mercado del trabajo interno y externo a la empresa. Y esto porque los años ochenta se han caracterizado por una estrategia normativa de la flexibilidad ampliamente homogénea en todos los países de Europa occidental.

Así, pues, la flexibilidad *de entrada* está asegurada por medidas legislativas de incentivo del trabajo a *part-time*; de accesos diferenciados al trabajo para los jóvenes; de multiplicaciones de las posibilidades de empleo temporal; de reducción de la tutela del derecho al trabajo de las categorías sociales subprotegidas; de reexpansión de la licencia para desbaratar la mediación de los poderes públicos al objeto de satisfacer la demanda de trabajo. Mientras, la flexibilidad *de salida* está asegurada por la legislación sobre la prejubilación, sobre la limitación del ámbito de aplicación y/o del rigor de la tutela contra el despido ilegítimo, sobre los contratos de solidaridad asociados a reducciones del personal.

Es posible que la enumeración sea incompleta; mejor dicho, de hecho lo es. Pero lo que aquí nos interesa no es tanto calibrar la cola de esta especie de cometa que es la desregulación, cuanto más bien comprender por qué éste ha iluminado los itinerarios practicables para un retorno al mercado y a las ideologías que celebran su triunfo.

Pues bien, lo ha hecho tupiendo la trama del tejido normativo. A pesar de las apariencias, en efecto, desregular no significa agotar las fuentes regulativas; significa hacerlas funcionar de manera distinta. Por consiguiente, mientras en Gran Bretaña se ha registrado un neointervencionismo estatal encaminado a expropiar una autonomía contractual colectiva que paralizaba la iniciativa económica, en Europa continental —en especial en Francia y en Italia— se asiste a una regresión de la lógica adquisitiva del derecho del trabajo con el apoyo de la misma contratación colectiva, por desiguales que sean la intensidad o la convicción con que éste sea buscado.

Por tanto, es una mistificación establecer una equivalencia semántica entre desregulación y anulación de las reglas para aliviar el surplus normativo causado por un incontenible celo regulador. Desregulación es, ante todo, una fórmula verbal abreviada para designar un proceso de redirección del poder normativo en vista de una reglamentación derogatoria de las relaciones de trabajo, más sensible con respecto a las exigencias del sistema productivo que a

la finalidad social de garantizar un grado más elevado de igualdad sustancial en contextos en los que existe tan poca. Es decir, en este aspecto, la desregulación obliga al derecho del trabajo a dudar de que su razón estuviera equivocada. Desregulación, además, significa erosión del supuesto de hecho típico del contrato de trabajo subordinado, cuya disciplina standard se libera de la tendencia expansiva que la sostenía desde los orígenes. Equivale a decir que no existe la subordinación: existen las subordinaciones; no existe un prototipo de contrato de trabajo subordinado, sino una tipología variable de figuras negociales intermedias a la cual no puede seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del standard protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente, es decir, más adherente a las peculiaridades del equilibrio de intereses decidido por las partes, ya sean colectivas o individuales. Desregulación, por tanto, significa también pluralización de reglamentaciones cualitativamente diferenciadas, o sea graduación de las tutelas, en correspondencia con la diversificación de las tipologías de las relaciones de trabajo. Desregular, en suma, equivale también a transformar el derecho de trabajo, es decir, convertirlo de un sistema de pluralismo normativo polarizado por la *vocación hegemónica del prototipo normativo de las relaciones de trabajo*, en un cúmulo de reglas que, por usar una expresión descriptiva del Tribunal Constitucional italiano, «lo degradan al nivel de rebaño privado de pastor». Y, en efecto, la flexibilidad de las reglas para el uso del recurso-trabajo resquebraja los pilares del garantismo y «la réunification juridique de la collectivité de travail» (tal como lo expresaba el Informe Auroux) es un objetivo al que cuanto más brillo se le saca, más pierde el esmalte.

Bastan estas breves aclaraciones para calibrar toda la distancia que nos separa de la época en la que nadie podía saber qué era lo que podría hacer de importante el derecho del trabajo, y en la que a los juristas que se ocupaban de ello les gustaba describir su compromiso de búsqueda lo mismo que un rabadomante describiría el suyo. Y así era, en efecto; el derecho del trabajo lo imaginaban «a semejanza de un venero de agua que trata penosamente de abrirse paso a través de la corteza terrestre y se manifiesta aquí y allá en sutiles brotes y caños, hasta que la fuerza acumulada del chorro de agua vence el obstáculo y se desencadena». Es decir que, según la percepción al respecto de nuestros antecesores, el derecho del trabajo estaba llamado a un destino magnífico y progresivo. Por esta causa, la ingenua metáfora evocaba la idea de un movimiento de masas líquidas que discurren ordenada e inexorablemente hasta desembocar en alguna parte; si bien, con menos retórica y más sencillez, se hubiera podido pensar que el advenimiento del derecho del trabajo se preanunciaba con el zumbido de una laboriosa colmena.

De todos modos, ahora que se ha convertido en adulto, el derecho del tra-

bajo ya no justifica todo este candor de neófitos, y los juristas que se ocupan del mismo han perdido el gusto por la imaginación. Analizan, clasifican, elaboran modelos conceptuales.

Se sienten desencantados al saber que el derecho del trabajo es hijo de muchas madres, y no todas honestas: un poco de marxismo mal digerido por un liberalismo tardío más astuto que inteligente y un poco del solidarismo celebrado por las doctrinas cristiano-sociales.

Están persuadidos de que, a pesar de ser un organismo viviente, el derecho del trabajo no progresa necesariamente de fases inferiores a fases superiores caracterizadas por una creciente racionalidad, y que más bien no puede deshacerse con rapidez de todo cuanto resulta extraño o contradictorio con respecto al objetivo de la modernización normativa.

