

CONTRATACIÓN PRECARIA

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Contexto del fenómeno. III. El problema conceptual. IV. Tipología. V. Amplitud del fenómeno. VI. Las fuentes formales. VII. Efectos. VIII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

Buena parte de la evolución del derecho del trabajo puede ser vista (por lo menos a nivel legislativo) como una búsqueda por regular situaciones que teniendo una existencia real se pretende darles una existencia formal, intentando de este modo aprehender hechos o actos que escapaban, primero al derecho común y después al derecho común del trabajo. Tal ha sido una de las tareas de la normatividad laboral en su afán por extender su campo de aplicación cada día más cuestionado y a veces restringido.

Es dentro de este panorama que deben ser vistas algunas novedades que han hecho su aparición, sobre todo en cuanto a la forma como las normas laborales se han venido aplicando en los últimos años. Así, en materia de derecho individual del trabajo, diferentes situaciones trascendentales en términos cualitativos han empezado a crecer cuantitativamente. Este tipo de fenómenos plantea diversos problemas que tienen que ver con las dificultades que enfrenta una legislación que fue concebida para regular otro tipo de contexto laboral, lo cual permite una inexacta o inexistente aplicación de la misma.

En materia de contratación individual un fenómeno ha hecho su irrupción: el uso intensivo y extensivo de tipos de contratos considerados como excepcionales en la mayoría de las legislaciones (no sólo latinoamericanas), y que al crecer su número ha empezado a cuestionarse ese carácter de excepción con que aparecen en las leyes o códigos laborales. Tal es el caso de la contratación precaria.

El analizar este fenómeno, así como medir sus efectos, no constituye tan sólo un ejercicio teórico sin trascendencia práctica y su justificación radica en el hecho de que estamos ante un ejemplo de las transformaciones más importantes que se están operando en el derecho del trabajo contemporáneo.

Resulta necesario precisar que el estudio del derecho laboral tradicionalmente ha considerado y aceptado como válidos algunos presupuestos; uno de los más importantes es el que se refiere a una cierta concepción de la evolución histórica de la disciplina laboral, el cual parte de la idea que el derecho del trabajo nació influido por el deseo de dar una cierta protección a los trabajadores a través del reconocimiento de normas que escapasen y, a veces, se opusieran al derecho común. Así, su estructuración culminó con el reconocimiento de ciertos principios que constituyen los pilares de esta nueva rama del derecho.

Estas notas intentan —teniendo como referencia esta visión— demostrar la hipótesis según la cual la contratación precaria afecta algunos principios del derecho del trabajo en la medida que rescata ciertos principios emanados del derecho civil, permitiendo de este modo cuestionar aquella concepción del desarrollo de la disciplina laboral.

De ser cierta esta hipótesis, la contratación precaria podría ser calificada, por dos razones, como un mecanismo de desprotección de los trabajadores: una, por limitar o excluir la aplicación de las normas laborales (por definición consideradas como protectoras del trabajador), y dos, por permitir la aplicación de principios propios al derecho civil (concretamente en materia de contratación), el cual sólo ve en las partes dos contratantes anónimos, con abstracción de su condición económica y social, sin importar si se trata de un trabajador y un empleador.¹ Bajo esta perspectiva, el renacimiento del derecho civil en el ámbito laboral, no sólo sería un factor de desequilibrio sino una forma de favorecer a una de las partes.²

II. CONTEXTO DEL FENÓMENO

Los años ochenta se presentaron difíciles en materia económica, particularmente para las economías latinoamericanas. Inmersos en un contexto de reestructuración y reacomodo de los términos de intercambio a nivel mundial, los países de América Latina vieron mermados sus ingresos, entre otras razones por la baja de los precios de los produc-

¹ Cfr. Dupeyroux, Jean-Jacques, "Droit civil et droit du travail: l'impasse", *Droit Social*, París, núm. especial, núm. 5, mayo de 1988, p. 371.

² Cfr. Lyon-Caen, G., "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, t. LXXII, enero-marzo de 1974, p. 231.

Cfr. Castrillo Santos, Juan, "Autonomía y heteronomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. II, fasc. II, abril-junio de 1959, p. 568.

tos que constituyen la base del intercambio en el cual participan (esta situación fue más sensible para aquellos países productores de materias primas como azúcar, petróleo, etcétera). Esta situación planteó para las empresas la necesidad de realizar cambios que garantizaran la rentabilidad de las mismas y con ello su subsistencia. Estos cambios se operarían en dos vertientes: a nivel macroeconómico y a nivel microeconómico.

Desde una perspectiva macroeconómica, cabe destacar varios fenómenos: por un lado surgió la necesidad de revisar y, a veces, reacomodar la participación del Estado en la economía. Esta reflexión se tradujo muchas ocasiones (como en el caso de México) en una importante transferencia de capital del sector público al sector privado, movimientos que en muchos casos tuvieron motivaciones externas de las instancias financieras internacionales acreedoras de los países fuertemente endeudados. Otro fenómeno fue la desaparición de empresas que ante la ausencia de demanda tuvieron que cerrar sus puertas, agudizando de este modo el ya deteriorado mercado de trabajo, lo cual aparecería como un elemento más en favor del fortalecimiento de fenómenos como el desempleo y del sector no estructurado o sector informal. Este tipo de problemas aparecen más agudos en países como los latinoamericanos, en razón de la inexistencia o insuficiencia de servicios para asistir y proteger a las personas sin empleo.

