

**L**a presente obra aborda las diferentes problemáticas que han transformado a las instituciones del derecho del trabajo. Se señala cómo el contrato de trabajo ha sido objeto de cambios sustanciales y cómo la negociación colectiva desempeña un nuevo papel, en donde se ha presentado una variación de las relaciones de poder de los actores.

En materia de libertad sindical se hace referencia a la aproximación del modelo mexicano a una representación proporcional más que mayoritaria. Igualmente en materia de libertad sindical, se advierte cómo la decisión de un trabajador de dejar de pertenecer a un sindicato se ha interpretado en un sentido más individual que social.

La obra aborda la importancia y la necesidad de considerar la pluralidad de empresas en el derecho del trabajo, que busca asegurar derechos laborales para todos los trabajadores.

El libro aborda el derecho del trabajo en América Latina y la importancia de considerar los derechos humanos en el discurso laboral. Este último tema resulta fundamental, ya que toda reforma laboral debe partir del respeto del trabajador como ser humano.

Se concluye con una reflexión sobre la transformación del derecho del trabajo, en la que se podría vislumbrar un nuevo enfoque del sujeto laboral regulado por el derecho laboral.

# **LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**  
**Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 342**

---

**Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero**  
**Cuidado de la edición: Azul Rocío Ramírez**  
**Formación en computadora: Sara Castillo Salinas**

**Primera edición: 2006**

**DR © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.**

**Impreso y hecho en México**

**ISBN 970-32-3654-5**

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

# LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
México, 2006

*Elvia, Rafael, Roberto y Ángel Sánchez-Castañeda  
gracias por todo su cariño y apoyo incondicional.*

La libertad sin protección puede llevar a la peor de las servidumbres, la servidumbre de la necesidad.

Robert Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica delariado*.

## CONTENIDO

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| Prólogo . . . . .       | XIX |
| Carlos REYNOSO CASTILLO |     |

### CAPÍTULO PRIMERO HISTORICIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La concepción tradicional de la historia del derecho del trabajo . . . . . | 2  |
| A. La era de la prohibición . . . . .                                         | 2  |
| B. La era de la tolerancia . . . . .                                          | 3  |
| C. La era de la reglamentación . . . . .                                      | 4  |
| 2. Una nueva era en la historia del derecho del trabajo . . . . .             | 6  |
| A. La era de la flexibilidad laboral . . . . .                                | 6  |
| B. La flexibilidad en la relación de trabajo . . . . .                        | 9  |
| a. El trabajo realizado por el empleado . . . . .                             | 11 |
| b. Afectación del lugar de trabajo . . . . .                                  | 11 |
| c. El tiempo de trabajo . . . . .                                             | 12 |
| 3. Reflexiones preliminares . . . . .                                         | 15 |

### CAPÍTULO SEGUNDO LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| 1. Consideraciones preliminares . . . . . | 19 |
|-------------------------------------------|----|

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

### CAPÍTULO TERCERO

## LAS TENDENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| 1. El ayer de la negociación colectiva . . . . .        | 46 |
| A. El orden público en el derecho del trabajo . . . . . | 47 |

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. Relación entre la convención colectiva y el contrato individual . . . . .            | 47 |
| 2. El hoy de la negociación colectiva . . . . .                                         | 48 |
| A. Nuevos interlocutores en la empresa . . . . .                                        | 49 |
| B. Un nuevo tipo de negociación y de acuerdos . . . . .                                 | 50 |
| 3. Orientaciones de la negociación colectiva . . . . .                                  | 51 |
| A. Una sociedad en constante cambio . . . . .                                           | 52 |
| B. La necesidad de un derecho promocional en materia de negociación colectiva . . . . . | 53 |
| C. El caso mexicano: redefinición del modelo de relaciones laborales . . . . .          | 56 |

#### CAPÍTULO CUARTO

#### LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y EL PLURALISMO SINDICAL EN EL DERECHO COMPARADO

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Las cláusulas de preferencia sindical: libertad positiva y negativa . . . . . | 57 |
| A. Una libertad sindical negativa absoluta . . . . .                             | 58 |
| a. España . . . . .                                                              | 58 |
| b. Francia . . . . .                                                             | 58 |
| c. La Carta Social Europea . . . . .                                             | 59 |
| d. La OIT . . . . .                                                              | 60 |
| B. Una libertad sindical negativa acotada . . . . .                              | 61 |
| a. Canadá . . . . .                                                              | 61 |
| b. Estados Unidos . . . . .                                                      | 62 |
| 2. Unidad y pluralidad sindical . . . . .                                        | 64 |
| A. La unidad sindical . . . . .                                                  | 64 |
| B. Pluralismo sindical . . . . .                                                 | 65 |

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| a. Pluralismo externo . . . . .       | 66 |
| b. Pluralismo interno . . . . .       | 67 |
| 3. Reflexiones preliminares . . . . . | 69 |

CAPÍTULO QUINTO  
LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA  
DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN:  
¿UNA INTERPRETACIÓN MÁS LIBERAL  
QUE SOCIAL DE LA CORTE?

|                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Antecedentes . . . . .                                                                                        | 75 |
| 2. De la doctrina a la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad . . . . .                             | 76 |
| A. Las cláusulas de preferencia y libertad sindical en la legislación extranjera . . . . .                       | 77 |
| B. La inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación en el derecho mexicano . . . . .           | 79 |
| 3. La declaración de inconstitucionalidad: el interés sindical en el derecho individual del trabajador . . . . . | 81 |
| A. La doctrina . . . . .                                                                                         | 82 |
| B. El poder constituyente y el poder reformador de la Constitución . . . . .                                     | 84 |
| C. La confrontación de los artículos 5o., 9o. y 123-A, fracción XVI constitucionales . . . . .                   | 86 |
| 4. La Constitución mexicana, ¿más liberal que social? . . . .                                                    | 90 |

CAPÍTULO SEXTO  
EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE  
A LA PLURALIDAD DE EMPRESAS

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| I. La noción de empresa . . . . . | 93 |
|-----------------------------------|----|

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. La empresa como noción ideológica . . . . .                                                      | 94  |
| a. La empresa como máquina . . . . .                                                                | 95  |
| b. La empresa como organismo . . . . .                                                              | 95  |
| c. La empresa como organización . . . . .                                                           | 96  |
| B. La empresa como noción económica . . . . .                                                       | 96  |
| C. La empresa como noción jurídica . . . . .                                                        | 98  |
| a. Asociación . . . . .                                                                             | 98  |
| b. Sociedad . . . . .                                                                               | 99  |
| c. Sociedad mercantil . . . . .                                                                     | 99  |
| 2. Pluralidad de empresas . . . . .                                                                 | 99  |
| A. Tipología de la empresa por su dimensión . . . . .                                               | 100 |
| B. Diferenciación entre micro, pequeña y mediana empresa                                            | 102 |
| 3. Importancia económica de las pequeñas y medianas empre-<br>sas en el contexto mexicano . . . . . | 104 |
| 4. La OIT, las micro y pequeñas empresas . . . . .                                                  | 105 |
| 5. Una nueva concepción de la empresa en el derecho del tra-<br>bajo mexicano . . . . .             | 110 |
| A. El elemento cuantitativo . . . . .                                                               | 115 |
| B. El equilibrio interno . . . . .                                                                  | 115 |

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### DERECHO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| I. El estado del derecho social y el Estado social de derecho . | 119 |
| A. El idealismo jurídico social latinoamericano . . . . .       | 121 |
| B. La falta de un Estado de derecho consolidado . . . . .       | 123 |

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Derecho del trabajo en América Latina: una integración a la inversa . . . . . | 125 |
| A. Un derecho del trabajo homogéneo en la región . . . . .                       | 125 |
| B. Un derecho del trabajo heterogéneo en la región . . . . .                     | 127 |
| C. La flexibilidad en las relaciones de trabajo de la región . . . . .           | 129 |
| 3. La protección social en América Latina . . . . .                              | 131 |
| A. La influencia de Bismarck en los sistemas de seguridad social . . . . .       | 131 |
| B. Los servicios estatales. Asistencias . . . . .                                | 140 |
| a. El caso mexicano . . . . .                                                    | 140 |
| b. El caso colombiano . . . . .                                                  | 144 |
| c. El caso peruano . . . . .                                                     | 145 |
| C. Los fondos de pensiones . . . . .                                             | 146 |
| a. Chile . . . . .                                                               | 147 |
| b. Perú . . . . .                                                                | 149 |
| c. Colombia . . . . .                                                            | 149 |
| 4. Consideraciones preliminares . . . . .                                        | 151 |

## CAPÍTULO OCTAVO

### LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La relación de los derechos humanos y el derecho del trabajo en los documentos internacionales . . . . . | 157 |
| 2. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales . . . . .                             | 158 |
| 3. La interrelación de los derechos humanos y el derecho del trabajo . . . . .                              | 158 |
| A. La prohibición del trabajo forzoso . . . . .                                                             | 159 |

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. La libertad sindical . . . . .                                             | 159 |
| C. Prohibición de todo tipo de discriminación . . . . .                       | 161 |
| D. El derecho a la seguridad social . . . . .                                 | 163 |
| 4. Los derechos humanos y reforma laboral: una agenda de principios . . . . . | 163 |
| A. En materia de prohibición del trabajo forzoso . . . . .                    | 164 |
| B. En materia de libertad sindical . . . . .                                  | 164 |
| C. En materia de discriminación . . . . .                                     | 165 |
| D. En materia de seguridad social . . . . .                                   | 165 |

CAPÍTULO NOVENO  
EL DERECHO DEL TRABAJO EN CONSTANTE  
TRANSFORMACIÓN: DE LA DISMINUCIÓN  
A LA AMPLIACIÓN DEL ESTATUS  
DEL SUJETO LABORAL REGULADO

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo . . . . .             | 167 |
| 2. La subordinación de fundamento de la relación laboral a elemento en crisis . . . . .            | 170 |
| 3. La eventual crisis de subordinación . . . . .                                                   | 172 |
| 4. La relación de trabajo y la OIT . . . . .                                                       | 177 |
| 5. La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado . . .                                     | 180 |
| A. Una protección social universal . . . . .                                                       | 182 |
| B. Ampliar el aspecto de aplicación de las normas laborales y general del derecho social . . . . . | 183 |

*Las transformaciones del derecho del trabajo*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 3 de agosto de 2006 en Offsset Universal, S. A. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.

## PRÓLOGO

El derecho del trabajo vive, hoy en día, una de sus etapas más complejas, en la cual coexisten los planteamientos que buscan reivindicarlo como uno de los más importantes logros de las sociedades durante el siglo XX, o bien los planteamientos de quienes advierten en las normas laborales, conceptos superados y obstáculos para el desarrollo económico. Como quiera que sea, para los simples espectadores de esta gran parte del mundo y de la vida social y económica como lo son las relaciones laborales, el derecho del trabajo aparece amorfo, contradictorio e incluso a veces insípido. La falta de claridad en sus alcances, contenidos y cambios se traduce también en una dificultad para explicarlo.

Desde otra perspectiva, el derecho del trabajo atraviesa por una especie de adolescencia en donde se sabe que cambiará pero queda la duda de cómo y en qué. Donde pareciera, sin una claridad, estar en búsqueda de razones y explicaciones, que justifiquen su existencia.

Frente a esta situación, las reflexiones y estudios sobre el derecho del trabajo, también pasan por un momento en el cual no acaban de acercarse a las nuevas realidades del mundo del trabajo. En muchos casos la denominada doctrina laboral, por cierto escasa, hace malabares para justificar la existencia de un mundo normativo, que cada vez aparece más alejado de la realidad, y donde los argumentos aparecen impregnados de una alta dosis de nostalgia sobre el brillo que se supone tuvieron ciertas instituciones laborales al momento en que fueron creadas por los legisladores. En otros casos, los estudios de las normas laborales, son abusivamente utilizados como espacios para promover cambios a las leyes del trabajo, sólo explicables en atención a los intereses que los autores patrocinan en lo cotidiano. De esta manera, podemos encontrar trabajos que dedican amplios espacios al estudio de lo que fue o bien de lo que ciertas personas quisieran que fuera en el futuro, pero estamos carentes de trabajos serios y reflexivos que intenten explicar las cosas tal cual hoy se presentan. Este es, tal vez, uno de los grandes méritos que el trabajo del doctor Alfredo Sánchez-Castañeda presenta, al tratar de situarse exacta-

mente en el núcleo de las problemáticas por las cuales pasa hoy en día el derecho del trabajo.

En el libro la selección de los temas es por demás atractiva e invita a adentrarse en los conceptos y sugerencias, sin duda polémicas, que aborda el autor, y sobre los cuales en estas ideas iniciales conviene detenerse un poco.

Uno de los primeros debates a los cuales invita el libro del doctor Sánchez-Castañeda, es el título mismo ya que si bien la palabra “transformaciones”, tal cual como lo señalan los diccionarios, evoca la idea de cambio o modificación, es una palabra discreta para referirse a las verdaderas, en algunos casos, metamorfosis que esta materia ha tenido en los últimos años. Así mismo, la palabra “transformaciones” puede ser tomada por lo menos en dos sentidos: uno estático y uno dinámico. En el primer caso, estamos ante procesos de cambios cumplidos, concretados y concluidos, y en el segundo caso, se trata de cambios aun en proceso; y en el caso del derecho del trabajo, en países como México, es en este segundo sentido como habría de entenderse la palabra “transformaciones”. De cualquier manera, el tratar de dar cuenta de las variaciones es ya en sí mismo un avance respecto de muchos trabajos en los cuales la descripción de los textos legales aparece como el objetivo central.

Respecto del tema de la historicidad del derecho del trabajo, nos parece útil que se avance hacia la inclusión de etapas como la de la flexibilidad, tema al cual el autor dedica algunas reflexiones. Sin embargo nos parece importante, como pareciera sugerirlo el autor, que se replantee el estudio de los antecedentes de esta disciplina jurídica, ya que desde siempre, los laboristas latinoamericanos en su mayoría, han tratado de explicar los antecedentes del derecho del trabajo a partir de esquemas útiles y propios de otras latitudes como la europea, lo cual sin duda deja a la explicación de la evolución de las normas laborales dentro de marcos conceptuales, en su gran mayoría artificiales, lo cual en buena medida, pudiera estar incluso afectando la percepción de lo que fue y ha sido este tipo de normas en sociedades como la nuestra.

El tema del contrato de trabajo hoy en día se presenta como un tema clave en el cual se vienen dando cambios sustanciales. En efecto, concebido como uno de los pilares de la estructura del derecho del trabajo, hoy en día se encuentra en pleno cambio, ya sea por que sus elementos están a su vez apareciendo bajo caras diversas, o bien por que toda la institución como lo señala el autor, está en un constante cambio. Al hablar de las trans-

formaciones del contrato de trabajo, nos situamos sin duda, en uno de los espacios más importantes en donde se juega buena parte del futuro de las normas laborales.

Por otra parte, la negociación colectiva es hoy en día una de las más importantes arenas dentro de las cuales se dan muchos cambios al mundo del trabajo, de ahí que la importancia de esta fuente formal del derecho, ha aparecido en muchos casos como la válvula por medio de la cual el derecho del trabajo ha desahogado muchas presiones ante las demandas de cambio. En el libro, el autor plantea críticamente este nuevo papel que a veces, sin quererlo, se le viene asignado a la negociación colectiva. Ligado a este tema, están sin duda los relacionados con la libertad sindical en la cual, el autor aborda el tema desde dos ángulos. En el primer caso la evolución jurisprudencial, reciente en México, permite al doctor Sánchez-Castañeda adentrarse a lo que pareciera irse abriendo paso a una tendencia hacia la transformación de las reglas de funcionamiento de los sindicatos en México, que nos colocaría más cerca de un modelo europeo que estadounidense, en donde se privilegia más la representación proporcional que mayoritaria. En el otro aspecto, como el autor lo señala, las interpretaciones sobre la eventual salida de un trabajador de un sindicato, no necesariamente puede ser vista como una interpretación de tipo social.

El tema de la pluralidad de empresas, es abordado de una manera interesante ya que los conceptos jurídicos en la materia parecieran no siempre corresponder con la realidad, dando lugar a inconsistencias cuyo análisis es hoy impostergable.

Siempre hemos considerado que tener una ventana abierta al conocimiento de otras realidades jurídicas no es sólo un ejercicio necesario para satisfacer la curiosidad intelectual, sino que es una herramienta de análisis de gran utilidad que permite poner en perspectiva las realidades nacionales. Este ejercicio comparatista, lo hace el autor en el capítulo sobre el derecho social en América Latina, en donde los datos e informaciones presentadas pueden ser de gran utilidad e interés.

Así mismo hablar hoy, como hace el autor, de los derechos humanos y del derecho del trabajo es hablar de uno de los más importantes derroteros por los cuales, tal vez, tendrán que transitar los que quieran encontrar asideros para cambiar el derecho del trabajo.

Finalmente nos parece que, hacia la parte final de su trabajo, y a manera de reflexión, el doctor Sánchez-Castañeda plantea un capítulo cuyo

título en sí mismo es ya una tesis cuyo debate podría ocupar amplios espacios y horas: “El derecho del trabajo en constante transformación: de la disminución a la ampliación del estatus del sujeto laboral regulado”. Se trata de un título no solo sugerente sino que lleva implícito todo un menú de temas concretos en los cuales coincide sin duda una de las más sentidas preocupaciones del mundo del trabajo hoy en día, a saber, si el derecho del trabajo concebido como una disciplina jurídica, de carácter social y protector de un amplio sector de la sociedad, está hoy en día en posibilidades de seguir cumpliendo ese objetivo con el cual justificaba su razón de existir.

Nos parece que hoy, cuando estamos reavivando el debate en torno al futuro del derecho del trabajo en países como México, nada menos oportuno que tratar de avanzar en el análisis de las transformaciones del derecho del trabajo. Es por ello que nos da mucho gusto dar la bienvenida a esta obra que bien pudiese ser vista como una atenta invitación a la reflexión sobre mundo del trabajo.

Carlos REYNOSO CASTILLO  
Ciudad de México, junio de 2006

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**HISTORICIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO**

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La concepción tradicional de la historia del derecho del trabajo . . . . . | 2  |
| A. La era de la prohibición . . . . .                                         | 2  |
| B. La era de la tolerancia . . . . .                                          | 3  |
| C. La era de la reglamentación . . . . .                                      | 4  |
| 2. Una nueva era en la historia del derecho del trabajo . . . .               | 6  |
| A. La era de la flexibilidad laboral . . . . .                                | 6  |
| B. La flexibilidad en la relación de trabajo . . . . .                        | 9  |
| a. El trabajo realizado por el empleado . . . . .                             | 11 |
| b. Afectación del lugar de trabajo . . . . .                                  | 11 |
| c. El tiempo de trabajo . . . . .                                             | 12 |
| 3. Reflexiones preliminares . . . . .                                         | 15 |

## CAPÍTULO PRIMERO

### HISTORICIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

Cuando se habla del derecho del trabajo, generalmente se suele partir de la historia del mismo, lo cual, lejos de constituir un ejercicio estéril y sin ningún motivo aparente, nos puede permitir apreciar el porqué de las características de dicha disciplina jurídica en un momento histórico determinado. El derecho laboral de *facto* o de *jure* forma y transforma el orden social, debido a las interacciones de lo social con lo jurídico y de lo jurídico con lo social.<sup>1</sup> La historia del derecho en general y del derecho del trabajo en particular resulta importante porque el derecho se constituye de los sistemas jurídicos del pasado y al mismo tiempo es un asiento para la construcción de los nuevos sistemas jurídicos.<sup>2</sup>

Por otro lado, la historia del derecho se constituye en un elemento de suma importancia, porque el devenir histórico del derecho, y en nuestro caso del derecho del trabajo, permite realizar una interpretación global y crítica de la historia del mismo.<sup>3</sup>

A partir de las anteriores consideraciones, hemos considerado importante hacer una nueva interpretación crítica de la historia contemporánea del derecho del trabajo, ya que creemos que el devenir histórico de las naciones en la segunda mitad del siglo XX ha influido considerablemente en la concepción que se tenía del derecho del trabajo, situación que desde nuestro punto de vista está otorgando nuevas dimensiones hasta ahora no vistas al derecho del trabajo, e incluso, en algunos casos inimaginables dentro de dicha disciplina jurídica. En nuestra opinión, la historia reciente por la que ha atravesado el derecho del trabajo, no obstante su

<sup>1</sup> Cfr. Stone, Julius, *El derecho y las ciencias sociales en la segunda mitad de siglo*, México, FCE, 1978, pp. 7 y 8.

<sup>2</sup> Cfr. Soberanes Fernández, José Luis, "Reflexiones sobre la vinculación entre historia del derecho y el derecho comparado", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. II, p. 1281.

<sup>3</sup> Cfr. Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 1990, p. 10.

posible brevedad, hace necesario —y ésta es la hipótesis del presente artículo— que hablemos de la formación de una nueva era dentro del derecho del trabajo: la era de la flexibilidad laboral, la cual, desde este momento, se hace necesario tenerla en consideración para cualquier análisis que pretenda estudiar, enseñar e interpretar el derecho del trabajo y no sólo como un elemento más de la relación de trabajo.

Para comprobar nuestra hipótesis se pretende realizar el siguiente plan de exposición. En una primera parte nos dedicaremos a señalar de una manera general las tres etapas clásicas o tradicionales en que se ha dividido al derecho del trabajo (prohibición, tolerancia y reglamentación), con su respectiva manifestación jurídica en cada etapa, lo que demostraremos ejemplificando con algunos países en donde las etapas han sido plasmadas en sus ordenamientos jurídicos laborales. En una segunda parte nos dedicaremos a hacer referencia a los acontecimientos sociales del presente siglo —sobre todo de la segunda mitad— y la influencia de éstos en las relaciones de trabajo, los cuales, según veremos, han repercutido en el mundo jurídico laboral, situación que, desde nuestro punto de vista, ha dado origen a una nueva era dentro del derecho del trabajo: la era de la flexibilidad laboral, como ha sido señalado anteriormente, ha venido a reconfigurar las relaciones de trabajo, otorgándoles nuevas características. Finalmente, dedicaremos algunos comentarios en torno a los retos que nos impone la era de la flexibilidad laboral.

## 1. *La concepción tradicional de la historia del derecho del trabajo*

### A. *La era de la prohibición*

A manera de advertencia se debe señalar que en el presente estudio sólo se abordará la historia del derecho a partir de la formación y consolidación del Estado moderno, ya que las relaciones de trabajo se establecen realmente desde el momento en que se empiezan a consolidar las naciones y se configura lo que sería el Estado moderno liberal. La historia previa, no se puede considerar como parte de la historicidad del derecho del trabajo, puesto que el nacimiento de las relaciones de trabajo se comienzan a establecer con el advenimiento del Estado liberal. Como ha sido señalado por

algunos autores, la aparición contemporánea del derecho del trabajo aparece como una reacción ante los abusos del periodo precedente.<sup>4</sup>

Cuando en el derecho del trabajo se habla de la era de la prohibición, como la primera etapa de dicha disciplina jurídica, generalmente, se suele ejemplificar con el Código Penal francés de 1810 y la Ley Chapellier. En el artículo 4o. de dicha ley se declaró lo contrario a la ley de coalición que tuviera como objeto la fijación de las condiciones generales de trabajo, prohibía la asociación profesional y en el artículo 2o. de la misma ley se prohibió la asociación profesional. Por su parte, el Código Penal francés prohibía la coalición y la huelga, así como las asociaciones de más de veinte personas, a menos que esta última fuera autorizada y funcionara bajo vigilancia.<sup>5</sup>

En América Latina, una vez que los países se liberaron del yugo de sus colonizadores, se comenzó por abolir la esclavitud; sin embargo, durante finales del siglo XIX y principios del XX, el cuadro jurídico que regulaba las relaciones laborales en la región era muy similar al europeo de la misma época, y en particular al modelo francés.<sup>6</sup>

En México, se pueden encontrar algunos antecedentes de la era de la prohibición en el Código Penal de 1872, el cual, siguiendo el espíritu francés, impuso a aquellos que cerraran una negociación, un confinamiento de ocho días y una multa por la realización de tal acto. Aunque también es justo señalar, que tal y como sostiene el profesor Mario de la Cueva, México no recorrió la era de la prohibición y entró inmediatamente a la era de la tolerancia, ya que figuras tales como la asociación profesional y la huelga no se encontraban prohibidas. Aunque también es cierto, que durante la segunda mitad del siglo XIX la industria mexicana era incipiente.<sup>7</sup>

### B. La era de la tolerancia

La característica de la era de la tolerancia es que durante ésta se permitió el desarrollo de las actividades sindicales, ya sea por medio de la

<sup>4</sup> Cfr. Laroque, P., *Les rapports entre patrons et ouvriers*, 1938; Dolléans de, *Histoire du travail*, 2a. ed., 1945, cit. por Rouast, André y Durand, Paul, *Precis de droit du travail*, París, Dalloz, 1057, p. 11.

<sup>5</sup> Cfr. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1961, t. II, pp. 241 y 242.

<sup>6</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Bélgica, Presses Universitaires de Louvain, 1990, pp. 50 y 51.

<sup>7</sup> Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 254.

coalición o bien por medio de la asociación profesional, o la huelga. Por ejemplo, en Inglaterra, en 1824 el Parlamento reconoció la libertad de asociación y en el caso de Francia, en 1864 se derogaron las normas que sancionaban la creación de asociaciones profesionales y las huelgas.<sup>8</sup>

México pasó vertiginosamente de la era de la prohibición a la era de la tolerancia. Durante esta época, los códigos civiles de 1870 y 1884 toleraban la asociación profesional y la huelga, aunque esto no implicara que dichas figuras constituyeran un derecho para los trabajadores.<sup>9</sup>

En la era de la tolerancia las actividades sindicales ya no estaban prohibidas, pero tampoco se encontraban reconocidas y reglamentadas. En tal sentido, esto ocasionaba que los sindicatos no contaran con un reconocimiento de sus derechos laborales. La era de la tolerancia consagra la etapa de libertad de coalición, la cual trajo consigo la libertad de asociación profesional, la licitud de la huelga y la posibilidad de celebrar contratos colectivos de trabajo. Sin embargo, tal y como sostiene el ilustre maestro Mario de la Cueva, la era de la tolerancia se nutrió de los principios individualistas y liberales, por lo que no llegó a consolidarse un derecho colectivo del trabajo. Por ejemplo, en el caso de la asociación profesional, ésta no dejaba de ser una asociación de hecho; no era una persona legal que pudiera gozar de derechos y obligaciones.<sup>10</sup>

### C. La era de la reglamentación

Después de haber pasado por las dos eras anteriores, el derecho del trabajo parecía que llegaba a su última era: la reglamentación. En dicha era, las naciones empiezan no sólo a dictar normas en torno a las reacciones individuales y colectivas, sino que también dicha legislación suele ser en beneficio de los trabajadores, reconociendo y protegiendo los derechos de éstos. Por ejemplo, al reconocerse la personalidad jurídica de los sindicatos se permitió la realización de contratos colectivos de trabajo, de tal manera que ahora el sindicato puede contar con personalidad jurídica que le permite poder reclamar el cumplimiento de dichos contratos.

Fue en Inglaterra donde se presentó uno de los antecedentes de la era de la reglamentación, y el 29 de junio de 1871 se reglamentó y otorgó per-

<sup>8</sup> Cfr. Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1988, t. I, pp. 17 y 18.

<sup>9</sup> Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 254.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 247.

sonalidad jurídica a la asociación profesional. En el caso de Francia, fue primero con una reforma de Napoleón III en 1864, con una Ley de Asociaciones Profesionales de 1884 y finalmente con la Ley General de Asociaciones de 1901, en que la asociación profesional pudo contar con plena personalidad jurídica. Puede destacarse también la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919, la cual consagra un capítulo al derecho de trabajo, constituyéndose en la primera Constitución que en Europa contenía un capítulo de tal magnitud.<sup>11</sup>

Es importante señalar que uno de los organismos internacionales que ha contribuido al fomento de una reglamentación del derecho del trabajo ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por medio de sus convenios y recomendaciones, así como lo señala la Constitución de la OIT en el artículo 10 del capítulo I, relativo a la organización, es función de la Oficina Internacional del Trabajo realizar el estudio de las cuestiones laborales y someterlo a la Conferencia a fin de adquirir convenios internacionales.<sup>12</sup>

En México, la era de la reglamentación se inicia a partir de la Constitución de 1917 —y en especial con su artículo 123—. Es en esta carta federal en donde el derecho del trabajo se constituye como una parte de las garantías sociales de los hombres. Se reconocen los aspectos relativos tanto al derecho individual como al colectivo del trabajo. En la Constitución mexicana y posteriormente en sus dos leyes legislativas de 1931 y de 1970, se reconoce y se reglamenta el derecho a un trabajo con una remuneración justa, el derecho a la estabilidad laboral, el derecho de poder formar coaliciones o sindicatos, el derecho de negociar colectivamente y, entre otras cosas, el derecho a la huelga. Simplemente, diremos que la Constitución mexicana se convirtió en un paradigma o modelo a seguir por otros Estados que deseaban ver consagrados a nivel constitucional los anteriores derechos sociales.

En lo que respecta al ámbito del derecho internacional americano del trabajo, cabe resaltar que en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en la cual se reconocieron varios derechos de los trabajadores, de entre los que destacan los relativos a la negociación colectiva.<sup>13</sup>

Una vez que el derecho del trabajo llegó a la era de la reglamentación, pareció que dicha disciplina inicia una etapa en donde el único camino

<sup>11</sup> Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 248-249 y *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 20-21.

<sup>12</sup> Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, tomada de: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>13</sup> Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 251.

que quedaba por recorrer consistía en un paulatino progreso de la legislación social. Sin embargo, como veremos a continuación, la historia contemporánea del derecho del trabajo ha mostrado otra realidad.

## *2. Una nueva era en la historia del derecho del trabajo*

### *A. La era de la flexibilidad laboral*

La nueva era de la flexibilidad laboral tiene sus orígenes en el contexto en que se vieron involucrados los Estados, sobre todo a partir de la segunda mitad de este siglo. En este periodo las naciones estuvieron influenciadas por las políticas económicas, de lo que se llamó “Estado interventor”. Dichas políticas beneficiaron a los trabajadores, puesto que éstos gozaron de una especie de “bonanza social”.

Sin embargo, a partir de la crisis del Estado interventor o de bienestar, las políticas nacionales como internacionales sufrieron una transformación diametralmente distinta en las que en este momento son utilizadas, ya que se inició un proceso de liberación de las economías nacionales y un proceso de globalización económica, en donde muchos conceptos, tales como la soberanía nacional, antes inmutables, tuvieron que ser replanteados ante la creación de una sociedad internacional más integrada.

El Estado regresa al libre mercado, al libre juego de la competencia, pero ahora dentro de un proceso de internacionalización y liberalización del comercio a nivel mundial. A finales del siglo XX el Estado se encuentra inmerso en un proceso de desregulación y de transnacionalización de las economías nacionales, en donde la mundialización de las economías nacionales se manifiesta a través de varias formas: por medio del nacimiento y expansión de las empresas multinacionales; los movimientos migratorios, y, entre otros, por los procesos de integración económica regional.<sup>14</sup>

Pero la reconversión del Estado y las relaciones internacionales no han sido un fenómeno gratuito, pues han estado relacionadas con un proceso de crisis económica mundial, la cual ha dejado ver sus manifestaciones de varias maneras: en la reducción de las tasas de crecimiento; en la inflación,

<sup>14</sup> Cfr. Cuevas, Alberto, *Sindicato y poder en América Latina*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 117.

y entre otros, en un constante desempleo que no hace diferencias entre los países llamados del primer y del tercer mundo.