Han comprendido que, si el derecho del trabajo es la zona sísmica más accidentada de cualquier ordenamiento jurídico, sus fuentes de producción son el epicentro. Especialmente por esto, en los países de Europa occidental la reflexión sobre cambios del sistema de las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo no han sufrido pausas y siempre ha estado acompañada por el conocimiento lúcido de que a toda variación del sistema corresponde una modificación de los criterios de distribución del poder reglamentario entre sujetos públicos y sujetos privados, entre Estado y sociedad civil.

2. No obstante, deben haberse producido momentos de distracción o de pereza. A decir verdad, precisamente en las inmediateces del sistema de las fuentes que regulan la materia del trabajo se han petrificado algunos lugares comunes que, como todos los lugares comunes, poseen la extraordinaria prerrogativa de subvertir los ritmos biológicos: nacen, crecen y no mueren jamás. Tanto es así que aún está extendida la costumbre de imaginar la relación entre ley y contrato en la forma teatral de una lucha sin cuartel entre autoridad y libertad, entre las instancias omnívoras de un Estado padre-patrón y las instancias emancipatorias de una sociedad civil espoleada por la manía de autorregularse.

Viceversa, este maniqueísmo es de forma. Para la legislación y la negociación colectiva, los tiempos heroicos han terminado; y la justificación contractual de las relaciones de trabajo ha dejado de ser una alternativa neta a la juridificación legislativa. Puede decirse, todo lo más, que ley y contrato han aprendido a comportarse como enemigos muy queridos. En general, entre Estado y autonomía colectiva se ha establecido una relación de buena vecindad que contradice el alcance histórico-político del reconocimiento del convenio colectivo como fuente reguladora de las relaciones de trabajo. Incluso en Gran Bretaña, el convenio colectivo ya no representa la victoria de la tendencia

opuesta a la centralización de la competencia para regular las relaciones de trabajo en la esfera del poder estatal.

No obstante, también allí donde la contratación colectiva ha dejado de ser, o no lo ha sido nunca durante períodos de duración considerable, un proceso de autorregulación social espontánea, salvo pocas excepciones se ha registrado un proceso de privatización de los procesos de formación de las normas legislativas. En suma, la ley quería colonizar la negociación colectiva y en parte lo ha logrado, pero ha visto igualmente comprometida su primacía. Un poco porque la propia ley no ha querido impedir que el convenio colectivo, si bien siendo instrumento endoestatal subordinado jerárquicamente a la ley, continuara siendo, asimismo, un instrumento para la imposición de reglas en la autonomía individual: lo que significa que ha criado a un competidor en su propia casa. Y otro poco porque no ha podido impedir que la irreductible extraestatalidad originaria de la contratación colectiva manifestase su propia agresividad frente a la misma fuente legislativa, contaminando su funcionamiento: como decir que la ley ha impulsado la moda de hablar mal de Rousseau, inventor de la voluntad general y abstracta de la que precisamente la ley debería de ser la expresión más alta.

Desregulación, pues, es un feo neologismo; pero desde luego no es el primero ni será tampoco el último. Por el contrario, es razonable suponer que el ajuste del proceso de desnormalización de la disciplina standard de las relaciones de trabajo se traducirá en una empresarialización acentuada de las disciplinas aplicables, la cual familiarizará a los juristas con una perspectiva post-regulatoria. Y, entonces, será preciso descubrir la terminología más adecuada para indicar que las relaciones de trabajo tienden a sustraerse a la omnipotencia, inevitablemente un poco sagrada, de reglas fijas, generales y uniformes, producidas por fuentes sobreordenadas y lejanas como estrellas muertas cuya luz continúa llegándonos.

El germen de la post-regulación está oculto en el juicio sustancialmente negativo del cual se ha convertido en objeto las fuentes que producen actos de tipo normativo, rígido y vinculante, empezando por una negociación colectiva que, con la persuasión de un padre animado por sentimientos posesivos, disuade a los habitantes del planeta-empresa de abandonar el oasis protegido de la norma inderogable. Si bien agradeciéndole cuanto de bueno ha hecho en el pasado, son muchos los que sostienen que ha llegado el momento de decir adiós a este medio expresivo de la autonomía colectiva. Para renovarse, ésta tendría que satisfacer la expectativa de predisponer una instrumentación normativa descentralizada a nivel de empresa para el desarrollo de una actividad de tipo gestional con respecto a la cual las reglas externas conservarían un carácter sólo supletorio y residual. Con frecuencia, en efecto, la contratación colectiva,

especialmente en su versión centralizada, debe preocuparse de controlar las tensiones internas en todo el subsistema del derecho de origen convencional. Un subsistema que, con la habilidad de un campeón de *windsurf*, se desliza veloz sobre la ola de las reivindicaciones de autorreglamentación provenientes de la empresa. O sea, la desregulación no sólo se produce por efecto de la modificación de las relaciones entre ley y convenio colectivo, sino también a raíz de la disminuida compactibilidad del subsistema contractual. Además, para confirmar cuanto acabamos de decir, contamos con el testimonio constituido por lo obsoleto de la regla del *favor* como criterio para resolver la competencia-conflicto entre convenios colectivos de diverso nivel incluso en aquellas experiencias jurídicas donde la regla tiene una base normativa segura como en Francia o en Alemania occidental.

Por eso no es exagerado considerar que el sistema de sus fuentes se ha convertido para el derecho del trabajo en el «grand miroir de son désespoir».

3. Para trazar el perfil de la reestructuración que ha experimentado el sistema tradicional de las fuentes del derecho del trabajo, antes es preciso identificar sus constantes morfológicas.

La primera concierne a la procedencia de los materiales empleados para la construcción del edificio normativo. Estos provienen, invariablemente, ora del *derecho público*, entendido como suma de procedimientos legislativos y jurisdiccionales, ora del *derecho privado*, entendido como el conjunto de los actos de composición de los conflictos de interés creados por la autonomía contractual, ya sea ésta individual o colectiva.