Desde un punto de vista microeconómico, varias situaciones dan cuenta del ambiente de transformación en que se vieron inmersas las empresas; por ejemplo, en el aspecto técnico se ha constatado que los "viejos modos de producir" fordistas y tayloristas eran obsoletos, planteando la insuficiencia de modelos de desarrollo como el kelseniano.³ Esta situación puso en evidencia la necesidad de establecer nuevas formas de organización de los procesos de trabajo; en este sentido, estas variaciones recientes serían un terreno fértil para los nuevos enfoques de la sociología del trabajo.

Para algunos especialistas en materia económica, todos estos cambios constituían una manifestación de propuestas de organización económica calificadas como "neoliberales".⁴ El régimen jurídico, concretamente

³ Cfr. Freyssinet, Jacques, "Nouvelles formes d'emplois et précarité: comparaisons internationales", *Droit Social*, París, núm. 4, abril de 1989, p. 297.

⁴ Este "nuevo liberalismo" habría que definirlo y precisar sus alcances; se trata, tal vez, de propuestas que han existido desde mucho tiempo atrás, solamente que hoy día la crisis económica nos las ha mostrado de una manera más nítida. Sin embargo, ésta es por ahora una hipótesis cuya comprobación sería objeto de otra investigación.

el derecho del trabajo, no permanecería ajeno a estos fenómenos; su aplicación, así como sus propuestas de modificación, estarían orientadas a alejarse de la "legislación laboral tradicional" tachándola de rígida y desadaptada a una nueva realidad. Bajo este panorama, y en materia de contratación individual de los trabajadores, empezaron a tener importancia cuantitativa diversos tipos de contratos considerados hasta entonces por la ley como excepciones. En el presente trabajo, este tipo de contratos han sido agrupados bajo el término de "contratación precaria" y constituyen el objeto de análisis del mismo.

III. EL PROBLEMA CONCEPTUAL

Este contexto permitió acostumbrarse en poco tiempo a escuchar términos que sin tener un contenido jurídico preciso se usan para dar cuenta de fenómenos que alteran el sistema jurídico laboral. Así pues, se asistió a la aparición de términos que serían una especie de "inmigrantes clandestinos" que a pesar de provenir de otras ciencias sociales (como la sociología, la economía o la gestión empresarial) o de otras ramas del derecho (como el derecho penal), hoy día forman parte del lenguaje de los laboristas y se aceptan como propios sin saber exactamente qué significan.

Ejemplos de este tipo son los términos de "trabajo típico y trabajo atípico",⁵ "atipicidad",⁶ "flexibilidad",⁷ "modernización",⁸ "crisis",⁹ "sector no estructurado", sector informal, economía sumergida, econo-

⁵ Este término fue acuñado como un deseo por distinguir aquello que ha sido tipificado (usando el término penalista) o contemplado por alguna norma legal de aquello que no lo ha sido.

⁶ Como aquello que tiene la "cualidad" de ser atípico.

⁷ Término "polisémico" con el cual se ha querido identificar la tendencia o evolución hacia la modificación de las normas laborales hoy en vigor. Este término tiene como referencia una concepción de la normatividad jurídico-laboral, según la cual dicha normatividad presenta una cierta rigidez, que imposibilitaría su adaptación a nuevas situaciones; rigidez que, a nuestro juicio, no ha sido aún clara y ampliamente demostrada. Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo, "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo", *Octavo Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones Industriales*, Bruselas, 4-8 de septiembre de 1989, mimeo, p. 1.

⁸ Dentro del contexto de la evolución jurídico-laboral reciente, la idea de "modernidad" aparece como el argumento extrajurídico y no definido que justifica cualquier intento de modificación de las normas.

⁹ Con este término se ha querido identificar la situación que plantea la inadecuación de la norma con la realidad, una realidad que cada vez aparece más alejada de aquélla.

mía subterránea o sectores de población "inadecuadamente empleados",¹⁰ etcétera. Resulta conveniente precisar que de cualquier manera este desorden conceptual pretende dar cuenta de por lo menos tres fenómenos:

Uno: la creciente importancia cuantitativa de trabajos que escapan a la reglamentación laboral.

Dos: el aumento de las contrataciones individuales y excepcionales ya contempladas en la normatividad laboral.

Tres: las dificultades que enfrenta actualmente la aplicación de normas y principios del derecho laboral en una realidad que cada día le es más ajena.

En este trabajo se ha utilizado la expresión "contratación precaria" no con el fin de participar en la creatividad conceptual, sino como una manera de utilizar expresiones encaminadas a apoyar la argumentación de una posición respecto del problema analizado.¹¹

Desde una perspectiva civilista, estos fenómenos no son más que esbozos de un surgimiento de ideas, principios y técnicas que le son propios. Para el derecho civil se trataría de espacios que le habían sido usurpados y desplazados por el derecho del trabajo.

Esta situación aparece, a veces, como un redescubrimiento del derecho común como fuente originaria reguladora de las relaciones sociales entre las cuales se encuentran las relaciones de trabajador-empleador, históricamente negada por el derecho del trabajo.¹²

¹⁰ Es cierto que en otras áreas del conocimiento difícilmente podría aceptar que estos términos sean presentados como sinónimos; sin embargo, para el derecho laboral se trata de grupos que escapan a su normatividad, o son desconocidos por ésta.