Ante esta situación, los planes de ajuste, de saneamiento y de crecimiento económico del Estado para superar la crisis económica, han puesto el acento en las políticas destinadas a la desregulación de la economía, en un profundo y rápido proceso de privatización de industrias estatales y de servicios que antiguamente habían sido responsabilidad del Estado. Esto quiere decir, que se presentó una negación de lo que en algún momento, como ya lo mencionamos, se denominó "Estado interventor".

Los nuevos rumbos que tomó el Estado en materia económica originaron, por consecuencia, que también cambiara la organización de la producción y del trabajo. Es decir, la crisis económica mundial y la transnacionalización de la economía repercutieron en el ámbito de las relaciones laborales. Actualmente, quien estudia el derecho del trabajo se encontrará con una serie de características que quizás nunca se consideraron que pudieran volver a aparecer y en otros casos tal vez hasta unimaginables.

Las nuevas relaciones de trabajo se caracterizan por la inestabilidad en el empleo y la precarización del mismo; por las altas tasas de desempleo abierto y generalización del trabajo no asalariado; por la desindexación automática de los salarios en función de la evolución del costo de vida y en relación con la productividad y calidad del mismo, e incluso de la turbulencia de los mercados (flexibilidad salarial); por la emergencia de un denominado sector no estructurado que escapa a cualquier reglamentación; por la existencia de un trabajo temporal que parece más regla que excepción; por una aparente desregulación de las relaciones de trabajo; por la posibilidad del empleador de modificar el volumen de su personal (flexibilidad numérica o externa); por las actitudes y calificaciones polivalentes o múltiples de los trabajadores (flexibilidad interna); por la posibilidad de organización interna del personal por la empresa (flexibilidad funcional); así como por la posibilidad de modificar el tiempo de trabajo a fin de adaptarlo a las condiciones de producción o las necesidades de la empresa.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Respecto a estos temas, se recomienda ver a Sarfati, Hedva y Kobrin, Catherine, *La flexibilité du marche de l'emploi: un jeu économique et social*, Ginebra, Bureau International du Travail, 1987, p. 384; Banc-Jouvan, Xavier, "La flexibilité du temps de travail", *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 42, núm. 2, abril-junio de 1990; Kravaritou-Manitakis, Yota, *New Forms of Work: Labour Law and Social Security Aspects in the European Community*, Luxemburgo, European Foundation for the Improvement of

La aparición de nuevas condiciones de trabajo flexibles ha despertado opiniones opuestas, ya que algunos consideran que éstas representan la destrucción del derecho social, duramente conquistado por los trabajadores, mientras que otros sostienen que la actual protección social está perjudicando a los trabajadores, porque provoca una pérdida de competitividad y por consecuencia de fuentes de trabajo.<sup>16</sup>

Lo cierto es que esta serie de fenómenos son los que a nivel internacional se conocen como la flexibilización de las relaciones laborales, constituyéndose, a nuestro parecer, en una nueva era del derecho del trabajo, en cuanto que han venido a revolucionar el modelo tradicional de relaciones laborales de producción de la denominada “era de la reglamentación”.

Si antes se pensaba que con la era de la reglamentación poco a poco los derechos de los trabajadores irían en aumento, con objeto de lograr a cada momento una sociedad más justa, la nueva era de la reglamentación vino a desechar dicha idea. Actualmente, la situación que se presenta es justamente la contraria. Hoy en día toda aquella construcción en torno a los principios generales del derecho del trabajo realizados por prestigiosos laboralistas (Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez, entre otros), son sumamente cuestionables. Por ejemplo, aquel principio que mencionaba que el derecho del trabajo estaba constituido por normas mínimas que tendían a aumentar la protección de los trabajadores, en estos momentos ha resultado una quimera, pues si algo sucede, es justamente lo contrario, ya que como lo mencionamos anteriormente, si algo está ocurriendo con el derecho del trabajo es una desreglamentación del mismo. Similar comentario se podría hacer del principio donde se sostiene que el

Living and Working Conditions/Office for Official Publications of the European Communities, 1988, p. 166; Reynoso Castillo, Carlos, “Contratación precaria”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 68, mayo-agosto de 1990, pp. 537-553; Treu, Tiziano, “La flexibilidad laboral en Europa”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 112, núm. 2, 1993; Storper, Michael y Scott, Allen J., “La organización y los mercados locales del trabajo en la era de la producción flexible”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 109, núm. 3, 1990; y el libro *Encuentro Iberoamericano de derecho de trabajo*, Puebla, 1987, el cual contiene algunos trabajos en torno a la contratación precaria.

<sup>16</sup> Cfr. Javillier, Jean-Claude, “Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo. Reflexiones de un especialista en derecho del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 113, núm. 4, 1994, p. 553. Para tener una dimensión de la magnitud de las reformas que operan en la legislación laboral de varios países, las cuales tienen claras muestras de flexibilidad laboral, se recomienda ver el *Bulletin d'Informations Sociales* de la Organización Internacional del Trabajo.

derecho del trabajo es un derecho inconcluso que tiende a aumentar la protección a los trabajadores. Las condiciones precarias en las que se realiza el trabajo desmienten dicho principio.

Las nuevas condiciones de trabajo, en el caso de México, encuentran una explicación en la crisis económica de los años ochenta que replanteó el modelo económico de crecimiento mexicano. De un Estado interventor se pasó a un Estado que regresa al libre mercado y que se vuelve abstener en la economía. La crisis económica y el cambio de políticas macroeconómicas desembocaron en una nueva configuración de las relaciones laborales. El resultado principal de dicho replanteamiento se manifestó también en la flexibilización del trabajo. Dicha flexibilización laboral ha sido demostrada por algunos autores, a través del estudio de los contratos colectivos de trabajo, en donde la flexibilidad ha abarcado los procesos de producción (métodos de trabajo, movilidad en los puestos de trabajo, etcétera) y las condiciones de empleo y de salario.<sup>17</sup>

### B. La flexibilidad en la relación de trabajo

El derecho del trabajo se ha caracterizado históricamente por ser un derecho flexible. Sin embargo, desde hace algunos años se ha considerado que éste no sólo no es flexible sino que es demasiado rígido. Este comentario concierne también al derecho internacional del trabajo —léase recomendaciones y convenciones de la OIT— que paradójicamente, si algo lo ha caracterizado, es justamente su flexibilidad.<sup>18</sup> Rigidez que al entender de algunos, es nefasta para el desarrollo de la empresa y contraria al interés de los trabajadores, en la medida que impide la creación de

<sup>17</sup> Para un estudio más a profundidad sobre la crisis del modelo mexicano de relaciones laborales, véase Reynoso Castillo, Carlos, "Las relaciones laborales en México. La crisis de un modelo", *Derecho Laboral, Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, Montevideo, t. XXXIII-106, pp. 654-663; Bensusan, Graciela, "Crisis, democracia y derecho del trabajo: el caso de México (1970-1984)", *Crítica Jurídica*, Puebla, año 4, núm. 6, 1987, y la misma contribución de la autora en *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Essai comparatif sous la direction de Lyon-Caen, Paris, Antoine et Jeammaud, Antoine, Arles, Actes du Sud, 1986, pp. 209-237. Respecto a la flexibilidad en los contratos colectivos de trabajo, se puede consultar el ensayo de Garza Toledo, Enrique de la, "El nuevo patrón de relaciones laborales en México", en Garza, Enrique de la y Barbosa Cano, Fabio (coords.), *Modernización y sindicatos*, México, IIS-UNAM, 1993.

<sup>18</sup> Servais, Jean-Michel, "La souplesse et la rigueur des normes internationales du travail", *Revue Internationale du Travail*, marzo-abril de 1986, pp. 201-216.

empleos. En tal sentido, este nuevo enfoque considera que ante la rigidez del derecho del trabajo, se impone una flexibilización del mismo.<sup>19</sup>

Cuando se estudia el tema de la flexibilidad, se suele hablar de flexibilidad interna o flexibilidad externa. La flexibilidad interna se refiere a las calificaciones y aptitudes polivalentes que pueden desempeñar los trabajadores dentro de una unidad de producción. La flexibilidad interna se refiere también a la ampliación de la categoría profesional en la empresa y por consecuencia la polifuncionalidad de los trabajadores; así como a la flexibilidad del tiempo de trabajo.<sup>20</sup>

En lo que concierne a la flexibilidad externa, ésta se refiere a las acciones de los empleadores para ajustar rápidamente la mano de obra necesaria para la producción. La práctica más común, es la rotación, muy utilizada cuando los volúmenes de producción fluctúan enormemente y cuando es fácil reemplazar la mano de obra. Esto quiere decir, que hay una serie de despidos temporales, gracias a la existencia de una reserva de mano de obra a la que se puede recurrir según las necesidades. Asimismo, la flexibilidad externa se puede manifestar en un incremento de la proporción de trabajadores temporales en relación con los trabajos fijos de la empresa. Otros casos pueden ser la utilización de los contratos a tiempo parcial y el uso de la subcontratación.<sup>21</sup>

Como se puede observar, el estudio del tema se antoja difícil. Aparte de ser un tema complejo, en la medida que abarca tanto al derecho individual como al derecho colectivo del trabajo, la flexibilidad toca dos temas centrales. Por un lado, la organización de las relaciones laborales y el sistema de producción de la empresa, que busca la competitividad —objetivo que también puede buscar el trabajador—. Por otro lado, repercute directamente en la seguridad del empleo, es decir, en la estabilidad laboral.

Estos dos objetivos suelen entrar en coordinación, entrecruzarse y a veces entrar en oposición. Por ejemplo, cuando las políticas de organización de las relaciones laborales se enfocan hacia la flexibilidad externa,

<sup>19</sup> Márquez, Gustavo, *Le problème de l'emploi en Amérique Latine*, en Turnham, David, Foy, Colm y Larrain, Guillermo (dirs.), *Tensions sociales, création d'emplois et politique économique en Amérique Latine*, Paris, OECD, 1995, pp. 101-126, 118 y 418.

<sup>20</sup> Atkinson J., *Flexibility, Uncertainty and Manpower*, Brighton, Sussex University, Institute of Manpower Studies, 1985, informe núm. 89, Comission européenne, *Livre Blanc*, 1994, parte A7.

<sup>21</sup> Christopherson S., *Peak Time, Slack Time: The Origins of Contingent Labor Demand*, Documento de trabajo, Ginebra, Biblioteca de la OIT, 1986.

particularmente en lo que concierne a la estabilidad del empleo, es decir, el despido de trabajadores. En otras ocasiones la flexibilidad, sobre todo de carácter interno, puede permitir mejorar el estatus del trabajador, en la medida en que se le suele reducir su jornada de trabajo y en consecuencia contar con más tiempo libre, además de permitir la posible creación de nuevos empleos.

Para tratar de abordar los anteriores aspectos, se hará referencia a algunos tipos de flexibilidad, principalmente a la de carácter interno que se han adoptado en diversos países. La reorganización del trabajo se ha llevado a cabo a partir de varias fórmulas, entre las cuales podemos mencionar: El trabajo realizado por el empleado (a); la afectación del lugar de trabajo (b) y el tiempo de trabajo (c).

#### *a. El trabajo realizado por el empleado*

Como lo mencionamos al inicio de este trabajo, se está en presencia de un trabajador que puede realizar múltiples funciones. Se trata de trabajadores que tienen varias especialidades y varias actividades, que bien podríamos llamar “especialistas pluricompetentes”. Los trabajadores dejan de especializarse en una parte del proceso productivo. Ahora se requiere una habilidad total, trabajadores que dominen varias destrezas y capacidades para que puedan participar en más de una fase del proceso productivo, según lo demanden las necesidades de la empresa.

#### *b. Afectación del lugar de trabajo*

En ciertas empresas europeas, la empresa desea que el trabajador lo siga, en caso de traslado de ésta. El trabajador debe desplazarse junto con la empresa. Dicha movilidad se puede dar dentro del país de origen de la empresa o puede implicar un traslado a otro país europeo o incluso fuera de Europa. Estamos en presencia de una movilidad geográfica del trabajador.

Otro tipo de movilidad es aquella del lugar de trabajo, es decir, del trabajo a domicilio, tal es el caso de empresas como IBM. En Inglaterra el 20% de los trabajadores de dicha empresa realizan su trabajo desde su domicilio.

Se busca el incremento de la productividad. Sin embargo dicho incremento no necesariamente se puede dar, ya que la empresa tiene el problema de controlar el tiempo de trabajo, así como de respetar la vida privada del trabajador. Otro problema que surge, tiene que ver con el estatus del lugar de trabajo. ¿Quién debe cubrir los gastos de luz, teléfono e impuestos generados por el trabajo a domicilio? ¿El hecho que la empresa cubra estos gastos, genera un derecho de visita, en la medida que se trataría de un local de la empresa? ¿Qué hacer con los accidentes y riesgos de trabajo que ocurren en el domicilio del trabajador?

### c. El tiempo de trabajo

La determinación de la jornada de trabajo por la ley tiene como objetivo la protección del trabajador, incluso contra el consentimiento del mismo. Esto explica el cúmulo de disposiciones legales imperativas que no pueden ser derogadas. Tal es el caso de las jornadas máximas de trabajo y del reposo mínimo durante la jornada de trabajo. El conjunto de normas del trabajo obedece a este imperativo, la protección del trabajador. Sin embargo, este derecho, sin perder su vocación protectora, debe permitir la organización de la empresa. La empresa tiene el derecho de repartir las horas de trabajo durante la jornada, la semana o incluso el año. La organización del trabajo está determinada por la naturaleza misma de la actividad, la cual es específica a cada profesión y materia.<sup>22</sup>

Pareciera que ahora los términos se han invertido. Si antes la empresa se tenía que adaptar al horario del trabajador permitido por la ley (40 horas de lunes a viernes), hoy es el trabajador quien debe adaptarse al ritmo de trabajo de la empresa. La empresa quiere disponer del trabajador el tiempo y en el momento en que lo necesite.

La organización del tiempo de trabajo en Europa se puede constatar a partir de las siguientes evoluciones, que a veces podrían parecer contradictorias: La disminución del horario de trabajo, el aumento del tiempo de funcionamiento de la empresa, el trabajo de noche, la adaptación del tiempo de trabajo del asalariado a las necesidades de la empresa, así como la adaptación del tiempo de trabajo del trabajador debe de efectuarse sin un costo económico adicional para la empresa.

<sup>22</sup> Mackley, James, La Directive du 23 novembre 1993 et l'aménagement du temps de travail, en *La durée de l'aménagement du temps des travailleurs dans L'Union Européenne*, Paris, Litec, t. IV.

Disminución del horario de trabajo. En materia de disminución del tiempo de trabajo, algunas empresas han negociado la reducción del horario de trabajo (Alemania). En otros casos es la ley quien impone la reducción del horario semanal de trabajo (Francia).<sup>23</sup> En cuanto a los acuerdos colectivos, el caso más interesante es el acuerdo celebrado entre la empresa Volkswagen y el sindicato IG-Metal (uno de los más importantes y poderosos sindicatos alemanes). El sindicato, a fin de proteger el empleo de sus sindicalizados, ha pactado semanas de trabajo de 26 y 28 horas. Cabe mencionar, que el sindicato aceptó este acuerdo porque la empresa se comprometió a no despedir trabajadores durante la vigencia del acuerdo firmado (dos años).<sup>24</sup>

Por otro lado, el trabajo a tiempo parcial deja de ser atípico: en Holanda comprende a más de un tercio de los trabajadores y más de la quinta parte en Noruega. Ocurre lo mismo en Inglaterra donde al rededor del 40% de los empleos propuestos son a tiempo parcial.<sup>25</sup>

Aumento del horario de trabajo. Antigualmente se aceptaba excepcionalmente que algunas empresas trabajaran los 7 días de la semana, en virtud de la naturaleza de las mismas. Sin embargo, ahora las empresas quieren trabajar los 7 días de la semana y las 24 horas del día. Las empresas consideran sus actividades como estratégicas, y contrario a la productividad, el no trabajar las 24 horas del día y los siete días de la semana. Los trabajadores siguen manifestando su oposición a trabajar los fines de semana y en horarios nocturnos.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> En vista de fomentar la creación de empleos, el gobierno francés ha iniciado el proceso de reducción del tiempo de trabajo. La ley del 13 de junio de 1998 establece la semana de 35 horas. La nueva jornada será vigente a partir del año 2002 para las empresas de más de veinte trabajadores y a partir del año 2002 para todas las empresas. Se debe de comentar que se trata de la duración legal y no de la duración obligatoria, esto quiere decir que la empresa puede seguir recurriendo a las horas extras. Ley núm. 98-461 del 13 de junio de 1998, publicada en el *Journal Officiel* de la République Française del 14 de junio de 1998, pp. 9029-9033. Se puede encontrar la ley y más información en la siguiente dirección electrónica: [www.35h.travail.gouv.fr](http://www.35h.travail.gouv.fr).

<sup>24</sup> Lange, Willen de, "Working Time and Time Resource Management", en Ruyssvelot, Jorus, Huiskamp, Rien y Hoff, Jacques van, *Comparative Industrial and Employment Relations*, Londres, SAGE Publications, 1995, pp. 208-242, 220 y 356.

<sup>25</sup> Simitis, Spiros, *¿Le droit du travail a-t-il encore un avenir?*, *Droit Social*, París núm. 7/8, julio/agosto, 1997, pp. 655-668 y 660.

<sup>26</sup> Una encuesta representativa de trabajadores de la Unión Europea indica que sólo 21% de las personas interrogadas están dispuestas a trabajar los domingos, y 22% a tra-

Actualmente, en todos los países europeos se permite el trabajo el día sábado y se le quiere quitar importancia al trabajo realizado en domingo, así como en días de descanso obligatorio. La empresa reconquista el sábado, domingo y los días de descanso como jornadas normales de trabajo.<sup>27</sup>

Un caso evidente es el de FIAT en Italia, la empresa propuso a los trabajadores que decidieran por referéndum si querían trabajar sábados y domingos, en un primer momento los trabajadores rechazaron la propuesta. Ante esta respuesta la empresa declaró sus intenciones de transferir su producción a otros países y volvió a proponer otro referéndum a los trabajadores. Ante tal escenario los trabajadores aprobaron trabajar sábados y domingos.

Otro caso interesante, es el ocurrido en la constructora británica de automóviles, Rover —marca propiedad de BMW desde 1994— a cambio de una reducción de la duración de la jornada de trabajo semanal, llevada de 37 a 39 horas en todas las fábricas, Rover negoció una serie de modificaciones del tiempo de trabajo en la fábrica de Longbridge y particularmente la introducción del trabajo las 24 horas del día y los 7 días de la semana en la unidad de ensamblaje de motores y transmisiones.<sup>28</sup>

Ajuste de horario a las necesidades de la empresa. La empresa ya no quiere encontrarse enfrente de trabajadores que laboren 40 horas de trabajo por semana; esto es del pasado. La empresa quiere que el tiempo del trabajo se organice en función de sus necesidades. En tal sentido, ahora existen una serie de acuerdos para modular el tiempo de trabajo a las necesidades de la empresa. Los acuerdos de modulación permiten adaptar el tiempo de trabajo de los empleados por día, semana, mes o año. Dichos acuerdos permiten entre otras cosas, evitar el pago de horas extras y todo posible suplemento de remuneración.

Actualmente, pareciera que los modificadores al horario de trabajo deben efectuarse sin un sobrecosto para la empresa. En este caso se trata de quitarle importancia al momento o tiempo en que se trabaja, en particular las horas extras y el trabajo de fin de semana, ya sea de manera brutal,

bajar de noche, incluso ofreciéndoles un salario más elevado. Cfr. *Commision Européenne, Flexibilité et aménagement du travail*, Bruselas 1995, p. 14.

<sup>27</sup> Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, *Durée et aménagement du temps de travail*, La documentation Française, París, 1994, pp. 42 y 43.

<sup>28</sup> Blyton, Paul, *Royaume, Uni: le cas de l'industrie métallurgique*, en OECD/OCDE, p. 97; *La flexibilité du temps de travail. Négociations collectives et intervention de l'État*, París, 1995, p. 231.

como en España en donde no hay un pago de horas extras o el pago de las mismas es remitido a los acuerdos colectivos;<sup>29</sup> ya sea de carácter legal, tal y como sucede en Francia, Alemania e Inglaterra.

Dichos acuerdos pueden consistir en intercambiar las horas extras por más vacaciones. Por ejemplo, en 1993 IG-Metal y Mercedes Benz firmaron un acuerdo que suprimió todo pago extra del trabajo realizado los sábados, domingos y durante la noche. Nuevamente el argumento de la empresa fue, o se aceptaban estas nuevas condiciones o la empresa procedería a despedir trabajadores. El sindicato, como se puede ver, no tenía muchas opciones.

### 3. Reflexiones preeliminares

Como se puede apreciar, el sindicato no siempre se encuentra en la mejor posición para negociar una flexibilidad de las condiciones del trabajo. Por su parte la empresa se encuentra inmersa en una constante búsqueda de la productividad que la llevan a aplicar políticas de organización del trabajo que no necesariamente benefician a los trabajadores.

La flexibilidad *per se* no es negativa, como ya lo anotamos esta es intrínseca al derecho del trabajo. El problema aparece cuando se confunde entre flexibilizar las relaciones de trabajo y desreglamentar las mismas, es decir, la suspensión o supresión del derecho del trabajo, como la mejor solución para impulsar la competitividad y la creación de empleos.

Algunos teóricos del derecho han señalado que es inexacto afirmar que la legislación del trabajo sólo haya sido adoptada en beneficio del trabajador, que el contrato de trabajo haga rígida la gestión del empleo, así como afirmar que la norma atrofia la gestión de la empresa. El derecho del trabajo, que regula relaciones económicas bien definidas, no es el medio adecuado para actuar sobre la actividad económica general, las

<sup>29</sup> El acuerdo interprofesional para mejorar el mercado de trabajo, firmado por el gobierno y los actores sociales, busca nuevas formas de organización del tiempo de trabajo a fin de promover la creación de empleos. Las primeras medidas adoptadas consisten en la disuasión y la penalización de las horas extras. Su cuantía actual es considerada como injustificada y causante de efectos nefastos tanto sobre el empleo como la salud y la seguridad de los trabajadores. Así, la Ley 65/1997 adoptada el 30 de diciembre dentro del cuadro del presupuesto general de 1988 del Estado y la Ley 66/1997 del 30 de diciembre, contienen medidas fiscales, administrativas y sociales que penalizan las horas extras. Véase, INFOMISEP, *Politiques. Observatoire de l'emploi*, Berlín, Printemps, núm. 61, 1998, p. 30.

inversiones y la competitividad. El derecho del trabajo dentro de todo ese complejo, no es más que una herramienta. Se necesita ver otros aspectos, tales como la administración de sociedades y de los grupos de capitales; el ahorro; las instituciones monetarias y las relaciones económicas internacionales.<sup>30</sup>

Por otro lado, no se debe olvidar que existen una serie de normas con un contenido esencial y un alcance universal que simplemente no pueden ser objeto de suspensión o supresión (libertad sindical, la protección contra el trabajo forzoso y la protección contra la discriminación).<sup>31</sup>

Un estudio sobre la relación de las normas de trabajo y la competitividad realizado en una serie de países en desarrollo ha señalado que las normas fundamentales de trabajo influyen muy poco sobre los resultados comerciales. La idea de una nivelación desde abajo que quisiera que los países donde las normas son mediocres obtengan parte del mercado de exportación en detrimento de los países donde las normas son buenas, no está confirmado por la investigación empírica. Estas conclusiones implican también que los temores que los países en desarrollo pudieran tener, pensando que una mejora de las normas fundamentales dañaría sus resultados económicos o su competitividad sobre los mercados mundiales tampoco tiene justificación.

La flexibilidad si bien puede ser una solución a corto plazo, no necesariamente puede ser una solución a largo plazo. De nada sirve flexibilizar o desreglamentar el derecho del trabajo, si sus efectos sobre la productividad van a ser insignificantes y prácticamente nulos en materia de incremento de puestos de trabajo. Por lo demás, una mirada crítica a las legislaciones que han flexibilizado su derecho del trabajo buscando la productividad e incrementar la creación de empleos, deja mucho que desear.<sup>32</sup>

De nada sirve una desreglamentación del derecho del trabajo —contratos precarios, inestabilidad laboral— que produzca un incremento mediocre de la productividad y un escaso crecimiento del empleo, si a futuro se va tener que pagar una muy alta factura y fractura social (seguridad social para los trabajadores precarios). Un trabajo precario, no puede

<sup>30</sup> Lyon-Caen, Gérard, "Un droit sans papiers d'identité", *Archives de philosophie du droit*, t. 41: Le privé et le public, París, Sirey éditions, 1977, p. 585.

<sup>31</sup> Cfr. OCDE, *Le commerce, l'emploi et les normes du travail. Une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, París, 1996, p. 113.

<sup>32</sup> Marshall, Adriana, *Protección del empleo en América Latina: las reformas de los años 1990 y sus efectos en el mercado de trabajo*, *Estudios del trabajo*, Buenos Aires, núm. 11, 1996, pp. 3-29.

más que generar una protección social y laboral también precaria y una sociedad fracturada en lo social.

Actualmente, el impacto de la flexibilidad laboral ha sido tal, que no sólo debe considerársele como un elemento más de la relación de trabajo, sino como una figura que viene a modificar totalmente la concepción tradicional del derecho del trabajo, y en consecuencia la historia del mismo. Los efectos de la flexibilidad en las relaciones de trabajo ha sido tan grande, que hace necesario hablar dentro del derecho del trabajo de una nueva era: la era de la flexibilidad laboral, la cual, de hoy en adelante se debe tener en cuenta para cualquier estudio y análisis de derecho del trabajo.

Por otro lado, la apreciación que se tiene de la nueva era del derecho del trabajo encuentra posiciones discrepantes. Algunos consideran que dentro de la nueva era existe una total negación de las conquistas laborales, presentándose un retroceso en materia social, y otros ven de la nueva era de la flexibilización laboral como una forma de afrontar las nuevas tecnologías, así como los desafíos que presenta el mundo moderno dominado por las tecnologías.

Las dos conclusiones no son excluyentes, puesto que es cierto que las nuevas relaciones laborales han ocasionado una disminución de los derechos de los trabajadores; también es cierto que, es necesario afrontar los retos que impone la flexibilidad laboral. Las recientes crisis económicas y los virajes ideológicos que ha dado el mundo, así como la implantación de las nuevas tecnologías han demandado encontrar mecanismos que permitan ajustar las antiguas condiciones en las que estaban pactadas las relaciones de trabajo, asegurando al mismo tiempo los derechos fundamentales del trabajador y de su organización colectiva.

El reto actual hace necesario pensar en ideas originales y originarias que nos permitan afrontar la actual realidad, con objeto de adaptar las relaciones de trabajo al dinámico y cambiante mundo.

Todo intento de reformar las normas que regulan las relaciones de trabajo debe tener en cuenta el medio en que actualmente se desarrolla el trabajo, sin que esto signifique o pueda implicar una merma para la dignidad del ser humano, pues debemos recordar que el trabajo no debe dejar de ser visto como un medio digno por el cual el hombre asegura su superación y desarrollo personal. Ser trabajador implica una ciudadanía social en donde se deben asegurar garantías individuales como ciudadano, pero también garantías sociales como trabajador.

# CAPÍTULO SEGUNDO

## LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

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

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

#### 1. Consideraciones preliminares

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

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

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

<sup>34</sup> Cfr. *Idem.* p. 149.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### *A. Noción de contrato de trabajo*

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

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

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

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

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

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

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

### *C. Diferentes etapas de protección del contrato de trabajo*

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

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

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

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

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

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

##### a. Principio protector

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

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

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

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

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

#### b. Principio de irrenunciabilidad

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

#### c. Principio de continuidad

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

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

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

#### *d. Principio de primacía de la realidad*

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

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

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

#### e. Principio de racionalidad

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

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

### 3. *La mutación del contrato de trabajo*

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

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

regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran en tiempo completo, ejecutando su trabajo para un sólo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. Sin embargo, varias formas de empleo,<sup>42</sup> no corresponden más a esta imagen clásica. Hoy en día vivimos una crisis de la relación laboral fordista.<sup>43</sup> Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta, si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales<sup>44</sup> o reglamentar los nuevos fenómenos laborales, tales como el trabajo informal.<sup>45</sup> La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, nos permite hablar de una posible crisis del contrato de trabajo y en particular de la noción de subordinación (A), o quizás de un proceso de transformación del contrato de trabajo (B).

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

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

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

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

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

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

<sup>46</sup> Javillier, Jean-Claude, *Faut-il déréglementer les relations de travail?*, París, Dalloz, 1995, chron., p. 344.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### B. *La transición del contrato de trabajo*

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

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

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

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

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

<sup>50</sup> Carbonnier, Jean, *Flexible droit*, París, LGDJ, 1995.

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

En primer lugar, nadie puede hacerse asimismo de derechos, dado que todo derecho presupone la obligación del otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>55</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 117.

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

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

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

### c. Hacia una nueva regulación de los contratos de trabajo

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

<sup>56</sup> *Idem* p. 237.

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

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

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

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

<sup>57</sup> Cfr. *Op. cit.*, supra, nota 21, p. 33.

<sup>58</sup> *Idem*, pp. 32 y 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>62</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

### 1) Las funciones del contrato de trabajo

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

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

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

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

## 2) Limitaciones para contratar

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

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

## 3) La contratación individual y los derechos humanos

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

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

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

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

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

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

<sup>67</sup> Verdier, Jean-Maurice, "Relations de travail et droit fondamentaux. Une jurisprudence en éveil", en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Draï*, París, Dalloz, 1998, pp. 653-659.

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

#### 4. *Reflexiones preliminares*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**CAPÍTULO TERCERO**  
**LAS TENDENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. El ayer de la negociación colectiva . . . . .                                        | 46 |
| A. El orden público en el derecho del trabajo . . . . .                                 | 47 |
| B. Relación entre la convención colectiva y el contrato individual . . . . .            | 47 |
| 2. El hoy de la negociación colectiva . . . . .                                         | 48 |
| A. Nuevos interlocutores en la empresa . . . . .                                        | 49 |
| B. Un nuevo tipo de negociación y de acuerdos . . . . .                                 | 50 |
| 3. Orientaciones de la negociación colectiva . . . . .                                  | 51 |
| A. Una sociedad en constante cambio . . . . .                                           | 52 |
| B. La necesidad de un derecho promocional en materia de negociación colectiva . . . . . | 53 |
| C. El caso mexicano: redefinición del modelo de relaciones laborales . . . . .          | 56 |

### CAPÍTULO TERCERO

## LAS TENDENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El discurso jurídico en general y el particular discurso del derecho del trabajo es un discurso moderno. Se crea y se forma a partir de la consolidación de las naciones, de la configuración del Estado moderno, del establecimiento de las características de la ley moderna —general, impersonal, bilateral, abstracta—<sup>73</sup> y de la limitación jurídica al gobierno despótico y arbitrario.<sup>74</sup> Como lo han señalado claramente algunos politólogos, el discurso de los modernos en el fondo no tiene nada que ver con el discurso de los antiguos.<sup>75</sup> De manera que las historias del derecho del trabajo en el antiguo Egipto y la antigua Grecia son sólo eso, historias.