La segunda constante morfológica del derecho del trabajo atañe al carácter estructuralmente bidimensional del derecho público y del derecho privado-colectivo. Estos elementos constituyentes del derecho del trabajo, en efecto, manifiestan la irrefrenable tendencia a interactuar sobre las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Es decir pertenecen simultáneamente a una *dimensión individual* y a una *dimensión colectiva*, las cuales, por tanto, merecen ser consideradas como inseparables características estructurales del derecho del trabajo.

La tercera constante morfológica del derecho del trabajo puede apreciarse en la propensión de sus elementos constituyentes a situarse por *parejas*. Y, en realidad, lo que determina la línea evolutiva del derecho del trabajo es la cualidad de su cohabitación y de las relaciones internas de cada pareja: en particular entre el componente publicístico y la autonomía contractual colectiva.

La connotación típica del sistema de las fuentes del derecho del trabajo europeo reside, precisamente, en la *unitas multiplex* de los modelos de relación que se establecen entre la pareja y en el interior de las mismas. No obstante,

fuerza es reconocer que hemos subestimado su alcance: en parte porque es más fácil aprender que desaprender, y un poco también porque el pensamiento jurídico es subalterno de pasados que no pasan.

Así pues, a los estudiantes se les ha enseñado durante largo tiempo que en un sistema con fuerte componente legalístico, como el francés, la pareja público-individual tiende a ser totalizante, mientras en un sistema como el inglés o el italiano post-constitucional la pareja privado-colectivo tiende a exhibir sus músculos. Ahora, en cambio, todo permite presumir que la nueva turbulencia que caracteriza la cohabitación de las fuentes del derecho del trabajo no es un fenómeno coyuntural. Antes bien, el dato más inquietante que surge de la investigación comparada de los años ochenta es que los cambios del modelo de estructura se producen al ritmo de las flores que brotan en el fondo de un caleidoscopio. Basta un leve gesto de la mano y las flores se desmenuzan en fragmentos de colores listos para recomponer una figura frágil e inédita como la precedente o la sucesiva. Sólo que, se diría que en el curso del último decenio las sacudidas se han vuelto tan violentas y frecuentes como para hacer pensar que el juguete se ha roto.

Es bien cierto que se asiste, un poco en todas partes, a una desestabilización del sistema de las fuentes del derecho del trabajo a medida que la pareja público-individual cesa de tratar el garantismo a la manera de un hijo legítimo, y en tanto la pareja privado-colectiva cambia, si no su propia naturaleza, sí su propio *look*, hasta el punto de comportarse de forma menos orgullosa y más acomodaticia, menos dispendiosa y más parsimoniosa, menos despreocupada y más reflexiva.

En suma, cuanto más se deja impresionar el Estado por el protagonismo de la pareja privado-colectiva, menos dispuesto está a tolerar que esta última pueda capitalizar las ventajas proporcionadas por un mecanismo de integración entre ley y convenio colectivo para el que la ley predetermina los standards protectores mínimos que el convenio colectivo puede tan sólo mejorar.

Los motivos de la inversión de la tendencia no constituyen ningún misterio.

De un examen diacrónico de derecho comparado resulta que la autonomía contractual colectiva disfruta de este privilegio, de por sí en extremo oneroso, cuando no se puede o no se sabe aprovecharse de él; por el contrario, lo pierde a medida que adquiere también en la práctica la centralidad que le corresponde como valor constitucionalmente reconocido. Por algo el tradicional principio de regulación de la relación entre legislación y negociación colectiva se ha instalado en los ordenamientos jurídicos durante los períodos históricos en que la autonomía contractual colectiva es escasamente genuina o presenta un modesto porcentaje de eficacia.

Para detener el proceso cumulativo de apropiación de las garantías indivi-

duales, y, por tanto, para frenar la lógica adquisitiva del derecho del trabajo, se dispone de una discreta cantidad de técnicas normativas.

El derecho del Estado puede dejar de premiar a la pareja privado-colectiva o, como sucede en Gran Bretaña, no duda ya en molestarla. En este caso, el *tras-front* es tan espectacular por lo menos como lo fueron la escalada de la autonomía contractual colectiva en la época del abstencionismo legislativo o —si había existido, como en Italia con el Estatuto de los Trabajadores— el impulso de generosidad con que, en la época de la promoción legislativa, el derecho público había ofrecido su propia cooperación para aumentar el rendimiento de la pareja privado-colectivo. Así pues, la ilimitada derogabilidad *in melius* de la disciplina legal por obra de la negociación colectiva ya no es un tabú. Según los nuevos ritos del sacrificio, la tendencia de la autonomía colectiva a desarrollarse en un sentido único es revocada por intervenciones legislativas que imponen tratamientos inmodificables *in melius*. A este respecto, la legislación italiana para la contención del coste del trabajo y el enfriamiento de los automatismos salariales tiene un valor paradigmático.

La marginación de la pareja privado-colectivo, por otra parte, no corresponde necesariamente a una *leadership* de la pareja público-individual; por el contrario, es documentable —como en Gran Bretaña y, parcialmente, también en España— que la reducción del papel de la negociación colectiva ha recaído en la administración de la relación de trabajo, favoreciendo una ampliación de los espacios ocupables a este nivel por la pareja privado-individual. Esto conduce a que el derecho del trabajo renuncie a su memoria genética.

En la mayor parte de los países europeos, sin embargo, la marginación de la pareja privado-colectivo es ocultada por políticas del derecho articuladas con mayor riqueza.

El afloramiento de los vínculos protectores puede realizarse sin alteraciones formales de la normativa existente: lo único que ocurre, es que se restringe su ámbito de aplicación. Podríamos llamarla desregulación *de la exoneración y del descuento*. Esta es hija no tanto de un propósito punitivo cuanto más bien de una ausencia de programación del desarrollo económico que termina por basarse en una desordenada proliferación de iniciativas con el lema de «lo pequeño es bello», sobre todo si está sumergido y algo desviado, y es asimismo el resultado de una extendida desocupación del componente juvenil-femenino-escolarizado del mercado del trabajo al que una economía bullente no tiene otra cosa que ofrecer sino la perspectiva de los *petits boulots*.