¹¹ Esta expresión ha sido utilizada en reiteradas ocasiones por los laboristas, aunque a veces sin precisar su significado; ver, por ejemplo, los trabajos del primer Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Gobierno del Estado de Puebla, Puebla, México, 1987.

En este orden de ideas, se usó el término "contrato" porque, en las situaciones aquí analizadas, se trata sobre todo de casos donde hubo un contrato escrito, y es precisamente en las normas sobre la formación de los contratos donde se ubican la mayor parte de las ideas aquí expuestas.

Por otra parte, se usó el término "precaria", ya que con ello se ha querido poner de manifiesto que este tipo de contratación al disminuir la protección de los trabajadores, *precariza* de ese modo su situación como tales.

¹² La discusión sobre las relaciones entre el derecho civil y el derecho del trabajo ha sido objeto de amplios estudios en Europa; ver, por ejemplo, los trabajos presentados en el Coloquio organizado por la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Montpellier, Francia, el 18 de marzo de 1988: "Droit civil et droit du travail", *Droit Social*, *cit.*, nota I. Sin embargo, en América Latina se parte de la idea que el derecho laboral nació como una especie de contraderecho frente al

Desde una perspectiva laboralista, estamos en presencia de un doble debilitamiento del derecho laboral: Uno externo, expresado en términos de las restricciones de su campo de aplicación personal; así, la irrupción de formas de empleo en las cuales cada vez es más difícil identificar los elementos clásicos de la relación de trabajo (la prestación de un trabajo personal, trabajador, patrón, salario, subordinación), donde la ausencia de alguno de ellos excluye la posible aplicación de las normas laborales. Por otro lado, hay un debilitamiento interno, en la medida que el esquema de los tipos de contratación (el cual considera a la duración indeterminada como un principio base en la materia) es alterado al aumentar las excepciones, poniendo en entredicho la regla.

IV. TIPOLOGÍA

La diversidad de situaciones que podrían quedar incluidas en el concepto de contratación precaria plantea serias dificultades para su sistematización; sin embargo, existen algunos intentos por elaborar una tipología de ellas. Entre los más importantes esfuerzos realizados en este sentido, cabe destacar los de la doctora Yota Kravaritou y los del doctor Efrén Córdova.

La doctora Kravaritou, al analizar la situación de las nuevas formas de empleo en Europa, distingue aquellas formas de empleo precario bajo contrato de trabajo (diferenciado o de tipo particular y nuevo), de aquellas sin contrato de trabajo (*stages*, trabajos independientes, trabajo negro y clandestino). Dentro del primer grupo quedarían incluidos aquellos casos de contratos de duración determinada y sus variantes. (en cuanto a la limitación del tiempo de duración, por un trabajo limitado, o por un término limitado, así como aquellos casos de empleo-formación, de aprendizaje y los de reinserción de los desempleados); mientras que en el segundo grupo se incluirán toda clase de *stages*

derecho civil y se presenta entonces como un derecho autónomo respecto de éste. Cfr. Trueba Urbina, A. y Trueba Barrera, J., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, 59a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 31. En ese sentido el debate sobre las relaciones entre ambas ramas del derecho es visto como algo carente de sentido. Esta idea es reforzada muchas veces por las legislaciones, las cuales asignan un carácter secundario al derecho civil en tanto que fuentes del derecho laboral (es el caso de Brasil, Costa Rica y Colombia) y a veces por la jurisprudencia, la cual, como en México, ratifica que "... el derecho común no tiene el carácter de fuente supletoria del derecho del trabajo...". Cfr. A. D. 4486/77 Pablo Ceballos López y otro, 27 de marzo de 1978. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 109-114, 5a. parte, p. 20.

de formación profesional y de iniciación a la vida profesional, los independientes, trabajos a domicilio, etcétera.¹³

Por su parte, el doctor Córdova distingue tres grandes grupos de actividades atípicas.

a) El contrato atípico propiamente dicho, que a su vez puede tener que ver con la duración del vínculo contractual (el de término fijo, de duración determinada, obra determinada, el de temporada, el eventual, el intermitente, el de sustitución temporal de otro trabajador, etcétera), el tiempo de trabajo (el de tiempo parcial o jornada reducida, de relevo) y el lugar de trabajo (como el trabajo a domicilio) o la existencia de una pluralidad de empleadores (es el caso de la subcontratación).¹⁴

b) El trabajo por cuenta propia, que al excluir la existencia de una relación de empleo legal, queda al margen de las normas laborales.

c) El trabajo clandestino, cuyas dificultades de identificación problematizan la aplicación de la ley.¹⁵

Como quiera que sea, cualquier tipología jurídica sobre el tema tiene que distinguir aquello respecto de lo cual existe alguna reglamentación laboral de lo que escapa a la misma. Los casos específicos de este último grupo son variados, sin embargo, su análisis jurídico difícilmente podrá presentar otro carácter que no sea especulativo; lo cual resulta lógico en razón de las dificultades que enfrenta su ubicación jurídica.

En relación con el primer grupo, aquellos para los cuales alguna norma los ha previsto, es necesario aclarar que lo que permite afirmar su carácter precario es el constituir la evidencia de la no aplicación de principios base del derecho laboral, como el relativo a la duración indeterminada de la relación laboral.¹⁶

¹³ Cfr. Kravaritou, Yota, "Les nouvelles formes d'embauche et la précarité de l'emploi", *Congreso Europeo de Derecho del Trabajo*, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 13-15 de septiembre de 1989, mimeo, pp. 6-9.