En este sentido, el derecho del trabajo como discurso moderno, puede ser analizado desde dos perspectivas: desde un punto de vista teórico y otro histórico. El técnico se puede estudiar según las características de sus normas jurídicas; es decir, de los paradigmas jurídicos que lo han guiado.

El estudio del derecho del trabajo también puede realizarse tomando en cuenta su evolución histórica. Los dos análisis no son independientes, sino complementarios, en la medida de que a cada época del derecho del trabajo le ha correspondido un discurso jurídico determinado.

Desde un punto de vista teórico, el derecho del trabajo ha tenido tres grandes etapas, o dicho de otra manera, la norma jurídica ha estado determinada por tres grandes paradigmas: en el Estado liberal por las normas de conducta; en el Estado existencial por las normas de organiza-

<sup>73</sup> Cfr. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978, pp. 18-32.

<sup>74</sup> Cfr. MacIwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires, Nova, 1947, p. 35.

<sup>75</sup> Cfr. Constant, Benjamin, "La libertad de los antiguos comparada a la de los modernos", en *Curso de política constitucional*, Burdeos, Imprenta de Lawalle Joven y Sobrino, 1821, t. III, p. 177.

ción; en el Estado libre-social (en ese orden de prioridad), que se está configurando actualmente en Europa occidental por las normas de carácter promocional o promocionales.

Como lo señala Norberto Bobbio, fue el economista F. A. Hayek, quien al caracterizar el paso del Estado liberal clásico al Estado asistencial recurrió a la distinción entre norma de conducta y normas de organización. Afirmando que este paso ha consistido, desde el punto de vista estructural, en un aumento progresivo de las normas de organización, respecto a las normas de organización y a las normas de conducta. El fenómeno del aumento de las normas de organización se refiere a la formación de las grandes organizaciones, tanto en el ámbito del Estado como en el de la sociedad civil, esto es, a las grandes concentraciones de poder en la sociedad moderna del Estado, en el sentido específico y restringido de la palabra, no es más que una manifestación.

La diferencia entre normas de conducta y normas de organización está indicando no tanto una diferencia entre tipos de Estado como una diferencia entre dos distintas funciones del derecho: la de hacer posible la convivencia de individuos (o grupos) que persiguen cada uno fines particulares y la de hacer posible la cooperación de individuos (o grupos) que persiguen un fin común. Las normas promocionales, por su parte, no tienen por objeto ordenar a los individuos a adoptar un determinado comportamiento, sino incitarlos a adoptar dicho comportamiento por medio de la promesa de una determinada recompensa.<sup>76</sup>

La evolución del discursos jurídico del derecho del trabajo, de alguna manera, se encuentra plasmada en aquella división histórica que se hace del mismo, harto difundida entre la doctrina juslaboralista latinoamericana: prohibición, tolerancia y reglamentación,<sup>77</sup> y como se ha sugerido en otro lado, en la actual era de flexibilidad.<sup>78</sup> Prohibición y tolerancia con

<sup>76</sup> Al respecto se recomienda ver los trabajos de Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987, p. 269 y del mismo autor, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, 1979, p. 404; G. Vedel prefacio al libro de Amselek, P., *Science et déterminisme, éthique et liberté*, PUF, 1988.

<sup>77</sup> Cfr. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 4a. ed., Porrúa, 1961, t. II; Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1988, t. I; Barbagelata, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Bélgica, Presse Universitaires de Louvain, 1980.

<sup>78</sup> Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La nueva era del derecho del trabajo. La era de la flexibilidad laboral", en *Estudios en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 375-385.

las normas de conducta; reglamentación con las normas de organización y, desde nuestro punto de vista, flexibilidad con las normas promocionales.

Al respecto, nos podemos preguntar a qué se debe esta interacción. Quizá una explicación se encuentre en el pensamiento de Julius Stone. En su libro, *El derecho y las ciencias sociales en la segunda mitad del siglo*, Stone escribió algo que es evidente, pero que a veces no podemos darnos cuenta: El derecho es parte del orden social. Existen interrelaciones del orden social sobre lo jurídico y de lo jurídico sobre lo social en la medida que el orden legal es parte del orden social y lo jurídico intenta regular lo social.<sup>79</sup>

Dicha interrelación no es otra cosa que un proceso dialéctico. Esta interrelación de lo jurídico sobre lo social y de lo social sobre lo jurídico, nos permite entender el porqué de ciertas instituciones jurídicas en un momento histórico determinado y, al mismo tiempo, tratar de dilucidar las posibles tendencias de dichas instituciones; es decir, intentar formular juicios sintéticos *a priori*.

El derecho del trabajo, como discurso jurídico de toda sociedad moderna, responde a una interrelación entre lo social y lo jurídico, por consecuencia puede considerarse como dialéctico. La negociación colectiva es un ejemplo claro, ésta ha sido marcada por los avatares de la sociedad y se encuentra, a su vez, condicionada por el discurso jurídico dominante de cada época. En este sentido, la negociación colectiva puede ser estudiada a partir de su evolución dialéctica.

En otras palabras, es posible estudiarla a partir de su ayer, caracterizado por las normas de organización, de su hoy que se caracteriza por sus normas flexibles y particularmente, de su posible mañana —hipótesis de nuestro trabajo— que podría estar guiado por las normas promocionales, sin que esto implique excluir las normas de conducta y de organización. Sobra remarcar que nuestro estudio tiene en cuenta toda la historia moderna del derecho del trabajo, pero considera importante tratar de centrarse y de estudiar sólo la historia contemporánea del derecho del trabajo, o sea, a partir del discurso de flexibilidad laboral y su previa síntesis, las normas de organización.

<sup>79</sup> Stone, Julius, *El derecho y las ciencias sociales en la segunda mitad del siglo*, México, FCE, 1978, pp. 7 y 8.

### 1. *El ayer de la negociación colectiva*

La negociación colectiva se puede entender como la voluntad de llegar a acuerdos entre empleadores y empleados cuando existen dificultades en la empresa o cuando se quieren mejorar las relaciones de trabajo en una empresa. La voluntad de llegar a acuerdos implica disposición para negociar, no solicitar demandas exorbitantes, actuar de buena fe y llegar a consensos razonables para ambas partes. La negociación colectiva puede tener por objeto:

- a) Iniciar una contratación colectiva
- b) Revisar un convenio vigente
- c) Modificar un convenio
- d) Fijar condiciones laborales especiales
- e) Exigir ciertas prestaciones económicas
- d) Suspender o modificar contratos
- f) Mejorar el diálogo social a nivel de empresa
- g) Mejorar la productividad de la empresa

Un patrón puede negarse a participar en una convención o negociación colectiva, sólo cuando haya un conflicto local en el centro de trabajo, o cuando haya otro de carácter general que involucre a todo el país.

Existen, por tanto, dos tipos de negociación colectiva: la ordinaria, que generalmente es bipartita, y la de extensión, en la que intervienen varios sindicatos y varios patrones a los cuales se invita, por medio de convocatoria, a participar en la discusión de un problema específico o de mejorar el diálogo social en la empresa, ya que la negociación colectiva no se debe dar necesariamente por la existencia de un conflicto.

La negociación colectiva puede ser bilateral o tripartita. Se entiende que existe negociación tripartita cuando el Estado interviene para lograr acuerdos entre trabajadores y patrones. Negociaciones en donde el Estado también puede adquirir una serie de obligaciones, que por su importancia, son de interés nacional (por ejemplo control de la inflación o del déficit público).

La negociación colectiva constituye uno de los pilares del derecho del trabajo; esta normalmente conduce a la forma de convenciones o acuerdos colectivos referentes a las condiciones de trabajo y de remuneración. Las convenciones y acuerdos colectivos se encontraban bajo el imperio

del orden público en general y de una cierta regulación a favor del trabajador, propia del derecho del trabajo (A), así como de la existencia de una relación particular entre la convención colectiva y el contrato individual (B).

### *A. El orden público en el derecho del trabajo*

La ley establece prescripciones de orden público. La negociación colectiva no podía privar al trabajador de los derechos contenidos en las prescripciones de orden público. Por otro lado, en caso de conflicto entre la ley y la convención, imperaba la interpretación de la ley. Sin embargo, la particularidad y originalidad del derecho del trabajo, hacía que éste fuera más allá. Se decía, se dice aun, de algunas leyes del trabajo, como la mexicana (artículo 3o. Transitorio de la Ley Federal del Trabajo), y la francesa (artículo L. 134-4 del Código del Trabajo), que la convención colectiva puede contener disposiciones más favorables, por ejemplo, un aviso más prolongado de despido que el previsto por la ley.

En tal sentido, el orden público tenía un significado doble en el derecho del trabajo, por un lado, asegurar un mínimo de derechos individuales y colectivos, por otro, reservaba a la convención la posibilidad de sobrepasar este mínimo de derechos establecido en la ley. De tal manera, que se podía hablar de un orden público específico en derecho del trabajo. En este periodo se puede hablar de un orden público social. Durante años la doctrina, en particular la latinoamericana, consideraba al derecho del trabajo como una legislación que establecía sólo mínimos, los cuales podían ser mejores en cualquier momento por vía del contrato individual o de la negociación colectiva.<sup>80</sup>

### *B. Relación entre la convención colectiva y el contrato individual*

Durante largo tiempo, la convención colectiva no sólo es considerada como un artículo jurídico que creaba lazos entre las partes firmantes. La convención es también una norma imperativa para los contratos individuales de trabajo. Nuevamente la convención colectiva habría de tener

<sup>80</sup> Cfr. Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 52 y ss.

un poderío original (artículo L. 135-2 del Código francés del Trabajo). A partir del momento en que el empleador estaba ligado por una convención, salvo cuando el contrato individual fuera más benéfico que la convención colectiva. Respecto al caso francés, se puede agregar que si dos convenciones eran aplicables, la jurisprudencia hacía prevalecer, para un aspecto particular, la cláusula más favorable, excluyendo todo cúmulo posible. Sin embargo, esta construcción no corresponde del todo a la realidad social y jurídica de hoy; incluso si la legislación prácticamente no ha sufrido ningún cambio, como es el caso de algunos países, en particular de la legislación mexicana.

## *2. El hoy de la negociación colectiva*

Los nuevos rumbos que tomó el Estado en materia económica a partir de los años ochentas originaron que cambiara la organización de la producción y del trabajo. Las crisis económicas mundiales o regionales y la transnacionalización de la economía repercutieron en el ámbito de las relaciones laborales.

Actualmente, quien estudia el derecho del trabajo se encuentra con una serie de situaciones que quizás nunca se consideraron que pudieran existir o volver a aparecer y en otros casos tal vez hasta inimaginables.

Las nuevas relaciones de trabajo se caracterizan por:

- La inestabilidad en el empleo y la precarización del mismo;
- Las altas tasas de desempleo abierto;
- La generalización del trabajo no asalariado;
- La indexación de los salarios en función de la evolución del costo de vida y la productividad e incluso con la turbulencia de los mercados;
- La emergencia de un denominado sector no estructurado que escapa a cualquier reglamentación;
- La existencia de un trabajo temporal que parece más regla que excepción;
- La desregulación de las relaciones de trabajo;
- La posibilidad del empleador de modificar el volumen de su personal (flexibilidad numérica o externa);
- La polivalencia de los trabajadores (flexibilidad interna);

La organización interna del personal por la empresa (flexibilidad funcional); y

La posibilidad de modificar el tiempo de trabajo a fin de adaptarlo a las condiciones de producción, del mercado o a las necesidades de cierto tipo de trabajadores, tales como las mujeres (flexibilidad del tiempo de trabajo).

Si antes se pensaba que con la era de la reglamentación poco a poco los derechos de los trabajadores irían en aumento, con objeto de lograr a cada momento una sociedad más justa, la nueva era de la reglamentación vino a desechar dicha idea. Actualmente la situación que se presenta es justamente la contraria. Hoy día toda aquella construcción en torno a los principios generales del derecho del trabajo realizados por prestigiados laboristas (Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez, entre otros) son sumamente cuestionables. Por ejemplo, aquel principio que mencionaba que el derecho del trabajo estaba constituido por normas mínimas que tendían a aumentar la protección de los trabajadores, en estos momentos ha resultado una quimera, pues si algo sucede, es justamente lo contrario, ya que como lo mencionamos anteriormente, si algo está ocurriendo con el derecho del trabajo es una desreglamentación del mismo.

Lo mismo podríamos decir en torno a aquel principio que sostiene que el derecho del trabajo, es un derecho inconcluso, que tiende a aumentar la protección a los trabajadores.

Bajo este marco de relaciones laborales, el hoy de la negociación colectiva se puede apreciar a partir de la redefinición de los interlocutores sociales que cuestionan seriamente el papel del sindicato como el representante privilegiado de los trabajadores en la empresa (A), y de las nuevas formas y contenidos que caracterizan las actuales negociaciones colectivas (B).

### *A. Nuevos interlocutores en la empresa*

Las empresas buscan interlocutores benévolos. Se ha buscado de esta manera negociar con el Comité de Empresa o con los delegados del personal de la empresa.<sup>81</sup> Se parte de la idea que los sindicatos sólo suelen

<sup>81</sup> Este comentario hace especial referencia al caso francés en donde la legislación contempla la existencia del comité de empresa, de delegados del personal y delegados

generar conflictos y que en realidad quienes conocen la empresa son los delegados del personal y el Comité de Empresa. De esta manera, se han celebrado una serie de acuerdos que la doctrina ha denominado “atípicos”. Estos acuerdos constituyen un serio cuestionamiento al monopolio de la negociación colectiva que han detentado los sindicatos.<sup>82</sup>

Asimismo, algunos empleadores han recurrido a otras formas de consulta directa que tiene por objeto sondear la opinión de los trabajadores u obtener su consentimiento, sin tener necesariamente que pasar por la representación sindical. Una especie de consulta refrendataria ha sido un mecanismo utilizado con este fin por los empleadores. En el caso de la legislación francesa, la ley admite excepcionalmente para la adhesión a un régimen complementario de previsión social (Ley 89-1009 del 31 de diciembre de 1989, artículos L. 731-1 y siguientes) o en materia de participación de los trabajadores en el capital de la empresa (Ordenanza 87-554 del 17 de julio de 1987).

### *B. Un nuevo tipo de negociación y de acuerdos*

Como se ha visto, durante una época se consideró que el derecho del trabajo estaba compuesto de un mínimo de derechos que en cualquier momento podía mejorarse, particularmente, vía la negociación colectiva. Sin embargo, actualmente se negocian menos las demandas de los trabajadores y más las demandas de los empleadores. Ahora son los trabajadores quienes tienen que ceder y otorgar “concesiones” a la empresa, con el fin de evitar despidos o disminuir el número de éstos.

Un mecanismo que se ha utilizado para negociar la salvaguarda de los puestos de trabajo, ha sido la reducción de salarios. La negociación se convierte puramente en un modo de gestión de la empresa. La organización del tiempo de trabajo es uno de los rubros en donde se ha difundido ampliamente este tipo de negociación. El método puede simplemente consistir en disminuir las horas trabajadas, por ejemplo, vía la reducción

sindicales. Por otro lado, en el caso de México, debe señalarse que la iniciativa de ley para reformar el apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo, presentada por el Partido Acción Nacional (PAN) el 12 de julio de 1995 en el Senado de la República, prevé la introducción de estas figuras.

<sup>82</sup> Cfr. Vachet Gérard, “Les accords atypiques”, *Droit social*, núm. 7-8, julio-agosto, 1990, pp. 620-625.

de la duración semanal del tiempo de trabajo. En el caso de algunos países europeos, particularmente en Francia, este nuevo camino se inició con una ordenanza del 16 de enero de 1982.

En otros casos, y con mayor frecuencia, la negociación no consiste en una simple reducción del tiempo de trabajo, ya que se les exigen “contraprestaciones” a los trabajadores bajo formas de modulación del tiempo de trabajo. Se trabajará más cuando la empresa tenga una alta carga de trabajo y menos o simplemente no se trabajará (desempleo técnico) en los periodos de menor actividad, es decir, se establecen una serie de horarios cíclicos. Dentro de esta perspectiva, en Volkswagen, Alemania constituye un ejemplo clásico de horarios cíclicos que responden a las necesidades de incremento o disminución de la producción de la empresa.

En ciertos países, particularmente en Francia, como la modulación anual del trabajo tropezaba con las normas imperativas, fue necesario derogarlas por medio de la negociación colectiva. Dicha modulación es decidida por medio de derogatorios. Su característica original es de apartar o descartar la ampliación de una reglamentación, (aquella relativa al tiempo de trabajo) hasta hace poco tiempo, de orden público. Hay, sin embargo, en beneficio del sindicato mayoritario, un derecho de oposición, que tiene por objeto evitar la aplicación de los acuerdos derogatorios, como es el caso de la revisión de la convención (Ordenanza del 16 de enero de 1982; L. 212-2 al 3).

### *3. Orientaciones de la negociación colectiva*

Los dos estadios estudiados de la negociación colectiva, como todo proceso dialéctico, tiene que desembocar en otro, que constituirá el mañana de la negociación colectiva. Proceso dialéctico que no debe verse como la negación de estos estadios, sino como la negatividad de los mismos; es decir, su superación. Debe reconocerse que el mañana del derecho del trabajo y, por ende, de la negociación colectiva, se ve incierto, sobre todo porque no es del todo claro que nos encontremos en los umbrales de este nuevo periodo.

Así, podría parecer arriesgado tratar de hacer algunos comentarios al respecto, sin embargo, como ha sido mencionado, el derecho como discurso de la sociedad sigue a ésta y esta misma se rige conforme se dispone en aquél, podemos hacer un análisis de la actual situación, de sus posi-

bles consecuencias y del lugar que puede jugar el discurso jurídico dentro de las nuevas dinámicas que puede tomar la sociedad.

### *A. Una sociedad en constante cambio*

Pareciera que la sociedad de hoy se está cuestionando, redefiniendo y quizá se encuentre inmersa en un proceso de mutación. El desempleo, la precariedad del trabajo, las migraciones, la pobreza y la exclusión social, son algunos de los elementos que obligan a reflexionar en torno al actual modelo de “desarrollo” de las sociedades occidentales u accidentalizadas (en donde la pobreza es tan aguda que no puede hablarse de exclusión social porque nunca ha habido inclusión social) y de la posible necesidad de buscar otras alternativas.

En el plano nacional, algunos países buscan consolidarse como sociedades democráticas y libres, como ocurre en los países africanos, asiáticos y latinoamericanos. Tal es el caso de la sociedad mexicana. Otras, que ya no discuten los aportes del pensamiento democrático liberal —democracia, libertad e igualdad jurídica—, se cuestionan sobre la preeminencia del mercado sobre lo social, como está ocurriendo en los países de Europa occidental.

En el plano internacional, las naciones occidentales es decir, sus sociedades, defienden o cuestionan la globalización, valoran el peso de la economía en la sociedad, es entonces, que se discute la preeminencia del mercado sobre lo social —las crisis financieras pueden destruir toda una economía y dejar a miles de trabajadores sin empleo—, así como de lo social sobre el mercado; o bien de una posible coordinación entre los intereses de la economía de mercado y los derechos individuales y sociales del ser humano. Los gobiernos, organizaciones sociales e instituciones internacionales se interrogan sobre la mundialización, no sólo del mercado sino también de lo social; se discute el papel del Estado y se buscan otras alternativas.<sup>83</sup>

<sup>83</sup> Respecto a los que no encuentran oposición entre los intereses de la economía de mercado y los intereses de los trabajadores, puede consultarse: “Commerce international et normes de travail” (allocation du directeur general du BIT a la conférence de Wilton Park sur la libération du commerce mondial, intitulé: Commerce et normes du travail, Peut-on convenir de règles communes, 6, mars, 1996). La conferencia del director se encuentra en *Revue Internationale du Travail*, núm. 2, 1996, pp. 250-258; Servais, Jean

### B. *La necesidad de un derecho promocional en materia de negociación colectiva*

La flexibilidad, ya sea de naturaleza interna o externa, es un método que tiene por objeto el ajuste de la producción sin menoscabo de la competitividad de la empresa, repercutiendo substancialmente en la seguridad del empleo de los trabajadores.

La flexibilidad *per se* no es negativa, de hecho ésta es intrínseca al derecho del trabajo. El problema aparece cuando se confunde entre flexibilizar las relaciones de trabajo y desreglamentar las mismas, es decir, la suspensión o supresión del derecho del trabajo, como la receta mágica del incremento de la productividad y la creación de empleos.

De nada sirve una flexibilización del derecho colectivo de trabajo que produzca un incremento mediocre de la productividad y un escaso crecimiento del empleo, si a futuro se va tener que pagar una muy alta factura y fractura social (seguridad social para los trabajadores precarios). Un trabajo precario, no puede más que generar una protección social futura también precaria, en el mejor de los casos. Es fundamental considerar que la flexibilidad debe permitir conciliar la protección de los trabajadores y la flexibilidad de las condiciones de empleo y de trabajo. El detrimento de uno de estos objetivos, implica el detrimento de la sociedad en su conjunto.

En medio de todas estas discusiones, cuestionamientos y redefiniciones de la sociedad, se encuentra el discurso jurídico; es decir, el derecho del trabajo, que comprende a su vez la negociación colectiva. Escenario

Michel, "Cláusula social en los tratados de comercio: ¿proteccionismo ilusorio o instrumento de progreso social?", *Revista Internacional de Trabajo*, núm. 108, 1989, pp. 289-300; Diemt, G. van, "Normas laborales mínimas y comercio internacional: ¿resultaría viable una cláusula social?", *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 108, 1989, pp. 302-318; OCDE, *Le comerce, l'emploi et les normes du travail Une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, París, OCDE, 1996, p. 113.

En lo que concierne a otras alternativas económicas para la sociedad, una economía social, que busca desarrollar las cooperativas, las mutuales y las asociaciones con fines económicos, se debe remarcar que existe una vieja tradición en la materia. En 1830, Charles Dunoyer escribió *Nuevo tratado de economía social*, en 1851, Auguste Ott escribió una obra intitulada *Tratado de economía social*, en 1856 Frédéric Le Pay fundó una sociedad internacional de estudios prácticos de economía social y una revista intitulada *La economía social*. Para tener un panorama de la literatura que trata de la economía social, se recomienda ver: Bidet, Eric, *L'économie social: un secteur d'avenir?*, La documentation française (Problemes politiques et sociaux, Dossier d'actualité mondiale), París, núm. 798, 27 de febrero, 1998, p. 77.

complejo, sin lugar a dudas y, sin embargo, con perspectivas. La negociación colectiva de ser prohibida, tolerada y reglamentada, se encuentra frente al gran desafío que representa la flexibilidad de las relaciones laborales. La flexibilidad, bien entendida, puede permitir el desarrollo de un derecho promocional del trabajo, que no implique la negación de un discurso jurídico que cuente a la vez con reglas de conducta y reglas de organización.

El derecho en general y el derecho del trabajo en particular, tienen el reto de encontrar el equilibrio entre los diferentes paradigmas que han caracterizado a la norma jurídica. Las normas de conducta son necesarias porque permiten la libre iniciativa del empleador y del trabajador independiente, es decir, perseguir fines particulares. Las normas de organización son también indispensables porque permiten obtener objetivos comunes, por ejemplo, establecer un mínimo de reglas a respetar por el conjunto de la sociedad o el impulso de cooperativas, de sociedades mutualistas o de asociaciones con fines económicos. Estos elementos se traducen en el necesario desarrollo de las normas promocionales que pueden permitir el desarrollo de la libre empresa; el respeto de reglas de derecho, que si bien tienen por objetivo proteger al trabajador, también permiten la salvaguarda y el desarrollo de la empresa. Las normas promocionales vía incentivos pueden tender hacia el progreso de los intereses del empleador y de los trabajadores.

La negociación colectiva, ya sea dentro de un sistema de relaciones profesionales heterónimo o autónomo, debe tomar en cuenta los paradigmas que han caracterizado a la norma jurídica, con el objeto de poder encontrar un equilibrio entre los intereses de los empleadores y de los empleados. En todo caso, y dentro de cualquier modelo de relaciones profesionales, debe considerarse de la negociación colectiva y que promueva la misma. El hecho de que un sistema de relaciones profesionales se caracterice por la preeminencia de la autonomía de las partes en materia de negociación colectiva, no quiere decir necesariamente que el Estado se abstenga de intervenir fijando. La conjugación armónica del ayer y del hoy de la negociación colectiva puede dar como resultado un mañana más justo. Lejos de considerarse ilusorias estas expectativas, bien podría decirse que actualmente se experimenta en ese sentido.

Particularmente, hay que pensar en la legislación francesa sobre la reducción de la semana de trabajo a 35 horas (Ley número 98-461 del 13 de junio de 1998, publicada en el *Journal Officiel de la République Fran-*

*caise* del 14 de junio de 1998, pp. 9029-9033), que permite al mismo tiempo una mejor organización del tiempo de trabajo de la empresa, la salvaguarda de puesto de trabajo y/o la creación de éstos, así como la reducción del tiempo semanal de trabajo a 35 horas.<sup>84</sup>

Se puede ver en particular el acuerdo que ha firmado la CGT con la empresa eléctrica EDF. Dicho acuerdo pretende contratar en tres años entre 17,000 a 18,000 jóvenes trabajadores en capacitación, que crearán aproximadamente 4,000 empleos, a cambio del paso a la semana de 35 horas (sin reducción de salario) o incluso de 32 horas (con una posible moderación salarial) y de un incremento de la flexibilidad del trabajo.

Una reorganización del orden social se impone, lo que implica una redefinición del discurso jurídico. Pareciera que la sociedad global, a la cual no sólo nos dirigimos sino que estamos viviendo cotidianamente, tiene una naturaleza —entender la ideología— individualista. Resulta paradójico que la globalización tenga un carácter individualista. Bajo esta perspectiva, pensar en lo colectivo, podría resultar hasta cierto punto contradictorio. Sin embargo, lo colectivo se impone como una necesidad, si se quiere, por lo menos una mera subsistencia —a mayor número de pobreza y exclusión, menores oportunidades será para aquellos que acumulan capital— y de organización social —Hobbes con su *homo homini lupus* nos mostró cómo se revela necesaria la organización social—. De manera que resulta errónea y contraproducente destruir los canales de comunicación colectivos.

El derecho del trabajo se encuentra frente a un gran desafío, y aunque a él por sí sólo no le corresponde resolver todos los problemas de la sociedad, tiene que repensarse y, en tal sentido, reinventarse. Este proceso debe tener en cuenta la necesidad de conservar los aportes de las normas de conducta que permiten conseguir fines individuales, de las normas de organización que permiten alcanzar fines comunes. Al mismo tiempo, debe considerarse la función que pueden desempeñar las normas promocionales, las cuales pueden impulsar la iniciativa de los individuos, la búsqueda de objetivos comunes, por ejemplo vía a la negociación colectiva; y por otro lado, permitir la regularización de las actividades en donde la efectividad y la eficacia de la norma jurídica es cuestionada, piénsese particularmente en el reto que representa el sector informal o no estructurado.

<sup>84</sup> Ley 98-461 del 13 de junio de 1998, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* del 14 de junio de 1998, pp. 9029-9033.

La sociedad necesita ahora más que nunca, reafirmar la necesidad de garantizar no sólo un orden público, sino también, garantizar un orden público social. En este sentido, el discurso jurídico de fin de siglo debe garantizar una igualdad que no sólo sea jurídica, sino también social. Los próximos años parecen decisivos en la configuración de un proyecto de sociedad global. Mundializar el mercado también debe implicar mundializar la lucha contra la exclusión social y la pobreza. En este sentido, la mundialización no debe ser sólo económica, también social.

Por su parte, los juristas tienen el gran desafío de hacer uso y ampliar a toda la ciencia del derecho, aquello que en 1607 *sir* Edward Coke, refiriéndose al control jurisdiccional, denominaba: *the artificial reason and judgement of law*, con el fin de poder enfrentar los retos del mundo globalizado de fin de siglo.

### *C. El caso mexicano: redefinición del modelo de relaciones laborales*

Cabe señalar, que el futuro de la negociación colectiva, en el caso de México, dependerá mucho, de que se presente un avance en la definición de nuestro modelo de relaciones laborales: ¿Vamos por un modelo de búsqueda a la autonomía de las partes en lo individual y colectivo? ¿Queremos un modelo heterónomo, en donde el Estado regule las relaciones individuales y colectivas? ¿Es oportuna la intervención del Estado? ¿Queremos una centralización de la negociación colectiva o una descentralización de la misma? ¿Queremos un modelo que fomente el conflicto, o un modelo que busque el consenso? ¿El contexto mexicano requiere una regulación estatal en lo individual, heteronomía, y más libertad a las partes en lo colectivo, autonomía?

CAPÍTULO CUARTO  
LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y EL PLURALISMO  
SINDICAL EN EL DERECHO COMPARADO

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Las cláusulas de preferencia sindical: libertad positiva y negativa | 57 |
| A. Una libertad sindical negativa absoluta . . . . .                   | 58 |
| a. España . . . . .                                                    | 58 |
| b. Francia . . . . .                                                   | 58 |
| c. La Carta Social Europea . . . . .                                   | 59 |
| d. La OIT . . . . .                                                    | 60 |
| B. Una libertad sindical negativa acotada . . . . .                    | 61 |
| a. Canadá . . . . .                                                    | 61 |
| b. Estados Unidos . . . . .                                            | 62 |
| 2. Unidad y pluralidad sindical . . . . .                              | 64 |
| A. La unidad sindical . . . . .                                        | 64 |
| B. Pluralismo sindical . . . . .                                       | 65 |
| a. Pluralismo externo . . . . .                                        | 66 |
| b. Pluralismo interno . . . . .                                        | 67 |
| 3. Reflexiones preliminares . . . . .                                  | 69 |

## CAPÍTULO CUARTO

### LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y EL PLURALISMO SINDICAL EN EL DERECHO COMPARADO

La reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la constitucionalidad de la cláusula de exclusión reglamentada en la Ley Federal del Trabajo, ha generado que se discutan nuevamente las cláusulas de preferencia sindical. Una visión desde el derecho comparado de las cláusulas sindicales (1) la unidad y pluralismo sindical (2), pueden permitir entender la reciente tesis jurisprudencial de la Suprema Corte sobre la cláusula de exclusión por separación (3).<sup>85</sup>

#### *1. Las cláusulas de preferencia sindical: libertad positiva y negativa*

La libertad sindical se entiende en dos vertientes: Una de carácter positivo, que tiene que ver con la libertad del trabajador o de los trabajadores a formar sindicatos (libertad positiva) y otra, que tiene que ver con la libertad del trabajador o de los trabajadores a dejar de pertenecer a un sindicato o simplemente no formar parte de un sindicato ya existente o que está por crearse (libertad sindical negativa). En el derecho comparado del trabajo se puede apreciar que tanto las legislaciones nacionales y la regulación existente en materia internacional consagran la libertad sindical en su vertiente positiva y negativa. Aunque, no dejan de presentarse dos tendencias en el derecho comparado del trabajo, por un lado aquellos países que no establecen ningún límite a la libertad sindical negativa (A) y aquellos que establecen ciertos límites a la libertad sindical negativa (B).

<sup>85</sup> Amparo Directo en revisión 1124/2000. Quejosos: Abel Hernández Rivera y otros. Recurrente: Sindicato de Trabajadores de la Industria Azucarera y Similares de la República Mexicana.