Se llega a este mismo resultado con intervenciones legislativas que inciden en el uso de la fuerza de trabajo regularmente ocupada, liberalizando en medida variable los institutos más delicados como el horario de trabajo (Francia y Bélgica) y el despido (España, Francia, Gran Bretaña). Pero también allí donde

—como en Italia y Alemania occidental— las intervenciones legislativas favorecen preferentemente la flexibilidad externa, se produce igualmente un efecto colateral e indirecto de flexibilización interna de sesgo neoliberal. Podríamos llamarla desregulación *inducida* o *implícita*.

A decir verdad, la desactivación del principio de la continuidad del empleo y su sustitución por una especie de culto a la precariedad, la incentivación legal a recurrir a figuras contractuales con modestos niveles de tutela, las facilidades del receso negociado, todo ello conspira en favor de una gestión flexible de la mano de obra ocupada de manera estable y a jornada completa, en la medida en que —expuesta a la competencia de una fuerza de trabajo a bajo coste— aumenta su disposición más a suavizar que a hostilizar las relaciones con el empresario.

Mas la desregulación no es siempre un *killer* de la pareja privado-colectivo: puede ser uno de sus habituales *chaperons*. La desregulación, en efecto, es con frecuencia una ocasión para su relanzamiento: podríamos llamarla desregulación *explícita* o *devolutiva*.

A ésta se le atribuye el mérito de saber convertir en un éxito algo que, de otro modo, habría sido considerado una catástrofe; es decir, la circunstancia de que la norma inderogable ya no es un punto de no retorno. Se sostiene, en efecto, que la norma legal totalmente inderogable en sentido peyorativo no actúa necesariamente como medio de sostén de la pareja privado-colectivo. Al contrario, puede constituir un obstáculo para el perseguimiento de objetivos que ésta considere más importantes respecto a la conservación intransigente de garantías legales introducidas en una situación económica y en tiempos en los que la rigidez del factor trabajo estaba compensada por la amplia disponibilidad de materias primas y energías. Sin embargo, se puede hablar entre tanto de una *performance* de la pareja privado-colectivo puesto que la ley no prescribe variantes regulativas, sino que se contenta con aplazar para acuerdos sucesivos (preferentemente de ámbito de empresa) con función derogativa.

Aquí, en suma, la norma totalmente inderogable se suicida para renacer como una norma semi-imperativa o relativamente inderogable; con la razonable expectativa, empero, de que *l'intendance suivra!* En otras palabras, descontada la existencia de una pluralidad de fuentes concurrentes y, tendencialmente, de igual dignidad sustancial, el sistema ha abandonado el criterio jerárquico-piramidal para reordenarse según un criterio horizontal de interdependencia que permite a la fuente estatal transferir a la autonomía colectiva sus propias dificultades reguladoras. Así pues, para hacer salir de la crisis al derecho del trabajo legificado se la ha hecho entrar en la autonomía colectiva; aunque, también, podría decirse que, para hacer salir de la crisis al sistema económico-productivo se la ha hecho entrar en el sindicato.

A excepción del caso límite de Gran Bretaña, en los países de Europa continental la opción de política del derecho no es abrumadoramente autoritaria. Muy al contrario, la pareja privado-colectiva es elevada —aunque alguna que otra vez ya había subido por su cuenta, como en los países escandinavos o en Austria— al vértice del sistema político-institucional, porque la autoridad del Estado necesita el consenso social y lo obtiene. La trabazón del poder contractual colectivo con el poder del Estado permite a este último, en efecto, instrumentalizar la contratación colectiva como método de actuación democrática de las opciones de compatibilidad macroeconómica que el poder público juzga prioritarias.

Este paso del autogobierno al gobierno indirecto proporciona un excelente ejemplo de cómo la autonomía contractual colectiva puede declinar creciendo.

Declina porque es ejercida en un régimen vinculante que le prohíbe echar abajo los techos legislativamente predeterminados: en resumen, disfruta de una libertad vigilada. Al mismo tiempo, empero, crece en términos de competencia institucional porque, allí donde adquiere la licencia para bajar los standards protectores legislados o para suavizar las rigideces garantísticas, el poder colectivo-sindical es homologado al poder público hasta el punto de acentuar el perfil de fuente normativa heterónoma.

A decir verdad, la autonomía contractual colectiva tiene más motivos para preocuparse que para vanagloriarse de las gratificaciones concedidas por el poder público. En tanto, es un hecho históricamente comprobado que la debilitación de los aparatos garantistas coincide con inclinaciones permisivas hacia los intereses capitalistas «fuertes». Y en este contexto, aunque no es secundario que el vehículo de tales inclinaciones sea la negociación colectiva, permanece el hecho de que esta última, si bien continúa alojándose en el sistema de las fuentes normativas, es cada vez más su rehén y menos su propietaria. Al fin y al cabo, su vitalidad y su misma supervivencia están subordinadas a la atribución-aceptación de una potestad normativa tan amplia como para desembocar en la delegación de funciones paralegislativas que no se detiene ni siquiera ante la perspectiva de desnaturalizar la función socialmente típica del convenio colectivo.