¹⁴ En todos estos casos, se trata de contratos cuya duración limitada en el tiempo constituye su principal rasgo de "atipicidad" y constituyen la principal referencia en la argumentación de este trabajo.

¹⁵ Cfr. Córdova, Efrén, *op. cit.*, pp. 250-255.

¹⁶ Este principio rector de la duración de los contratos individuales de trabajo, ha sido reconocido como tal prácticamente en todas las legislaciones latinoamericanas, por ejemplo: Argentina (artículo 90 de la Ley del Contrato de Trabajo), México (artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo) y Perú (artículos 1-4 del Decreto-ley núm 18,138 de 1970).

V. AMPLITUD DEL FENÓMENO

La adopción de normas que organizaban un sistema de relaciones laborales basado en la contratación por tiempo indeterminado y el cálculo de las prestaciones laborales en función de la antigüedad del trabajador en la empresa, fue posible gracias a la existencia de un contexto económico propicio y favorable que permitió encontrar un consenso entre las partes interesadas (Estado-trabajadores-empresa). Esta época podría ubicarse históricamente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y dio lugar a una estructura jurídica determinada. Por su parte, la contratación precaria, como una práctica contraria a este esquema, se presenta históricamente como un fenómeno reciente, sobre todo a partir de los años setenta, tal como lo muestran datos en diferentes países (Australia, Finlandia, Portugal, Japón, Polonia, Uruguay).¹⁷ De una manera general se observa que estos contratos de corta duración han cobrado una importancia cuantitativa considerable.¹⁸

¹⁷ Cfr. Córdova, Efrén, *op. cit.*, p. 249.

Cfr. Alonso Olea, M., "Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del derecho del trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico. Una primera recapitulación", *Derecho laboral*, Montevideo, t. XXX, núm. 145, enero-marzo de 1987, pp. 121-122.

¹⁸ En países como Portugal, "cerca del 13% de los trabajadores ya ocupados y 66% de las nuevas contrataciones corresponden a contratos de duración determinada. En Suecia, dos encuestas realizadas en 1977 y 1979 mostraron que 66% de las ofertas de empleo en el sector privado y 48% de las que se hacían en el mercado de trabajo en general eran para empleos de duración limitada". Cfr. Córdova, Efrén, ponencia al XI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Caracas, 1985, *cit.* por Alburquerque, Rafael, "Estabilidad en el empleo y contratación precaria", *Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, México, noviembre de 1987, p. 9.

Situaciones similares han podido detectarse en países como Francia; *ibidem*.

Algunos datos estadísticos muestran cómo México no ha sido ajeno a esta problemática: "Según la información que proporciona el IMSS en 1977, del total de empleos urbanos asegurados, el 88% eran de carácter permanente y el 12% correspondía a los empleados eventuales. En 1980, la situación avanza hacia la contratación de trabajadores eventuales, representando ésta el 17% de los empleos urbanos (asegurados) en su conjunto. Sin embargo, la situación se vuelve más evidente si tan sólo consideramos el comportamiento de los nuevos empleos creados. Así, de los 794 mil nuevos trabajadores registrados en el IMSS en 1987, el 63% correspondía a trabajadores de planta o permanentes y el 37% a los eventuales". Cfr. Gutiérrez Garza, E., "La crisis laboral y la flexibilidad del trabajo en México 1980-1988", *Flexibilidad del trabajo en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Serie Documentos y Materiales de Estudio, 1989, p. 27.

Se está, pues, en presencia de un fenómeno global, ya que se presenta tanto en países de economía de mercado, en industrializados, como en los del Tercer Mundo, y en algunos casos en países con economía planificada;¹⁹ sin embargo, cabe destacar que si bien es cierto se trata de un problema que se presenta en muchos lugares, también es cierto que el fenómeno puede presentar características diferentes y modalidades específicas en cada país.²⁰

VI. LAS FUENTES FORMALES

En relación con las fuentes formales de la contratación precaria, algunas breves anotaciones deben ser hechas a cuatro niveles específicos: el constitucional, el legal, el convencional y el internacional.

A nivel de las constituciones, las referencias directas al tipo de contrato de trabajo que debe celebrarse entre trabajador y empleador son prácticamente inexistentes; sin embargo, señalan los textos constitucionales que no se podrán celebrar actos que disminuyan o restrinjan la protección acordada por las leyes laborales.²¹ Así visto, la inobservancia de las reglas sobre la formación de dicho contrato (sí se les considera como protectoras) podría ser calificada de restrictiva de una protección legal.

Por otra parte, como ya se indicó en estos comentarios (véase nota 17), las normas secundarias, llámense códigos o leyes del trabajo, establecieron el principio según el cual las relaciones de trabajo serían por tiempo indeterminado y excepcionalmente con otra duración. Este es el esquema hoy en crisis.

En el plano legislativo esta crisis se ha manifestado en, por lo menos, dos tendencias: una de carácter reglamentarista, en la que se advierte el uso intensivo de normas específicas y, en ocasiones, exhaustivas (existentes desde tiempo atrás de la irrupción de este fenómeno) para alguno o algunos tipos de contratación precaria, y otra tendencia *precarizadora* provocada (con normas de reciente adopción).

