

U.I.

Documentación LABORAL (Nº: 39)
1993 - 1.

✓

¿Por qué un derecho del trabajo?

Alain Supiot
Catedrático de Derecho
Universidad de Nantes

SUMARIO

- I. RAZONES ESTRUCTURALES: ¿POR QUE NO EL DERECHO CIVIL?
 - A. La constricción física
 - B. La subordinación de la voluntad

- II. RAZONES COYUNTURALES: EL DERECHO DEL TRABAJO DE CARA AL CAMBIO
 - A. Ciencia de los textos y análisis del cambio
 - B. Práctica de los textos y dominio del cambio

Traducción realizada por José Luis Gil y Gil, Profesor Titular Interino de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Alcalá de Henares.

Nota del traductor: El presente artículo reproduce una comunicación del profesor Alain Supiot al coloquio «Le droit du travail, un droit à part», celebrado el 2 de febrero de 1990, en París, por la Escuela Nacional de la Magistratura y la Asociación Francesa de Derecho del Trabajo. El texto conserva la forma oral, como el propio autor advirtió al darlo a la imprenta.

¿Por qué un derecho del trabajo? He aquí una interrogación a la que resulta tentador dar un giro: ¿por qué esta pregunta? ¿No tienen ya suficiente los magistrados con informarse del contenido del derecho del trabajo, para que haga falta importunarlos con preguntas trascendentales, que no cabe formular sin énfasis?: ¿qué es el derecho del trabajo? ¿de dónde viene? ¿adónde va? El profesor VERDIER, organizador del presente coloquio, ha sabido disipar esa duda inicial, indicando que no puede aplicarse e interpretarse el derecho del trabajo sin tener a la vista su razón de ser. Convencidos como estamos del interés de la pregunta, nos enfrentamos a dos dificultades liminares a la hora de abordarla.

Primera dificultad: es una cuestión muy controvertida. Surgió con las primeras leyes obreras y, desde entonces, no ha dejado de suscitar reflexiones políticas y doctrinales. Los últimos años le han dado —es cierto— un nuevo aire de juventud, con los debates acerca de la desregulación: «¿Hay que quemar el Código del Trabajo?», inquiría el título de un coloquio organizado en Montpellier, en 1986 (1). «El derecho del trabajo, un derecho vivo», respondía haciendo eco otro coloquio organizado en Lyon, dos años más tarde (2). Pero el *dossier* de las razones últimas del derecho del trabajo permanece abierto, a juzgar, entre otras cosas, por el último coloquio de *Droit Social*, que subrayaba los puntos de suspensión, la dificultad de esas cuestiones generales «Libertad, igualdad, fraternidad... y derecho del trabajo» (3).

Es bien difícil adentrarse en este terreno sin exponerse a la repetición fastidiosa. Baste, pues, aquí con trazar a grandes rasgos el mapa de esas explicaciones últimas del derecho del trabajo. Sobre este mapa, dos ciudades. No una a la derecha y otra a la izquierda, sino una Ciudad del Economicismo y otra del Humanismo.

La Ciudad del Economicismo se situaría en la parte baja de este mapa, pues los que la habitan ven en el derecho del trabajo un vasallo de las

-
- (1) Las actas aparecieron en *Droit Social*, núm. espec., julio-agosto 1986, págs. 559-604.
 - (2) Las actas se publicaron en *Droit Social*, núm. espec., julio-agosto 1988, págs. 537-597.
 - (3) *Droit Social*, núm. espec., enero 1990, 146 págs.

relaciones económicas, una expresión de los conflictos de interés (4). Tiene su partido de derechas (que defiende el orden establecido) y su partido de izquierdas (que quiere subvertirlo), pero los dos admiten la primacía de la economía. Lo que resume bien esta fórmula del profesor VERDIER, quien cita, a su vez, a A. ROUILL: «Cuidémonos de no olvidar que, en todo caso: "El derecho del trabajo no dirige a la economía". Lo contrario es, no obstante, cierto».

La Ciudad del Humanismo se situaría en lo alto del mapa, casi cerca del cielo, puesto que en ella ven, por el contrario, el derecho del trabajo como un instrumento de sumisión de las relaciones económicas a los valores morales. «La significación esencial del derecho del trabajo, escribe así Paul DURAND, es de orden moral. La sociedad moderna no admite que el trabajo sea tratado como un bien material, sujeto a la ley del mercado. Las relaciones de trabajo se someten a un derecho especial, porque las mismas comprometen la persona del trabajador. Por eso mismo —y se tenga más o menos consciencia de ello—, el derecho del trabajo se presenta como una reacción contra una filosofía materialista» (5). Dicha interpretación moral del derecho del trabajo la comparten los dos partidos que, según los momentos, se enfrentan o alían: el partido cristiano (6), que hunde sus raíces en la doctrina social de la Iglesia, y el partido laico, heredero del socialismo utópico o del solidarismo (7).

(4) George SCELLE resumía perfectamente dicha opinión cuando escribía: «No podría disimularse... que ni el sentimiento de la justicia social, ni las incitaciones de la ciencia económica, ni incluso la lucha por el progreso y el interés nacional, podrían ser factores decisivos y permanentes de la legislación, con respecto a los intereses de clase. Todo ello no habría conducido a la clase burguesa y capitalista a dar armas jurídicas y suficientes a la clase obrera y asalariada, si ella hubiera continuado siendo la detentadora del poder político. No hay buen tirano, pese a lo que hayan dicho los fisiócratas, sobre todo en democracia. Una clase legisla en su propio interés con un instinto tan fatal que raya en la buena fe» (en *Le Droit Ouvrier*, Paris, A. COLIN, 2.ª edición, págs. 12-13).