Cortejada e incluso mimada cuando ha interiorizado la necesidad de destruir el esquema propio del supuesto de hecho típico del trabajo subordinado, o de atenuar sus garantismos, la autonomía colectiva ve desgarrada en cambio su disposición a realizar lo que los franceses definen como *ordre public social*. Se infla, como la rana de la fábula esopiana, mientras que el legislador descarga sobre los portadores de la autonomía negocial colectiva la responsabilidad de elaborar la «justa» solución normativa incluso mediante la derogación de reglas codificadas; se desinfla, en cambio, cuando el legislador considera oportuno o necesario poner tasa a la dinámica de la autonomía negocial colec-

tiva, para plegarla a la satisfacción de exigencias prevaricadoras (reequilibrio de las economías de empresa, flexibilidad de gestión, compatibilidad del coste del trabajo con los presupuestos generales del país, etc.). Por eso la pareja privado-colectivo vive al borde de un *tilt* nervioso. Sin duda alguna la desconfianza en el método contractual del cual es expresión la legislación vinculante de *máximos* negociables no está en armonía con la tendencia promocional que se expresa en la orientación contemporánea legislativa de permitir una política negocial derogatoria de condiciones *mínimas* normalmente inderogables. Puede ocurrir que las ventajas de la incoherencia superen sus desventajas —la radicalidad lineal de las opciones restrictivas de la reciente legislación británica está ahí para atestiguarlo— porque la negociación colectiva representa siempre un instrumento insustituible de control social. Mas la bondad de las racionalidades empíricas no debe hacer olvidar que nunca se va tan lejos como cuando no se sabe donde se camina. Y, en efecto, la pretensión de remodelar las relaciones entre las fuentes del derecho del trabajo podría no tener reparos en cancelar otras reglas hasta ahora consideradas esenciales. En consecuencia, después de haber introducido una nueva relación entre ley y negociación colectiva con la consiguiente atracción al área de esta última de materias antes reguladas específicamente por la ley, ¿quién o qué excluye la superación de las columnas de Hércules de la inderogabilidad *in peius*, por obra también de la contratación individual? ¿Quién o qué excluye que también esta última sea privilegiada como lo ha sido la contratación colectiva?

4. Como se ve, en todos los países de Europa occidental, el derecho del trabajo está caminando con compañeros de viaje tendentes a modificar formas y contenidos del proceso de jurisdificación del que el propio derecho del trabajo es un monumento insigne.

Es sus distintas acepciones, en efecto, la desregulación comporta no tanto una disminución de reglas cuanto antes bien una calidad diferente de las relaciones entre sus fuentes las cuales —haciendo disponible, derogable y flexible lo que el derecho del trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido— se disponen a escribir su anti-historia.

En efecto, si el derecho del trabajo es la manera en que el Estado moderno ha cumplimentado la letra de cambio firmada por la sociedad industrial a favor de cuantos por su causa habían perdido, con el orgullo del oficio artesano, la posibilidad de ejercerlo en régimen de autonomía y, por tanto, la dignidad de productores responsabilizados, la desregulación apresura la clausura de un ciclo histórico, el pathos de los traumas devastadores de la primera revolución industrial ya no conmueve a nadie, y el Estado se ha hartado de indemnizar a los perdedores.

Muertas las ideologías, sin embargo, se corre el riesgo de no tener tampoco las ideas; y el vacío es colmado con técnicas por los contables del derecho.

Por algo el repertorio de las experimentaciones acreditadas por la desregulación, así como por la re-regulación de las relaciones de trabajo, parece sacado de un inalcanzable manual de historia del arte de saber arreglárselas; un manual que, si estuviera en las librerías, sería un *best-seller*. Con toda seguridad, la autonomía colectiva presta su mediación para consentir al derecho del trabajo legislado que se articule en una compleja diversificación de reglas cuya especialidad testimonia que el principio de la universalización de los standards protectores ha caído en desgracia. Por eso debemos prepararnos a leer la anti-historia del derecho del trabajo. Este último, al fin y al cabo, ha nacido para dar una respuesta fiable a los interrogantes existenciales de una infinidad de desamparados, a cuyos ojos, por tanto, poseía muchas de las características de un derecho-balsa. De suerte que, cuando esta relativa certidumbre de flotabilidad se resquebraja, no les queda sino consolarse con la filosofía de la flexibilidad obtenible del apólogo de las *Historietas* brechtianas: «el señor K. caminaba por un valle cuando de repente notó que sus pies se hundían en el agua. Entonces comprendió que su valle era en realidad un brazo de mar y que se acercaba la hora de la marea alta. Se paró enseguida para mirar en derredor en busca de una barca. Y permaneció quieto mientras esperaba encontrarla. Pero cuando se persuadió de que no había ninguna barca a la vista, abandonó aquella esperanza y confió en que el agua no subiera más. Sólo cuando el agua le hubo llegado al mentón, abandonó también aquella esperanza y se puso a nadar. Había comprendido que él mismo era una barca». Esto significa que, de ahora en adelante, la historia del derecho del trabajo podría ser una historia vivida al día, con un pasado detrás al que enterrar y con un futuro en perspectiva que podría no parecer el mejor: lo que prevalece es la retórica del presente. Un presente que, si reporta alguna ventaja, se espera que dure; y eso es todo.

En efecto, la difusión de estatutos jurídicos no homogéneos del trabajo subordinado sabe a prehistoria de la industrialización. Entonces era un expediente concebido para permitir a masas de desbandados, sin tierra y sin oficio, que continuaran creyendo que eran capaces de elaborar un proyecto de auto-desarrollo de su propia existencia en un ambiente hostil. ¿Y ahora?

Se dirá que la historia no se repite nunca; y es cierto. Mas esto no quita que las democracias modernas se permitan entrar en lo post-industrial, sirviéndose de técnicas normativas de segmentación del mercado de trabajo y de fragmentación de las disciplinas que lo regulan. El dato realmente nuevo consiste en esto: que cada una de las fuentes del derecho del trabajo esconde su propia insuficiencia detrás de la debilidad de todas. En particular, la fuente

estatal está afectada por un déficit de autoridad y la autonomía colectiva ve vacilar sus cimientos voluntarísticos-consensuales, sin que ninguna de las dos posea el *jolly* vencedor.

Lo cierto es que, a pesar de no tener siempre éxito, la pareja privado-colectivo ha obligado al poder legislativo a negociar con ella. Pero al mismo tiempo, el área del poder legislativo se ha dilatado hasta el punto de que el sindicato como conjunto de intereses privados ha perdido sus *chances* de autodeterminación.