¹⁹ Cfr. Servais, Jean-Michel, "Pluralité des formes d'emploi et normes de l'OIT", *Droit Social*, París, núm. 2, febrero de 1989, pp. 136-137.

²⁰ "...Con respecto a los países con economía de mercado, cabe observar que en Francia, por ejemplo, mientras el trabajo a tiempo parcial se ha desarrollado últimamente, el trabajo a domicilio ha experimentado un declive". Cfr. Córdova, Efrén, *op. cit.*, p. 255.

²¹ Disposiciones de este tipo pueden encontrarse en las constituciones de Honduras (artículo 128), Perú (artículo 57), Panamá (artículo 67), Venezuela (artículo 85), etcétera.

Dentro del primer grupo pueden señalarse casos como el de los contratos de duración determinada, respecto de los cuales existen legislaciones como las de Bélgica, Italia, España, Portugal, la Unión Soviética, donde se cuenta con una reglamentación especial en la materia, la cual se ocupa de diferentes aspectos de esta contratación, como son: casos de celebración válida del contrato, forma del mismo, su duración, causas de cesación, etcétera.²² Dentro de este rubro deben incluirse casos como el de Argentina, en donde la jurisprudencia ha realizado un verdadero trabajo de integración de un régimen, como es el del trabajo eventual.²³

En el segundo grupo, como parte de una política del empleo durante los años de la crisis, en algunos países se han adoptado normas que fomentan la contratación precaria (contratos de duración determinada u otro) como parte de toda una estrategia dirigida a combatir el desempleo. Ejemplos de este tipo de normatividad se pueden localizar en Perú²⁴ y en España.²⁵

²² Cfr. Castello-Branco, María José, *Trabalho a prazo. Trabalho temporario*, Linda-avelha, Colección estudos Laborais, núm. 3, dirigida por Mario Pinto, Fundação Oliveira Martins, 1984, pp. 68 y ss.

²³ Cfr. Itzcovich, Haydée Esther, "Trabajo eventual", *Derecho Laboral*, Buenos Aires, año XXXI, núm. 2, febrero de 1989, pp. 102-107.

²⁴ En el Perú, durante julio de 1986 se anunció el Programa de Empleo de Urgencia (PROEM) (Decreto Supremo núm. 018-86 TR del 28 de julio de 1986, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 29 de julio de 1986) que permite a las empresas del sector privado contratar legalmente trabajadores por una duración no mayor a dos años. Se trata de un mecanismo que busca "flexibilizar" el principio de la duración indeterminada de los contratos de trabajo. Cfr. BIT, "Le programme d'emploi d'urgence autorise les contrats de durée déterminée de deux années", *Bulletin d'Informations Sociales*, Ginebra, núm. 1, 1987, pp. 147-148.

²⁵ En el caso de España "...doce regímenes de contratos temporales son creados sucesivamente, el tiempo parcial es liberado de sus condiciones restrictivas que se le habían impuesto, y para los trabajadores jóvenes, en edad avanzada y minusválidos diversas fórmulas de contrato son inventadas, las cuales generan subvenciones y exoneraciones para el empleador". Cfr. Freyssinet, J., *op. cit.*, p. 295 (traducción libre del autor).

El contrato llamado temporal (creado por el Estatuto de los Trabajadores, con duración no mayor a tres meses) estaba dirigido a dar empleo a ciertos sectores particularmente afectados por la crisis del empleo: jóvenes, personas de edad avanzada y minusválidos. Disposiciones semejantes pueden encontrarse en Francia e Italia. Cfr. Albuquerque, R., *op. cit.*, pp. 16-17.

Los medios utilizados para motivar este tipo de contratación, varían de país en país: a veces modificando la legislación laboral, adoptando nuevas normas específicas a estos casos; pero también a veces de manera indirecta, por medio de la creación de incentivos financieros para las empresas usuarias. Cfr. Euzéby, Alain, "La seguridad social ante el empleo a tiempo parcial", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 107, núm. 4, 1988, p. 458.

Por lo que respecta a la actitud de la contratación colectiva en materia de contratación precaria, resulta difícil establecer un diagnóstico global y exacto del problema, no sólo por la dificultad para allegarse la información, sino también porque tradicionalmente se consideró que la discusión sobre los mecanismos relativos a la contratación individual es un tema que compete al legislador y no es el producto de la actividad negociadora entre las partes. Sin embargo, algunos casos de negociaciones recientes, por ejemplo en México, han puesto de manifiesto que el contrato colectivo (incluyendo sus mecanismos de revisión) no sólo debe ser visto como un instrumento para mejorar las condiciones de trabajo,²⁶ sino también como un mecanismo que permite modificar los principios laborales en materia de duración de los contratos de trabajo y, con ello, recuperar y fortalecer, para el empleador, la libertad para fijar la calidad y cantidad de los tipos de contratos individuales de trabajo que la empresa requiere.²⁷

Bajo esta perspectiva y teniendo en cuenta estos elementos fácticos, la negociación colectiva puede ser vista también como uno de los espacios donde en los últimos años el derecho civil ha encontrado un terreno fértil para el resurgimiento de uno de sus principios más importantes: el de la libertad en la contratación.