(5) P. DURAND, «Traité de droit du travail», Paris, Dalloz, t. 1, n.º 94, pág. 113; sobre esta referencia personalista, ver F. PERRON, *La personne ouvrière et le droit du travail*, Esprit, fasc. 42, 1 mars 1936, págs. 866-897 y, del mismo autor, *Le sens du nouveau droit du travail*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943; ver, en el mismo sentido, la declaración que abre la segunda edición del *Traité du droit du travail*, de A. BRUN y H. GALLAND: «En derecho del trabajo, más sin duda que en ninguna otra rama del derecho, lo "espiritual" debe prevalecer sobre lo "material", la inspiración humanitaria debe primar sobre la reglamentación estrecha y técnica, pues la finalidad de este derecho reside en el hombre» (Paris, Sirey, 1978, t. 1, n.º 1, pág. IX).

(6) Ver, por ejemplo (reiriéndose explícitamente a la doctrina social de la iglesia católica para llevar a cabo su análisis institucional de la empresa), los trabajos de J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le syndicalisme, l'organisation professionnelle et l'Etat* (Paris, Sirey, 1931, 362 págs.); «Les transformations juridiques de l'entreprise patronale», en *Dr. Soc.*, 1939, págs. 2-6; «Les bases de l'organisation professionnelle», en *Dr. Soc.*, 1941, pág. 2.

(7) Ver la cita de León Bourgeois en el exordio del primer tratado de legislación industrial de Paul PIC (*Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, Rousseau, 1.ª edición, 1904, 6.ª edición, 1931), en 1904: «Yo creo que hay encima de nosotros, envolviéndonos de todas maneras, una solidaridad natural de la que no podemos sustraernos. Todos nacemos deudores los unos de los otros».

Este mapa parecerá bien grosero. Pero su soia razón de ser es la de no perderse en esos debates mil y una vez repetidos; dicho sea de otro modo: la de no involucrarse en ellos por las mil y una vez consecutiva.

Queda una segunda dificultad liminar, que resulta de la ambigüedad de la pregunta: «¿Por qué un derecho del trabajo?» Pues esta interrogación puede entenderse, al menos, de tres maneras. En el «¿Por qué?», cabe entender «¿Con qué fin?»; y se suscitara entonces la cuestión de la finalidad del derecho del trabajo, de los objetivos que se persiguen a través del mismo. Pero cabe entender también «¿Para qué sirve?», y se propondrá entonces la cuestión de las funciones del derecho del trabajo, de su rol efectivo en la sociedad. Cabe entender, en fin, «¿Puede prescindirse de él?», y nos encontraremos entonces ante la utilidad del derecho del trabajo: ¿no se podría pasar sin él?

Lo que llama la atención desde la consolidación del derecho del trabajo como rama autónoma del derecho, es el paso progresivo de una a otra de esas tres preguntas. Hasta finales de los años sesenta, la pregunta que se planteaba la doctrina era la del fin del derecho del trabajo, y la respuesta unánime se deja resumir en una palabra: la *protección* del trabajador (8). En los años setenta, el debate se desplaza y la pregunta «¿Para qué sirve?» agita los espíritus. Se pone en duda entonces el carácter puramente protector del derecho del trabajo, y el análisis de sus «funciones» conduce a subrayar el interés que el mismo ofrece también para los empresarios (9). Tales debates condujeron a afirmar la *ambivalencia* del derecho del trabajo: el mismo sirve a los trabajadores, pero también a los empresarios (10). En fin, los años ochenta han visto plantearse la pregunta «¿puede prescindirse de él?», la cual aparece en todos los debates relativos a la desregulación o a la flexibilidad, y que resumiría perfectamente el título, ya citado, del coloquio de Montpellier: «¿Hay que quemar el Código del Trabajo?» En realidad, nadie ha soñado seriamente con quemarlo, y menos aún los juristas, para los que es su medio de sustento. Pero estos debates han hecho surgir una nueva noción consensual: la de *equilibrio* (11), que se deja declinar en la invocación del necesario

(8) Ver P. DURAND, op. cit., t. 1, n.º 206, pág. 261; y, en el mismo sentido, J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, 1.ª ed., 1978, pág. 39.

(9) Ver B. EDELMAN, *La légalisation de la classe ouvrière*, Paris, C. Bourgois, 1978, 254 págs.

(10) Ver la contribución de A. JEAMMAUD a la obra colectiva *Le droit capitaliste du travail* (Grenoble, PUG, 1980, 3.ª parte: *Les fonctions du droit du travail*, págs. 149-254): «El papel eminente que (el derecho del trabajo) juega en la constitución y salvaguardia de los intereses capitalistas de producción obliga a relativizar su interés para los trabajadores, pero no autoriza a negarlo» (op. cit., pág. 254).

(11) Sobre esta problemática del equilibrio y de la transacción (ya presente en G. SCELLE, op. préc., pág. 13), ver F. EWALO, «Le droit du travail: une légalité sans droit», en *Dr. Soc.*, 1985,

La función reflejada
es una función de
derecho: estos por que
este lado es el
necesario a la protección

(¡siempre necesario!) equilibrio entre lo económico y lo social, la seguridad y la libertad, la eficacia y la equidad, lo individual y lo colectivo, etc.

Protección, ambivalencia, equilibrio: nociones bien útiles. Sobre todo la primera, que es, a decir verdad, la única que tiene un valor distintivo para el derecho del trabajo, puesto que las otras dos —ambivalencia y equilibrio— pueden aplicarse a cualquier rama del derecho, y nos enseñan, tan sólo, que el derecho del trabajo es parte integrante de aquél.