La llamada concertación social o trilateral, en efecto, despega en una situación que desvela lo inadecuado de los grupos para gestionar con los medios de que disponen los intereses privados a los que representan, entre otras cosas porque ya no son solamente privados, y también la imposibilidad del poder estatal de sustituir a aquéllos en su papel de regulación. Por ello, poder legislativo y poder colectivo-sindical están condenados a amarse, aunque sea por motivos de conveniencia recíproca, y a ponerse de acuerdo para cogerse una fase de transición atormentada.

La concertación, pues, a pesar de las instigaciones neocorporativistas, no es tanto una nueva fuente de derecho del trabajo cuanto más bien un método de relegitimación de las fuentes pre-existentes para recuperar autoridad, y al propio tiempo reorganizar el consenso, con el pragmatismo de los circuitos decisivos *extra-ordinem*. O sea, el sistema de producción normativa está atravesado por tendencias que al entrelazarse dan lugar a un llamativo fenómeno de transformismo de sus fuentes. En cualquier caso, en sus manifestaciones más significativas, la concertación es mucho más. Es la forma en que autoridad y consenso han dado dignidad institucional a la búsqueda empírica de su combinación óptima, incluso a costa de hacer saltar las clásicas categorías clasificatorias del derecho constitucional, para realizar finalidades que exceden, en conjunto, de la finalidad reductiva de racionalizar, adaptar, cambiar las viejas reglas del trabajo subordinado. Así una democracia joven como la de la España postfranquista fomenta el encuentro entre autoridad y consenso en el sector de las relaciones industriales, ante todo para consolidarse y mejorar la eficiencia de la gobernabilidad global de la economía; mientras, en una democracia política (madura, pero) imperfecta como la de la Italia democristiana, con anterioridad a su trastocamiento de 1984 pudo ser interpretada como la crónica de una muerte anunciada: el fin de la *conventio ad excludendum* que congela en la oposición al partido más fuerte de la izquierda histórica.

La irreversibilidad del fenómeno, por otra parte, no es un dato generalmente adquirido. Un poco porque Europa tiene una tradición políticocultural más conflictiva que consociativa, y un poco también porque es amplio el efecto halón producido por la experiencia del otro lado de la Mancha, donde la autori-

dad —redescubierta la grandiosidad de la soledad— se entusiasma hasta el extremo de desafiar el *show-down* de la revocación del consenso. Por tanto, lo que parece una sólida unión puede no ser sino un ocasional *feeling*.

De todos modos, mientras la concertación social *à trois* no se interrumpa, y la implicación del poder colectivo-sindical en la dinámica institucional dé resultados pasables, se puede hablar con razón —como en Italia— de estatalización negociada del derecho del trabajo. En realidad, también en los países donde la legislación tiene una tradición de austero alejamiento con respecto a la contratación colectiva —como en Francia—, porque ha educado a la pareja privado-colectivo en la docilidad con relación al componente publicístico, el ejercicio del poder estatal es interceptado y está condicionado por las lógicas privatísticas del cambio. Lo que, aunque no sea un indicio de buena salud del sistema de las fuentes normativas, tampoco es el síntoma de un mal incurable.

Hay enfermedades, decían los médicos de antaño, que no son auténticas enfermedades, y fiebres que sirven para que el organismo se desahogue: aquellos médicos recomendaban no cortarlas con dosis abundantes de quinina. En efecto, allí donde el proceso de desnormalización de la disciplina-standard de las relaciones de trabajo se está consumando sin la mediación sindical —como sucede en España y, con evidencia más inmediata, en Gran Bretaña— el vaciamiento de la contratación colectiva no sólo revaloriza el papel de la contratación individual, sino que podría deteriorar las bases constitutivas de la propia legislación de apoyo al sindicato.

No obstante, ciertas medicinas son un poco tóxicas: destruyen las células malas, pero destruyen también las otras. Por eso, durante la cura el enfermo debe atiborrarse de vitaminas; en caso contrario, la curación sería más aparente que real. Esto viene a decir que la estatalización negociada del derecho del trabajo no debe ser una técnica banal de captura del consenso en el interior de un cuadro de competencias regulativas incierto como puede ser aquel en el que se desarrollan confusos procesos de negociación legislativa. Debe ser, en cambio, una ocasión para reproponerse un hábitat normativo en el que la pareja privado-colectivo pueda hallar de nuevo la razón de una existencia al compás de los cambios originados por el paso del tiempo.

5. El intento de trazar de nuevo la identidad del derecho del trabajo, pues, se articula en el contexto de un reequilibrio entre sus fuentes guiado (o, como en Gran Bretaña, impuesto) por el Estado, con vistas a la revisión de la forma de garantismo que ha prevalecido en Europa occidental. En general, la perestroika del sistema de producción normativa se desarrolla con técnicas que permiten realizar un ingenioso engarce entre ley y contrato colectivo, donde la ley promueve una política del derecho que la autonomía colectiva no tendría legi-

timidad para llevar a cabo por sí sola. La política del derecho del trabajo privilegiada, en efecto, se traduce en intervenciones desregulativas que, si bien presentan la ventaja de adecuar la normativa al dinamismo de la economía, se traducen en actos de disposición de los intereses individuales tanto en la fase de la producción normativa —mediante la articulación tipológica de los contratos de trabajo— como, y también en mayor medida, en la fase de administración de las relaciones de trabajo, mediante la flexibilización de la disciplina típica, uniforme y rígida, del trabajo estable y de jornada completa.