### *A. Una libertad sindical negativa absoluta*

Entre los países que no establecen ningún límite a la libertad sindical negativa se encuentran: España (a) y Francia (b). De igual manera, el derecho internacional del trabajo consagra la libertad sindical negativa en su forma absoluta, ya sea a nivel europeo (c) o de la Organización Internacional del Trabajo (d).

#### *a. España*

En el ordenamiento jurídico español, la discusión sobre la libertad sindical negativa está regulada expresamente por el artículo 28.1 de la Constitución española, en donde se establece que “nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”. Asimismo el artículo 35.1 de la Constitución española, establece el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio. Por su parte, el artículo 28.1 al establecer que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato; y el artículo 4.2.c) al establecer el derecho del trabajador a la no discriminación en el empleo o una vez empleado por razones de afiliación o no a un sindicato que garantiza la libertad sindical negativa. Asimismo el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones favorables o adversas por razón de afiliación o no a sindicatos.<sup>86</sup> Como se puede apreciar, dentro del ordenamiento jurídico español no hay lugar para las cláusulas de preferencia sindical, y en particular a las relativas a la exclusión sindical.

#### *b. Francia*

La legislación francesa reconoce la libertad de asociación negativa. El artículo L.411-8 del Código del Trabajo señala que todo miembro de un sindicato profesional puede retirarse en cualquier momento, no obstante toda cláusula contraria, sin perjuicio del derecho del sindicato de reclamar la cotización relativa a los seis meses que siguen al retiro de la adhesión.

<sup>86</sup> Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho sindical*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, p. 86.

Asimismo, el artículo L.412-2 (ley del 27 de abril de 1956) del Código del Trabajo señala que está prohibido a todo empleador tomar en cuenta la pertenencia a un sindicato o el ejercicio de la actividad sindical para tomar sus decisiones en lo que concierne a la contratación, la conducta y la repartición del trabajo, la formación profesional, la remuneración, el otorgamiento de prestaciones sociales, las medidas disciplinarias y de despido.

### c. La Carta Social Europea

Un análisis realizado respecto a los derechos sindicales en la Carta Social Europea,<sup>87</sup> ha permitido constatar que existe una coincidencia de criterios de los órganos de control y aplicación de dicha Carta (el Comité de Expertos Independientes y el Comité Gubernamental). De tal suerte, que una recapitulación sobre la admisibilidad de las cláusulas de seguridad sindical a través de la interpretación realizada por los órganos de control de la Carta Social Europea, permite señalar que a lo largo de los años se ha garantizado tanto la libertad sindical positiva como la libertad sindical negativa. Afirmación que podemos desprender de los siguientes razonamientos de los órganos de control y aplicación de la Carta Social Europea:<sup>88</sup>

- A pesar de existir en el Anexo una disposición (artículo 1o., párrafo 2) que pretende evitar que las cláusulas de seguridad sindical sean sometidas a examen por los órganos de control de la Carta, esta regla interpretativa del anexo no podrá impedirlo.
- Si bien la regla interpretativa del Anexo se refiere al artículo 1.2 de la parte II —derecho al trabajo—, no puede obviarse sus efectos sobre el artículo 5o. —derecho sindical—, pues las cláusulas de seguridad sindical pueden colisionar con ambos derechos, vaciando de contenido a los mismos.
- Si bien los órganos de control de la Carta no se han pronunciado de forma abierta y rotunda sobre la ilicitud de las cláusulas de seguridad sindical, sí que sus interpretaciones se pueden extraer los

<sup>87</sup> La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, después del depósito del quinto instrumento ratificado. De los 23 miembros del Consejo de Europa, sólo han ratificado la Carta: Inglaterra, Noruega, Suecia, Irlanda, Alemania, Dinamarca, Italia, Chipre, Austria, Francia e Islandia.

<sup>88</sup> Pardel Veá, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 166 y 167.

elementos que determinarán su ilicitud y, en consecuencia, la no satisfacción de la obligación que se deriva del artículo 5o.

- Las legislaciones nacionales deberán tener en cuenta, para dar satisfacción a la obligación aceptada, que a pesar de que el artículo 5o. de la Carta obvia referirse al derecho de libertad sindical individual en su vertiente negativa, este aspecto no queda completamente fuera del ámbito del artículo 5o.
- La admisión de cualquier coacción (léase cláusulas de seguridad sindical), en materia de libertad sindical afectaría al derecho que se pretende garantizar y estaría en contradicción con la obligación aceptada.
- No pueden dejarse sin recurso ni sanción las prácticas que fueran un obstáculo abusivo al derecho de libertad sindical, ya que legalizarían situaciones contrarias al artículo 5o.
- Debe imperar el principio de proporcionalidad entre los diferentes intereses en presencia, los intereses que se pretende proteger a través de las cláusulas de seguridad sindical y los que se protegen con las obligaciones derivadas del artículo 5o.
- Son conformes a la Carta aquellas disposiciones que prohíben el despido de un trabajador por razones de afiliación sindical.
- Son contrarias a la Carta aquellas disposiciones que autoricen a un empleador a despedir a un trabajador que se niegue a afiliarse a un sindicato, o a un sindicato determinando, o a mantener su afiliación, aun sabiendo, en el momento de ser contratado, que el empleador subordinaba el empleo en la empresa al cumplimiento de estas condiciones.

#### d. La OIT

El Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no consagra la libertad sindical individual negativa, prefiere dejar a la legislación nacional establecer su propia solución. No obstante el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que bajo ciertos casos y bajo ciertas circunstancias algunas cláusulas sindicales podrían ser consideradas compatibles con la libertad sindical.<sup>89</sup>

<sup>89</sup> Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad Sindical: Normas Internacionales. Regulación Estatal y Autonomía”, en Buen, Néstor de (coord.), *Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, México, Gobierno del Estado de Puebla, 1989, p. 182.

### *B. Una libertad sindical negativa acotada*

Las cláusulas de seguridad sindical son muy practicadas en los países anglosajones, en donde son lícitas bajo ciertas condiciones. No obstante, que restringen la libertad del trabajador y del empleador, tienen la ventaja de reforzar la autoridad de los sindicatos y de hacer soportar las cargas de la acción sindical a todos aquellos que se benefician.

Los sindicatos a fin de proteger sus intereses y afianzar sus posiciones frente al empleador han buscado incluir en los contratos colectivos una serie de cláusulas denominadas de seguridad sindical o cláusulas de garantía. Dichas cláusulas tienen por objeto hacer obligatoria la afiliación sindical o el pago de cuotas sindicales, con el fin de que todos aquellos que resultan beneficiados por las actividades del sindicato, contribuyan en los gastos del mismo. No todas las legislaciones nacionales lo permiten, pero en el caso de Canadá (a) y Estados Unidos (b), se pueden encontrar este tipo de cláusulas en los contratos colectivos.

#### *a. Canadá*

En el caso de Canadá, en materia federal, el Código canadiense del trabajo permite incluir en los contratos colectivos cláusulas del siguiente tipo:

1. Imponer como condición de empleo, la adhesión a un sindicato determinado.
2. Preferir en materia de empleo a los adheridos de un sindicato determinado [artículos 68 a) y b) CCT].
3. Permitir participar en la colocación de los solicitantes de empleo. En el caso de que el sindicato se ocupe de la colocación de los solicitantes de empleo, tiene la obligación de dictar reglas, y aplicarlas de manera justa y no discriminatoria. Dichas normas deben ser anunciadas en carteles que se encuentren a la vista en todo local del sindicato o donde se reúnan habitualmente las personas que buscan empleo [artículos 69 (2) y (3) CCT].
4. A solicitud del sindicato, se debe establecer en el contrato colectivo la obligación del empleador de descontar del salario entregado a cada trabajador adherido o no al sindicato, regido por el contrato colectivo,

el importe de la cotización sindical y a entregarla inmediatamente al sindicato [artículo 70 (1) CCT].

No obstante, un trabajador se puede rehusar a formar parte de un sindicato o a otorgar su cuota sindical, cuando aludan motivos religiosos. La *Board* puede eximir al trabajador, ya sea de la obligación de formar parte del sindicato como una condición de empleo o ya sea de entregar su cuota al sindicato. En este último caso, el trabajador está obligado a entregar directamente o descontándole de su salario, un monto equivalente a la cotización normal al sindicato, para ser entregada a un organismo de caridad registrado y aceptado a la vez por el empleador y el sindicato [artículo 70 (2) CCT].

La legislación federal reconoce expresamente la validez de esas cláusulas; sin embargo, obliga al sindicato a admitir entre sus agremiados, sin ningún tipo de discriminación a todo trabajador que satisfaga las condiciones usuales de admisión.

Respecto a la Provincia de Québec, el legislador establece que el patrón no puede ser obligado, en virtud de una disposición del contrato colectivo a despedir a un trabajador por la sola razón de que la asociación acreditada ha rehusado o diferido aceptar a este trabajador como miembro, o lo ha suspendido o excluido de la asociación, salvo en los siguientes casos:

1. Que el trabajador haya sido contratado en contra de una disposición del contrato colectivo.
2. Que el trabajador haya participado como instigador con la ayuda directa o indirecta de su patrón o de una persona que actúe por instrucciones del empleador en una actividad contraria contra la asociación acreditada [artículo 73 (63) CGT].

#### *b. Estados Unidos*

En lo que respecta a los Estados Unidos, los sindicatos han logrado importantes cláusulas de seguridad sindical. Actualmente, de cada cinco contratos, más de cuatro exigen algún tipo de afiliación obligatoria al sindicato o el pago de cotizaciones.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, Ginebra, OIT, 1974, pp. 11 y 53.

Podemos mencionar que las principales cláusulas de seguridad sindical que se establecen en los contratos colectivos de Estados Unidos son del siguiente tipo:

1. “Talleres preferenciales”. El patrono conviene en dar preferencia en el empleo a los miembros del sindicato, aunque sigue contando con la facultad de contratar a trabajadores que no estén afiliados al sindicato.
2. “Mantenimiento de afiliación”. Se exige a los empleados afiliados al sindicato que mantengan su afiliación. Mientras que los empleados que no están sindicalizados y los de nuevo ingreso no tienen obligación de aliarse.
3. “Talleres exclusivamente con empleados afiliados al sindicato (*Union Shop*)”. Se exige a todos los trabajadores, como a los de nuevo ingreso que se afilien al sindicato después del transcurso de cierto tiempo, aunque se permite que el patrón contrate a trabajadores que no sean miembros del sindicato.
4. “Talleres cerrados (*Closed-shops*)”. En este caso se exige que los trabajadores sigan perteneciendo al sindicato y que los que no son parte de este y los de nuevo ingreso se afilien obligatoriamente al sindicato.
5. “Cuota sindical obligatoria (*Check -Off*)”. En este caso el empleador tiene la obligación de deducir del salario del trabajador las cuotas exigidas por el sindicato, incluso las de afiliación al sindicato.<sup>91</sup>

Respecto al pago de cotizaciones al sindicato, en el caso *NLRB V. The General Motors Corp.* 373 U.S. 734 (1963), se determinó que es obligación de los trabajadores pagar su cuota periódica y de incorporación al sindicato, excepto para los objetores de conciencia de carácter religioso, a quienes se les permite pagar una suma equivalente a cualquier otra entidad. El sindicato puede imponer sanciones a quienes no cumplan según la *National Labor Relations Act*. Aunque los miembros de un sindicato se pueden rehusar a pagar su cuota cuando ésta sea utilizada con fines de carácter político.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Chommie, John C., *El derecho de los Estados Unidos*, Coral Gables, Florida, University of Miami, vol. 3, pp. 120 y 121; STyPS/United States of America Department of Labor, *A Comparison of Labor Law in the United States and Mexico: An Overview*, Preliminary joint report, octubre 1992, p. 11.

<sup>92</sup> Gould IV, William B., *Nociones de derecho Norteamericano del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 142-144. El precedente de rehusarse a pagar cuotas cuando estas sean

## 2. *Unidad y pluralidad sindical*

Según señala Mozart V. Russomano que La libertad de asociación, de la cual la libertad sindical es una de sus formas, no se limita solamente al derecho a participar o no participar en determinada institución. Supone también el privilegio de escoger a aquellos a los que nos queremos asociar, creando incluso una entidad de igual naturaleza, distinta de las existentes.<sup>93</sup> Esta situación abre la posibilidad de establecer un régimen de unidad sindical (A) u otro de pluralidad sindical (B).

### *A. La unidad sindical*

La unidad sindical no admite que al mismo tiempo, en el mismo lugar, la existencia de varios sindicatos. Por el contrario la pluralidad sindical, admite que, al mismo tiempo, en el mismo lugar, la misma categoría profesional o económica, se encuentre indistintamente congregada en torno al sindicato único o dividida en diversos sindicatos de la misma naturaleza. Un régimen de pluralidad sindical, el trabajador puede escoger, entre diferentes sindicatos.<sup>94</sup>

Puede ocurrir que en un régimen de pluralidad sindical convengan los interesados en la necesidad de la existencia de un sólo sindicato. En el primer caso, el sindicato único —oficial u oficializado— queda fácilmente sometido a las presiones ajenas al sindicalismo o de los grupos políticos. Puede incluso, ser desfigurado por el malabarismo partidista. En el segundo caso, la unidad sindical resulta como fenómeno natural del movimiento espontáneo de las opiniones laborales, esto le da una extraordinaria fuerza de acción y reacción.

Entre el sistema de la unidad y el sistema de la pluralidad sindical hay argumentos desfavorables.<sup>95</sup>

La unidad sindical:

a) Limita la libertad sindical.

utilizadas para fines políticos se encuentra en el caso *NLRB vs. Detroit Board of Education Co.*, 412 U.S. 209 (1977).

<sup>93</sup> Russomano, Mozart V., *Principios generales de derecho sindical*, Madrid, Instituto de Estudios Constitucionales, 1977, pp. 87 y 88.

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 106 y 107.

- b) El sindicato único puede ser un producto artificial.
- c) Puede ser controlado por el Estado.
- d) Puede estimular la “profesionalización” de los dirigentes sindicales.
- e) Puede crear desconfianza respecto a la independencia sindical.

Por su parte el pluralismo sindical:

- a) Puede quebrar la unidad de la clase obrera.
- b) Puede estimular la lucha entre sindicatos y sus agremiados.
- c) Puede estimular la disidencia sindical.
- d) La pluralidad sindical presupone la declaración de la entidad más representativa, de modo que los sindicatos quedan divididos.<sup>96</sup>

### B. *Pluralismo sindical*

Siguiendo nuevamente a Russomano, el régimen de pluralidad sindical presupone un sistema económico consolidado, un apreciable nivel de desarrollo nacional, comprensión y solidaridad de parte de los trabajadores, tradición sindicalista bien definida, estructura obrera rígida para resistir el embate de las disidencias.<sup>97</sup>

Ligadas a la resolución de la Suprema Corte sobre la cláusula de exclusión, se encuentran otras resoluciones de la misma Corte que apuntan a la consolidación del pluralismo sindical en la legislación mexicana. Particularmente aquella resolución al apartado A del artículo 123 constitucional a los trabajadores de las empresas descentralizadas<sup>98</sup> y la reso-

<sup>96</sup> Durand, Paul, *Traité de Droit du Travail*, París, Verdier, vol. III, pp. 347 ss. y p. 965; J. M., “Syndicats”, en Camerlynck, *Traité de Droit du Travail*, vol. 5, p. 355 y ss.; Brun y Galland, *Traité de Droit du Travail*, París, 1962, vol. III, pp. 34 y ss., cit. por Russomano, Mozart V., *Principios generales de derecho sindical*, Instituto de Estudios Constitucionales.

<sup>97</sup> *Ibidem*, 108.

<sup>98</sup> “Sindicación única. Las leyes o estatutos que la prevén, violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado b, fracción X, constitucional. El artículo 123 constitucional consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propia. Dicha libertad debe entenderse en sus tres aspectos fundamentales: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo; 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación. Ahora bien, el mandamiento de un sólo sindicato de burócratas por dependencia gubernativa que establezcan las leyes o estatutos

lución que declara la inconstitucionalidad de la prohibición de la reelección de los dirigentes sindicales. También, no se debe olvidar la resolución que señala que imponer a los comerciantes o industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente viola la libertad de asociación establecida en el artículo 9o. constitucional.<sup>99</sup>

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el pluralismo sindical puede ser estudiado a partir de dos perspectivas, una interna (a) y otra externa (b).

#### *a. Pluralismo externo*

Se entiende que hay pluralidad sindical externa cuando en una sociedad existen varios sindicatos, que no necesariamente están ligados unos con otros y que tampoco tienen la obligación de estarlo.

laborales, viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores prevista en el artículo 123, apartado B, fracción X, de la Constitución Federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses". (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. IX, mayo de 1999, Tesis: P./J. 43/99, p. 5).

<sup>99</sup> "Cámaras de comercio e industria, afiliación obligatoria. El artículo 5o. de la ley de la materia viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional. La libertad de asociación consagrada por el artículo 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la Cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3. Derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional". (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, octubre de 1995, tesis: P./J. 28/95, p. 5). (Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, octubre de 1995, Tesis: P./J. 28/95, p. 5).

Dentro de un contexto mexicano, hoy día se puede afirmar que hay pluralismo sindical externo, en la medida de que existen varias organizaciones sindicales, organizadas al nivel de federaciones o de confederaciones y que no necesariamente comparten la misma visión del mundo del trabajo: CTM, La CROM, así como el denominado sindicalismo independiente.

### *b. Pluralismo interno*

Se habla de pluralismo sindical interno, cuando en una empresa conviven varios sindicatos. Dicha noción escapa al modelo de relaciones profesionales mexicano, pero que la Corte con sus últimas resoluciones, la está introduciendo al sistema jurídico mexicano, en particular al derecho del trabajo.

Al respecto existen temores, se piensa que el pluralismo sindical interno atenta contra la unidad del sindicalismo, que es fuente de sindicatos “blancos” y que también atenta contra el monopolio de la negociación colectiva. Esto no necesariamente tendría que ser así. Existe también la posibilidad de lograr una mejor representatividad de los trabajadores dentro de una empresa, ya que no necesariamente, todos los trabajadores se pueden sentir identificados en una sola organización sindical. Aunque se debe reconocer que la pluralidad sindical interna constituye un desafío para los sindicatos mexicanos, sean estos tradicionales o independientes.

Con el fin de conocer algunas experiencias en otros países, resulta ilustrativo e interesante conocer cómo se concibe en la legislación comparada una participación plural de los sindicatos, sin que esta atente contra el sindicalismo.

En Estados Unidos en el ámbito de la empresa, el sindicato representativo es aquel que ha obtenido la mayoría de los votos de los trabajadores. Es el representante exclusivo de todos los trabajadores, el único agente de negociación (*Sole Bargaining Agent*). El sistema de relaciones profesionales norteamericano liga estrechamente sindicato y negociación colectiva. El empleador tiene la obligación de negociar con el sindicato representativo (*The Duty to Bargain*). El sindicato, como único representante de los trabajadores, debe representar a todos estos de buena fe (*The Duty of Fair Representation*).

Por su parte, Francia es un país que puede ser ilustrativo para ejemplificar claramente la noción de pluralismo sindical, tanto fuera de las empresas (pluralismo externo) como dentro de ellas (pluralismo interno).

**Pluralismo sindical externo.** En la filosofía del sistema de relaciones profesionales francés, el pluralismo sindical es una característica fundamental. En todos los niveles, particularmente, en el ámbito de la empresa, no existe representación exclusiva o mayoritaria. La representación puede ser compartida entre los diversos sindicatos representativos. Sin embargo, el Estado, para evitar un debilitamiento del movimiento sindical en el ámbito de la empresa, el gobierno, determina por medio del Ministerio del Trabajo la lista de los sindicatos que benefician de la representatividad nacional (afiliados, audiencia, independencia, cotizaciones, y experiencia y antigüedad). Desde 1966, de lado de los trabajadores: CGT, la CGT-FO, la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC (para los cuadros) y la FEN (para la enseñanza), del lado patronal, la CNPF y la CGPM-PR.

**Pluralismo sindical interno.** En Francia se puede encontrar una participación de los trabajadores dentro de las instituciones de la empresa así como un papel del sindicato como institución de representación de los trabajadores sindicalizados.

En Francia existen tres instituciones en donde los trabajadores se encuentran representados: los delegados de personal, los comités de empresa y el comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo.

Si bien es cierto que los sindicatos tienen una representación dentro de estas tres instituciones, también es cierto que estas instituciones no representan oficialmente o directamente a la institución sindical. La representatividad de los sindicatos se encuentra en las siguientes figuras: los delegados sindicales y las secciones sindicales. La ley del 27 de diciembre de 1969, ha instituido a las secciones sindicales y a los delegados sindicales como las instituciones que representan directamente y oficialmente a los intereses de los trabajadores sindicalizados en una empresa.

El papel de los delegados sindicales se desarrolla a dos niveles. Por un lado entre el empleador y el sindicato y por otro lado, entre el sindicato, los sindicalizados y los trabajadores o personal de la empresa. Además, de tener un derecho de recibir información de la empresa.<sup>100</sup>

El monopolio de la negociación colectiva pertenece a los delegados sindicales. Sin embargo, en las empresas en donde no hay delegados sin-

<sup>100</sup> *Op. cit., supra*, nota 86, pp. 285 y 286.

dicales, los trabajadores titulares de un mandato dado por un sindicato representativo, pueden validamente concluir una convención colectiva de trabajo.<sup>101</sup> Finalmente hay que señalar que la ley de 1982 limita a indicar que los delegados sindicales son designados por cada sindicato representativo para repensarlo ante el empleador, de lo que resulta que la ley no limita de ninguna manera la misión de los delegados sindicales.<sup>102</sup>

A manera de conclusión preliminar, podemos decir, que en Francia hay una coexistencia en la empresa de la representación elegida por el personal y la representación sindical. Es decir, hay una fusión de la concepción anglosajona, las relaciones colectivas en la empresa son relaciones entre la dirección, el sindicato y la concepción alemana, las relaciones colectivas en la empresa son relaciones institucionales.<sup>103</sup>

### 3. Reflexiones preliminares

¿Qué conclusión se puede obtener de la revisión de la legislación extranjera, en relación con la resiente interpretación de la Corte?<sup>104</sup> En el ámbito de la legislación comparada, resulta interesante, que los países con tradición liberal acentuada (Estados Unidos y Canadá), sean los que toleren más la limitación a la libertad sindical negativa. Por otro lado, la reciente interpretación de la Corte acerca de los alcances de la cláusula de exclusión por separación, en el caso mexicano, debe contextualizarse, ya que bien se podría uno preguntar por qué hasta ahora la Corte declara inconstitucionales dichas cláusulas.

A reserva de profundizar en los aspectos históricos en otro momento, hay que señalar que las cláusulas de preferencia sindical, en un primer momento de la evolución del movimiento sindical, no sólo eran necesarias, sino indispensables, en aras de lograr la formación, integración y

<sup>101</sup> Soc. 25 janvier, 2 arrêts, Charre c/ Comité français contre la faim et comité préc. C. Klatzmann: DO, 1995/582, p. 275; JS, 1995/582, p. 128; RJS, 1995/3, núm. 279, p. 164. Citado par Javillier, Jean-Claude, *Droit du travail*, 5a. ed., París, LGDJ, 1996.

<sup>102</sup> Camerlynck, G. H., *Droit du travail. Syndicats et droit syndical*, en Verdier, Jean-Maurice, volume II: Le droit syndical dans l'entreprise, 2a. ed., París, Dalloz, 1984, t. 5, p. 282.

<sup>103</sup> Lyon-Caen, Gérard, Pélissier, Jean y Supiot, Alain, *Droit du travail*, 17a. ed., París, Dalloz, 1994, p. 609.

<sup>104</sup> Amparo directo en revisión 1124/2000. Quejosos: Abel Hernández Rivera y otros. Recurrente: Sindicato de Trabajadores de la Industria Azucarera y Similares de la República Mexicana.

consolidación de los sindicatos. Al menos a eso obedece su nacimiento de las cláusulas de preferencia sindical a finales del siglo XIX y principios del XX.

En una segunda etapa, dichas cláusulas de necesarias, fueron cuestionadas, en la medida en que limitaban la emergencia del pluralismo sindical de la libertad, ya no sólo en su aspecto positivo, es decir, de afiliarse a un sindicato, sino que también constituyeron un obstáculo a la libertad sindical negativa, es decir, al derecho de no afiliarse a un sindicato o desafilarse de un sindicato.

En tal sentido, de una situación de necesidad, a otra de cuestionamiento, necesariamente, se tenía que transitar hacia una tercera etapa. La inconstitucionalidad que particularmente en México es la cláusula de exclusión por separación.

Esta interpretación de la Suprema Corte tuvo cabida en la medida en que nuestra Constitución tiene, en el fondo, un espíritu liberal. Situación que permitiría señalar que más que una Constitución social o una Constitución social-liberal, en realidad el México se cuenta con una Constitución liberal-social. Tal y como se puede apreciar en los siguientes razonamientos del ministro ponente en su proyecto de tesis, que por su importancia se transcriben literalmente: “En cuanto al argumento relativo a la primacía del interés general del sindicato frente al derecho individual del trabajador, debe precisarse que podría ser motivación para que el Poder Reformador de la Constitución introdujera una reforma que así lo estableciera, pero jurídicamente, no es posible aceptarlo, cuando lo que se desprende de los artículos 9o. y 123, apartado B, fracción X, según la interpretación jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte, que entre esos dispositivos y las garantías de libertad de asociación y de sindicación no existe oposición alguna sino, por el contrario, son plenamente coherentes. Debe precisarse que lo establecido por el más Alto Tribunal, en relación al apartado B, fracción X, del artículo 123 de la Ley Federal del Trabajo, resulta exactamente aplicable a lo dispuesto en el apartado A, fracción XVI, del propio precepto, por identidad de razón, puesto que el contenido de ambas disposiciones es esencialmente igual. En relación con este tema debe destacarse que el análisis jurídico de la constitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, debe hacerse confrontándolos con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI de la Constitución y su interpretación jurídica, lo que exige atender a la letra de los mismos, a su sentido, que debe desentrañarse,

como se ha hecho en esta sentencia, a la vinculación que existe entre ellos y otras disposiciones propias de la materia, a criterios jurisprudenciales, así como a los principios esenciales que rigen el sistema de derecho del trabajo mexicano, que se desprenden del artículo 123; así mismo en este proceso interpretativo, también resulta ilustrativo atender al proceso seguido en el Poder Constituyente y, en su caso, en el Poder Reformador de la Constitución, para aprobar las disposiciones constitucionales de que se trata. También auxilia en esta labor, como se ha hecho en esta sentencia, con las limitaciones propias de su naturaleza, el análisis de la doctrina existente, en especial cuando guarda coherencia con los elementos anteriores. Por consiguiente, no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de que se trata se haga derivar de consideraciones abstractas que dogmáticamente se atribuyan a la Constitución, como podría ser la relativa a que la cláusula de exclusión por separación respondiera a un interés general y la libertad de asociación a uno individual y, por lo mismo, éste debiera ceder a aquél, pues tal planteamiento, perfectamente válido a nivel académico, para fines de una sentencia, tendrían que tener sustento en la propia Constitución o en los elementos de interpretación especificados y, en torno al tema, la fracción XVI del apartado A del artículo 123 reconoce la libertad de asociación en la forma específica de libertad de sindicación y no hay ningún dato en los elementos precisados que pudiera fundamentar que el Constituyente o el Poder Reformador de la Constitución, en algún momento, hayan querido establecer que la libertad de sindicación es una excepción a la libertad de asociación, ni tampoco que la referida cláusula de exclusión por separación, responda a un interés general que deba tener preeminencia frente al interés individual que garantiza la libertad de asociación. Además, de conformidad con un análisis objetivo de la Constitución, las excepciones a las garantías individuales que su artículo 1o. reconoce a “todos los individuos” sólo pueden admitirse, si expresamente se establecen en el propio texto de la Ley Fundamental pues, jurídicamente, es inadmisibles, conforme al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133, que en una ley secundaria como en el caso lo sería la Ley Federal del Trabajo, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales que la Constitución establece de manera general para “todos los individuos”, incluyéndose, obviamente, a los trabajadores. Por otra parte, también se advierte

la violación del artículo 5o. de la Constitución. En su párrafo inicial dispone: A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Al establecerse en un contrato colectivo de trabajo o en un contrato-ley la cláusula de exclusión por separación con fundamento en los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, y aplicarse en un caso concreto, se impide a una persona que se dedique a su trabajo, pues es separado del mismo y ello se hace porque el sindicato administrador del contrato lo solicita, situación diversa a las dos únicas que podrían fundar esa separación y que especifica el artículo 5o., incluso anteponiendo la expresión “sólo” que excluye con claridad cualquiera otra posibilidad. En cuanto a algunos planteamientos que se hacen en los agravios y que coinciden con lo expresado dentro de la doctrina sobre el tema a estudio que se ha considerado, en el sentido de abusos derivados del establecimiento de la cláusula de exclusión o de su prohibición, debe establecerse que no pueden servir de base para determinar si los preceptos relativos son o no inconstitucionales pues tal problema debe determinarse, como se ha hecho, en este fallo, examinando los preceptos legales en su contenido en relación con las normas constitucionales aplicables, pues los abusos son ajenos a tal cuestión y tendrían que resolverse, en su caso, por otros procedimientos. Los abusos que se destacan, medularmente consisten, a favor de la existencia de la cláusula de exclusión por separación, en permitir que los trabajadores renuncien libremente al sindicato, puede producir el debilitamiento de éste lo que puede utilizarse por las empresas en detrimento de los trabajadores al disminuirse la fuerza que pueden tener unidos solidariamente en coalición sindical. En contra del establecimiento de la cláusula de exclusión por separación se argumenta en el sentido de que con ella se propicia el establecimiento de lo que se califica como “sindicatos blancos” y líderes que se preocupan sólo por sus intereses y no por el de los trabajadores, lo que aun puede reflejarse políticamente en mecanismos corporativos de manipulación. Finalmente, debe señalarse que no pasa inadvertido a esta Sala que el Sindicato recurrente hizo diversos planteamientos específicos cuyo análisis es innecesario, pues cualquiera que fuera el resultado a que se llegara no desvirtuaría los razonamientos expresados para fundar la conclusión a la que se

arribó. Además, de acuerdo con las reglas que rigen la revisión en amparo directo, y que han quedado ampliamente estudiadas en esta sentencia, conforme a las cuales sólo se deben estudiar las cuestiones constitucionales, no deben ser motivo de análisis los agravios en los aspectos aludidos. Por consiguiente, debe concluirse este análisis considerando inconstitucionales, por vulnerar los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, en la porción normativa que se refiere a la posibilidad de establecer la cláusula de exclusión por separación en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley. Como consecuencia de que tales preceptos permiten que en las contrataciones colectivas se introduzca la cláusula de exclusión por separación, al haberla acogido el Contrato-Ley de la Industria Azucarera, Alcohólica y Similares de la República Mexicana, en el artículo 88, al traducirse en renuncia al derecho de libre sindicación consagrado en los artículos 123, apartado A, fracción XVI, y 9o. constitucionales, viola la fracción XXVII, del apartado A del primer precepto constitucional citado, inciso h), que impone la sanción de nulidad a aquellas estipulaciones o acuerdos que impliquen renuncia a algún derecho de los trabajadores. Por tal motivo, debe confirmarse la sentencia recurrida en la materia de la revisión y otorgarse el amparo solicitado para el efecto de que la Junta Especial núm. 10 de la Federal de Conciliación y Arbitraje deje insubsistente el laudo reclamado y emita otro en el que prescinda de la aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales, así como del artículo 88 del contrato-ley referido, y resuelva en consecuencia, en relación a la reinstalación de los trabajadores quejosos y del pago de los salarios caídos que les correspondan, como de la responsabilidad de la Empresa y Sindicato demandados”.