Pero lo más notable se encuentra en otra parte: en el hecho de que la razón de ser del derecho del trabajo se haya buscado siempre fuera del propio ordenamiento jurídico: en la moral o en la economía. No es que sea inconveniente adoptar esa perspectiva, pero, ¿no podría prestarse atención, en primer lugar, al ordenamiento jurídico? Así como una palabra sólo tiene sentido con respecto a las otras palabras de la lengua, del mismo modo el derecho del trabajo no tiene sentido jurídico sino con relación a las otras ramas del ordenamiento. La primera pregunta que habría que plantearse sería entonces: «¿Por qué el derecho del trabajo y no el derecho civil?»; en definitiva, «¿Por qué no el derecho civil?». Sólo después de haber evocado este problema de siempre, será posible abrir la puerta a las ciencias sociales para abordar los problemas del momento. Dicho sea de otro modo: las razones estructurales del derecho del trabajo (I) se examinarán antes que sus razones coyunturales (II).

I. RAZONES ESTRUCTURALES: ¿POR QUÉ NO EL DERECHO CIVIL?

La cuestión de las relaciones entre el derecho civil y el derecho del trabajo ha estado envenenada, durante largo tiempo, por un proceso de desconfianza. Del lado civilista, el derecho del trabajo se ha visto como un derecho de clase (12) —el de la clase obrera— que minaría la unidad del derecho civil y, por tanto, de la propia sociedad civil; mientras que, por la parte «laboralista», se alimentaba la sospecha inversa, según la cual el derecho civil sería un derecho de clase: el derecho de la clase capitalista (13). Algunos trabajos decisivos han permitido, si no cerrar, al menos hacer callar esta discusión,

págs. 723-728. Add. J. COURDOUAN y B. DOERFINGLER, «Avant-propos», en Las Actas cit. del coloquio «Le droit du travail, un droit vivant», en Dr. Soc., 1988, pág. 539).

(12) L. JOSSEMAN, «Sur la reconstitution d'un droit de classe», D. H. 1937, chr. 1.

(13) G. SCHELLE, op. cit., loc. cit.; G. LYON-CAEN, «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», en Rev. trim. dr. civ., 1974, págs. 229-248; A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise», Paris, LGDJ, 1973, 182 págs.

demostrando que el derecho civil no era, por naturaleza, desfavorable a los trabajadores (14). Pero entonces la pregunta es más apremiante: ¿Por qué el derecho civil no rige las relaciones de trabajo?

Inquieto por la pedagogía, yo abordaría este problema por medio de una imagen, y compararía las relaciones entre el derecho civil o, más exactamente, entre el derecho de obligaciones y el derecho del trabajo, a aquéllas que existen entre un coche y una nave. Su razón de ser es finalmente la misma (desplazarse), pero responden a imperativos diferentes (adaptarse a una superficie sólida en un caso, y líquida en el otro), si bien cabe observar entre ellos, a la vez, ciertas similitudes y enormes diferencias. Del mismo modo, el derecho civil y el derecho del trabajo tienen finalmente la misma razón de ser, que no es otra que «civilizar» las relaciones sociales (15), es decir, sustituir en ellas las relaciones de fuerza por relaciones de derecho. Pero, mientras que el derecho civil de las obligaciones evoluciona en un terreno sólido — el del sujeto de derecho, dueño de su cuerpo y de su voluntad —, éste falta en el trabajo dependiente, el cual comporta dos imperativos estructurales que el derecho de obligaciones es incapaz de satisfacer, y que lo convierten, por tanto, en inoperante: la objetivación del cuerpo humano y la subordinación de la voluntad (16). El derecho del trabajo procede justamente de estas dos preguntas difíciles:

- ¿Cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción?
- ¿Cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad del otro?

A. La constricción física

Si hay un principio fundamental del Estado de derecho —es decir, de una sociedad «civilizada»—, es el de la seguridad de las personas, el de la seguridad física. Pues bien, los conceptos del derecho civil se han mostrado incapaces de garantizar esta seguridad en la empresa, porque el derecho civil de obligaciones no puede regir una situación donde los individuos carecen del

(14) G. COUTURIER, «Les techniques civilistes et le droit du travail», D., 1975, Chr., 151-158 y 222-228. Add: Dr. soc., «Droit civil et droit du travail», núm. espec., mayo 1988.

(15) P. LEGENDRE nos recuerda que, «en el sentido histórico y más desconocido de este término, la civilización no es otra cosa que el imperio del derecho civil» (en *L'empire de la vérité*, Paris, Fayard, 1983, pág. 171). El sentido escapa, por ejemplo, a Norbert Elias, en «La civilisation des mœurs», trad. fr., Paris, Calmann-Lévy, 1973, 342 pág.

(16) Para una presentación de conjunto, ver *Le juge et le droit du travail*, Tesis Bordeaux-I, 1979, págs. 35-272.

dominio de sus cuerpos, donde éstos devienen una fuente de energía que se inserta en una organización material concebida por otro. «Hay que decir, escribía RIPERT (17), que el trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y que no hay allí el objeto posible de un contrato de derecho civil». El derecho del trabajo ha tenido por primer objeto suplir esta carencia del derecho civil de los contratos, y extender al interior de las empresas el principio de la seguridad de las personas.

¿Hace falta recordar aquí la amplitud de las disposiciones elaboradas con este fin? Desde luego, se piensa en primer lugar en las disposiciones que aseguran una protección técnica de los trabajadores, tales como las reglas alusivas a la higiene y a la seguridad, a la medicina del trabajo, a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales. Pero el alcance de esta idea de seguridad física es, en realidad, infinitamente más vasto, y se extiende a todas las reglas que conciernen a la salud (por ejemplo, las relativas a la limitación y ordenación del tiempo de trabajo, o a la enfermedad), la reproducción (protección de la maternidad), la vejez (discriminaciones por edad, jubilaciones, etc.), el sustento del cuerpo (problemas del mínimo y de la continuidad de los medios de subsistencia que han dominado el régimen jurídico de los salarios) (18), o su intimidad (reglas relativas a los registros, el test de alcohol, o la jurisprudencia relativa a las normas de indumentaria en la empresa) (19).