Finalmente, una mención, aunque sea breve, debe ser hecha respecto a las normas internacionales del trabajo en materia de contratación precaria. Para las normas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (convenios y recomendaciones), uno de los problemas que se plantea es el de saber si estas normas son aplicables a la totalidad de las formas de empleo (incluyendo a la contratación precaria). La respuesta no puede ser terminante, ni afirmativa ni negativa, ya que para ello resulta necesario observar cada uno de los aspectos tratados por esas normas y revisar su "aplicabilidad" en materia de contratación precaria. En ciertas áreas como la libertad sindical (concretamente los convenios 87 y 98) parecía no haber restricción alguna, ya que estos instrumentos se dirigen a la totalidad de los trabajadores; sin embar-

Cfr. Cavas Martínez, F., "La contratación temporal como medida de fomento del empleo", *Civitas*, Madrid, núm. 31, julio-septiembre de 1987, pp. 375-420.

²⁶ Concretamente mejorías en el aspecto salarial, el cual ha aparecido, por lo menos en América Latina, como el principal objeto de negociación.

²⁷ En algunas revisiones contractuales durante 1989, uno de los objetos de discusión en las mismas, fue la propuesta patronal por aumentar el porcentaje de personal eventual (caso de la empresa General Motors C.) o bien condicionar la revisión salarial a una mayor libertad para promover personal (caso de la empresa Dina).

go, en rubros como la estabilidad en el empleo (convenio 158), aunque las normas se dirigen en principio a todos los trabajadores, se establecen algunas excepciones donde se admite que los principios relativos a dicha estabilidad no se apliquen, por ejemplo: los trabajadores con un contrato de duración determinada y aquellos contratados para una tarea específica.²⁸

VII. EFECTOS

La contratación precaria tiene repercusiones a diferentes niveles y en diferentes grados de intensidad. Como un intento por sistematizar dichos efectos, se puede hablar de efectos jurídicos y extrajurídicos. Dentro de los primeros se encontrarían aquellos que alteran al derecho laboral (tanto a nivel individual como colectivo), así como las repercusiones en materia de seguridad social. Dentro de los segundos estarían algunas consideraciones tanto económicas como sociales.

Para la contratación precaria, las relaciones individuales de trabajo se presentan como un ámbito donde algunos principios civilistas pueden nutrir su crecimiento; concretamente: la igualdad de las partes en la contratación y la autonomía de la voluntad en la misma.

En reiteradas ocasiones se ha señalado que la relación trabajador-empleador no puede considerarse como una relación entre iguales (como se plantearía en materia civil); en ese sentido, el derecho del trabajo vendría a "restablecer" en el derecho, esa desigualdad que existe de hecho.²⁹ Este principio históricamente aceptado por las legislaciones, jurisprudencia y doctrinas laborales, parecería estar destinado al cambio desde el momento en que permite la celebración de contratos individuales de trabajo que implican el desconocimiento de algunas normas. En el ámbito legal, la denominada libertad individual se expresaría a través del principio de la autonomía de la voluntad, cuyas consecuencias son variadas, entre las que cabe destacar "la libertad de los individuos para contratar sin otra limitación que el respeto del orden público y de las buenas costumbres".³⁰ Así, la autonomía de la vo-

²⁸ Cfr. Servais, Jean-Michel, *op. cit.*, pp. 136-143.

²⁹ Se estaría en presencia de una "justicia colectiva y preventiva", expresión de la denominada "justicia igualitaria", en virtud de la cual existen normas de carácter imperativo o de interés social u orden público destinadas a proteger a una de las partes en el contrato. Cfr. Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 8.

³⁰ Saavedra Belmar, Pablo, "La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales", *Revista de Derecho*, Santiago de Chile, núm. 174, segundo semestre de 1983, p. 108.

luntad se traduciría en la posibilidad con que cuentan las partes para fijar las características que regirán la relación entre las mismas, desde su inicio (tipo y forma de contrato), su vida (contenido del contrato) y eventualmente su muerte (terminación del contrato).³¹ La contratación precaria sería, en este contexto, una manifestación de la autonomía de la voluntad de “las partes”³² en la medida que desconoce y excluye las normas limitativas de la misma, reconocidas en materia de formación del contrato de trabajo individual.³³

Las normas concernientes a los “tipos de contratos de trabajo” (en función de su duración) son pues una limitación de carácter general inspirada por el interés público, reconocida en las leyes laborales (concretamente en el artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo, en el caso de México).

³¹ Cfr. Sánchez Meda, Ramón, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

³² “Las partes” es una expresión que habría que revisar, ya que en materia de formación del contrato de trabajo se ha insistido mucho entre los laboristas de que más que la voluntad de las partes, se trata de una voluntad de una de las partes, que es el empleador.

³³ Durante mucho tiempo —sobre todo en épocas posteriores a la Revolución francesa de 1789— se consideró que el hombre debía contar con la libertad suficiente para realizar los actos que le convengan, indicando libremente el contenido de los mismos. La ley tendría como labor única y exclusiva el garantizar el libre ejercicio de dicha libertad. “Proyectado en el campo del derecho privado, es de algún modo la concepción kantiana del Estado de derecho, cuya misión sería asegurar a los ciudadanos el libre ejercicio de su derecho sin interferir sus actividades individuales.” Cfr. Castrillo Santos, J., *op. cit.*, p. 566.