En la lógica de vivir en un país con una democracia liberal, evidentemente la interpretación de la Corte tiene que ser dentro de esa misma dinámica. Ya que más allá de la cláusula de exclusión, se encuentra la discusión sobre la primacía de lo individual sobre lo colectivo. Discusión sumamente controvertida.

Se puede pensar que la interpretación de la Corte ha obedecido a los nuevos modelos de relaciones profesionales, a la flexibilidad del trabajo, a la crisis del derecho del trabajo y realidades relacionadas. Quizás sea cierto, pero lo que es revelador es que en realidad, la Corte, con la resolución referente a la constitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación, acaba de terminar con aquella visión de nuestra Constitución, como

una Constitución social. Desde nuestro punto de vista, la Corte fue coherente con el espíritu de nuestra Constitución, la cual si bien es cierto que tiene algunos contenidos sociales, no deja de ser una Constitución liberal.

Es válido preguntarse, si esa es la interpretación que queremos. Ya que bajo esa misma interpretación, también podrían considerarse inconstitucionales las cláusulas que condicionan el ingreso a un trabajo a la pertenencia sindical, o aquellas cláusulas que condicionan el ingreso a un puesto de trabajo y la afiliación posterior al sindicato. Aspectos, en los cuales no entró a discusión la tesis de la Suprema Corte,<sup>105</sup> pero que en el futuro, si se consagra completamente la libertad sindical negativa, también podrían ser consideradas inconstitucionales, tal y como ocurre, en algunos países europeos y como suelen ser interpretadas estas cláusulas por los organismos de control de la Carta Social Europea y por el Comité de Expertos de la OIT.

Como se puede apreciar la Corte acaba de abrir una puerta que no sabemos hacia donde puede llevar al movimiento sindical mexicano. Aunque en materia de pluralismo sindical, se puede afirmar que estamos consolidando una representación proporcional más que mayoritaria, lo que nos coloca más cerca del modelo francés que del modelo estadounidense. Nuevamente, debemos preguntarnos si es ese tipo de representatividad sindical la que queremos impulsar.

<sup>105</sup> En el proyecto de tesis, el ministro Mariano Azuela señala que: “De los anteriores elementos se puede interpretar válidamente que no se cuestionó el artículo 395 y los derivados de él, 413 de la Ley Federal del Trabajo y 88 del contrato-ley, integralmente, sino sólo en cuanto a su porción normativa, concerniente a la cláusula de exclusión por separación. Al analizarse la sentencia recurrida se corrobora esta apreciación, pues sus consideraciones se vincularon a la situación de los quejosos que fue la ya descrita. Además, resulta lógico que, precisamente por ello, sólo podían tener interés jurídico en plantear la inconstitucionalidad de esos dispositivos en cuanto su aplicación, en el laudo reclamado, fundaba lo relativo a la cláusula de exclusión por separación. Si se hubieran esgrimido conceptos de violación relativos a las otras porciones normativas de esos dispositivos, se habrían tenido que considerar inoperantes, dada la técnica del amparo directo, puesto que las cuestiones de inconstitucionalidad de la ley, según ha quedado ampliamente explicado, son sólo materia de los conceptos de violación y no de los actos reclamados. Por consiguiente, debe quedar claro que el estudio de constitucionalidad que se realiza se circunscribe a los aspectos relativos a la cláusula de exclusión por separación”.

CAPÍTULO QUINTO  
LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA  
DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN:  
¿UNA INTERPRETACIÓN MÁS LIBERAL  
QUE SOCIAL DE LA CORTE?

|                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Antecedentes . . . . .                                                                                        | 75 |
| 2. De la doctrina a la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad . . . . .                             | 76 |
| A. Las cláusulas de preferencia y libertad sindical en la legislación extranjera . . . . .                       | 77 |
| B. La inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación en el derecho mexicano . . . . .           | 79 |
| 3. La declaración de inconstitucionalidad: el interés sindical en el derecho individual del trabajador . . . . . | 81 |
| A. La doctrina . . . . .                                                                                         | 82 |
| B. El poder constituyente y el poder reformador de la Constitución . . . . .                                     | 84 |
| C. La confrontación de los artículos 5o., 9o. y 123-A, fracción XVI constitucionales . . . . .                   | 86 |
| 4. La Constitución mexicana, ¿más liberal que social? . . . .                                                    | 90 |

## CAPÍTULO QUINTO

### LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN: ¿UNA INTERPRETACIÓN MÁS LIBERAL QUE SOCIAL DE LA CORTE?

Quizás una de las resoluciones más importantes en materia de derecho del trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene que ver con la cláusula de exclusión por separación. El análisis de la resolución de la Corte, requiere conocer los antecedentes de la controversia (1), la interpretación de la doctrina en la materia (2), para poder entender la argumentación de la Corte alrededor del interés individual del trabajador y el interés general del sindicato (3), que nos permitirá hablar de la Constitución mexicana, como una Constitución liberal o social (4).

#### 1. *Antecedentes*

Un grupo de trabajadores de “Ingenio el Potrero, S. A.”, miembros de la sección 23 del Sindicato de Trabajadores de la Industria Azucarera y Similares de la República Mexicana (STIASRM), decidió formar otro sindicato. Ante tal decisión, el STIASRM solicitó a la empresa la aplicación del artículo 88, relativo a la cláusula de exclusión por ingreso y por separación, contrato-ley vigente para la Industria Azucarera, Alcohólica y Similares de la República Mexicana. La empresa, a petición del sindicato titular del contrato-ley, separó a los trabajadores de su trabajo. Ante la Junta Especial núm. 10 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, los trabajadores demandaron la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación. La Junta especial dictó laudo el 3 de abril de 2000, en el que absolvió al STIASRM y a la empresa, ya que los motivos de la expulsión habían sido la formación de un nuevo sindicato y la renuncia a seguir formando parte del STIASRM. Los trabajadores reclamaron la protección de la justicia federal aludiendo la violación de los

artículos 1o., 5o., 9o., 123, fracción XVI y 133 constitucionales, así como la inconstitucionalidad de los artículos 295 y 413 de la LFT y del Convenio 87 de la OIT. El Noveno Tribunal Colegiado en materia laboral del Primer Circuito dictó sentencia el 16 de agosto de 2000, concediendo a los quejosos la protección de la justicia federal, por la violación de los artículos 1o., 5o. y 123, fracción XVI de la Constitución, ya que no admitió la demanda de amparo, en lo referente a la LFT y al contrato-ley. El STIASRM interpuso un recurso de revisión ante la SCJN. La sala se declaró competente para conocer exclusivamente de aspectos constitucionales, y ha sido justamente la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que ha generado una amplia discusión sobre las cláusulas de preferencia sindical, particularmente, sobre la constitucionalidad de las mismas.<sup>106</sup>

La resolución de la corte resulta importante, en la medida en que por primera vez califica de inconstitucional la cláusula de exclusión por separación, prevista en los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, dejando abierta la posibilidad de estudiar la cláusula de exclusión por ingreso (II). Resalta, también, la jerarquía que hace la corte de los derechos individuales y de los derechos sociales, al analizar el derecho de asociación (artículo 9o. constitucional), y el derecho de asociación profesional (artículo 123-A, fracción XVI constitucional). Jerarquía que podría derribar la idea, más o menos consolidada en un sector de la doctrina nacional, de que la Constitución mexicana es una Constitución social (III).

## *2. De la doctrina a la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad*

La resolución de la Corte debe entenderse desde una perspectiva histórica, de otra manera bien podría surgir la pregunta: ¿por qué hasta ahora la Corte declara la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación? Al respecto, se puede señalar que las cláusulas de preferencia sindical, en la evolución del movimiento sindical, no sólo fueron consideradas como necesarias, sino incluso indispensables, en aras de lo-

<sup>106</sup> Amparo Directo en Revisión 1124/2000. Quejosos: Abel Hernández Rivera y otros. Recurrente: Sindicato de Trabajadores de la Industria Azucarera y Similares de la República Mexicana.

grar la formación, integración y consolidación de los sindicatos. Al menos a eso obedece su nacimiento a finales del siglo XIX.<sup>107</sup>

En una segunda etapa, a partir de la segunda mitad del siglo XX, las cláusulas de preferencia sindical, de ser consideradas como necesarias, empezaron a cuestionarse, en la medida en que limitaban la emergencia de más de un sindicato en una empresa o rama industrial, es decir, no permitían la consolidación del pluralismo sindical y de la libertad sindical, tanto en su aspecto positivo —la libertad de afiliarse a un sindicato— como en su aspecto negativo —el derecho de no pertenecer a un sindicato o dejar de pertenecer a éste—. Además, se prestaban al abuso por parte de los sindicatos corporativos y antidemocráticos. No obstante, el cuestionamiento progresivo a las cláusulas de exclusión, éstas quedaron plasmadas en la Ley Federal del Trabajo de 1931 y de 1970.

De considerarse necesarias las cláusulas de exclusión, y después, al ser objeto de cuestionamiento, se ha transitado a una tercera etapa, la del pleno reconocimiento en la legislación extranjera de la libertad sindical (A), y en el caso mexicano, el primer precedente de declaración de inconstitucionalidad, sentencia que no tiene efectos *erga omnes* sino que es un precedente no vinculatorio que no modifica la LFT (B).

#### *A. Las cláusulas de preferencia y libertad sindical en la legislación extranjera*

La libertad sindical implica el derecho del trabajador o de los trabajadores para formar sindicatos (libertad positiva), y el derecho del trabajador o de los trabajadores para dejar de pertenecer a un sindicato, o simplemente no formar parte del mismo (libertad sindical negativa). Por su parte, las cláusulas de exclusión sindical son aquellas contenidas en el contrato colectivo de trabajo o el contrato-ley que obligan a un empresario a admitir como trabajadores sólo a aquellos que estén sindicalizados (cláusula de exclusión por ingreso) y a despedir, a petición del sindicato, a un trabajador cuando éste se separe o sea expulsado de la asociación gremial (cláusula de exclusión por separación o expulsión).

En la legislación laboral extranjera, así como en el derecho internacional del trabajo, se consagra la libertad sindical en su vertiente positiva y

<sup>107</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1969, t. II, p. 384; Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1980, p. 387.

negativa. Regulación que implícitamente o explícitamente prohíbe las cláusulas de preferencia sindical. Tal es el caso de España<sup>108</sup> y Francia (artículos L.411-8 y L.412-2 del Código del Trabajo). De igual manera, el derecho internacional del trabajo consagra la libertad sindical negativa, ya sea a nivel europeo, a través de la Carta Social Europea<sup>109</sup> o de la Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio 87 y del Comité de Libertad Sindical de la OIT.<sup>110</sup>

Cabe resaltar que las cláusulas de seguridad sindical son practicadas en algunos países anglosajones, en donde son consideradas lícitas bajo ciertas condiciones, se considera que restringen la libertad del trabajador y del empleador, teniendo la ventaja de reforzar la autoridad de los sindicatos y de hacer soportar las cargas de la acción sindical a todos aquellos que se benefician del sindicato.

En Canadá (artículos 68, 69 y 70 del CCT), la legislación federal reconoce la validez de las cláusulas; pero obliga al sindicato a admitir entre sus agremiados, sin ningún tipo de discriminación, al trabajador que satisfaga las condiciones usuales de admisión.

En el caso de Estados Unidos de América, los sindicatos han logrado importantes cláusulas de seguridad sindical. En alguna época, de cada cinco contratos, más de cuatro exigían algún tipo de afiliación obligatoria al sindicato o el pago de cotizaciones (talleres preferenciales, mantenimiento de afiliación, talleres exclusivamente con empleados afiliados al sindicato —*Union Shop*—; talleres cerrados —*Closed-shops*—; cuota sindical obligatoria —*Check-Off*—).<sup>111</sup>

<sup>108</sup> Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho sindical*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, p. 86.

<sup>109</sup> La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, después del depósito del quinto instrumento ratificado. De los 23 miembros del Consejo de Europa, sólo han ratificado la carta: Inglaterra, Noruega, Suecia, Irlanda, Alemania, Dinamarca, Italia, Chipre, Austria, Francia e Islandia. Paredel Veá, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 166 y 167.

<sup>110</sup> Ermida Uriarte, Óscar, "Libertad sindical: normas internacionales. Regulación estatal y autonomía", en Buen, Néstor de (coord.), *Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1989, p. 182.

<sup>111</sup> OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, Ginebra, OIT, 1974, pp. 11 y 53; Chommie, John C., *El derecho de los Estados Unidos de América*, Coral Gables, Florida, University of Miami, vol. 3, pp. 120 y 121; STyPS-United States of América Departement of Labor, *A Comparison of Labor Law in the United States and Mexico: An Overview. Preliminary Joint Report*, s. 1., STyPS-Uni-

### B. *La inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación en el derecho mexicano*

Durante la redacción de la Ley Federal del Trabajo de 1970, según re-seña el maestro Mario de la Cueva, la comisión redactora estaba enterada de la discusión que oponía la libertad sindical negativa a las cláusulas de preferencia sindical, y en particular a las cláusulas de exclusión por ingreso o separación. Sin embargo, con el ánimo de no generar un largo debate y una oposición del sector sindical, la comisión decidió mantener las cláusulas de exclusión en la Ley Federal del Trabajo.<sup>112</sup>

A partir de ese momento, la Corte conoció de controversias en torno de algunos aspectos paralelos a las cláusulas de exclusión, pero no analizó la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las cláusulas de preferencia sindical:

- El empleador no está obligado a cerciorarse de la legalidad del acuerdo de exclusión de un trabajador, ya que ello equivaldría a que el empleador tuviera injerencia en el sindicato (Jurisprudencia: Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 24, p. 31).
- En caso de una aplicación irregular de la cláusula de exclusión, la única obligación para la empresa, consiste en la reinstalación del trabajador, sin que se le pueda imponer la obligación de pagar salarios caídos, ya que no fue por su voluntad separar al trabajador (Jurisprudencia: Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 25, p. 323).
- La comprobación de la correcta aplicación de la cláusula de exclusión por las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados (Juris-

ted States of America Departement of Labor, octubre de 1992, p. 11. Respecto al pago de cotizaciones al sindicato, en el caso *NLRB V. The General Motors Corp.* 373 U. S. 734, 1963, se determinó que es obligación de los trabajadores pagar su cuota periódica y de incorporarse al sindicato, excepto para los objetores de conciencia de carácter religioso, a quienes se les permite pagar una suma equivalente a cualquier otra entidad. El sindicato puede imponer sanciones a quienes no cumplan según la *National Labor Relations Act*. Aunque los miembros de un sindicato se pueden rehusar a pagar su cuota cuando ésta sea utilizada con fines de carácter político. Gould IV, William B., *Nociones de derecho norteamericano del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 142-144. El precedente, de rehusarse a pagar cuotas cuando estas sean utilizadas para fines políticos, se encuentra en el caso *NLRB V. Detroit Board of Education Co.*, 412 U. S. 209 (1977).

<sup>112</sup> Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1991, pp. 312 y 313.

prudencia: Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 26, p. 34), así como la satisfacción de todos los requisitos señalados en el contrato colectivo de trabajo, en los estatutos sindicales y en la Ley Federal del Trabajo (Jurisprudencia: Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 27, p. 35).

Como se puede apreciar, la Corte se había limitado a señalar la no responsabilidad del empleador, en caso de la aplicación de la cláusula de exclusión, así como la necesidad de satisfacer los requisitos contractuales, estatutarios y reglamentarios de las cláusulas de exclusión.

En el año 2000 la Corte resuelve sobre la constitucionalidad de las cláusulas de exclusión por separación, señalando claramente, que la resolución no estudia o no declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de otro tipo de cláusulas de exclusión, en particular aquellas que condicionan el ingreso a una empresa a la afiliación a un sindicato.<sup>113</sup>

Cabe señalar que el artículo 395 de la LFT, establece que en el contrato colectivo de trabajo se puede establecer que el empleador admitirá solamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante (mismo contenido contempla el artículo 413 en lo relativo al contrato-ley). Aunque también, señala el mismo artículo, la cláusula por admisión no puede aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo de trabajo y la inclusión en el mismo de la cláusula de exclusión por admisión, la cual, según se desprende de la resolución de la Corte, no fue objeto de la *litis*.

<sup>113</sup> “De los anteriores elementos se puede interpretar válidamente que no se cuestionó el artículo 395 y los derivados de él, 413 de la Ley Federal del Trabajo y 88 del contrato-ley, integralmente, sino sólo en cuanto a su porción normativa, concerniente a la cláusula de exclusión por separación. Al analizarse la sentencia recurrida se corrobora esta apreciación sus consideraciones se vincularon a la situación de los quejosos que fue la ya descrita. Además, resulta lógico que, precisamente por ello, sólo podían tener interés jurídico en plantear la inconstitucionalidad de esos dispositivos, en cuanto su aplicación, en el laudo reclamado, fundaba lo relativo a la cláusula de exclusión por separación. Si se hubieran esgrimido conceptos de violación relativos a las otras porciones normativas de esos dispositivos, se habrían tenido que considerar inoperantes, dada la técnica del amparo directo, puesto que las cuestiones de inconstitucionalidad de la Ley, según ha quedado ampliamente explicado, son sólo materia de los conceptos de violación y no de los actos reclamados. Por consiguiente, debe quedar claro que el estudio de constitucionalidad que se realiza se circunscribe a los aspectos relativos a la cláusula de exclusión por separación”.

Quizás si la Corte reconociera plenamente la libertad sindical negativa, también podría ser considerada inconstitucional la cláusula de exclusión por admisión, tal y como ocurre en algunos países europeos, y como suele ser interpretada la libertad sindical por los organismos de control de la Carta Social Europea y por el Comité de Expertos de la OIT, según ha quedado asentado en párrafos anteriores del presente estudio.

Por otro lado, a pesar de que la resolución de la Corte sólo analiza la cláusula de exclusión por separación, el ministro Mariano Azuela, hace una argumentación que muy bien podría ser retomada por dicho tribunal, para sentar jurisprudencia definitiva, así como para abordar la cláusula de exclusión por admisión: la primacía del interés general del sindicato frente al derecho individual del trabajador (2).

### *3. La declaración de inconstitucionalidad: el interés sindical en el derecho individual del trabajador*

Al analizar el interés general del sindicato frente al derecho individual del trabajador, la Corte señala que la constitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, debe hacerse confrontándolos con la doctrina, con la voluntad del poder constituyente, y en su caso, del poder reformador de la Constitución, así como lo establecido en los artículos 5o., 9o. y 123-A, fracción XVI de la Constitución:

En cuanto al argumento relativo a la primacía del interés general del sindicato frente al derecho individual del trabajador, debe precisarse que podría ser motivado para que el Poder Reformador de la Constitución introdujera una reforma que así lo estableciera pero, jurídicamente, no es posible aceptarlo cuando lo que se desprende de los artículos 9o. y 123, apartado B, fracción X, según la interpretación jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte, que entre esos dispositivos y las garantías de libertad de asociación y de sindicación no existe oposición alguna, sino, por el contrario, son plenamente coherentes. Debe precisarse que lo establecido por el más alto Tribunal, en relación al apartado B, fracción X, del artículo 123 de la Ley Federal del Trabajo, resulta exactamente aplicable a lo dispuesto en el apartado A, fracción XVI, del propio precepto por identidad de razón, puesto que el contenido de ambas disposiciones es esencialmente igual. En relación con este tema debe destacarse que el análisis jurídico de la constitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo debe hacerse confrontándolos con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado

A, fracción XVI de la Constitución y su interpretación jurídica, lo que exige atender a la letra de los mismos, a su sentido, que debe desentrañarse, como se ha hecho en esta sentencia, a la vinculación que existe entre ellos y otras disposiciones propias de la materia, a criterios jurisprudenciales, así como a los principios esenciales que rigen el sistema de derecho del trabajo mexicano, que se desprenden del artículo 123; asimismo, en este proceso interpretativo, también resulta ilustrativo atender al proceso seguido en el Poder Constituyente y, en su caso, en el Poder Reformador de la Constitución, para aprobar las disposiciones constitucionales de que se trata. También auxilia en esta labor, como se ha hecho en esta sentencia, con las limitaciones propias de su naturaleza, el análisis de la doctrina existente, en especial cuando guarda coherencia con los elementos anteriores.

A partir de las anteriores consideraciones, se hace necesario estudiar las razones que motivaron la resolución de la Corte, particularmente en la doctrina (A), en el Poder Constituyente y el Poder Reformador de la Constitución (B), en la confrontación de los artículos 5o., 9o. y 123-A, fracción XVI constitucionales (C). Argumentación que permite señalar la posible naturaleza liberal o social de la Constitución.

#### *A. La doctrina*

Cuando la Corte hace referencia a la doctrina, considera que no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición derive de consideraciones abstractas que dogmáticamente se atribuyen a la Constitución, como puede ser considerar que la cláusula de exclusión por separación responde a un interés general, mientras que la libertad de asociación responde a un interés individual, por lo que el interés general debe imperar sobre el interés individual. La Corte señala que dicho argumento, completamente adecuado a nivel académico, debe encontrar un soporte en la Constitución, o en sus elementos de interpretación:

Por consiguiente, no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de que se trata se haga derivar de consideraciones abstractas que dogmáticamente se atribuyan a la Constitución, como podría ser, la relativa a que la cláusula de exclusión por separación respondiera a un interés general y la libertad de asociación a uno indivi-

dual y, por lo mismo, éste debiera ceder a aquél, pues tal planteamiento, perfectamente válido a nivel académico, para fines de una sentencia, tendrían que tener sustento en la propia Constitución o en los elementos de interpretación especificados.

Un sector de la doctrina tradicional mexicana suele ver el derecho del trabajo como un derecho de clase. A partir de dicha visión, se entiende que se considere que los derechos colectivos deben primar sobre los derechos individuales. Así, por ejemplo, el ilustre jurista mexicano don Mario de la Cueva señala que en la cláusula de ingreso se encuentra la naturaleza del derecho colectivo del trabajo como un derecho de clase<sup>114</sup> y al referirse a la cláusula de separación, indica que ésta es “otra manifestación del derecho del trabajo como un derecho de la clase trabajadora”.<sup>115</sup>

En el mismo tenor, el ilustre jurista don Néstor de Buen, quien ha elaborado uno de los mejores estudios sobre las cláusulas de exclusión, señala que:

Sostener a estas alturas que lo colectivo no es preferente sobre lo individual es desconocer el tránsito ya antiguo del liberalismo contractual del siglo XIX hacia el sentido comunitario y social del siglo XX. La Constitución de 1917 no ha dejado de ser social. Y aunque no haya una disposición específica que indique que lo colectivo domina sobre lo social, de hecho es el espíritu de nuestro régimen constitucional. O, por decirlo, en la pura expresión jurídica: el predominio de lo social sobre lo individual expresa un principio general de derecho constitucional.<sup>116</sup>

Es menester señalar que el siglo XX, en el ámbito jurídico, se ha distinguido por el nacimiento de los llamados derechos sociales y de los derechos colectivos,<sup>117</sup> eclosión que algunos distinguidos pensadores dilucidaron como el progresivo avance de lo social sobre lo individual. Así, desde el punto de vista doctrinal, se pensó en el nacimiento de un derecho

<sup>114</sup> Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 112, p. 314.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>116</sup> Buen, Néstor de, “Notas perversas respecto de una ejecutoria mal concebida sobre cláusulas de exclusión”, en Kurczyn, Patricia y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *La libertad sindical: cláusula de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 28.

<sup>117</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Rocco, México, FCE, 1951, p. 192. Véase, en particular, lo relativo a los derechos sociales.

social —aunque en estricto sentido todo el derecho es social—. De hecho, algunas prescripciones normativas en el ámbito administrativo, penal, civil y mercantil empezaron a tomar cierto tinte social, es decir, tendían a compensar, equilibrar o atenuar desigualdades. Además, nacieron otras disciplinas que buscaban proteger los intereses difusos de la colectividad, tales como el derecho del consumidor y el derecho del medio ambiente, o que buscaban proteger grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad. En dicha inclinación social de las normas, se ha querido ver la desaparición de la regulación individualista.

Sin embargo, lo cierto es que el derecho, empezando por el derecho del trabajo y de la seguridad social, no deja de estar enmarcado o definido por una relación de naturaleza individualista, en la medida que ha nacido y se ha desarrollado bajo el manto liberal. El canciller Bismarck, en un discurso ante el Parlamento, señaló que “para detener el socialismo, se necesitaba algo de socialismo”.

En tal sentido, a pesar de que la Corte en su resolución no se apoyó en una amplia gama de tratadistas para fundamentar su resolución, cierto es que en la Constitución mexicana no se hace referencia en ninguna parte a la primacía de lo colectivo sobre lo individual, tal y como de hecho lo reconoce el doctor Néstor de Buen.

### *B. El poder constituyente y el poder reformador de la Constitución*

Para la Corte, el poder constituyente y el poder reformador de la Constitución no han establecido que la libertad de sindicalización, es una excepción a la libertad de asociación, ni que la cláusula de exclusión por separación responda a un interés general que deba imperar sobre el interés individual que garantiza la libertad de asociación. De hecho, señala la Corte: la Constitución sólo admite excepciones a las garantías individuales si expresamente se señalan en la ley fundamental, por lo que jurídicamente es inadmisibles, conforme al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133, que una ley secundaria, como lo es la LFT, pueda establecer limitaciones a las garantías individuales:

La fracción XVI del apartado A del artículo 123 reconoce la libertad de asociación en la forma específica de libertad de sindicación, no hay ningún dato en los elementos precisados que pudiera fundamentar que el constituyente o el poder reformador de la Constitución, en algún momento, hayan

querido establecer que la libertad de sindicación es una excepción a la libertad de asociación, ni tampoco, que la referida cláusula de exclusión por separación, responda a un interés general que deba tener preeminencia frente al interés individual que garantiza la libertad de asociación. Además, de conformidad con un análisis objetivo de la Constitución, las excepciones a las garantías individuales que su artículo 1o. reconoce a “todos los individuos” sólo pueden admitirse, si expresamente se establecen en el propio texto de la Ley Fundamental, pues jurídicamente, es inadmisibles, conforme al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133, que en una ley secundaria como en el caso lo sería la Ley Federal del Trabajo, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales que la Constitución establece de manera general para “todos los individuos”, incluyéndose, obviamente, a los trabajadores.

Al considerar la Corte que “...la fracción XVI del apartado A del artículo 123 reconoce la libertad de asociación en la forma específica de sindicación...”, está colocando los derechos sociales en un segundo término, ya que, desde su punto de vista, los derechos sociales están encuadrados dentro de las garantías individuales. Esta apreciación de la Corte resulta sumamente importante en la medida en que establece una jerarquía entre los derechos colectivos y los derechos individuales.

Sin duda, la Constitución de 1917, en relación con la de 1857, resultó sumamente diferente, en la medida en que además de las garantías individuales, estableció por primera vez una serie de garantías sociales. Situación que ha hecho que algunos tratadistas consideren a la Constitución mexicana como la primera Constitución social en el mundo. Al respecto, hay argumentos para sustentar esta opinión, por ejemplo, Félix Palavicini, en su *Historia de la Constitución de 1917* señala que:

Las diferencias de esas Constituciones (de 1824 y 1857) cuya estructura y orientación fue limitada por nuestra Constitución de 1857, consistía en que la primera parte, la material o dogmática, reconocían los derechos del ciudadano, pero olvidaban a las sociedades, a la vida colectiva. Fue la Constitución de 1917, la primera de las Constituciones modernas, que además de las garantías individuales estableció los derechos colectivos.<sup>118</sup>

<sup>118</sup> Palavicini, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, 1938, t. I, p. 49.

A pesar de los derechos sociales garantizados por la Constitución de 1917, dicho texto constitucional fue producto de una revolución política, más que social. Una revolución política busca la destrucción del poder político y la reforma de la propiedad, eliminando su esencia privilegiada y transformándola en propiedad simplemente privada. Al poder político fundado en la propiedad como privilegio, le sucede un poder político separado de la propiedad. Al sistema de privilegio sucede una igualdad ideal y una liberación del individuo.<sup>119</sup> Por su parte, una revolución social se manifiesta por la desaparición del poder político y de la propiedad privada. En México, si bien es cierto que hubo una reforma a la propiedad privada —en el campo— ésta no se abolió.<sup>120</sup> Si la Revolución mexicana fue una revolución política y no social, la consecuencia lógica es que, a pesar de los contenidos sociales plasmados en la Constitución de 1917, ésta no perdió su esencia liberal.

*C. La confrontación de los artículos 5o., 9o. y 123-A, fracción XVI constitucionales*

El tercer argumento que utiliza la Corte para señalar la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación, tiene que ver con la confrontación que realiza entre las garantías individuales (artículos 5o. y 9o.), con las garantías sociales (artículo 123).

Para la Corte existe una violación del artículo 5o. constitucional, en la medida que la cláusula de exclusión por separación, atenta contra la libertad de trabajo, así como del artículo 9o. constitucional que garantiza la libertad de asociación, como una garantía individual fundamental:

Por otra parte también se advierte la violación del artículo 5o. de la Constitución. En su párrafo inicial dispone: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad”. Al establecerse en un contrato colectivo de trabajo o en un contrato-ley la cláusula de exclusión por sepa-

<sup>119</sup> Hauriou, Maurice, *Principes de droit public*, Recueil Sirey, 1916, p. VII.

<sup>120</sup> Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 1979, pp. 33 y 34.

ración con fundamento en los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, y aplicarse en un caso concreto, se impide a una persona que se dedique a su trabajo, pues es separado del mismo y ello se hace porque el sindicato administrador del contrato lo solicita, situación diversa a las dos únicas que podrían fundar esa separación y que especifica el artículo 5o., incluso anteponiendo la expresión “sólo” que excluye con claridad cualquier otra posibilidad.

Para la Corte, el derecho de sindicalización constituye una manifestación de la garantía individual de asociación. Por lo que no se puede considerar en ningún momento que aquél pueda imperar sobre dicha garantía individual. Además, que en ningún momento la Constitución establece excepción alguna, como se ha mencionado anteriormente.

El ilustre jurista doctor Néstor de Buen, al analizar el artículo 5o. constitucional considera que los críticos de la cláusula de exclusión por separación confunden:

Una garantía que toma en cuenta, en general, la posible actividad de una persona, con la pérdida de un empleo. Sin embargo, no se afecta esa garantía por el hecho de que se aplique la cláusula de exclusión, que se refiere a una actividad específica, derivada de una relación concreta de trabajo y no a una prohibición genérica que pudiese impedir a una persona, bajo cualquier circunstancia, desempeñar alguna profesión, industria, comercio o trabajo.<sup>121</sup>

Quizás valdría la pena señalar, que la prohibición “genérica” se desprende no tanto de la relación concreta de trabajo, sino de una ley general, es decir, de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo. Asimismo, el doctor Néstor de Buen, al analizar el párrafo sexto del artículo 5o., sostiene que:

Las cláusulas de exclusión por separación no implican la renuncia individual de nadie. Son, simplemente un mecanismo para la defensa del mantenimiento sindical del mayor interés profesional en la empresa que le otorga la titularidad del CCT (Contrato Colectivo de Trabajo) o de la administración del CL (Contrato Ley). Es evidente que el párrafo sexto se refiere a la renuncia de “la persona”, y no a un pacto en el que no sea parte.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Buen, Néstor de, *op. cit.*, nota 116, p. 26.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 26.