La idea de seguridad física

Esta idea de seguridad física ha estado, y permanece aún, en el corazón del derecho del trabajo. La misma aparece en el origen histórico de todos los derechos del trabajo europeos; en los sistemas más dominados por el abstencionismo estatal en la materia de las relaciones laborales, constituye la parte irreductible de un derecho del trabajo impuesto por el Estado: ella se encuentra, en fin, en el centro de la construcción del derecho social europeo, tal y como se observa, por ejemplo, en el Acta Unica (20). Idea central, pues, pero cuya importancia sigue desconociéndose a menudo, a juzgar, por ejemplo, por el débil espacio que ocupa la referencia a las necesidades cronobiológicas en los últimos debates acerca de la distribución del tiempo de trabajo en Francia.

(17) En «Les forces créatrices du droit», Paris, LGDJ, 1955, n. 109, pág. 275.
 (18) Ver Y. SAINT-JOURS, «Du salaire au revenu salarial», en Les transformations du droit du travail, Mélanges G. LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, págs. 317-330.
 (19) Ver B. TEYSSIE, «Personnes, entreprises et relations de travail», en Dr. soc. Droit civil et droit du travail, núm. espec. cit., 374-383; O. KUHNMUNCH, «Personnes, entreprises et relations de travail, éléments de jurisprudence», idem, 1988, 384-386; J. SAVATIER, «La liberté dans le travail», en Dr. Soc., «Liberté, égalité, fraternité et Droit du travail», núm. espec. cit., 49-58.
 (20) Art. 118A; Ver I. VACARIE, «Travail et santé: un tournant», en Les transformations du droit du travail, Mélanges G. LYON-CAEN, cit., págs. 331-348.

B. La subordinación de la voluntad

El derecho del trabajo procede igualmente de la incapacidad del derecho civil de las obligaciones por aprehender una relación dominada por la idea de subordinación de una persona a otra. Mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete. El compromiso manifiesta la libertad; la sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto *tout court*, sometido al poder normativo del empresario (21). El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de «civilizar» el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo —irreductible ambivalencia del derecho— una legalización y una limitación de dicho poder.

Puesto que se trata de civilizar las relaciones de trabajo, no es sorprendente que nos encontremos aquí técnicas provenientes del derecho civil, pero adaptadas a las exigencias de la subordinación. Al igual que en un buque encontramos un timón, que recuerda al volante, o una hélice, que recuerda a la rueda motriz, así también el derecho del trabajo adapta a los imperativos de la relación de trabajo ciertos conceptos que proceden del derecho civil, tales como los de contrato o acuerdo, de persona jurídica, de representación, etc... Pero también toma prestado de las ramas del derecho que regulan, como él, relaciones de poder: el derecho público (22) (desviación de poder), el derecho penal o derecho procesal (derechos de defensa) (23).

La principal llave de esta adaptación ha sido acordar un puesto a la dimensión colectiva en la definición de los derechos. Esta referencia a lo colectivo hará pensar inmediatamente en los conceptos jurídicos propios del derecho del trabajo, tales como el de empresa (y, en su órbita, los de establecimiento,

(21) Sobre esta noción, ver «Délegalisation, normalisation et droit du travail», en Dr. Soc., 1984, 296. El análisis jurídico es necesario y suficiente para caracterizar esta alteración de la calidad de sujeto de derecho, que no es —en el caso presente— una simple cuestión de hecho (en contra, ver J. CARBONNIER, «Sur les traces du non-sujet de droit», en Arch., t. 34, Paris, Sirey, 1989, 197-207, en especial págs. 201-202).

(22) J.-L. CROZAFON, L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail, Tesis, Paris-I, 1984.

(23) Ver las actas del coloquio «Les droits de la défense et le droit du travail», reproducidos en La Gazette du Palais, y en La semaine social de 24 de mayo de 1988, suplemento en el n. 410; cfr., en especial, la comunicación de J.-M. VERDIER relativa a los derechos de la defensa en interés de la empresa.

propio del derecho del trabajo sin haber verificado previamente que esta disposición responde a las exigencias propias de este último (25).

Hace falta, en efecto, resolverse a constatar que el derecho del trabajo se ha convertido en el derecho común de las relaciones de dependencia económica, en la medida en que posee una lógica propia que irradia a las otras ramas del derecho. Los conceptos forjados en su seno se han difundido en todas las situaciones jurídicas donde se encuentra esta idea de dependencia. La Seguridad Social (26), la función pública (27), el derecho rural (28), el derecho de los transportes (29), el derecho mercantil (30) y el propio derecho civil cuando debe regir relaciones desiguales (31), han tomado por su cuenta, para adaptarlo a sus propias exigencias, tal o cual concepto. Y la actualidad (32) muestra el dinamismo que las ideas de derecho sindical, de derecho de huelga, de negociación colectiva, incluso de renta mínima o garantizada, pueden adquirir en el seno de profesiones liberales —como los médicos o los abogados— hoy dilaceradas entre la afirmación de su independencia jurídica y la constatación de su dependencia económica y financiera con respecto al Estado o a la Seguridad Social.

El puesto que así ha adquirido el derecho del trabajo en nuestro sistema jurídico lo expone evidentemente, más que cualquier otro, a los cambios (33). Desde este punto de vista, la pregunta «¿Por qué un derecho del trabajo?», se plantea en términos diferentes, como un problema de actualidad: más allá

(25) En este sentido, J. LAROUE, *Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation*, en *Mélanges G.-H. CAMERLYNCK*, Paris, Dalloz, 1978, especialmente pág. 28.

(26) Cfr. J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Paris, Dalloz, 11.^a edic., n. 56 y págs. 140-141.