Sin embargo, el derecho del trabajo no debe meterse en la cabeza la idea de poder ganar, con las únicas técnicas centralísticas de que dispone, la carrera con el sistema económico. La velocidad del cambio de este último es tal como para humillar a un sistema de producción de reglas destinadas a llegar con retraso o bien a envejecer precozmente. Por eso, la pareja privado-individual corre el serio peligro de dejarse atrapar por la mano invisible del mercado. A decir verdad, los justlaboristas de muchos países europeos no dejan de señalar que la autonomía negocial individual está viviendo una fase de eufórica valoración. Hasta hace pocos años nadie lo habría pronosticado, porque el derecho del trabajo —considerando que la libertad contractual era un recurso mal distribuido entre la generalidad de los mortales— veía la cuestión con enorme desconfianza. Ahora, en cambio, arrumbadas rémoras e inhibiciones, el derecho del trabajo proporciona más oportunidades del tipo «hágalo usted mismo» que tutelas heterónomas. En resumen, mira con fastidio mal disimulado cualquier proyecto paternalista de dirigismo normativo y guiña el ojo a una sociedad investida de una insospechada carga liberal de masa.

Quién sabe si todo este elogio de los impulsos creativos de lo social es sólo ideología en el sentido débil de falsa conciencia. Es un hecho que son bastantes los que creen vislumbrar en lontananza las nubes de polvo levantadas por multitudes de emigrantes en marcha hacia el continente del trabajo atípico donde —por ejemplo— también o sólo los *week-end* son laborables; los trabajadores protegidos son encerrados en reservas indias y sus sindicatos corren el riesgo de correr la misma suerte de los jefes de tribu derrotados; el centralismo obrero es un *souvenir* de los veteranos de 1968 y la empresa se puebla de trabajadores periféricos. Donde, en suma, se derriban los modelos de administración del factor trabajo contruidos según el principio garantístico de legalidad y, por el contrario, las fuentes reguladoras de la flexibilidad refuerzan la gestión individualista de las relaciones de trabajo en detrimento de la dimensión colectiva.

Estos observadores de vistas aguda no siempre fallan.

Mitad doctos y mitad profetas, pueden contar no sólo con las estadísticas de los flujos del mercado del trabajo, las cuales utilizan con bastante frecuen-

cia lo mismo que los borrachos usan los faroles para mantenerse en pie, no para alumbrar. Su credibilidad depende, más bien del frenético trabajo de un topo que excava.

La imagen es intrigante, porque insinúa la idea de una revolución: no la de aquélla cuyo aniversario (todavía) se celebra en octubre en muchos países del mundo, sino la revolución tecnológica y de los procesos productivos.

Entre sus numerosos efectos se sitúa el nacimiento de una imprevisible antropología social compuesta de sujetos que o no llaman siquiera a la puerta del sindicato o, que si entran en él, se comportan como huéspedes transgresores.

Estas personas no parecen interesadas en oírse decir lo que el religiosísimo Cromwell recomendaba a sus soldados: «Confiad en Dios, pero mantened seca la pólvora de vuestros fusiles.» Para esta gente, se diría que «les lendemains qui chantent» han llegado por fin. Entre estas personas existe la opinión difundida de que la revolución tecnológica, con la ruptura de los esquemas mentales y de los estilos de comportamiento que provoca, constituye un giro absoluto en la época. Exactamente como la primera revolución industrial, la cual, ha escrito el autor de *Prometeo liberado*, ha sido similar en sus efectos al gesto realizado por Eva al morder el fruto prohibido del árbol de la sabiduría: «el mundo no ha vuelto a ser el mismo». En efecto, las técnicas normativas históricamente utilizadas para disciplinar la relación de trabajo en la fábrica fordista revelan una efectividad decreciente en la empresa tecnológicamente avanzada. Mas esto no comporta sólo la eliminación de las normas inútiles o perjudiciales; antes bien comporta su revisión en apoyo de la experimentación de las técnicas adecuadas para dar a la pareja privado-colectivo la oportunidad de dejar de exorcizar los parámetros de la eficiencia que rigen la gestión de las actividades productivas y persuadirse de interactuar con ellos según una lógica más proponente que defensiva, sin por ello dejarse engatusar sólo por un triunfalismo manipulador economicista.

En suma, si las intervenciones vinculadoras con normas generales y abstractas, y los poderes de veto que generan, son un autoengaño, lo es también la demonización de toda forma de co-administración de la relación de trabajo procedimentalizada por la ley o por el convenio colectivo. Es un rechazo, en efecto, que terminaría por permitir al poder económico que volviera a ser una zorra suelta en un gallinero deliberadamente dejado sin custodiar por las técnicas de la desregulación.

Después de todo, probar el fruto del árbol de la democracia no es pecado.

6. Sin embargo, la desregulación no está sujeta exclusivamente a estas formas de control. En cualquier caso, también en los ordenamientos jurídicos que no las prevén, existe y opera un control de diversa naturaleza.

La jurisprudencia, en efecto, es en todas partes el sismógrafo menos impreciso del terremoto que está sacudiendo el sistema de las fuentes del derecho del trabajo; y no sólo un simple e inocuo sismógrafo, porque —también en los países de *civil law* que han heredado el mito positivista del juez como *bouche de la loi*— la jurisprudencia es computada entre las fuentes que regulan la relación de trabajo, aunque sea en sentido atécnico.

El interrogante, empero, consiste en saber si el juez aún puede desarrollar el papel de garante de los intereses individuales y cuáles son los puntos críticos según los cuales la desregulación está característicamente en situación de orientar su ejercicio.

Los puntos críticos atañen esencialmente a la delimitación del área de la derogabilidad y los criterios para la resolución de los contrastes entre interés individual e interés colectivo originados por actos de disposición colectiva: en sustancia, se refieren a la identificación del umbral mínimo por debajo del cual ni la ley ni la contratación colectiva pueden comprimir legítimamente la protección de situaciones jurídicas de ventaja pertenecientes a la dimensión individual.

En vista de cómo se han puesto las cosas resulta difícil deducir que el garantismo judicial —si bien siendo la última playa de una dispersa y maleada demanda de justicia—, será aplastado por el peso tanto de la tendencia de las normativas legales a configurarse a modo de aparatos protectores de decreciente imperatividad como por la tendencia de los legisladores a intervenir precisamente para modificar máximas consolidadas de una jurisprudencia del trabajo, culpable de haber concedido demasiado a demasiados.