Sin embargo, aquello que el doctor Néstor de Buen llama el “mantenimiento sindical del mayor interés profesional en la empresa...”, es justamente colocado en un segundo nivel por la Corte, en la medida en que en primer lugar, o de mayor interés, es el derecho individual de pertenecer o no pertenecer a una asociación, sin que esto menoscabe su libertad de dedicarse al oficio o profesión que desee, lo cual puede ocurrir, si un trabajador es separado de la empresa porque ha renunciado al sindicato o sea expulsado de la empresa (a petición del sindicato) por pretender crear otra organización gremial.

Por otro lado, la Corte no desestima los argumentos a favor del mantenimiento de la cláusula de exclusión por separación (el hecho de permitir que los trabajadores renuncien libremente al sindicato, puede repercutir en el debilitamiento del poder sindical, lo cual puede ser aprovechado por los empleadores) o en contra de la misma (se fomenta el “sindicalismo blanco”). Sin embargo, la Corte sólo analiza las cuestiones constitucionales, de acuerdo con las reglas que rigen la revisión del amparo directo, y en tal sentido declara inconstitucionales los artículos 395 y 413 de la LFT por violar los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI:

En cuanto a algunos planteamientos que se hacen en los agravios y que coinciden con lo expresado dentro de la doctrina sobre el tema a estudio que se ha considerado, en el sentido de abusos derivados del establecimiento de la cláusula de exclusión o de su prohibición, debe establecerse que no pueden servir de base para determinar si los preceptos relativos son o no inconstitucionales, pues tal problema debe determinarse, como se ha hecho, en este fallo, examinando los preceptos legales en su contenido en relación con las normas constitucionales aplicables, pues los abusos son ajenos a tal cuestión y tendrían que resolverse, en su caso, por otros procedimientos. Los abusos que se destacan, medularmente consisten, a favor de la existencia de la cláusula de exclusión por separación, en permitir que los trabajadores renuncien libremente al sindicato, puede producir el debilitamiento de éste, lo que puede utilizarse por las empresas en detrimento de los trabajadores al disminuirse la fuerza que pueden tener unidos solidariamente en coalición sindical. En contra del establecimiento de la cláusula de exclusión por separación se argumenta en el sentido de que con ella se propicia el establecimiento de lo que se califica como “sindicatos blancos” y líderes que se preocupan sólo por sus intereses y no por el de los trabajadores, lo que aun puede reflejarse políticamente en mecanismos corporativos de manipulación. Finalmente, debe señalarse que no pasa

inadvertido a esta Sala que el Sindicato recurrente hizo diversos planteamientos específicos cuyo análisis es innecesario pues cualquiera que fuera el resultado a que se llegara, no desvirtuaría los razonamientos expresados para fundar la conclusión a la que se arribó. Además, de acuerdo con las reglas que rigen la revisión en amparo directo, y que han quedado ampliamente estudiadas en esta sentencia, conforme a las cuales sólo se deben estudiar las cuestiones constitucionales, no deben ser motivo de análisis los agravios en los aspectos aludidos. Por consiguiente, debe concluirse este análisis considerando inconstitucionales, por vulnerar los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, en la porción normativa que se refiere a la posibilidad de establecer la cláusula de exclusión por separación en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley. Como consecuencia de que tales preceptos permiten que en las contrataciones colectivas se introduzca la cláusula de exclusión por separación, al haberla acogido el contrato-ley de la Industria Azucarera, Alcohólica y Similares de la República Mexicana, en el artículo 88, al traducirse en renuncia al derecho de libre sindicación consagrado en los artículos 123, apartado A, fracción XVI, y 9o. constitucionales, viola la fracción XXVII, del apartado A del primer precepto constitucional citado, inciso h), que impone la sanción de nulidad a aquellas estipulaciones o acuerdos que impliquen renuncia a algún derecho de los trabajadores. Por tal motivo, debe confirmarse la sentencia recurrida en la materia de la revisión y otorgarse el amparo solicitado para el efecto de que la Junta Especial núm. 10 de la Federal de Conciliación y Arbitraje, deje insubsistente el laudo reclamado y emita otro en el que prescinda de la aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales, así como del artículo 88 del contrato-ley referido, y resuelva en consecuencia, en relación a la reinstalación de los trabajadores quejosos y del pago de los salarios caídos que les correspondan, como de la responsabilidad de la Empresa y Sindicato demandados.

Como se aprecia, los abusos derivados del establecimiento de la cláusula de exclusión, o de la prohibición de la misma, para la Corte, no constituyen elementos de valoración para declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación. La Corte señala que en caso de presentarse abusos, estos deberán solucionarse por otros procedimientos.

#### 4. *La Constitución mexicana, ¿más liberal que social?*

¿Qué consideraciones se pueden hacer de la resolución de la Corte? ¿Acaso no existen argumentos suficientes, para que, en otra resolución, la Corte establezca un precedente diferente? Al respecto, cabe destacar la argumentación realizada por el ilustre jurista Néstor de Buen, quien considera que los artículos 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, son dos derechos diferentes:

Por otra parte, la garantía del artículo 9o. no es madre de la garantía del artículo 123 —A—, XVI, ni ésta la expresión de aquella. Se trata de dos derechos diferentes. El primero, es un derecho ciudadano. El segundo, como ha dicho Mario de la Cueva, es un derecho de clase. Hay que recordar que la supresión de las garantías constitucionales, que afecta al artículo 9o., en modo alguno implica que se suspenda la prevista en el numeral 123 —A—XVI.

La circunstancia de ser un derecho de clase se vincula a la idea de que, en contra de lo que afirma la Segunda Sala, si existen derechos colectivos en materia social que tienen un valor superior a los derechos individuales.<sup>123</sup>

La argumentación del doctor Néstor de Buen es una interpretación doctrinal de la Constitución, que debe encontrar su fuente de argumentación en la misma carta magna. Quizás, habría que preguntarse si tal argumentación corresponde a la ideología de la Constitución.

Si bien es cierto que la fracción XVI del apartado A del artículo 123 garantiza el derecho de los trabajadores a formar asociaciones, dicho derecho también se otorga a los empleadores. Lo que nos llevaría a pensar que dicha fracción no garantiza un derecho de clase —de la clase trabajadora—, en la medida en que a los empleadores también se les garantiza el derecho de asociación.

Por otro lado, a pesar de que la Constitución mexicana se integra por una serie de contenidos sociales, ésta, como ya se anotó anteriormente, nace cobijada por un manto liberal. En la lógica de vivir en un país con una democracia liberal, la interpretación de la Corte tiene que ser dentro de esa misma dinámica. Finalmente, el Estado mexicano, al igual que todo Estado moderno, parte de una serie de ficciones: la igualdad entre los

<sup>123</sup> Buen, Néstor de, *op. cit.*, nota 116, p. 27.

individuos, en donde todos gozan de los mismos derechos y obligaciones; la libertad jurídica y la propiedad (como realidad material concreta y como abstracción jurídica que sigue al titular de la misma).

El trabajador cuando se contrata, renuncia a su libertad en provecho ajeno, a favor de otro, por un tiempo determinado. Dicha renuncia ocurre o sólo puede ocurrir ante la falta de propiedad absoluta y en tal sentido de libertad absoluta.<sup>124</sup>

Se puede también pensar que la interpretación realizada por la Corte ha obedecido a los nuevos modelos de relaciones profesionales, a la flexibilidad del trabajo y a la crisis de la concepción clásica del derecho del trabajo (contratos por tiempo indeterminado, subordinación laboral, etcétera). Quizás sea cierto, pero lo que es revelador es que en realidad la Corte, con la resolución referente a la constitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación, acaba de terminar con aquella visión de nuestra Constitución, como una Constitución social. La corte fue coherente con el espíritu de nuestra Constitución, la cual si bien es cierto que tiene algunos contenidos sociales, no deja de ser una Constitución liberal. En donde en caso de conflicto de intereses, predomina el interés individual sobre el colectivo, es decir, el derecho individual del trabajador frente al interés general del sindicato. La resolución de la Corte deshace la idea de la Constitución mexicana como una Constitución social, o en el mejor de los casos, nos encontramos frente a una Constitución liberal-social, así en ese orden, en donde, según ha resuelto la Corte, en caso de conflicto entre lo social y lo individual, prevalece lo individual. Quizás lo anterior no es lo que se quiere (ya que finalmente la resolución en cuestión sólo es un precedente no vinculatorio); sin embargo, es necesario explicitar la resolución de la Corte en función de la Constitución que tenemos.

Finalmente, más allá de la cláusula de exclusión, en el fondo se encuentra la discusión sobre la primacía de lo individual sobre lo colectivo: ¿Sacrificamos el interés individual para alcanzar el bien común a través de la consolidación del interés colectivo (público), o sacrificamos el interés colectivo (público) para alcanzar el bien común a través de la consolidación del interés individual? Discusión sumamente controvertida.

<sup>124</sup> Finalmente, el modelo de contrato de trabajo moderno obedece a la clasificación kantiana del derecho, en derecho personal de naturaleza real o derecho real-personal. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978, pp. 102 y 103.

**CAPÍTULO SEXTO**  
**EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE**  
**A LA PLURALIDAD DE EMPRESAS**

|                                                                     |            |
|---------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. La noción de empresa . . . . .</b>                            | <b>93</b>  |
| <b>A. La empresa como noción ideológica . . . . .</b>               | <b>94</b>  |
| a. La empresa como máquina . . . . .                                | 95         |
| b. La empresa como organismo . . . . .                              | 95         |
| c. La empresa como organización . . . . .                           | 96         |
| <b>B. La empresa como noción económica . . . . .</b>                | <b>96</b>  |
| <b>C. La empresa como noción jurídica . . . . .</b>                 | <b>98</b>  |
| a. Asociación . . . . .                                             | 98         |
| b. Sociedad . . . . .                                               | 99         |
| c. Sociedad mercantil . . . . .                                     | 99         |
| <b>2. Pluralidad de empresas . . . . .</b>                          | <b>99</b>  |
| <b>A. Tipología de la empresa por su dimensión . . . . .</b>        | <b>100</b> |
| <b>B. Diferenciación entre micro, pequeña y mediana empresa</b>     | <b>102</b> |
| <b>3. Importancia económica de las pequeñas y medianas empre-</b>   |            |
| <b>    sas en el contexto mexicano . . . . .</b>                    | <b>104</b> |
| <b>4. La OIT, las micro y pequeñas empresas . . . . .</b>           | <b>105</b> |
| <b>5. Una nueva concepción de la empresa en el derecho del tra-</b> |            |
| <b>    bajo mexicano . . . . .</b>                                  | <b>110</b> |
| <b>A. El elemento cuantitativo . . . . .</b>                        | <b>115</b> |
| <b>B. El equilibrio interno . . . . .</b>                           | <b>115</b> |

## CAPÍTULO SEXTO

### EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA PLURALIDAD DE EMPRESAS

Un conocimiento adecuado de la noción de la empresa (1), su pluralidad, en función de su dimensión (2), su importancia económica (3), el papel que le ha otorgado la OIT a las micro y pequeñas empresas (4), nos permitirá plantear la discusión sobre la necesidad de la existencia de un régimen diferenciado para las micro empresas (5).

#### 1. *La noción de empresa*

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, empresa puede significar actividad; actividad humana como acción ardua y dificultosa que valerosamente comienza o, más sencillamente: “intento o designio de hacer una cosa”. También puede definirse a la empresa desde el punto de vista económico jurídico como una organización independiente, que distribuye bienes y servicios para un mercado, tratando de obtener con ello un máximo de beneficio.

Otro concepto afirma, que la empresa es una unidad de producción y distribución, bajo distintas formas, tiene por objeto proporcionar los bienes y servicios necesarios al hombre para satisfacer sus necesidades, mediante la combinación de tres elementos principales: el capital o patrimonio, el trabajo y la gestión.

Cabe señalar, que este concepto de empresa se da por primera vez en la legislación laboral por la siguiente razón: el derecho del trabajo es una disciplina que se encarga del estudio de las relaciones laborales entre trabajadores y patrones, identificando y confundiendo a estos últimos normalmente con la empresa o establecimiento.

La empresa es al desarrollo económico como la familia a la sociedad, es decir, es la célula impulsora del crecimiento económico. “Empresa es

la organización de capital y trabajo dedicada a la producción de bienes y prestación de servicios destinados al mercado, con o sin fines de lucro".<sup>125</sup>

La empresa aparece como una comunidad en la que el capital y el trabajo asumen un papel igualmente importante, sin necesidad de hablar de supremacía del uno respecto del otro. Ello determina la existencia de un concepto social sobre la misma. Sin embargo, además del capital, el trabajo y la gestión, la tecnología ocupa un factor importante dentro de las empresas. Siendo justamente los avances e innovaciones tecnológicos los que históricamente han creado tensiones entre el capital y el trabajo.

El concepto de empresa es tan amplio que cualquier definición puede ser insuficiente, por eso, para los fines de este trabajo, se entiende como empresa cualquier esfuerzo mínimo organizado dirigido a la producción, comercialización y oferta de bienes y/o servicios.

A pesar de ser un tema de gran importancia para el derecho del trabajo, el concepto de empresa ha sido poco estudiado y el enfoque puede variar según el punto de vista desde el cual se aborde, ya sea desde un punto de vista ideológico (A), económico (B) o jurídico (C).

#### *A. La empresa como noción ideológica*

La noción de empresa tiene una carga ideológica intrínseca cambiante de acuerdo al momento histórico en que se intente definir, pero sin duda es producto de la Revolución Industrial y del desarrollo del mundo moderno, que ha transitado del auge del sector industrial al sector de los servicios.

Desde una perspectiva eminentemente ideológica, su naturaleza basada en la propiedad no puede ser vista mas que como capitalista; pero también, puede ser vista como una comunidad laboral que reúne a un empresario y trabajadores que buscan un mismo fin.<sup>126</sup>

De acuerdo con el concepto de empresa de Russell L. Ackoff, este tiene tres variantes.<sup>127</sup> La empresa como máquina (a); la empresa como organismo (b), y la empresa como organización (c).

<sup>125</sup> Bugallo Montaña, Beatriz, *Manual básico de derecho de la empresa*, Montevideo, FCU, julio 2002, p. 9.

<sup>126</sup> Ferrari, Francisco de, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, De Palma, 1968, citado en Bermudez Cisneros, Miguel, *Derecho del trabajo*, México, colección de Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, 2000, p. 302.

<sup>127</sup> Cfr. Ackoff, Russell L., *Planificación de la empresa del futuro*, 6a. reimp., México, Limusa, Grupo Noriega Editores, 1992, pp. 41 y ss.

### *a. La empresa como máquina*

En la Revolución Industrial las empresas eran organizaciones consideradas como máquinas que debían servir a sus creadores o dueños, dándoles una retribución sobre su inversión en tiempo y dinero. Así, la principal función de éstas era producir utilidades. En estas empresas, los empleados o trabajadores eran considerados máquinas o partes de éstas, totalmente reemplazables. Sus objetivos personales no tenían importancia para sus patrones. El empleo conllevaba una aceptación tácita del derecho del patrón para tratarlos como máquinas, aunado a las tareas sencillas y repetitivas que eran pensadas para ser ejecutadas por máquinas. En esta concepción de empresa, el propietario ejercía un poder virtualmente ilimitado sobre sus empleados: podía contratarlos, despedirlos, castigarlos o recompensarlos a su libre arbitrio. La amenaza de despido era una constante real y continua sobre sus empleados, así como su cesantía. Los trabajadores poseían habilidades escasas y podían ser reemplazados fácilmente; el nivel de educación de los trabajadores ordinarios era bajo y sus aspiraciones muy modestas.

El creciente descontento de los trabajadores aumentó al ritmo de la prosperidad de las empresas. Con esto, los cimientos de la concepción mecánica de la empresa se debilitaron.

El crecimiento del sindicalismo y las instituciones de bienestar y la economía social redujeron la posibilidad de cesantía que amenazaba a la fuerza laboral. También el incremento de la mecanización requería obreros más especializados. Mientras más preparación adquirían, más difícil y costoso resultaba reemplazarlos. La promulgación de leyes que prohibían la explotación de niños en las fábricas hizo posible el aumento en los niveles de educación, y con esto, la clase trabajadora se hizo cada vez más renuente a aceptar un ambiente laboral mecánico. Con todo lo anterior, el original concepto mecanicista de la empresa no pudo resistir tantos cambios.

### *b. La empresa como organismo*

Este concepto surge gradualmente después de la Primera Guerra Mundial, atribuyéndole vida y propósitos propios los cuales eran la supervivencia y el crecimiento. Las utilidades fueron consideradas como algo necesario pero no como la razón de su existencia. La administración era

considerada como cerebro de la empresa y los empleados como sus órganos y ya que los órganos no pueden ser reemplazados tan fácilmente como las partes de una máquina, las empresas se empezaron a preocupar por su salud y seguridad; las condiciones de trabajo se convirtieron en materia de negociación entre el sindicato y las administraciones.

Así se hizo evidente, el modo en el que los empleados se sienten respecto de su trabajo, tiene un efecto directo sobre la cantidad y calidad del mismo, es decir, la producción decrece cuando el trabajo es poco satisfactorio.

### c. La empresa como organización

Una organización es un sistema con algún propósito que forma parte de uno o más sistemas con algún propósito, en el cual algunas de sus partes, las personas por ejemplo, tienen sus propios propósitos. La primera de estas propiedades hace inaceptable el concepto de la empresa como una máquina; la segunda niega que se encuentre desligada del medio ambiente, la tercera implica, que no puede existir una analogía entre una empresa y un organismo. Estas inferencias negativas de las tres propiedades de una organización abren el camino para hablar de las propiedades positivas y de los tres niveles de propósitos: el social, organizacional y el individual.

En otras palabras, la administración tiene tres tipos de responsabilidades interdependientes: la primera hacia los propósitos del sistema que administra; la segunda hacia los propósitos de las personas que forman parte del sistema administrado y la tercera, hacia el propósito del sistema que los abarca y los demás sistemas que contenga.

### B. La empresa como noción económica

En un intento por definir a la empresa desde un punto de vista económico, se entiende como “la entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad”.<sup>128</sup>

También se podría entender el concepto de empresa recurriendo a Garriguet, “económicamente, la empresa es la organización de los factores

<sup>128</sup> Despax, Michel, *L'entreprise et le droit*, en Ramos Olivera, Julio, *La empresa. Enfoque laboral*, Montevideo, FCU, 1993, p. 15.

de la producción a fin de obtener una ganancia limitada”.<sup>129</sup> El jurista francés Durand conceptúa la empresa también con un sentido económico y afirma “la empresa es una unidad económica de producción cuyos riesgos de explotación quedan a cargo del empresario”.<sup>130</sup>

De estas nociones económicas de empresa se deduce como una unidad de producción, cuyos elementos constitutivos son tres: personales, materiales y administrativos.

Los primeros son las personas que intervienen con su actividad física o intelectual en la consecución de los fines de la empresa: trabajadores y empresarios. Los segundos son capital, inmuebles laborales, muebles, maquinaria y transportes. El tercero es el elemento que coordina los dos anteriores y que corre a cargo del empresario y/o de sus trabajadores, a través de la planeación, de la producción y del trabajo.

El capital es el medio que utiliza la empresa para pagar insumos, salarios, gastos fijos de administración y de otras inversiones. Éste es indispensable para que exista y funcione la empresa. De lo anterior, se derivan cuatro categorías del capital:

- a. Capital base: bienes elementales dedicados a la producción
- b. Instalaciones industriales, comerciales o agrícolas
- c. Instrumento de producción y maquinaria
- d. Moneda de cualquier especie

Todos los bienes anteriores, poseen un valor económico pero se manifiestan en su conjunto en el activo de la empresa y pueden ser utilizados también, para evadir responsabilidades laborales, fiscales o de cualquiera otra índole. Son justamente las responsabilidades laborales, el cumplimiento y respeto de las mismas las que interesan.

La empresa es un fenómeno económico, es una forma de organización que está presente en cualquier actividad económica moderna y que busca realizar seis tipos de intercambios:<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Cfr. Walter Garriguet, *Instituciones de derecho mercantil*, 2a. ed., Madrid, 1948, p. 85, citado en Bermúdez Cisneros, Miguel, *Derecho del trabajo*, México, colección de Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, 2000, p. 299.

<sup>130</sup> Cfr. Durand Paul y Rouast, André, *Précis de législation industrielle*, París, Dalloz, 1943, p. 340, citado en Bermúdez Cisneros, Miguel, *Derecho del trabajo*, México, colección de Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, 2000, p. 299.

<sup>131</sup> Cfr. Ackoff, Russell L., *op. cit.*, nota 127, p. 47.

1. Intercambio de dinero por trabajo con sus empleados.
2. Intercambio de dinero por bienes y servicios con los proveedores.
3. Intercambio de bienes y servicios por dinero con los clientes.
4. Intercambio de dinero pagadero posteriormente por dinero recibido ahora con los inversionistas y financierotes.
5. Intercambio de dinero pagado ahora por dinero recibido más tarde, con los deudores.
6. Intercambio de bienes, servicios y regulaciones con el gobierno (pago de impuestos y servicios).

### *C. La empresa como noción jurídica*

En el derecho mexicano, empresa y establecimiento están definidos por la LFT en su artículo 16, “Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”.

Con relación a la noción jurídica de la empresa no se debe soslayar que la definición en la Ley Federal del Trabajo es sumamente importante.

En primer lugar, porque abarca a toda unidad productora de bienes o prestadora de servicios y, en segundo lugar, porque extiende la noción de dichas unidades económicas a las unidades técnicas de la empresa, es decir, a los establecimientos.

Esta segunda característica de la noción de empresa en el derecho mexicano del trabajo, resulta fundamental en la medida en que actualmente es más difícil identificar una empresa, dado que la subcontratación de servicios diluye la producción y la existencia de la empresa misma. En ese sentido, la identificación de las unidades técnicas como parte de una empresa ha sido una elaboración visionaria del legislador. Por lo anterior, es importante mencionar las formas jurídicas que puede adoptar una empresa según la legislación vigente:

#### *a. Asociación*

El Código Civil establece en su artículo 2670 que “Cuando varios individuos convinieren en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria,

para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituye una asociación”.

### *b. Sociedad*

El artículo 2688 del Código Civil dice “Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

### *c. Sociedad mercantil*

A este respecto, el artículo 4o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala. “Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta Ley”. El artículo 1o. reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- i) Sociedad en nombre colectivo;
- ii) Sociedad en comandita simple;
- iii) Sociedad de responsabilidad limitada;
- iv) Sociedad anónima;
- v) Sociedad en comandita por acciones; y
- vi) Sociedad cooperativa.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo pueden constituirse como sociedades de capital variable, observándose entonces las disposiciones del capítulo VIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

## *2. Pluralidad de empresas*

La empresa es una entidad donde se combinan los recursos humanos y materiales para ofrecer bienes y servicios, pero para el desarrollo de sus actividades, la empresa requiere un espacio físico donde se realice la interacción de la producción y las prestaciones laborales. Este lugar físico incluye centros de trabajo, establecimientos, filiales, sucursales, etcétera,

es decir, “Todas las unidades técnicas o reparticiones geográficas que la integran y que contribuyen a la realización de sus fines”.<sup>132</sup>

En este sentido, en la LFT está considerado el lugar físico donde las empresas se establecen: “Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”, señala el artículo 16.

### *A. Tipología de la empresa por su dimensión*

Para clasificar a las empresas pueden tomarse varios criterios,<sup>133</sup> por ejemplo:

1) El número de empleados. Este criterio es el más usado por la ley y los convenios colectivos; es un elemento cuantificable en las entidades más heterogéneas como las empresas. Es importante considerar algunos criterios complementarios a éste, pues hay empresas con muy poco personal y con una alta producción por su nivel de tecnificación.

2) El valor de la producción o de las ventas facturadas que debe ser medido en un periodo, generalmente anual. Este criterio no puede tomarse tan rígido porque el nivel de ventas está directamente relacionado con las condiciones del mercado.

3) El capital invertido. Este criterio se utiliza para fomentar la inversión de capital en zonas de menor desarrollo económico relativo y más mano de obra desocupada.

4) El consumo de energía. Indicaría el nivel de tecnificación y la carga de trabajo.

Además de estos criterios, también existen los cualitativos<sup>134</sup> que permiten identificar a las empresas desde otro ángulo, estos son:

- a) Si el empleador participa directamente en el trabajo y si éste tiene vínculo personal y directo con los empleados.

<sup>132</sup> Dieste, Juan Francisco, *Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas*, Buenos Aires, Editorial B de F, ed. Julio César Faira, 1995, p. 23.

<sup>133</sup> Cfr. Ramos Olivera, Julio, *La empresa. Enfoque laboral*, Montevideo, FCU, 1993, p. 37.

<sup>134</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 38.

- b) La administración de la empresa es realizada por el propietario o a través de personal ajeno a la misma.
- c) Si la relación de la empresa con el mercado local es estrecha en cuanto a obtención de materia prima, contratación del personal y comercialización de sus productos.

De acuerdo con Julio Ramos Olivera, para catalogar con mayor precisión a una empresa, deberían tomarse en cuenta tanto los criterios cuantitativos como los cualitativos, frecuentemente existe una relación de dependencia entre ambos. “Por ejemplo, la relación personal y la dirección por el propio empresario sólo son posibles mientras el número de empleados no sea demasiado importante”.<sup>135</sup>

Por su parte, la OIT considera PYMES<sup>136</sup> a aquellas empresas modernas con una dotación de hasta 50 empleados, negocios familiares en los que trabajan entre tres y cuatro integrantes de la familia, industrias domésticas, cooperativas, empresas individuales y microempresas.

En este trabajo se clasificará a las empresas de acuerdo con el criterio basado en el número de empleados, considerando que es el utilizado en la legislación vigente.

Según su dimensión, las empresas pueden ser:

- i) Micro
- ii) Pequeñas
- iii) Medianas
- iv) Grandes

De acuerdo con el número de trabajadores, en México, la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, las clasifica como sigue:<sup>137</sup>

<sup>135</sup> *Idem.*

<sup>136</sup> *Cfr.* Potobsky, Geraldo von, “Pequeñas y medianas empresas y derecho del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 1, 1993, citado en Sardegna, Paula Constanza, *PyMES. Relaciones laborales en las pequeñas empresas*, Buenos Aires, Universidad, 2001, p. 59.

<sup>137</sup> Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, artículo 3o., fracción III, México, 13 de diciembre de 2002.

| Sector/Tamaño | Industria       | Comercio        | Servicios       |
|---------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| Micro         | 0 al 10         | 0 al 10         | 0 a 10          |
| Pequeña       | 11 a 50         | 11 a 30         | 11 a 50         |
| Mediana       | 51 a 250        | 31 a 100        | 51 a 100        |
| Grande        | 251 en adelante | 101 en adelante | 101 en adelante |

Asimismo, con relación al valor de sus ventas netas anuales, en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de diciembre de 1993, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, modificó las definiciones de este tipo de empresas, contenidas en el Apartado I denominado Definiciones del Programa para la Modernización y Desarrollo de la Industria Micro, Pequeña y Mediana 1991-1994, publicado el 11 de abril de 1991, como sigue:<sup>138</sup>

- i) Micro: no más del equivalente a \$ 900,000 anuales,
- ii) Pequeña: no más del equivalente a \$ 9,000,000 anuales, y
- iii) Mediana: no más del equivalente a \$ 20,000,000 anuales.

#### *B. Diferenciación entre micro, pequeña y mediana empresa*

En la evolución de la concepción de empresa, la micro empresa se vincula con:

- 1) El crecimiento del sector informal,
- 2) Las nuevas estrategias de supervivencia del núcleo familiar (talles familiares), y
- 3) La descentralización productiva.

Esta última, es manejada por las empresas grandes para reducir costos y conflictos sindicales.

Con relación a los puntos uno y dos mencionados arriba, las características de las micro empresas son: “informalidad o semi-informalidad, baja relación capital-trabajo, aplicación de tecnología y métodos tradicionales, baja productividad, marginalidad en cuanto a los espacios del

<sup>138</sup> Cfr. INEGI, *Micro, pequeña, mediana y gran empresa, Censos Económicos, 1999*, México, 2001.

mercado que ocupan (el destinatario de su producción es siempre y en forma exclusiva el mercado interno)".<sup>139</sup>

La "informalidad" de las micro empresas, generalmente, implica la operación fuera de la legalidad total o parcialmente. Esto tiene consecuencias negativas, porque no son consideradas en los programas financieros del gobierno, no se protegen los derechos de los trabajadores y representan una competencia desleal para las empresas establecidas bajo el ordenamiento legal vigente.

De manera general, las microempresas no se constituyen legalmente, son "unipersonales", mientras que las pequeñas y medianas empresas suelen ser sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas.

Por otra parte, la ley de algunos países latinoamericanos, como Brasil,<sup>140</sup> tomando en cuenta la vulnerabilidad de las micro empresas, ordena un tratamiento diferente y menos rígido, tanto en el derecho del trabajo y de la seguridad social, como en lo administrativo, tributario y crediticio.

En la Unión Europea también se hace esta diferencia en el Acta Única que modifica al Tratado de Roma, en 1986 donde se dice que la aplicación general de normas en materia de salud y seguridad social no deberá "establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas (artículo 118 A)".<sup>141</sup>

Las micro empresas, al compararlas con las pequeñas y medianas empresas, no tienen diferencias sustanciales, son más bien de grado, es decir, el tamaño es más reducido, la identificación del empresario con su empresa es mayor, al igual que la concentración de funciones. El microempresario es, "simultáneamente, capitalista y trabajador"<sup>142</sup> y esto se da no sólo con el afán de ahorrar en salarios sino de observar y dirigir el trabajo de los demás.

<sup>139</sup> Dieste, Juan Francisco, *Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas*, Buenos Aires, Editorial B de F. Editor Julio César Faira, 1995, p. 24.

<sup>140</sup> Ley brasileña 7256 del 27/11/84, artículo 18 y Constitución de 1988, artículo 179, cit. en Dieste, Juan Francisco, *Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas*, Buenos Aires, Editorial B de F, Julio César Faira, 1995, p. 25.

<sup>141</sup> Dieste, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 139, p. 139.

<sup>142</sup> Longhi, A., "Sobre la pequeña empresa y los pequeños empresarios de Montevideo", en Varios autores, *El trabajo informal en Montevideo*, CIEDUR/EBO, 1986, citado en Dieste, Juan Francisco, *Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas*, p. 26.

Respecto de las relaciones de trabajo, Juan Francisco Dieste apunta que “Si muchas PYMES configuran un ámbito dimensional crítico en lo que respecta a la vigencia del derecho del trabajo, la microempresa constituye de hecho un “submundo laboral” mucho más flexibilizado o, simplemente desregulado, donde la voluntad unilateral del empleador es la única fuente normativa”.<sup>143</sup>

Por otra parte, dentro de la descripción de la microempresa, hay un factor que no se relaciona con la dimensión, pero que se presenta frecuentemente en ésta y tiene una significación fuerte en la misma: el *trabajo familiar*, de manera que, cuando la microempresa adquiere un carácter familiar, las diferencias con la PYME comienzan a ser mayores, siempre y cuando en ésta no exista componente familiar.<sup>144</sup>

En la legislación de países como Uruguay, Argentina, España, Italia y México, se da un tratamiento especial a este tipo de relaciones laborales, ya que puede suponerse que los vínculos familiares entre los trabajadores y el empleador son un *resguardo natural* en donde no se verifican los abusos que pueden observarse en empresas comunes “que los valores familiares deben priorizarse sobre normas esencialmente patrimoniales, y que las relaciones entre marido y mujer, o entre padres e hijos, no son conciliables con las de patrono y empleado”.<sup>145</sup>

### 3. Importancia económica de las pequeñas y medianas empresas en el contexto mexicano

En México, se creó el término *empresa media* para reunir en un mismo grupo, empresas pequeñas y medianas con las microempresas *con opción de desarrollo*.<sup>146</sup> Con esta clasificación, se puede separar a las microempresas de subsistencia de las que tienen la opción de insertarse en el mercado, desarrollarse y permanecer.