(27) Cfr. el reconocimiento por el Consejo de Estado de principios generales en los que «se inspira» el derecho del trabajo, como el de la protección de la maternidad (C.E. Ass. 8 juin 1973, Peynet, AJDA, 1973, 608, concl. GREVISSE) o de salario mínimo (C.E. 23 avril 1992, Ville de Toulouse, Rec. 152, concl. LATEBOULLE).

(28) Cfr. «L'élevage industriel face au droit du travail», en *Rev. dr. rural*, n. especial octubre-noviembre 1983, págs. 325-331.

(29) Cfr. E. EWALD, *L'accident nous attend au coin de la rue*, Paris, La Doc. fr., 1982, y del mismo autor, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, en especial pág. 437 s.

(30) Ver, por ejemplo, el estatuto de los representantes de comercio o el puesto decisivo del derecho del trabajo en la constitución de un derecho de los grupos empresas.

(31) Cfr. J. MESTRE, «L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats», intervención en el coloquio «Droit civil et droit du travail», en *Dr. Soc.*, 1988, 405; pueden consultarse siempre con provecho las tesis de G. BEAUZ sobre «Le contrat d'adhésion» (LGDJ, 2.^a ed., 1976) y de G. VIRASSAMY, «Sur les contrats de dépendance en droit privé» (LGDJ, 1986).

(32) Huelga de la ayuda judicial en los abogados, huelga de los médicos en el cuadro de la negociación del nuevo convenio con la Caisse Nationale d'Assurance Maladie. Add., para una visión general: G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, 208 págs.

(33) Ver Antoine LYON-CAEN, *Changement politique et changement du droit du travail*, en *Mélanges G. LYON-CAEN*, cit., págs. 1-10, y J.-E. RAY, *Mutation économique et droit du travail*, op. cit., págs. 11-31.

de sus razones estructurales, ¿cuáles son las razones coyunturales de tal derecho?

II. RAZONES COYUNTURALES: EL DERECHO DEL TRABAJO DE CARA AL CAMBIO

Para abordar los problemas de nuestros días, yo distinguiría los dos sentidos de la noción de derecho del trabajo: de una parte, el derecho del trabajo como conjunto de textos que rigen las relaciones de trabajo y, de otra, el derecho del trabajo como ciencia de dichos textos. La pregunta «¿Por qué un derecho del trabajo?» se desdobra entonces, y conduce a interrogarse no sólo a qué pueden servir dichos textos, sino también a qué puede servir esta ciencia de los textos. Es difícil no pronunciarse acerca de tales cuestiones, es decir, no privilegiar ciertas respuestas posibles. Tomando partido con bastante claridad, para facilitar una eventual refutación, yo avanzaría que si el derecho del trabajo —como «ciencia» de los textos— puede servir para analizar el cambio, el derecho del trabajo —como práctica de los textos y, de modo singular, como práctica judicial— debe servir para dominarlo.

A. Ciencia de los textos y análisis del cambio

Excelentes escritos han analizado las «tareas» o las «funciones» de la doctrina, en especial en el derecho del trabajo (34). Yendo a lo esencial, dichos análisis tratan de las diversas facetas del conocimiento del fenómeno jurídico, y ponen, naturalmente, el acento en el rol que juega la doctrina en el interior del ordenamiento jurídico (35). Así, no es útil volver a ellas aquí, y yo quisiera más bien poner de relieve un interés marginal de la ciencia de los textos, que es el de contribuir a la comprensión de aquello de que nos hablan los textos; dicho de otro modo, de darnos una visión no enmascarada del cambio económico y social. Marginal, sin duda, esta perspectiva, que restituye al derecho su dimensión cultural, puede referirse a precedentes ilustres en la doctrina francesa (36).

(34) P. DURAND, «La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé», en D., 1956, Chr. 73; CH. ATIAS, «Progrès du droit et progrès de la science du droit», en Rev. Trim. dr. civ., 1983, 696; J.-C. JAVILLIER y PH. AUVERGNON, «Elements pour un bilan sur la recherche en droit du travail», en Dr. Soc., 1985, 211; G. COUTOURIER, (Pour) la doctrine, en «Les transformations du droit du travail», Mélanges G. LYON-CAEN, cit., págs. 221-242.

(35) Ver, por ejemplo, G. COUTOURIER (art. cit., n. 7 s., pág. 226 s), que distingue las funciones de conocimiento de las reglas, de recepción de las reglas y, en fin, de controversia, es decir, de argumentación y de razonamiento.

(36) Sin remontarse a Montesquieu o Portalis, baste con evocar aquí el nombre de RIPERT, o el del decano CARBONNIER, cuyas obras dan a ver, más allá del fenómeno jurídico, las sociedades en que se inserta este fenómeno.

Hablar de «cambio» —noción ambivalente donde las haya— equivale a decir, en términos menos rebuscados que los que MONTAIGNE empleó, que «el mundo es un bamboleo permanente». Quedan por caracterizar, por definir, los bamboleos de nuestros días. Tal es el problema que el derecho del trabajo, como ciencia de los textos, puede contribuir a plantear convenientemente. Por la posición estructural que ocupa, en el cruce de lo individual y lo colectivo, de lo físico y de lo mental, de lo económico y lo social, el derecho del trabajo da del cambio una visión que no sería conveniente desconocer.

Si realizamos un análisis hoy, observamos con un poco de atención tres aspectos esenciales, tres «tendencias fuertes» de nuestra sociedad: tendencias a la individualización, a la desconcentración y a la dualización (37).

En el *dossier* de la *individualización* (38) incluimos: la diversificación de las formas jurídicas del empleo, la revalorización del contrato individual de trabajo, el principio de no discriminación por razón de sexo, la flexibilización de la organización de la jornada de trabajo (así como de la vida de trabajo: prohibición de las cláusulas-guillotina en materia de jubilación), el derecho de expresión, los derechos a un permiso individual (permisos sabáticos para creación de una empresa, parental de educación, de formación, etc.), el derecho de conversión, el derecho de jubilación, etc.