En general el derecho del trabajo y en particular las normas relativas a la formación de los contratos individuales de trabajo, fueron vistos en su momento como un espacio cedido por la autonomía de la voluntad tradicional (civil) al “imperio del principio intervencionista” del Estado, en la medida que las partes ya no podían elegir libremente el tipo y contenido del contrato que habrían de celebrar, dejando lugar a reglas impuestas por un tercero. Esas normas serían las normas laborales y ese tercero sería el Estado. “Pero las limitaciones a la autonomía de la voluntad no sólo se registran en el campo de la ejecución del contrato celebrado libremente sino también se proyectan —al menos pueden proyectarse— en el área de la creación misma de la relación. Como se observa fácilmente, esto significa un avance hacia el reemplazo de la voluntad de concertación individual por la voluntad de la ley.” Cfr. Rodríguez Mancini, J., “La autonomía de la voluntad y el intervencionismo estatal en el derecho del trabajo”, *Prudentia Juris*, Buenos Aires, núm. 13, agosto de 1984, p. 77. Dicha proyección se manifiesta por lo menos en dos sentidos: uno, la existencia de obligaciones, aun en ausencia de la voluntad de una de las partes (idea que daría origen a la teoría de la relación de trabajo), y dos, al necesario respeto de las normas reguladoras de las características que debe cumplir el nacimiento del contrato de trabajo, entre las que se encuentran las relativas a su duración.

Bajo esta perspectiva, el nacimiento del derecho laboral sería presentado como un elemento importante de la “crisis del contrato”. Cfr. Marín Pérez, Pascual, “La crisis del contrato”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, año CXII, núm. 5, mayo de 1964, pp. 669-730.

Pero tal vez uno de los efectos más nocivos de la contratación precaria en el ámbito individual es el relativo a su carácter destructor de la estabilidad en el empleo, entendida ésta como la garantía del trabajador para permanecer en su empleo, salvo causas extraordinarias.³⁴ Teóricamente las reglas y mecanismos de ruptura de los contratos en materia civil quedarían excluidos en materia laboral. Sin embargo, algunos tipos de contratación precaria (todos aquellos que afectan la duración indeterminada de la relación laboral) al prever de antemano la forma de disolución del vínculo contractual, excluyen la aplicación de las normas relativas a la ruptura de los contratos de trabajo. Así pues, la expansión de la contratación precaria se encaminaría hacia la legalización de la inestabilidad en el empleo.³⁵

El derecho colectivo del trabajo no permanece ajeno a estas mutaciones, como ya se indicó líneas arriba, y la contratación colectiva manifiesta algunas variantes. Aquí interesa destacar cuál es la actitud de los sindicatos frente al fenómeno de la contratación precaria.

A pesar de que la actitud de los trabajadores podría ser a primera vista de rechazo frente a la contratación precaria, existen casos también donde este tipo de relaciones puede presentar ciertos atractivos individuales para el trabajador en la medida que ello le permite no estar ligado con un solo empleador y diversificar su actividad. Pero, desde el punto de vista sindical, la contratación precaria se presenta

En este contexto, la contratación precaria se presenta como un acto jurídico para el cual no se está legitimado (ya que desconocen parte del ordenamiento legal), y en ese sentido sería un mecanismo "restaurador" de la autonomía de la voluntad en materia de formación de los contratos individuales de trabajo.

³⁴ La estabilidad en el empleo sería considerada como un principio ordenador de las relaciones individuales de trabajo, contando con un reconocimiento legal, sobre todo en las legislaciones adoptadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

El surgimiento de la contratación precaria ha permitido afirmar a algunos autores que "...la estabilidad en el empleo en gran medida ha concluido como principio ordenador". *Cfr.* Alonso Olea, M., *op. cit.*, p. 125. Véase, también, Suárez González, F., "Tendencias de derecho del trabajo en cuanto a la garantía del empleo", *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XXX, núm. 145, enero-marzo de 1987, pp. 106-114.

³⁵ Gozar o no de estabilidad en el empleo tiene una trascendencia que va más allá del aspecto estrictamente relacionado con la pérdida del empleo, ya que afecta al conjunto de las prestaciones a las cuales tiene derecho el trabajador, si se tiene en cuenta que buena parte de esas prestaciones (y esto vale para todas las legislaciones latinoamericanas) se calculan en función de la antigüedad del trabajador en la empresa. Dicha antigüedad se vería interrumpida y a veces desconocida si se celebran varios contratos en vez de uno solo. Estos posibles efectos negativos se han visto, en ocasiones, consolidados por la jurisprudencia.

como un elemento desestabilizador, ya que el sindicato, al no poder identificar quiénes son los trabajadores "estables" en la empresa, con los cuales podría llevar a cabo las actividades que le son propias,³⁶ ve obstaculizada su actuación. De cualquier manera, la actitud y la respuesta sindical ante la *precarización* contractual está en íntima relación con las características que presenta el movimiento obrero en un sistema determinado de relaciones laborales. Así, en función de circunstancias específicas, los sindicatos pueden aparecer como "un límite a la flexibilidad",³⁷ aunque la crisis económica en general y la crisis del empleo en particular, actúan como elementos coadyuvantes en la aceptación por parte de los sindicatos de las medidas *precarizadoras*.