En el Censo Económico de 1999, se contabilizaron 2.6 millones de microempresas, de la cuales, según datos obtenidos en el análisis de Emilio

<sup>143</sup> Dieste, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 139, p. 26.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 33. Las microempresas con opción de desarrollo son “aquellas que tienen más de dos años de funcionamiento estable, dan empleo remunerado a terceros, más allá de la familia y tienen una división de funciones para la operación interna, cuando menos incipiente”.

Zevallos,<sup>147</sup> únicamente el 25.3% de ellas tienen opción de desarrollo, por lo que el restante 74.7%, son microempresas de subsistencia.

Este porcentaje es muy similar al obtenido en estudios realizados por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, 1997), donde alrededor del 25% de microempresas están dirigidas al crecimiento y tienen una participación muy importante en el desarrollo económico.<sup>148</sup>

La importancia de la empresa media en México es definitiva, pues genera el 60% de los empleos remunerados, 43% de la inversión privada y participa con el 49% del PIB.<sup>149</sup>

#### 4. La OIT, las micro y pequeñas empresas

La OIT ha adoptado 174 convenios internacionales y poco más de 80 recomendaciones. Sólo en un número limitado de estos instrumentos se prevén excepciones a las obligaciones impuestas y normas diferenciales, en función del tamaño o dimensión de las empresas. Corresponde a la autoridad competente y al organismo apropiado de cada país, efectuar una consulta previa con organizaciones de empleadores y trabajadores interesados, así como enumerar expresamente las exclusiones y explicar los motivos de las mismas.

Según Barbagelata, se distinguen tres categorías de convenios para introducir excepciones o exclusiones a las normas de la OIT, tomando en cuenta las dimensiones de la empresa:<sup>150</sup>

- a) Convenios que no toleran ninguna excepción (Convenio 3, 13, 19, 20, 42, 77, 78, 87, 119 y 127).
- b) Convenios que toleran exclusiones, a condición de ser indicadas en el acto de la ratificación o en oportunidad de presentar la Primera Memoria Anual (Convenio 81 y 95).
- c) Convenios que admiten que la legislación excluya categorías específicas, que es aquella del tipo familiar (Convenios 14, 17, 30, 52 y 89).

<sup>147</sup> Cfr. Zevallos V., Emilio, "Micro, pequeñas y medianas empresas en América Latina", *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, núm. 79, abril de 2003, p. 57.

<sup>148</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>149</sup> Cfr. Ardavín Migoni, Bernardo, El incremento de la competitividad de la empresa media, *El Mercado de Valores*, México, año LXII, núm. 12, diciembre 2002, p. 33.

<sup>150</sup> Cfr. Sardegna, Paula Constanza, *PyMES. Relaciones laborales en las pequeñas empresas*, Buenos Aires, Universidad, 2001, pp. 186 y ss.

Por su parte Emilio Morgado, señala que entre los convenios que permiten exclusiones se encuentran: el Convenio 102, sobre la seguridad social; el 103 sobre la maternidad; el 110 sobre las plantaciones; el 135 sobre los representantes de los trabajadores; el 138, sobre la edad mínima; el 140, sobre la licencia pagada de estudios; el 141 sobre las organizaciones de los trabajadores rurales; el 158, sobre la terminación de la relación de trabajo; el 168 sobre el fomento del empleo y protección del desempleo; el 170, sobre los productos químicos; el 171, sobre el empleo nocturno; el 172, sobre condiciones de trabajo en hoteles, restaurantes y similares; el 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador; el 175, sobre el trabajo a tiempo parcial; el 183, sobre la protección a la maternidad, y el 184, sobre la seguridad y la salud en la agricultura.<sup>151</sup>

Al respecto, no debe olvidarse que el párrafo 3o. del artículo 19 de la Constitución de la OIT, señala que: "...la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesaria de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países". De hecho, la misma OIT bajo esa tesitura ha adoptado la Recomendación número 189, sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas.

La Conferencia General de la OIT, en su octogésima sexta reunión,<sup>152</sup> considerando, igualmente, que las pequeñas y medianas empresas, son un factor esencial del crecimiento y del desarrollo económicos y que proveen cada vez más la mayoría de los puestos de trabajo creados a escala mundial y pueden ayudar a crear un entorno propicio para la innovación y el espíritu empresarial; decidió adoptar el 17 de junio de 1998 la Recomendación sobre la Creación de Empleos en las Pequeñas y Medianas Empresas.

<sup>151</sup> Cfr. Morgado Valenzuela, Emilio, "Reflexiones acerca del régimen laboral en la micro, pequeña y mediana empresa", en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, México, UNAM, 2006, pp. 41 y 42.

<sup>152</sup> La Conferencia para emitir la Recomendación en comento, tomó en cuenta la resolución sobre el fomento de las pequeñas y medianas empresas, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 72a. reunión (1986), y las conclusiones que figuran en la resolución sobre políticas de empleo en una economía mundializada, adoptada por la Conferencia en su 83a. reunión (1996).

La recomendación 198 deja a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, decir a las pequeñas y medianas empresas. Además se señala la necesidad de adoptar medidas que se ajusten de forma adecuada a las condiciones y a la práctica nacionales —salvaguardando los intereses de los trabajadores de tales empresas, proporcionándoles la protección básica brindada por otros instrumentos pertinentes— a fin de reconocer y potenciar el papel fundamental que las pequeñas y medianas empresas pueden desempeñar en lo relativo a:

- a) la promoción del pleno empleo, productivo y libremente elegido;
- b) la ampliación de las posibilidades de realizar actividades remuneradoras y creadoras de riqueza que conduzcan a empleos productivos y duraderos;
- c) el crecimiento económico duradero y la capacidad para responder con flexibilidad a los cambios;
- d) una mayor participación en la economía de los grupos desfavorecidos y marginados de la sociedad;
- e) el aumento del ahorro y las inversiones nacionales;
- f) la formación y el aprovechamiento de los recursos humanos;
- g) el desarrollo regional y local equilibrado;
- h) el suministro de bienes y servicios más adecuados a las necesidades de los mercados locales;
- i) la mejora de las condiciones y la calidad del trabajo, que contribuyan a elevar la calidad de la vida y permitan que un gran número de personas tenga acceso a la protección social;
- j) el fomento de la innovación, del espíritu empresarial, del desarrollo tecnológico y de la investigación;
- k) el acceso a los mercados nacionales e internacionales; y
- l) la promoción de buenas relaciones entre empleadores y trabajadores.

En materia de marco político y jurídico, la Recomendación señala que con el objeto de crear un entorno favorable al crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, la pertinencia de:

- a) adoptar y poner en práctica políticas fiscales, monetarias y de empleo adaptadas a la promoción de un entorno económico óptimo (en particular, respecto de la inflación, los tipos de interés y de cambio, los impuestos, el empleo y la estabilidad social);

- b) establecer y aplicar disposiciones jurídicas apropiadas, en particular con respecto al derecho de propiedad, con inclusión de la propiedad intelectual, la localización de las empresas, la ejecución de contratos, y la competencia leal, así como una legislación social y laboral adecuada; y
- c) hacer más atractiva la condición empresarial, evitando las medidas normativas y jurídicas que perjudiquen a quienes desean llegar a ser empresarios.

Las medidas a que se hace referencia, señala la Recomendación, deberían complementarse con políticas que promuevan la creación de pequeñas y medianas empresas eficientes y competitivas, capaces de ofrecer posibilidades de empleo productivo y duradero en condiciones sociales adecuadas. Con este fin, los miembros deberían prever la adopción de políticas encaminadas a:

1) crear condiciones que:

- a) aseguren a todas las empresas, de cualquier tipo o tamaño:
  - i) la igualdad de oportunidades en esferas tales como el acceso al crédito, a las divisas y a insumos de importación; y
  - ii) un régimen tributario equitativo.
- b) garanticen la aplicación no discriminatoria de la legislación del trabajo con el fin de elevar la calidad del empleo en las pequeñas y medianas empresas; y
- c) promuevan la aplicación por las pequeñas y medianas empresas de las normas internacionales del trabajo relativas al trabajo infantil.

2) eliminar los obstáculos al desarrollo y crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, que pudieran derivarse en particular de:

- a) dificultades de acceso al crédito y a los mercados de capital;
- b) bajos niveles de capacitación técnica y de gestión;
- c) la inadecuación de la información;
- d) bajos niveles de productividad y de calidad;
- e) un acceso insuficiente a los mercados;
- f) dificultades de acceso a nuevas tecnologías;

- g) la falta de una infraestructura de transporte y comunicaciones;
- h) la improcedencia, la inadecuación o el exceso de los trámites administrativos en materia de registro, licencias, presentación de declaraciones, etcétera, incluidos aquellos que desincentivan la contratación de personal, sin menoscabar el nivel de las condiciones de empleo ni la eficacia de la inspección de trabajo o de los sistemas de control de las condiciones laborales y cuestiones afines;
- i) la falta de apoyo a la investigación y el desarrollo; y
- j) dificultades de acceso a las oportunidades de mercados públicos y privados; 3) prever medidas específicas e incentivos para ayudar y promover al sector no estructurado con miras a su integración en el sector estructurado.

Por su importancia, resalta lo establecido en párrafo 7o. de la Recomendación, en donde señala que las políticas en materia de pequeñas y medianas empresas deberían, cuando proceda:

- 1) recopilar datos nacionales sobre las pequeñas y medianas empresas, que comprendan, entre otras cosas, los aspectos cuantitativos y cualitativos del empleo, y garantizar al mismo tiempo que esta labor no represente una carga administrativa excesiva para las pequeñas y medianas empresas;
- 2) efectuar un examen global de las repercusiones que las políticas y la reglamentación vigentes tienen en las pequeñas y medianas empresas, prestando una atención especial a los efectos de los programas de ajuste estructural en la creación de empleos; y
- 3) examinar la legislación laboral y social, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, para determinar:
  - a) si esta legislación se ajusta a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas y asegura una protección y condiciones de trabajo adecuadas para sus trabajadores;
  - b) en lo que se refiere a la protección social, si es necesario adoptar medidas complementarias, tales como regímenes voluntarios, iniciativas de carácter cooperativo u otras;
  - c) si dicha protección social abarca a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas y si existen disposiciones adecuadas para

garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de seguridad social en ámbitos tales como la asistencia médica y las prestaciones, las indemnizaciones y los subsidios por enfermedad, por desempleo, de vejez, en caso de accidentes del trabajo, por familiares a cargo, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes.

De igual manera, la Recomendación contempla que en caso de dificultades económicas, los gobiernos deberían tratar de proporcionar una ayuda firme y eficaz a las pequeñas y medianas empresas y a sus trabajadores. Así mismo hace referencia a la necesidad de crear una cultura empresarial que favorezca las iniciativas, la creación de empresas, la productividad, la toma de conciencia de los problemas medioambientales, la calidad, las buenas relaciones laborales y profesionales, y prácticas sociales apropiadas y equitativas. Otros puntos importante de la recomendación tienen que ver con el establecimiento de una infraestructura eficaz; facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento y al crédito en condiciones satisfactorias; considerar la posibilidad de adoptar políticas adecuadas destinadas a mejorar todos los aspectos del empleo en las pequeñas y medianas empresas, garantizando la aplicación no discriminatoria de una legislación protectora en los ámbitos social y laboral; considerar la participación de organizaciones de empleadores o de trabajadores en el fomento de las pequeñas y medianas empresas por medio de las acciones siguientes, así como, considerar la ampliación de su composición para incorporar a las pequeñas y medianas empresas.

##### *5. Una nueva concepción de la empresa en el derecho del trabajo mexicano*

Sin duda, el tamaño de una empresa puede presentar tanto ventajas como desventajas. Según Julio Ramos Olivera,<sup>153</sup> existen ocho características que dan ventaja a las pequeñas empresas sobre las grandes:

- 1) No necesitan mucho capital para operar ya que tiene menos exigencias de su personal y, en muchas ocasiones, se abusa del trabajo familiar o de horas extras, sin remuneración adicional.

<sup>153</sup> Cfr. Ramos Olivera, Julio, *op. cit.*, nota 133, pp. 39 y 40.

- 2) Tiene reducidos costos de instalación porque la empresa puede ubicarse en el domicilio del empresario y con pocas máquinas se puede lograr una buena productividad.
- 3) Pueden tomarse las decisiones con mayor velocidad dado el tamaño y operación de la empresa.
- 4) Tienen mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios, pues la infraestructura y la estructura organizacional no son muy complejas.
- 5) Pueden incrementar su productividad si logran especializarse en insumos con los que provean a las grandes empresas.
- 6) Se adaptan mejor al sector manufacturero liviano como confección de ropa, calzado, muebles, etcétera.
- 7) Ofrecen mayor poder de decisión al trabajador y le permiten intervenir en varios procesos de la producción, reduciendo la monotonía de las tareas asignadas, esquema que se maneja en las grandes empresas.
- 8) La estrecha relación entre los trabajadores y el empleador, fomenta el “espíritu de equipo”. Aunque esto también puede causar conflictos graves al patrón, cuando éste decide despedir a algún empleado.

En cuanto a las desventajas, Raúl Ojeda<sup>154</sup> considera que existen varios factores que representan desventajas claras de las PYMES contra las grandes empresas, estas son:

- a) Bajo índice de crecimiento por la problemática y la ubicación económica y legal de las PYMES.
- b) Inversión inicial de capital muy baja.
- c) Dificultades para acceder a los mercados donde las grandes compiten en costos y productividad (ventaja comparativa).
- d) Participación de la mano de obra en la estructura de costos.
- e) Legislación laboral que se contrapone a su productividad.
- f) Subsistencia por endeudamiento.
- g) Condiciones de financiamiento poco favorables y grandes dificultades para obtener créditos con tasas blandas.
- h) Presión fiscal excesiva.

<sup>154</sup> Cfr. Ojeda, Raúl, “Regulación laboral para pequeñas empresas. Análisis del Decreto 146/99”, *Revista T. Y S.S.*, 1999, p. 969., citado en Sardegna, Paula Constanza, *PyMES. Relaciones laborales en las pequeñas empresas*, Buenos Aires, Universidad, 2001, pp. 44 y 45.

- i) Demasiados requisitos burocráticos en sus relaciones con el Estado.
- j) Incremento de quebrantos empresariales.
- k) Baja en el poder adquisitivo de los trabajadores.
- l) Incapacidad para negociar colectivamente con los sindicatos o para incluirse en los convenios sectoriales.
- m) Bajo nivel de capacitación del personal y dificultad para conseguir mejores tecnologías.
- n) Falta de cultura entre los diferentes factores sociales que favorezca la negociación colectiva en la pequeña empresa.

Ante las ventajas y desventajas antes señaladas, se podría razonar que el derecho del trabajo en su evolución, no ha considerado el tamaño de las empresas y las necesidades de éstas. En un justo equilibrio de una relación laboral, no sólo por el interés del empleador sino por el interés del propio trabajador, particularmente, sobre la continuidad de derechos generados por la antigüedad y la transportabilidad de los mismos de una empresa a otra.

En este mismo sentido, otro autor, Osvaldo Giordano,<sup>155</sup> resume en cinco puntos, de acuerdo con las características de las relaciones laborales en las PYMES, las desventajas de éstas con respecto a las grandes empresas, como sigue:

- i) Menor especialización en las tareas y funciones realizadas.
- ii) Diferente conformación de las relaciones trabajador-empleador.
- iii) Limitaciones en la capacidad de gestión administrativa.
- iv) Debilidades financieras y dificultades para cubrir pasivos laborales.
- v) Menor productividad lo que implica una mayor participación de la mano de obra en la estructura de costos.

A su vez, Julio Ramos Olivera<sup>156</sup> plantea las siguientes desventajas dividiéndolas en tres grandes grupos:

<sup>155</sup> Cfr. Giordano, Osvaldo, *Relaciones Laborales en las PyMEs. Comentarios al Título III de la Ley 24.467, Sección I, Definición de pequeña empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, abril 1995, p. 9, citado en Sardegna, Paula Constanza, *PyMES. Relaciones laborales en las pequeñas empresas*, Buenos Aires, Universidad, 2001, p. 45.

<sup>156</sup> Cfr. Ramos Olivera, Julio, *op. cit.*, nota 133, pp. 39 y 40.

### 1) *Problemas para el trabajador*

- Salarios bajos, lo que puede constituir un problema para la empresa al perder a sus trabajadores más calificados.
- Malas condiciones de trabajo en cuanto a higiene, trabajo familiar no retribuido y exigencia excesiva de rendimiento por la ausencia de maquinaria o para reducir los costos de la misma.
- Ausencia o escasa participación de los sindicatos.

### 2) *Problemas para el Estado*

El Estado requiere diferenciar la verdadera pequeña empresa de las que se separan de la matriz para fragmentar el trabajo y evadir impuestos u obligaciones laborales, o bien, burlar la reglamentación aplicable a su dimensión o hacer uso de beneficios que no tendrían al conservar su tamaño original.

### 3) *Problemas para las propias empresas*

- En caso de ser empresa subcontratada, depende totalmente del contratista quien suele fijar, unilateralmente, los costos de sus productos o los obliga a comprar materia prima a precios elevados.
- Excesiva dependencia de la persona del empresario ya que si este muere, estará en riesgo la permanencia de la empresa.
- Problemas financieros por las dificultades para obtener créditos para ampliar o renovar su capital de trabajo, aunado al escaso asesoramiento que tienen las pequeñas empresas en esta materia y que lleva a los empresarios a incurrir en errores al calcular el monto de los préstamos y decidir el destino de los recursos.
- Dificultades para adquirir materias primas a menos que se encuentren en los alrededores de la empresa.
- Problemas productivos por la escasa adaptabilidad a los avances tecnológicos. La falta de preparación hace difícil el manejo, conservación y renovación de la maquinaria, con la consiguiente disminución en la calidad de los productos.
- Muchas veces, los empresarios, que también son los artesanos, no conocen técnicas de mercadeo para comercializar sus productos.

Como se puede apreciar las desventajas no son sólo sobre el empleador, lo suelen ser para el trabajador y para el Estado, de ahí la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia o no de un régimen diferenciado, dentro del contexto mexicano, para las pequeñas y medianas empresas, a partir de las siguientes dos hipótesis:

- a. Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) deben gozar de un régimen laboral diferenciado al de las grandes empresas.
- b. Las PYMES no deben gozar de un régimen laboral diferente al de las grandes empresas.

La disyuntiva parece ya harto compleja. Sin embargo, la complejidad se incrementa si recordamos que al lado de las PYMES se encuentran las Microempresas (MPS) y el trabajo familiar, que podría ser englobado dentro de las MPS.

En tal sentido la hipótesis de estudio, implicaría hablar de seis derechos del trabajo diferentes o seis grados de aplicación del derecho del trabajo para las empresas, en función de su tamaño:

- Un derecho del trabajo para las empresas multinacionales;
- Un derecho del trabajo para las grandes empresas;
- Un derecho del trabajo para las medianas empresas;
- Un derecho del trabajo para las pequeñas empresas;
- Un derecho del trabajo para las microempresas; y
- Un derecho del trabajo para el trabajo familiar.

Obviamente se ha realizado una clasificación extensa, que sin embargo se justifica a fin de evidenciar la complejidad de “empresas” que pueden existir y convivir en un mismo espacio y tiempo.

¿Es esto posible, un derecho del trabajo diferenciado? La respuesta inmediata es sí. En realidad el derecho del trabajo mexicano ya acepta la aplicación diferenciada de sus normas. En principio se aplica de manera general para todos los trabajadores, pero admite ciertas excepciones en función del género, de trabajos especiales y, lo que nos interesa particularmente en este estudio, del trabajo familiar.

Como se aprecia, el derecho laboral mexicano cuenta con una aplicación diferenciada de sus normas. En materia de trabajo familiar, la legislación laboral ya hace algunas excepciones. La ley entiende como talleres

familiares, aquellos en los que exclusivamente trabajan los cónyuges, sus ascendientes, descendientes y pupilos. No se aplican a los talleres familiares las disposiciones de la LFT, con excepción de las normas relativas a higiene y seguridad. La inspección del trabajo se debe encargar del cumplimiento de las normas a que se refiere el artículo anterior (artículo 351-353 LFT).

Cabe señalar, que Mario Deveali promovió en la época de los años cincuenta una regulación diferencial para las PYES basándose en dos consideraciones:<sup>157</sup>

#### *A. El elemento cuantitativo*

En el derecho del trabajo existen ciertas normas cuyo objetivo, es regular las relaciones laborales para aquellos establecimientos que no cuenten con un número mínimo de trabajadores. También señala, que en las empresas donde existe un mayor número de trabajadores, el empleador pasa a tener un riesgo previsible, en cuanto al costo de producción y pago de indemnizaciones, que en caso de que éstos se generen, no producen desequilibrios financieros.

Justifica su postura en que el derecho del trabajo se caracteriza por su tendencia realista, que sacrifica la justicia perfecta a la necesidad de aplicar la norma laboral a todos los casos concretos aunque se aplique una justicia menos perfecta.

#### *B. El equilibrio interno*

Entiende Deveali, que el principio protector no debe afectar el equilibrio interno entre los diferentes intereses en juego por la existencia y funcionamiento de una empresa. Sin embargo, se afecta el equilibrio interno de una PYME cuando la regulación laboral, sólo es pensada y elaborada para la estructura y funcionamiento de las grandes empresas.

Ante la posibilidad de establecer una regulación particular para las PYMES y las MPS, se han señalado varias posibilidades:

<sup>157</sup> Deveal, Mario, "El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo", en Corte De Vigilias Taberna, *Reforma laboral en las PYMES*, Ley 24.467, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni.

- a) La exclusión total de los dependientes de las pequeñas empresas de la legislación laboral.
- b) La no aplicación de determinadas instituciones del derecho del trabajo.
- c) La aplicación modulada de las instituciones del derecho del trabajo. Por su puesto que es objeto de discusión la validez de un posible régimen particular para las PYMES y las MPS. Entre los argumentos que se pueden presentar se encuentran los siguientes:
  - a) Una regulación laboral para las PYMES y MPS puede implicar un trato desigual entre trabajadores según el tamaño de la empresa en que presten sus servicios.
  - b) Puede existir intereses contrapuestos. Se vulnera la protección al trabajo en aras de una protección de la pequeña empresa.
  - c) Los beneficios para la pequeña empresa, no deben implicar la pérdida o disminución del ejercicio de los derechos laborales.

Como se puede apreciar existen varios argumentos que pueden servir de base para discutir la pertinencia de una regulación laboral particular para la PYMES y la MPS, ya que una legislación laboral particular para las PYMES y las MPS es objeto de visiones polarizadas.

Los empleadores consideran pertinente la existencia de normas del trabajo, diferentes, en función del tamaño de la empresa. Al respecto se debe reconocer que los empleadores podrían incurrir en el abuso del derecho, ya que podrían mantener sus empresas artificialmente dentro de un régimen diferenciado, con el objetivo de contar con menos obligaciones. Al respecto la legislación, podría incentivar por medio de normas promocionales, el paso del estatus de MPS a PYMES, y éstas a su vez en grandes empresas.

Los sindicatos, por su parte, se oponen a todo intento de contar con dos legislaciones laborales diferentes, porque atenta contra la igualdad de derechos laborales. El argumento también resulta muy válido y atendible. Sin embargo, lo cierto es que en el caso de México, existe una cantidad muy importante de trabajadores, que se ubican dentro del sector informal, en donde la legislación laboral, sólo protege formalmente, pero está muy lejos de proteger realmente a los trabajadores.

El desafío es encontrar una legislación laboral que sea satisfactoria para todos los actores sociales, partiendo del principio de que no deben resultar vulnerados los derechos de los trabajadores, sin dejar de ignorar

las particularidades de las empresas mexicanas, en especial su tamaño y del posible abuso en el que podrían incurrir algunos empleadores, refugiándose en una legislación diferenciada. Sin embargo, la experiencia de la OIT, la existencia de una legislación internacional en la materia, así como una regulación particular en algunos países de América Latina, pueden ser fuente inspiradora.

**CAPÍTULO SÉPTIMO**  
**DERECHO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: COLOMBIA,**  
**MÉXICO Y PERÚ**

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. El estado del derecho social y el Estado social de derecho .                  | 119 |
| A. El idealismo jurídico social latinoamericano . . . . .                        | 121 |
| B. La falta de un Estado de derecho consolidado . . . . .                        | 123 |
| 2. Derecho del trabajo en América Latina: una integración a la inversa . . . . . | 125 |
| A. Un derecho del trabajo homogéneo en la región . . . . .                       | 125 |
| B. Un derecho del trabajo heterogéneo en la región . . . . .                     | 127 |
| C. La flexibilidad en las relaciones de trabajo de la región .                   | 129 |
| 3. La protección social en América Latina . . . . .                              | 131 |
| A. La influencia de Bismarck en los sistemas de seguridad social . . . . .       | 131 |
| B. Los servicios estatales. Asistencias . . . . .                                | 140 |
| a. El caso mexicano . . . . .                                                    | 140 |
| b. El caso colombiano . . . . .                                                  | 144 |
| c. El caso peruano . . . . .                                                     | 145 |
| C. Los fondos de pensiones . . . . .                                             | 146 |
| a. Chile . . . . .                                                               | 147 |
| b. Perú . . . . .                                                                | 149 |
| c. Colombia . . . . .                                                            | 149 |
| 4. Consideraciones preliminares . . . . .                                        | 151 |

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### DERECHO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ

El presente estudio pretende hacer un análisis de la actual situación por la que atraviesa el derecho del trabajo y el derecho social en América Latina, partiendo principalmente del estudio de cuatro países: Brasil, Colombia, Perú y México. En materia del derecho del trabajo se habla de la emergencia de nuevas formas de negociación colectiva, de la flexibilidad interna y externa de las relaciones de trabajo y del fenómeno de desregulación de las relaciones del trabajo. En materia de seguridad social, se hace un repaso de la actual hibridez de los sistemas de seguridad social, existencia al mismo tiempo de seguros sociales y de asistencia social, y en particular, de la emergencia de los fondos de pensión en la región. Transformaciones en materia de derecho social, que se enfrentan a fuertes problemas de eficacia y de efectividad.

El estudio del derecho social en América Latina requiere un conocimiento del origen jurídico de los países que integran dicha región, así como de la situación en que se encuentra el estado del derecho y el Estado de derecho (1). Por otro lado, en este estudio dedicaremos dos grandes apartados a lo que entendemos como los componentes del derecho social: el derecho del trabajo (2) y al derecho de la seguridad social (3). Disciplinas en donde nos dedicaremos a hacer un estudio de sus actuales características y tendencias. Para tener algunos elementos que nos permitan realizar una serie de consideraciones generales acerca del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social en América Latina (4).

#### 1. *El estado del derecho social y el Estado social de derecho*

La tradición jurídica continental constituye el pilar fundamental del derecho latinoamericano. En América Latina, el derecho se formó sobre

la base de la tradición jurídica occidental. Tradición que se funda en el derecho romano<sup>158</sup> y que se consolida en el siglo XII, bajo la tutela de las universidades latinas y germánicas. Universidades que elaboraron y desarrollaron, a partir del derecho romano, una ciencia jurídica común, en donde el derecho civil y la ley —como la fuente principal del derecho— están en el centro de la tradición jurídica occidental.<sup>159</sup>

Si bien es cierto, que los países de América Latina han preservado la tradición jurídica continental en materia de derecho privado, también han buscado inspirarse, en materia de derecho público, de la tradición jurídica angloamericana. Sus Constituciones, cualquiera que haya podido ser su originalidad han partido de los modelos propuestos por la Constitución confederal y luego federal, de los Estados Unidos de América. La única excepción a esta regla, hasta 1889, es Brasil. Sin embargo, este Estado continuó siendo una monarquía, tuvo una Constitución inspirada por el modelo inglés y no por cualquier otro Estado de Europa continental.<sup>160</sup>

De tal suerte, que el conjunto de países latinoamericanos comparten un derecho público y privado común. También cuentan con las mismas fuentes del derecho —en donde la ley es la fuente principal—, las mismas categorías jurídicas y una tradición de derecho escrito.

Asimismo, es importante remarcar que en el *corpus* de las Constituciones de los países latinoamericanos existe cierta tendencia “social”. Tendencia que inició con la Constitución mexicana de 1917, con el artículo 123 que desarrolla un catálogo de derechos sociales, particularmente en materia de derecho del trabajo y de seguridad social.

No obstante, el derecho latinoamericano comparte otra serie de características, en las que comúnmente no se repara, pero que resultan muy importantes, si es que se quiere tener una real comprensión del estado del derecho y del Estado de derecho de la región. En particular, nos referimos al idealismo, paternalismo, legalismo, formalismo y a la penetración

<sup>158</sup> Entendemos por derecho romano, el conjunto de instituciones jurídicas del pueblo romano creadas desde su fundación en el año 734 a. C., hasta la compilación de Justiniano en el siglo VI d. C.

<sup>159</sup> *Cfr.* David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1992, pp. 25-118.

<sup>160</sup> *Cfr.* David, René, “L’originalité des droits de Amérique Latine”, en David, René, *Le droit comparé, droits d’hier, droits de demain*, París, Economía, 1982, p. 166.

del derecho en la sociedad. Estas características, como veremos, nos permitirán entender mejor la actual situación del derecho social en la región.<sup>161</sup>

Se pueden agregar otros aspectos, tales como los de carácter cultural —la coexistencia de una pluralidad de culturas, el nacimiento de lo informal—, históricos —la circunstancia de encontrarse en la periferia del desarrollo mundial—, sociales —una estratificación muy marcada—, sociológicos, —una cultura de la corrupción—, económicos —crisis cíclicas— así como cuestiones de carácter político, —un permanente tránsito a la consolidación de instituciones democráticas—, que cohabitan en la región y que nos permiten entender mejor el sistema jurídico de los países latinoamericanos.

No obstante, la importancia de estos factores y su relación con el derecho, nos limitaremos a comentar los aspectos estrictamente de carácter jurídico, que tienen una relación directa con el derecho social, particularmente, se pueden resaltar dos aspectos: el idealismo jurídico (A) y la falta de penetración del derecho en la sociedad (B).

#### *A. El idealismo jurídico social latinoamericano*

Hacia 1931 la mayoría de los países de América Latina habían elaborado sus códigos o leyes del trabajo. El código o ley del trabajo típico de la época, ofrecía importantes ventajas al trabajador: la garantía de un salario mínimo, vacaciones pagadas, seguridad social, ayudas familiares, estabilidad en el empleo y una protección especial para los menores y las mujeres.