En el *dossier* de la *desconcentración* incluimos: de una parte, los signos de una tendencia a la descentralización (desarrollo del derecho convencional y de los acuerdos de empresa, puesta en tela de juicio de la noción de orden público social) y, de otra parte, los de una tendencia inversa, a la internacionalización (39) [emergencia del derecho social europeo (40), del derecho de grupos].

(37) Este desarrollo retoma las grandes líneas de un trabajo comparado llevado a cabo en común actualmente con los profesores U. MUCKENBERGER (HWP, Hamburgo) y B. BERCUSSON (IUE, Florencia).

(38) Desde un ángulo jurídico, por individualización puede entenderse la atribución de derechos individuales independientemente de la pertenencia a una colectividad o a una institución determinada. Desde este punto de vista, debería distinguirse de la «subjetivación», que consiste en reconocer derechos individuales en el marco de una colectividad o una institución (es decir, aprehender al trabajador como un sujeto de derecho en la empresa). Noción diferente de la «objetivación», que consiste en tratar al individuo como un simple objeto de derecho, como una pieza enteramente subordinada a una estructura institucional.

(39) Ver X. BLANC-JOUVAN, L'internationalisation des rapports de travail, Mélanges G. LYON-CAEN, cit., págs. 67-82; J.-M. VERDIER, L'apport des normes de l'OIT au droit du travail français, op. cit., págs. 51-65.

(40) Ver P. RODIERE, Construction européenne et droit du travail, Mélanges G. LYON-CAEN, cit., págs. 33-49.

En el *dossier* de la dualización, encontramos los fragmentos de un derecho del trabajo del «segundo tipo» que prospera a la sombra del antiguo: contratos de duración determinada, trabajo temporal, trabajo a tiempo parcial, intermitente, formas jurídicas de entrada en el trabajo (multitud de *stages* y de contratos del tipo «empleo-formación»), prestación de la mano de obra, etc. Del segundo tipo, porque la mayor parte de las nociones fundamentales del derecho del trabajo (empresario, empresa, representación, huelga, incluso la noción misma del trabajador) quiebran en él.

Por lo demás, dichas tendencias no sólo se observan en el derecho del trabajo: así, por ejemplo, la individualización puede apreciarse también en el derecho de familia (41); la desconcentración en el derecho público (42), y la dualización en el derecho de la seguridad o de la asistencia social (43).

Sin duda, estas tendencias se han observado en otras partes, en economía o en sociología (44). Pero el análisis jurídico puede permitir precisar el sentido y el alcance de las mismas. Por ejemplo, demostrando cómo, tras los discursos que magnifican la emancipación del individuo por medio del contrato, el vínculo jurídico se transforma y teje nuevas formas de reagrupación y de constricciones sociales (45). Así pues, el derecho del trabajo permite analizar y comprender mejor los cambios que, a la vez, expresa e imprime. A los ojos del simple observador, eso bastaría para justificar el interés del mismo. Pero los que practican el derecho del trabajo corren el riesgo de no satisfacerse con un interés tan especulativo. Los magistrados, en particular, no pueden contentarse con observar, pues ellos tienen el poder y la misión de decidir. Para ellos, la cuestión esencial es saber si la práctica de los textos permite dominar los cambios así observados.

(41) Por ejemplo, en la liberalización del divorcio, en la equiparación de los derechos patrimoniales de los esposos, en la evolución que va del poder paterno a la autoridad parental, en la liberalización del derecho de la filiación, en los derechos reconocidos a los concubinos, etc. Todas estas disposiciones jurídicas tienden a emancipar al individuo de la institución familiar entendida como cuadro jurídico inderogable.

(42) Leyes de descentralización de un lado, integración europea de otro.

(43) Ver actas del coloquio de Nantes, *Les sans-emploi et la loi*, Quimper, Calligrammes, 1987, 228 págs.; J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Paris, Dalloz, 11.^a ed., 1988, n. 89-5 s; E. ALPHANDARI (dir.), «L'insertion», *Rev. de dr. sanit. et soc.*, n. especial, Paris, Sirey, 1989.

(44) Ver, por ejemplo, los análisis magistrales de M. VERRÉT, *La culture ouvrière*, Saint-Sébastien, ed. ACL, 1988, 296 págs. y, del mismo autor, «Où en est la culture ouvrière aujourd'hui?», en *Sociologie du travail*, 1989, n. 1, págs. 125 s. Ver también A. GORZ, *Métamorphoses du travail, Quête du sens*, Paris, Galilée, 1988, 303 págs.; y el punto de vista económico de A. D'IRIBARNE, *Compétitivité, défi social, enjeu éducatif*, Paris, Ed. CNRS, 1989, 287 págs.

(45) Cfr. «Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise», *Dr. Soc.*, 1989, 195-205, en especial pág. 203.

B. Práctica de los textos y dominio del cambio

Cada una de las grandes tendencias que revela el estudio de los textos es portadora, a la vez, de lo mejor y de lo peor, y puede considerarse ya como una oportunidad, ya como un riesgo (46).

La tendencia a la individualización puede analizarse, por ejemplo, como la oportunidad para una liberación de las coacciones que el grupo ejerce sobre el individuo; dicho de otro modo, como un factor de liberación y de responsabilización. En lugar de que la organización de su tiempo (47), sus esperanzas de ganancia, la expresión de sus opiniones, sean llevadas a cabo o definidas de forma colectiva (por el Estado, el empresario o el sindicato), el trabajador mismo se convertiría en el artesano de estos diferentes aspectos de su vida profesional.