En materia de seguridad social, el carácter protector de la misma puede a veces difícilmente ser logrado para los trabajadores sujetos a una contratación precaria, y ello por las siguientes razones: en buena medida el régimen de la seguridad social (al igual que el derecho del trabajo) se estructuró partiendo del supuesto que se estaría protegiendo trabajadores con una contratación "típica" o por tiempo indeterminado; así, el cálculo de los beneficios toma como referencia la antigüedad en la empresa, misma que se ve mermada para el caso de trabajadores que no laboran de manera permanente en una empresa.³⁸ Este tipo de problemas se traduce a menudo en una desprotección de la seguridad social frente a los trabajadores con un contrato precario.³⁹

La contratación precaria puede tener repercusiones más allá de los aspectos estrictamente legales; por ejemplo, a nivel social se ha detectado que muchas veces, para cierto tipo de contrato precario, son algunos sectores sociales los más involucrados en los mismos; es el caso de las mujeres para los contratos de tiempo parcial en algunos países europeos⁴⁰ y de los jubilados en algunos países latinoamericanos.⁴¹

³⁶ "La experiencia indica que las tasas de sindicación son particularmente bajas en los sectores donde predomina el trabajo atípico." *Cfr.* Córdova, Efrén, *op. cit.*, pp. 265-266.

³⁷ *Cfr.* Barbagelata, H. H., *op. cit.*, p. 7.

³⁸ Euzéby, Alain, *op. cit.*, p. 458.

³⁹ Resulta conveniente señalar que en ciertos países alguna reglamentación específica (existente desde hace tiempo en algunos casos) ha sido adoptada para evitar precisamente esta desprotección; ejemplo de ella lo son algunos ordenamientos en México: El Reglamento del seguro obligatorio de los trabajadores temporales y eventuales urbanos y el Reglamento del seguro social obligatorio para los trabajadores de la construcción por obra o tiempo determinado. *Cfr.* Moreno Padilla, J., *Ley del Seguro Social*, 16a. ed., México, Trillas, 1988, pp. 271-276 y 330-339.

⁴⁰ *Cfr.* Córdova, Efrén, *op. cit.*, p. 257.

⁴¹ *Idem*, p. 258.

VIII. CONCLUSIONES

El aumento de la contratación precaria plantea diversos retos a los juristas: o se intenta rescatar y demostrar la vigencia de ciertos principios "tradicionales" del derecho del trabajo (como el de la estabilidad en el empleo), o se intenta estructurar un nuevo régimen jurídico de la contratación individual teniendo en cuenta el contexto en el cual dichas normas pretenden ser aplicadas; el optar por una de estas dos alternativas deberá mostrar validez, objetividad y justificarse.

El derecho del trabajo nació como un derecho protector de los trabajadores; en ese sentido cualquier modificación legal deberá respetar ese principio, el iniciar o proponer reformas que vayan en otro sentido sería ir en contra de la razón de ser de la disciplina laboral.

En materia de seguridad social deben imaginarse soluciones que permitan a los trabajadores con una contratación precaria gozar de una mínima protección teniendo en cuenta sus condiciones específicas.

Una impresión global y objetiva del tema permite afirmar que el aumento de la contratación precaria debe ser visto también como parte de toda una tendencia dirigida a "flexibilizar" la contratación por tiempo indeterminado, excluyendo la aplicación, ahí donde existen, de las normas sobre estabilidad en el empleo.⁴²

En el futuro, las nuevas formas de contratación individual deberán ser vistas como medios encaminados a adaptar el derecho laboral a una realidad cambiante. Esta adaptación de la normatividad laboral debe, al mismo tiempo, como lo señala una norma internacional, "prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio".⁴³

En muchas ocasiones las propuestas para modificar o reconocer la contratación precaria han sido justificadas argumentando que sería un mecanismo que buscaría romper con la rigidez imperante en las normas laborales. Sin embargo, es necesario indicar que una de las características propias al derecho laboral es precisamente su "elasticidad" reconocida en las normas mismas.

⁴² En el caso de México ésta ha sido una de las propuestas de reforma a la ley laboral hecha por la Confederación Patronal de la República Mexicana. *Cfr.* Fuentes Vivar, R., "Propuso reformas a la legislación del trabajo. Rechaza la Coparmex los paros por solidaridad", *La Jornada*, México, jueves 29 de junio de 1989, p. 6.

⁴³ Artículo 2-3 del Convenio sobre la disolución de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 2 de junio de 1982.

El mismo debate sobre la "flexibilidad" (incluida la contratación precaria, como efecto de aquélla), ha pasado rápidamente a responder la pregunta de cómo flexibilizar, antes de agotar el debate sobre si ello es realmente necesario.

La irrupción de la contratación precaria ha permitido cuestionar algunos principios hasta hace poco tiempo aceptados como pilares del derecho del trabajo (sobre todo individual), como es la estabilidad; pero, al mismo tiempo, este tipo de contratación rescata la aplicación de principios propios al derecho civil (como la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos), contra los cuales el derecho del trabajo justifica su nacimiento.

En última instancia, estas novedades en la contratación laboral individual afectan en cierta forma la esencia misma del derecho laboral, concebido como protector de una de las partes en la contratación.

En ocasiones la contratación precaria ha sido presentada como una forma de ayudar a las empresas en un periodo de crisis y con ello a la economía considerada globalmente. Cualquiera que sea la argumentación y justificación en favor de la contratación precaria, el autor considera que las posibles modificaciones legales que se pretenden realizar en la materia, deberán cumplir, por lo menos, con dos objetivos: uno, contribuir al desarrollo económico del país y dos, proteger a los trabajadores frente a posibles abusos. Se trata de aspectos indisociables, ya que el proponer reformas para avanzar sólo en uno de ellos, significaría coadyuvar al fortalecimiento de la injusticia social.

CARLOS REYNOSO CASTILLO