De todos modos, repertorios jurisprudenciales en mano, se ve que ya no representan un serio obstáculo para la autonomía colectiva los derechos individuales generados por la propia autonomía colectiva: por tanto, indisponibles solamente son las situaciones subjetivas de mayor ventaja derivadas del contrato individual de trabajo. Contextualmente, con relación a la evolución de los contenidos de la negociación, en especial a nivel de empresa, en las salas de justicia aumenta *l'audience* de las invitaciones a corregir la óptica decisoria, simultaneando la visión restringida del interés del trabajador encausado con el interés colectivo interpretado por la disciplina discutida. Así, pues, ante un acuerdo colectivo de carácter gestional ocasionado por procesos de reorganización empresarial, destinados a distribuir más sacrificios que beneficios para salvar el empleo de todos, un juez puede ciertamente pronunciarse por la no aplicación de cláusulas lesivas del interés individual; pero no deberá encolezarse si es tratado como puede serlo ese caballero distinguido que —informado de que su casa era pasto de las llamas— exclamó con desarmante serenidad: «Es imposible, ¡tengo las llaves en el bolsillo!»

En cuanto a la desregulación que se expresa en la introducción —con o sin

mediación sindical— de disciplinas diversas con respecto a la disciplina standard, el *self-restraint* judicial estaría fuera de lugar. O mejor, es plausible en la medida en que no implica renuncia a la exigencia de igualitarismo crítico que constituye la *ratio* más profunda y menos efímera de las nuevas reglas. Esta *ratio*, sin embargo, permite a las nuevas reglas superar el test de su legitimidad a condición de que actúe en función de límite, un límite más allá del cual son injustificables las diferencias de trato. Corresponde, por tanto, a la jurisprudencia llevar a cabo un severo control de congruencia sobre las consecuencias de las regulaciones diferenciadas. Sólo oponiéndose a una desregulación que asuma la crisis económica o el desarrollo del empleo como un pretexto para desmenuzar el derecho del trabajo y convertirlo en un puñado de confeti, la jurisprudencia puede conjurar al mismo tiempo el peligro de reducirse a una infinidad de casos episódicos y aislados, como las jugadas de una interminable partida de canicas cuya historia es imposible contar.

En cualquier caso, también a la jurisprudencia, y en particular a la jurisprudencia constitucional, le corresponde revisar el fundamento de la desregulación, circunscribiendo las zonas de las que no puede salirse: las zonas *off-limits* de los derechos fundamentales intocables, es decir de los límites de existencia conforme el modelo antropológico subyacente en las constituciones modernas de Europa occidental. Su modelo antropológico, a decir verdad, es el ciudadano que se obliga por contrato a vestirse de productor con tal de poder adquirir el paquete standard de bienes cuya posesión le permite ser o creerse, tanto da, un ciudadano en la plenitud de sus prerrogativas.

(Traducción de Margarita Barañano.)

BIBLIOGRAFIA

Artículos

- BERCUSSON, B., y ESCUDERO, R.: *Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale?*, in *Dir. soc.*, 1987, 657.
- BIAGI, M.; DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SUMMERS, C. W.; VALDES DAL-RE, F., y WEISS, M.: *La tendenze del diritto del lavoro nell'Occidente*, in *Lav. e dir.*, 1987, 97.
- CASAS, M. E.; BAYLOS, A., y ESCUDERO, R.: *Flexibilidad legislativa y contractualismo en el derecho del Trabajo español*, in *Rel. lab.*, 1987, n.º 23.
- CLARK, J., y WEDDERBURN of CHARLTON, Lord: *La giuridificazione del diritto del lavoro britannico*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1986, 277.
- DAUBLER, W.: *Una riforma del diritto del lavoro tedesco?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 528.

- GIUGNI, G.: *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1986, 317.
- JAVILLIER, J. C.: *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales*, in *Dir. soc.*, 1986, 56.
- JEAMMAUD, A.: *Droit du travail 1988: des retournements plus qu'une crise*, in *Dir. soc.*, 1988, 583.
- LYON-CAEN, G.: *La bataille truquée de la flexibilité*, in *Dir. soc.*, 1985, 801.
- LYON-CAEN, A.: *Actualité du contrat de travail*, in *Dir. soc.*, 1988, 540.
- OJEDA AVILES, A.: *Flessibilità giuridiziaría e contrattualismo*, in *Lav. e dir.*, 1988, 639.
- NAPIER, B.: *Deregulation, Flexibility and Individual Labour Law in the United Kingdom*, in *Int. Journal Comp. Law and Ind. Rel.*, 1988/89, 206.
- RODRIGUEZ-PINERO, M.: *Flexibilidad, juridificación y desregulación*, in *Rel. lab.*, 1987, n.º 5.
- SIMITIS, S.: *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1986, 215.
- SUPIOT, A.: *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, in *Dir. soc.*, 1989, 195.
- TREU, T.: *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1987, 685.
- WEDDERBURN of CHARLTON, Lord: *Il diritto del lavoro in Europa negli anni '80*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1983, 513.
- WEDDERBURN of CHARLTON, Lord, y McKENDRICK-A., Real: *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1980-1983)*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1985, 833.
- WEDDERBURN of CHARLTON, Lord: *Deregulation and Labour Law in Britain and Western Europe*, in *Int. Journal Comp. Law and Ind. Rel.*, 1988/89, 191.

Monografías

- MARIUCCI, L.: *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988.
- RUSCIANO, M.: *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1984.
- VENEZIANI, B.: *Stato e autonomia collettiva*, Bari, 1986.

Colección de ensayos

- Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, a cura di VARDARO, G., Milano, 1988.
- Droit du travail, démocratie et crise. Essai comparatif*, a cura di LYON-CAEN, A., y JEAMMAUD, A., Arles, 1986 (Traducción española, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1989).