Pero puede verse en la individualización, por el contrario, el riesgo de una reducción de la protección del individuo por el grupo o, dicho de otro modo, un factor de desorganización. Mientras que la definición colectiva de las reglas que rigen la relación de trabajo daba a cada trabajador títulos jurídicos que el mismo podía oponer al empresario, la individualización se reduciría a un desmantelamiento de esos derechos que hunden su raíz en lo colectivo. La tierra prometida del individuo dueño de su destino, no será accesible, en efecto, más que al pequeño número de trabajadores capaces de dar un contenido concreto a estos derechos individuales. Para todos los demás, la retirada de las protecciones colectivas dejará el puesto a nuevas formas de normalización y de explotación (dentro y fuera de la empresa) (48). Más generalmente, puede conjeturarse que la función de integración económica y social que siempre ha cumplido el derecho del trabajo tiende a no jugar más que en beneficio de una parte de los trabajadores, mientras que para la otra parte este derecho se ha convertido en un factor suplementario de exclusión.

(46) Ver U. MUCKENBERGER y S. DEAKIN, *From deregulation to an European floor of rights: Labour Law, Ilexibilisation and the European single Market*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits und Socialrecht*, Heidelberg, Müller, julio/sept. 1989, págs. 153-256. H. HABERMAS lo llama el estado de «nueva incertidumbre», en *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985.

(47) Tiempo de trabajo, pero también tiempo de la formación, de la jubilación, de la educación de los hijos, etc.

(48) En efecto, la individualización va a la par con una tendencia a la estandarización de los modelos culturales, favorecida en especial por los medios de comunicación. La descomposición de los grupos intermedios deja el puesto libre a los valores y representaciones (esencialmente las de la esfera mercantil, porque el mercado se convierte en la única referencia común) que pretenden la universalidad, y se imponen tanto más fácilmente a los individuos cuanto éstos no pueden oponerles valores propios de su grupo de socialización. Este fenómeno es perceptible, por ejemplo, en la crisis de las relaciones de trabajo en el sector público (ver «La crise de l'esprit de service public», en *Dr. Soc.*, 1989, 777).

Ahora bien, el juez desempeña un rol esencial.

A decir verdad, ha jugado siempre un papel capital en la construcción del derecho del trabajo, ora como motor, ora como ancla flotante, haciéndolo avanzar y limitando sus derivas. Así, se le debe —en desorden— el principio de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad e higiene (49), la técnica de la suspensión del contrato de trabajo (50), la noción de unidad económica y social (51), la técnica de la recalificación de los contratos precarios sucesivos (52).

Va a jugar un rol decisivo en las evoluciones futuras, y de él puede esperarse también lo mejor y lo peor.

¡Desde luego, en la jurisprudencia francesa, lo peor es excepcional! Pero, aun así, he aquí un ejemplo. Se trata de estos trabajadores del segundo tipo que trabajan en las empresas de prestación de servicio (restauración, jardinería, limpieza, etc.), de estos trabajadores para los que los derechos colectivos se hallan, poco más o menos, vacíos de sentido, porque trabajan *de facto* para un empresario que no es el suyo *de jure*, de estos trabajadores, en fin, que constituyen el tipo mismo de la mano de obra exteriorizada y barata, y que no conocen más que los malos aspectos de la individualización y la dualización. Estos trabajadores tenían una protección y una sola: la jurisprudencia llamada «*Laving-glace*» (53), que evitaba que la concurrencia entre las empresas que prestaban servicios no se jugase principalmente sobre los bajos salarios y la explotación de la mano de obra (54). La Corte de Casación les ha privado de esta única protección [jurisprudencia «*Nettoitout*» (55)], bajo la

(49) Crim., 26 août 1859, S. 1859, I, 973.

(50) Ver J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Tesis Lyon, 1979, Paris, Sirey, 1980.

(51) Ver R. DE LESTANG, «La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes», en *Dr. Soc.*, 1979, 5.

(52) Ver G. H. CAMERLYNCK, «Le contrat de travail», en *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 2.^a ed., 1982, n. 624, p. 642. Ver, recientemente, en la línea de esta jurisprudencia: *Soc.*, 20 déc. 1988, *Dr. Soc.*, 1989, 300 s., art. G. PULAIN, *Le travail intermittent par conclusion de contrats a durée déterminée*.

(53) Entre las numerosas sentencias, ver *Soc.*, 5 déc. 1974, B. Civ. V., n. 592, pág. 553; *Soc.*, 24 nov. 1976, B. civ. V., n. 616, pág. 500; *Soc.* 8 et 30 nov. 1978, D., 1979, J. 277, nota crítica de J. PELISSIER.

(54) Cfr. «Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise», en *Rev. trim. dr. com.*, 1985, espec. nota 67, pág. 632.

(55) Cass. Ass. plén. 15 nov. 1985, dos sentencias: «*Nettoitout*» *Gaz. Pal.* 1986, I, 38, nota de M. RAYROUX y «*Nova*», *Dr. Soc.*, 1986, concl. G. PICCA y nota de G. COUTOURIER; *Soc.* 12 juin 1986, «*Desquenue et Giral*», *Dr. Soc.*, 1986, 605 s, concl. G. PICCA; sobre este cambio, ver G. H. CAMERLYNCK y M.-A. MOREAU-BOURLES, «Le contrat de travail, en tratado cit., puesta al día 1988, n. 104, pág. 46 s.; H. BLAISE, «Les modifications dans la personne de l'employeur; l'art. L. 122-12 dans la tourmente», en *Dr. Soc.*, 1986, 83; Arnaud LYON-CAEN, «A propos de l'arrêt *Desquenue et Giral*», en *Dr. Soc.*, 1986, 848.

presión de una argumentación económica cuyo carácter se demostraría posteriormente, por lo menos, aproximativo. El desmentido que a tal argumentación han dado los propios actores sociales (56) y, después, la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (57), permiten esperar que la Corte de Casación reformará pronto esta jurisprudencia «Nettoitout» (58), que se parece a lo que J.-J. DUPEYROUX ha llamado «l'effet Matthieu» en el derecho de la Seguridad Social (59): a los que no tienen nada, se les priva incluso de lo que poseen...

Los ejemplos de lo mejor son evidentemente mucho más fáciles de encontrar, pues son mucho más numerosos. Yo me limitaría a dos de ellos; ambos conciernen al proceso de individualización.

El primero es el relativo a la calificación del contrato de trabajo. Como se sabe, una de las formas prácticas de individualización para ciertas empresas consiste en transformar sus propios trabajadores en empresarios subcontratistas; el interés de la operación estriba, desde luego, en excluir del campo de aplicación del derecho del trabajo a los trabajadores así «establecidos por su cuenta». Tanto la Sala de lo Social como la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, se muestran, en tal hipótesis, de una firmeza similar. Su jurisprudencia se atiene al principio, recientemente afirmado por la Asamblea plenaria, según el cual «la sola voluntad de las partes (es) ineficaz para sustraer al interesado del estatuto social que proviene necesariamente de las condiciones de cumplimiento de su trabajo» (60). No se subrayará nunca bastante la importancia de esta jurisprudencia: la calificación del contrato de trabajo es un cerrojo que el juez no podría abrir sin correr el riesgo de precipitar fuera de toda protección a miles de trabajadores.

(56) Ver las actas convencionales adoptadas en la restauración de las colectividades locales (acuerdo de 28 de febrero 1986, reglamento de extensión de 6 junio 1986, publicado en el Boletín Oficial del 7), en la manutención ferroviaria (acuerdo de 24 de febrero 1986, reglamento de extensión de 13 mayo 1986, publicado en el Boletín Oficial del 23) y en la limpieza de locales (acuerdo de 4 abril 1986, reglamento de extensión de 17 junio 1986, publicado en el Boletín Oficial del 22); sobre estos diferentes acuerdos, ver J. BLAISE, art. cit., Dr. Soc., 1986, pág. 842 s.

(57) TJCE, 10 febrero 1988 (Federación danesa de contra maestres), Dr. Soc., 1988, 455, concl. M. DARMON, nota G. COUTURIER; TJCE, 15 junio 1988 (Bork), asunto n. 101/87; sobre la incidencia de dicha jurisprudencia europea, ver G. COUTURIER, «Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise», en Dr. Soc., 1989, 557.

(58) Esta esperanza ha acabado de colmarse con el último cambio de jurisprudencia: Cass., Ass. Plein, 16 mars 1990, publicada en el número de mayo de esta revista.

(59) Droit de la Sécurité sociale, op. cit., n. 84, 117 s y 173-1, 315.

(60) Ass. plén., 4 mars 1983, D., 1983, J. 381, concl. CABANNES; ver en el mismo sentido, Crim. 29 oct. 1985, juri-social 1986, F2; Soc. 19 juil. 1988, B. civ. V, n. 478; para una visión de conjunto de la cuestión, ver la tesis de Th. AUBERT-MONTPEYSSSEN, Subordination juridique et relation de travail, Toulouse, ed. del CNRS, 1988; add. A. JEAMMAUD, Les polyvalences du contrat de travail, en Mélanges G. LYON-CAEN, cit., pág. 299 s.

El segundo ejemplo es el de la jurisprudencia *Raquin*, relativa a la modificación del contrato de trabajo (61). Aquí se da también el proceso de individualización, puesto que se trata de volver a dar vigor a las estipulaciones del contrato individual. Una parte de los trabajos de este coloquio debe consagrarse a los desarrollos de esta nueva jurisprudencia, y no dudo que resaltarán las dificultades técnicas que puede plantear (62). Así, no es inútil recordar aquí que la sentencia *Raquin* ha consagrado una solución de buen sentido, que la doctrina invocaba desde hace mucho tiempo. Esta solución no prohíbe el cambio en la empresa, puesto que deja libre al empresario para decidir las modificaciones sustanciales del contrato. Pero le obliga a tratar al trabajador como a un verdadero sujeto de derecho, consultándole sobre esta modificación para recoger su asentimiento expreso, o bien un rechazo que conducirá a iniciar un procedimiento de despido, o bien todavía a negociar con él las condiciones de esta modificación.

El equilibrio que lleva a cabo, de este modo, la sentencia *Raquin* entre las coacciones colectivas inherentes a la vida de la empresa y el respeto debido a los individuos, no es sensiblemente diferente del que acaba de definir el Tribunal Constitucional a propósito del ejercicio sindical de acciones individuales, al exigir que se recoja el acuerdo expreso de los trabajadores afectados (63). En los dos casos, se trata de tratar al trabajador como a un verdadero sujeto de derecho, pero en condiciones que preserven las necesarias prerrogativas del empresario y del sindicato.

Los problemas del momento convergen así con los problemas de siempre, y yo quisiera concluir en este punto. El rol del juez no es el de aplicar las leyes reales o supuestas de la economía; es el de aplicar las leyes y sólo las leyes. Y si ha de acompañar y favorecer los cambios de la sociedad en la que vive, debe vigilar para que las relaciones de trabajo continúen bajo el imperio del derecho, es decir, y de modo conciso, para que continúen siendo relaciones civilizadas.

(61) Soc. 8 oct. 1987, Dr. Soc., 1988, 138, nota J. SAVATIER; D., 1988, J. 58, nota Y. SAINT-JOURS; Juri-Social déc. 1987, 41, obs. A. LYON-CAEN.

(62) ¡Una buena parte de estas dificultades resulta del efecto retroactivo de todo cambio jurisprudencial, problema que excede evidentemente la sola jurisprudencia *RAQUIN*, y que no puede constituir, por tanto, un buen argumento con respecto a ella!

(63) C. const. 25 juillet 1989, cit.