Un claro ejemplo que ilustra esta época, es la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948. La carta constituía una de las declaraciones de principios más completa en materia de derechos sociales de los trabajadores y en general en materia de justicia social. El capítulo de principios generales está compuesto de cinco artículos. Dicho capítulo es una síntesis muy completa de los principios universales del derecho del trabajo.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> Cfr. Karst, Kenneth L. y Roosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkely, Los Ángeles, Londres, University of California Press, Ltd. Londres, Estados Unidos, 1975, pp. 58-65.

<sup>162</sup> Artículo 2o. Los siguientes principios son considerados básicos en el derecho social de los países americanos: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad. c) Tanto el trabajo intelectual, como el técnico y el manual,

La mayoría de estos derechos, en realidad, fueron “otorgados” por el legislador. Raramente eran una consecuencia del poder negociador de los trabajadores y de las presiones sociales de los sindicatos. Por consecuencia, la mayoría de estos derechos sólo eran un cúmulo de buenos deseos, que si bien formaban parte del derecho positivo, no eran parte del derecho vigente. En esta situación se puede afirmar que aun es, más marcada en las zonas rurales.<sup>163</sup> Por otro lado, debe recordarse que en América Latina, la Revolución Industrial llegó muy tarde, particularmente en el caso de México, este país se industrializó hasta finales del siglo XIX. El país a principios del siglo XX, era aun más rural (campesino) que industrial (obrero).

Por otro lado, el idealismo jurídico no sólo se encuentra en el derecho social de la región. Éste también se presenta en el derecho privado. Por ejemplo, en la exposición de motivos del Código Civil mexicano aprobado el 30 de agosto de 1928 y en vigencia el 7 de octubre de 1932, el legislador hizo una serie de señalamientos muy importantes que los llevaron a transformar el viejo Código Civil denominado por criterios individualistas, en un Código Civil con cierto contenido social. En la exposición de motivos del Código Civil hay una serie de consideraciones sobre la profunda transformación social producto del desarrollo económico, de la importancia que ha tomado el movimiento sindical, de la dimensión creciente de los centros urbanos, así como la consideración del derecho como un fenómeno social. De tal suerte, el legislador consideró, que era necesario un nuevo código privado con contenido social, en donde se

deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades de su aplicación. d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador. e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros. Artículo 3o.: Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo. Artículo 4o.: Todo trabajador tiene derecho a recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes y conocimientos, obtener de su trabajo mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al desarrollo de la producción. Artículo 5o.: Los trabajadores tienen el derecho de participar en la equitativa distribución del bienestar nacional, obteniendo a precios razonables los objetos alimenticios, vestidos y habitaciones indispensables. *Cfr.* Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1954, t. I, pp. 388 y 910.

<sup>163</sup> *Cfr.* Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *op. cit.*, nota 161, p. 57.

abrogara todo aquello que favoreciera exclusivamente el interés particular en perjuicio de la colectividad.<sup>164</sup>

Los códigos y leyes del trabajo, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y el Código Civil mexicano son el producto de una construcción jurídica original. En particular, el Código Civil que en principio regula los actos y hechos jurídicos de los privados, es objeto de una interpretación social. Pero son también un ejemplo del idealismo, que ha caracterizado al derecho de la región. Idealismo que en muchas ocasiones se aleja demasiado de lo posible, es decir, de la realidad que pretende regular.

### B. *La falta de un Estado de derecho consolidado*

A primera vista, el derecho en América Latina podría calificarse como un derecho moderno. Cuenta con una serie muy completa de instituciones bien desarrolladas; existen tribunales especializados para la resolución de litigios y la aplicación del derecho, cumple con los requisitos de ser general, abstracta, impersonal y universal. Se cuenta también, con una producción doctrinal especializada y muy importante. En fin, no sólo se habla en términos de derecho privado y de derecho social, si no que también, se habla en términos de derecho social.

Sin embargo, el discurso jurídico ha fracasado en su intención de penetrar en la sociedad. Excepción hecha de la élite en el poder y de la clase media —poco representativa cuantitativamente— la mayoría de la población no ha hecho suyo el derecho estatal o formal.<sup>165</sup> De tal suerte, en algunos países, como Brasil, se trata de entender una paradoja: por un lado, la creencia exagerada en el poderío de los procesos jurídicos, formalmente impecables —legalismo— y por otro lado, el abuso y la desobediencia de las leyes.<sup>166</sup> No por nada lo “informal” cada vez ocupa un lugar más preponderante en el conjunto de las sociedades latinoamericanas.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> Cfr. *La exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, 52a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 682. Para un estudio más profundo del tema se recomienda ver los estudios realizados por la doctora González, María del Refugio, *El derecho civil en México, 1821-1871 (apuntes para su estudio)*, UNAM, 1998.

<sup>165</sup> Cfr. Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *op. cit.*, nota 161, p. 65.

<sup>166</sup> Cfr. Figueiredo, Luís Cláudio, “A lei é dura, mais... (para uma clínica do “legalismo” e da transgressão)”, *Sociedade é Estado*, São Paulo, vol. XI, núm. 1, 1996, pp. 57-74.

<sup>167</sup> Cfr. Tokman, Víctor E. (comp.), *El sector informal en América Latina. Dos décadas de análisis*, México, CNCyA, 1995, p. 639.

La falta de penetración del discurso jurídico en las sociedades latinoamericanas se puede entender, si se piensa que una parte importante de ésta, todavía habita en zonas muy alejadas de los centros urbanos. Si se piensa que el poder aun está concentrado entre las manos de dirigentes locales —caciques—. En esas zonas, el conocimiento del derecho de la metrópolis es bastante vago.

Más aun, podría pensarse que la ignorancia de la ley, corresponde sólo a las zonas rurales. Desafortunadamente, esta situación también se presenta entre la población instalada en las áreas periféricas de las ciudades, es decir, en los barrios o favelas, según las denominaciones de cada país. Espacios urbanos que en muchos casos tienen orígenes rurales y logran desarrollar patrones culturales diferentes a los de la metrópolis.<sup>168</sup>

Mientras que en Europa, los modelos teóricos y legislativos son el resultado de un concepto directo y creador entre la experiencia y el pensamiento político y legislativo, de donde resultaron instituciones y técnicas particulares. En América Latina, la creación legislativa ha tenido en la mayoría de los casos como mediador, un pensamiento extraño a las realidades de la región.

No se puede negar que en la región existen una serie de figuras jurídicas en materia de derecho social, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917. De tal suerte, que el derecho constitucional del trabajo en América Latina conoció un desarrollo significativo, que se ha manifestado en códigos o leyes de trabajo dignas de admiración. Sin embargo, dichas Constituciones jurídicas en muchas ocasiones son inaplicables o no responden

<sup>168</sup> Golte, Jünger y Adams, Norma, *Los caballos de troya de los invasores. Estrategias campesinas en la conquista de la gran Lima*, Perú, Instituto de Estudios Peruanos, 1990, pp. 38-42; Asamblea de Barrios de la Ciudad de México, ¡*Ya nada nos detiene! Comisión de formación*, seis fascículos s/p.; Gohn, Maria de Gloria, *Movimentos sociais e luta pela morada*, São Paulo, Loyola, 1991, p. 190; Holston, James, "Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação núm. Brasil", *Revista Brasileira de Ciencias Sociais*, São Paulo, vol. 8, núm. 21, 1993, pp. 69-89; Azuela de la Cueva, Antonio, "Los asentamientos populares y el orden jurídico en la urbanización periférica de América Latina", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 55, núm. 03, 1993, pp. 133-168; Roussel, Monique, "Favelas et pouvoir municipale à São Paulo de la répression à la tolerance", *Revue Tiers Monde*, vol. 88, núm. 116, pp. 1067-1081; Riaño, Yvonne y Wesche, Rolf, "Changing Informal Settlements in Latin American Cities", en Ritter, Archibald R. M., Cameron, Maxwell A. y Pollock, David H., *Latin America to the Year 2000. Reactivating Growth, Improving Equity, Sustaining Democracy*, Praga, Nueva York, Westport (Connecticut), Londres, 1992, pp. 113-121.

al proceso de evolución histórica, económica y política de la región. Se sigue padeciendo el problema del cumplimiento de derechos, códigos o leyes.

Es muy importante conocer las características del estado del derecho en América Latina, sólo con dicho conocimiento podemos entender la situación actual por la que atraviesa el derecho social de la región, es decir, el derecho del trabajo (2) y de la protección social (3).

## *2. Derecho del trabajo en América Latina: una integración a la inversa*

En un primer momento, en América Latina, se había pensado en una posible armonización del derecho del trabajo o al menos de una orientación en dicho sentido (A). Sin embargo, la situación actual nos muestra que cada país ha seguido caminos diferentes que están muy lejos de una deseada armonización. Parece ser que la heterogeneidad es la característica principal del derecho individual del trabajo y del derecho colectivo (B). Aunque los aires de flexibilización de la legislación social están presentes en todos los países de la región (C).

### *A. Un derecho del trabajo homogéneo en la región*

El derecho del trabajo latinoamericano ha tenido una evolución considerable durante los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. Esta evolución ha estado marcada por la constante preocupación de establecer una cierta autonomía del derecho del trabajo frente al derecho común o civil.<sup>169</sup> En un primer momento, el derecho del trabajo presentaba ciertas constantes. Las divergencias que se podían constatar eran ante todo de tipo cuantitativo y no de tipo cualitativo. Además, para algunos autores la existencia de una serie de factores internos y externos permitía dilucidar una tendencia a la armonización del derecho del trabajo. Armonización que se pensaba como un paso preliminar en vista de una más grande y amplia integración de la región. Entre los factores de carácter interno y externo que se mencionaban, se encontraban:<sup>170</sup>

<sup>169</sup> Cfr. Barbageleta, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Université de Louvain, 1980, p. 58.

<sup>170</sup> Cfr. Córdova, Efrén, "Les possibilités d'harmonisation de la législation du travail en Amérique Latine", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. vol. 112, 1975,

- a) Una tendencia precoz a codiciar el derecho del trabajo en la mayoría de los países de la región.
- b) El crecimiento del derecho del trabajo en una época en donde el desarrollo económico de estos países era similar.
- c) La adopción de las primeras disposiciones del derecho del trabajo no había sido el resultado de negociaciones y de transacciones entre trabajadores y empleadores. Las leyes del trabajo eran una concesión del Estado. Esto explica la demanda de los trabajadores de que la ley fuera aplicada y no tanto la adopción de nuevas disposiciones.
- d) Una tradición romanista se manifestaba por la búsqueda de soluciones a través de la adopción de textos legales.
- e) La influencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de su actividad normativa así como los contactos directos entre la OIT y los países latinoamericanos.
- f) Las reuniones regionales (a nivel gubernamental o científico) que permitían el reconocimiento de diversas experiencias frente a problemas similares.
- g) Las influencias recíprocas de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina de los diversos países.

Este conjunto de características permitía afirmar que América Latina era una de las raras regiones del mundo en donde las analogías y afinidades de los conceptos de las legislaciones nacionales eran tales que se podía hablar de un sistema general, o al menos de una comunidad de principios y de tendencias.<sup>171</sup>

En fin, el intervencionismo estatal era una de las características de región. Este intervencionismo se manifestaba a través de la adopción de códigos y leyes del trabajo. México, es el ejemplo clásico del movimiento de codificación y de intervención del Estado en las relaciones individuales y colectivas del trabajo.<sup>172</sup>

pp. 325-342; Rendón Vásquez, Jorge, "Le droit du travail en Amérique Latine", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 43, núm. 1991, pp. 441-463.

<sup>171</sup> Cfr. Córdova, Efrén, "Les possibilités d'harmonisation de la législation du travail en Amérique Latine", p. 340.

<sup>172</sup> Cfr. Bronstein, Arturo S., "L'évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique Latine: bilan et perspectives", *Revue Internationale du Travail*, vol. 134, núm. 1995, pp. 179-203.

Sin embargo, esa tendencia hacia la armonización de las legislaciones pronto se desvaneció. Ahora el derecho del trabajo de la región afronta otros desafíos y otras realidades. No se puede hablar de la existencia de un modelo que caracterice las relaciones del trabajo de la región (B). Excepción hecha de la tendencia hacia la flexibilidad de las relaciones laborales y del proceso de desregulación del derecho del trabajo (C).

### *B. Un derecho del trabajo heterogéneo en la región*

El fin del intervencionismo económico en América Latina y el proceso de mundialización han producido un cambio drástico en el modelo de relaciones profesionales de la región. Dicho modelo ha pasado de un aparente proceso de homogeneidad, vía la armonización de la legislación del trabajo, a un proceso de heterogeneidad.

Actualmente, parece que cada país tiene su propio sistema de relaciones profesionales. Por ejemplo, en materia de negociación colectiva existen concepciones diferentes, de tal suerte que en Chile había una voluntad de negar la negociación colectiva que comprendiera más de una empresa. El objetivo era evitar el desarrollo del sindicalismo a nivel nacional. Pero ahora el Estado pretende fomentar la negociación colectiva a nivel de cada actividad económica y a nivel nacional. Aunque hay que señalar, que todavía existen desacuerdos entre los actores sociales, sobre todo de la parte de los empleadores, para fomentar la negociación colectiva más allá de la empresa.

Por su parte, Brasil se encuentra en una situación diferente y actualmente, existe una tendencia a la formación de unidades de producción más pequeñas. En tal sentido, se pretende fomentar la negociación colectiva en el ámbito de la empresa.

En el caso de México, la negociación colectiva es fuertemente cuestionada, pues se suele hablar de contratos de protección. Esto quiere decir que no existe libertad para negociar las relaciones colectivas de trabajo y en tal sentido un contrato colectivo de trabajo. En algunas empresas, existen sindicatos blancos que “ofrecen” a las empresas contratos colectivos que favorecen solamente a los empleadores, en detrimento de los derechos de los trabajadores. Por otro lado, las grandes negociaciones, contratos-ley, que pretendían expandirse a todas las ramas industriales, no sólo

han aumentado, sino más bien han disminuido. Actualmente, son contados, es decir muy pocos, los contratos-ley que aun existen en México.<sup>173</sup>

De manera general, se puede decir que en América Latina la constante es el paso de una descentralización a una centralización de la negociación colectiva y de una descentralización de la negociación colectiva a una centralización de la misma. En otras palabras, ahí donde había centralización de la negociación colectiva se va a la descentralización de la misma.<sup>174</sup>

La negociación colectiva dentro de la empresa ganó terreno, particularmente, en México y en Brasil. En lo que concierne a la libertad sindical, ésta también ganó terreno en Brasil. No obstante, la tradición según la cual el Estado juega un papel determinante en la definición de las condiciones de trabajo aun está muy enraizada en la región.<sup>175</sup>

En materia de relaciones individuales, las reformas de la legislación del trabajo de la región han tenido tres direcciones diferentes. Algunas han tenido como objeto mejorar la estabilidad en el empleo, tal y como ha ocurrido en Brasil y Chile.<sup>176</sup> Este último, como una respuesta a una legislación que durante la dictadura de Pinochet, prácticamente desapareció el derecho del trabajo, por no decir que lo desapareció.

<sup>173</sup> Por ejemplo, el contrato-ley de la Industria Textil del Ramo de Géneros de Punto, que involucra a 105 centros de producción textil de diferentes estados de la República.

<sup>174</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, "La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas", *Nueva Sociedad*, núm. 1993, pp. 29-37; Ermida Uriarte, Oscar, (coord.), *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 396 (en particular ver los trabajos de: Buen Unna, Carlos de, "Intervención y autonomía en las relaciones de trabajo en México", pp. 18-212; Villavicencio Ríos, Alfredo, "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú", pp. 213-273; Ermida Uriarte, Óscar, "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas", pp. 379-390; Teixeira Filho, João de Lima, "Intervenção e autonomia nas relações colectivas de trabalho no Brasil", pp. 63-100); Paula Leite, Marcia de, "Organización del trabajo y relaciones industriales en el Brasil", *Nueva Sociedad*, núm. pp. 94-103; Mattosso, Jorge y Pochmann, Marcio, "Brésil: restructuration ou destruction productive?", *Revue Tiers Monde*, núm., 1998, pp. 353-379.

<sup>175</sup> Cfr. OIT, *Relations professionnelles, démocratie et cohésion social*, OIT, 1997-98, OIT, Ginebra (ver el capítulo sobre las relaciones profesionales, perspectivas regionales); Smith E., Russell, "El sistema de relaciones industriales brasileño: características y evolución en el tiempo, 1943-1990", *Revista Paraguaya de Sociología*, año 29, núm. 83, 1992, pp. 71-88.

<sup>176</sup> Cfr. Marshall, Adriana, "Protección del empleo en América Latina: las reformas de los años 1990 y sus efectos en el mercado de trabajo", *Estudios de Trabajo*, Buenos Aires, núm. 11, 1996, pp. 3-29.

Otras reformas han tenido como objeto incrementar la flexibilidad de las relaciones de trabajo, tal y como ha sido el caso en Perú y Argentina. Por otro lado, ciertas reformas a la legislación laboral han combinado, en proporciones que varían, dos preocupaciones: una reglamentación adecuada de las relaciones de trabajo y una flexibilidad, también adecuada, de las relaciones de trabajo, tal y como ha sido el caso en Colombia.<sup>177</sup>

México se ha mantenido fiel a su antigua legislación laboral. Según la cual se establece en un sistema de garantías que aseguran una protección generosa al trabajador. Aunque en la práctica, el respeto a dichos postulados protectores deja mucho que desear.

Por otro lado, en México, no obstante la resistencia de los sindicatos mexicanos a la reforma de las normas del trabajo, se ha emprendido un programa de ajuste económico que ha traído consigo una caída brutal de los salarios reales, sin necesidad de revisar la legislación. Asimismo, se han establecido mecanismos de concertación entre los empleados, los empleadores y el Estado.<sup>178</sup>

### C. La flexibilidad en las relaciones de trabajo de la región

La flexibilidad de las relaciones del trabajo se inscribe dentro de una crisis del derecho del trabajo. Crisis que ha implicado la recomposición de la mano de obra, la desintegración de los puestos de trabajo, la transformación de los trabajadores asalariados en trabajadores independientes, el fin del pleno empleo —ahí donde existió—, la inversión de las políticas de negociación colectiva —ahora es el sindicato el que concede derechos al empleador—, la globalización de la producción, la precarización de las condiciones de empleo y entre otros aspectos, la emergencia de un sector no estructurado o informal.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> *Ibidem* y Córdova, Efrén, “La experiencia latinoamericana de codificación en su entorno histórico y problemática actual”, *Revista Andí*, núm. 126, 1994, p. 71; Bronstein, Arturo, “La réforme de la législation du travail en Amérique Latine: régime de garanties et exigence de flexibilité”, *Revue Internationale du Travail*, vol. 135, núm. 1, 1997, pp. 5-27; Alemán Páez, Francisco, “Derecho del trabajo y relaciones laborales en Colombia. Una versión comparada”, *Universitas*, Bogotá, núm. 88, 1995-12, pp. 273-305; Ramírez Zuluaga, Bernardo, “La Constitución de 1991 y los derechos laborales y sindicales”, *Estudios de derecho*, Medellín, 1991, pp. 129-139.

<sup>178</sup> Cfr. Plant, Roger, *Normes du travail et ajustement structurel*, Ginebra, OIT, 1995, p. 75.

<sup>179</sup> Cfr. Lyon-Caen, Gérard, “La crise du droit du travail” en *In memoriam sir Otto Kahn-Freund*, Munich, C. H. Beck, 1980, p. 517; Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du tra-*

Estos factores han originado dos tipos de flexibilidad, una de carácter interno y otra de carácter externo. La flexibilidad interna trata de desarrollar las calificaciones y aptitudes polivalentes o polifuncionales de los trabajadores dentro de una unidad de producción e implica también la organización del tiempo de trabajo. Respecto a la flexibilidad externa, esta se refiere al poder del empleador de ajustar rápidamente la mano de obra necesaria para la producción. La práctica más común es la rotación, muy utilizada cuando los volúmenes de producción fluctúan enormemente. La flexibilidad externa en ocasiones se manifiesta con despidos temporales o definitivos, dependiendo de las necesidades de producción. También es posible el incremento de los puestos de trabajo, ya sea contratos a tiempo determinado, indeterminado, a tiempo parcial o el uso de la subcontratación.<sup>180</sup>

La flexibilidad externa, en cuanto implica despidos, puede resultar negativa para los empleados. Sin embargo, también permite una mejor incorporación de algunos sectores de la sociedad al mercado de trabajo: las mujeres y los jóvenes. Para ellos el desarrollo de contratos a tiempo parcial o de formación para el trabajo pueden ser positivos.

Desde nuestro punto de vista, la flexibilidad debe permitir conciliar la protección de los trabajadores y un manejo flexible de las necesidades de producción. El detrimento de uno de estos dos objetivos implica el detrimento de la sociedad en su conjunto. La flexibilidad si bien puede ser una solución a corto plazo, no necesariamente puede serlo a largo plazo.

De nada sirve flexibilizar el derecho del trabajo, si sus efectos sobre la productividad van a ser insignificantes. Por lo demás, una mirada crítica a las legislaciones de América Latina que han flexibilizado su derecho del trabajo, en busca de la productividad y de la creación de fuentes de empleo, deja mucho que desear.<sup>181</sup>

En América Latina de nada le servirá modificar el derecho del trabajo, estableciendo relaciones laborales precarias (contratos precarios, inestabilidad laboral) que produzcan un incremento mediocre de la productividad y un escaso crecimiento del empleo, si a futuro se va tener que pagar

vail. *Une technique réversible*, París, Dalloz, p. 99; Smitis, Spiros, "Le droit du travail a-t-il encore un avenir?", *Droit Social*, París, núm 7-8, julio/agosto, 1997, pp. 655-668.

<sup>180</sup> Cfr. Atkinson, J., *Flexibility, Uncertainty and Manpower*, Brighton, Sussex University, Institut of Manpower Studies, 1985, Informe núm. 89, Comisión Europea, Livre Blanc, 1994 (Parte A7) y Christopherson, S., *Peak Time, Slack Time: The Origins of Contingent Labor Demand*, Ginebra, Work Paper, Biblioteca de la OIT, 1986.

<sup>181</sup> Cfr. Marshall, Adriana, *op. cit.*, nota 176, pp. 3-29.

una muy alta factura y fractura social (seguridad social para los trabajadores precarios de hoy). Un trabajo precario, no puede más que generar una protección social futura también precaria... en el mejor de los casos.

En materia de seguridad social, se puede constatar la instauración de nuevas figuras, particularmente, los fondos de pensión creados en Chile y exportados a Perú, Colombia, Bolivia y México. Este mecanismo de protección social constituye un verdadero esfuerzo para encontrar un sistema original de protección social, que pueda ser al mismo tiempo un elemento de desarrollo económico. Sin embargo, la eficacia a largo plazo de dicho mecanismo aun debe ser demostrada.<sup>182</sup>

### 3. *La protección social en América Latina*

Actualmente en América Latina, los mecanismos de protección social presentan una hibridez considerable. Se mantiene cierta influencia del modelo bismarckiano de seguros sociales (A), la asistencia social sigue jugando un papel muy importante para los estratos sociales más vulnerables (B) y al mismo tiempo en materia de pensiones, se ha instaurado un régimen privado, que en muchas ocasiones rompe con el principio de solidaridad, que según algunos debe caracterizar a la seguridad social (C).

#### *A. La influencia de Bismarck en los sistemas de seguridad social*

Según el modelo bismarckiano, la seguridad social es un sistema de garantía para los trabajadores que surge de la actividad asalariada de aquellos. Los seguros sociales, toman prestado sus aspectos jurídicos de los seguros privados. Mediando una cotización, los trabajadores buscan asegurarse contra toda interrupción de la actividad profesional o para recibir una pensión al final de su vida laboral.<sup>183</sup>

Bajo este supuesto, las prestaciones de seguridad social aparecen como una variedad del salario, que en lugar de ser dado directamente al traba-

<sup>182</sup> Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, *Changing Social Security in Latin America. Toward Alleviating the Social Cost of Economic Reform*, Lynne Rienner Publishers, Boulder & London, 1994, pp. 115-148; OIT, *Le travail dans le monde 1993*, Ginebra, BIT, p. 72.

<sup>183</sup> Cfr. Dupeyroux, Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, París, Dalloz, 1993, pp. 33-36.

jador asalariado, es retenida por el empleador y destinada al organismo correspondiente de la seguridad social, para que este le restituya el salario al trabajador, en caso de que sobrevenga un riesgo o accidente de trabajo. Un estudio general de la experiencia latinoamericana nos muestra que la mayoría de los sistemas de seguridad social de la región son de inspiración bismarckiana (cuadro 1).

CUADRO 1. REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

|          | Regímenes de seguridad social          |                                                            |                           |           |                            |
|----------|----------------------------------------|------------------------------------------------------------|---------------------------|-----------|----------------------------|
|          | Vejez,<br>invalidez,<br>sobrevivientes | Accidentes<br>de trabajo,<br>enfermedades<br>profesionales | Enfermedad,<br>maternidad | Desempleo | Prestaciones<br>familiares |
| Brasil   | S                                      | S                                                          | S                         | S         | S                          |
| Colombia | S                                      | S                                                          | S                         | N         | N                          |
| México   | S                                      | S                                                          | S                         | N         | N                          |
| Perú     | S                                      | S                                                          | S                         | N         | N                          |

S= Si N=No

CUADRO 1a. COTIZACIONES PARA EL CONJUNTO DE LAS RAMAS

|          | Cotizaciones para el conjunto de las ramas (% del ingreso) |            |            |
|----------|------------------------------------------------------------|------------|------------|
|          | Trabajadores                                               | Empleador  | Total      |
| Brasil   | Hasta 10,0                                                 | Hasta 10,0 | Hasta 33,3 |
| Colombia | Hasta 7,2                                                  | Hasta 26,1 | Hasta 33,2 |
| México   | Hasta 5,2                                                  | Hasta 24,6 | Hasta 29,8 |
| Perú     | Hasta 6,0                                                  | Hasta 24,2 | Hasta 24,2 |

FUENTES: US Social Security Administration, Office of Research and Statistics, *Social Security Programs Throughout the World 1995*, BIT, *Maternity and Work, Conditions of Work Digest*, vol. 13, Genève, 1994, p. 190. Estadísticas obtenidas de: OIT, *L'emploi dans le monde, 1996/1997*, 1996, Ginebra, p. 214.

Por otro lado, la cobertura legal comprende las prestaciones de vejez, invalidez y de muerte. En la región, sólo Brasil cuenta con un seguro de desempleo (cuadro 2).

CUADRO 2. COBERTURA LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE VEJEZ, INVALIDEZ Y MUERTE (PENSIONES) POR LA SEGURIDAD SOCIAL DE AMÉRICA LATINA 1985.

| Países   | Trabajadores asalariados |           | Trabajadores por cuenta propia | Servicio doméstico | Otros |
|----------|--------------------------|-----------|--------------------------------|--------------------|-------|
|          | Todos                    | Una parte |                                |                    |       |
| Brasil   |                          | X         | X(a)                           | X                  |       |
| Colombia |                          | X         | X(b)                           | X(b)               |       |
| México   |                          | X         | X(b)                           | X(b)               | X(c)  |
| Perú     | X                        |           | X(b)                           | X                  |       |

FUENTE: MESA-LAGO, Carmelo. *La seguridad social y el sector informal*, PREALC/OIT, Chile, 1990, p. 17.

- a. Solamente la población urbana.
- b. Cobertura voluntaria. En México la cobertura es gradual.
- c. Existe una afiliación voluntaria abierta a toda la población.

Aunque en general se puede afirmar que la cobertura legal comprende a la totalidad de los trabajadores asalariados, se pueden presentar una gran cantidad de excepciones. Es sabido que en América Latina, la afiliación obligatoria está limitada a los trabajadores de las empresas que pueden soportar la carga de las cotizaciones sociales. En lo que concierne a los trabajadores independientes, dicha cobertura es voluntaria. De tal suerte, que la cobertura de los trabajadores independientes ha sido prácticamente inexistente.

Los esfuerzos para asegurar una protección social a los trabajadores independientes han sido realizados por medio de dos modalidades. Por un lado, la reorganización del sistema, que en varios casos se han establecido diferencias entre aquellos que pagan una cotización (asalariados) y aquellos que no pagan (indigentes). Estas diferencias se manifiestan en la calidad de la atención médica recibida (mayor para los primeros) y en el monto de las prestaciones (prestaciones monetarias exclusivas para los que cotizan).

Dichas deficiencias de cobertura han tratado de ser subsanadas por medio de la creación de un sistema de asistencia social, en particular para los trabajadores que se encuentran en el llamado sector informal. Categoría en donde suelen confluír asalariados, trabajadores independientes y pequeños empleadores (*infra*).<sup>184</sup> De tal suerte que en América Latina, la cobertura legal no abarca a la totalidad de trabajadores asalariados. Dicha cobertura es sólo de carácter voluntaria para los trabajadores independientes (cuadro 3).

CUADRO 3. COBERTURA LEGAL DE PRESTACIONES DE SALUD POR LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA 1985.

| Países   | Todos los residentes | Trabajadores asalariados |              | Trabajadores por cuenta propia | Servicio doméstico |
|----------|----------------------|--------------------------|--------------|--------------------------------|--------------------|
|          |                      | Todos(a)                 | Una parte(b) |                                |                    |
| Brasil   |                      |                          | X            | X(c)                           | X                  |
| Colombia |                      |                          | X            | X(c)                           | X(c)               |
| México   |                      |                          | X            | X(c)                           | X(c)               |
| Perú     |                      | X                        |              |                                | X                  |

FUENTE: MESA-LAGO, Carmelo. La seguridad social y el sector informal, PREALC/OIT, Chile, 1990, p. 15.

a. La mayoría de los países excluyen a los trabajadores familiares no remunerados.

b. Se trata normalmente de trabajadores permanentes de la industria, el comercio, transportes, minas, agricultura, servicio doméstico, trabajadores temporales, trabajadores a domicilio y de los trabajadores familiares no remunerados.

c. Cobertura voluntaria.

El modelo de seguridad social mexicano se basa principalmente en el sistema concebido por Bismarck, en la medida en se funda en un relación sinalagmática: a cambio de una contribución versada por el asegurado, este recibe una gama determinada de seguros. Además, el empleador (en su caso el Estado) debe también debe aportar una contribución. Dicho modelo queda de manifiesto a través de la existencia de tres institucio-

<sup>184</sup> Cfr. López-Castaño, Hugo, *Trabajadores urbanos independientes, ciclo de vida laboral y seguridad social en Colombia*, Instituto de Seguros Sociales, Universidad de Antioquia, 1990, p. 31.

nes: el Instituto Mexicano de la Seguridad Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Instituto Mexicano de la Seguridad Social. En 1932 inicia los primeros esfuerzos para expedir una ley del seguro social, pero es hasta el 19 de enero de 1943 que se publica en el *Diario Oficial* la Ley del Seguro Social, la cual fue objeto de múltiples reformas en 1973. Ordenamiento legislativo que finalmente fue derogado por la Ley del Seguro Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995, en vigor en toda la República a partir del día 1o. de julio de 1997 (según el “Decreto por el que se reforma el párrafo 1o. del artículo 1o. transitorio de la Ley del Seguro Social publicado el 21 de diciembre de 1995”, decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 21 de diciembre de 1996).

La ley señala que el Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional. La organización y administración del Seguro Social están a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social, organismo público descentralizado con personalidad jurídica, patrimonio propio y con cierta autonomía fiscal.

El Seguro Social comprende un régimen obligatorio y un régimen voluntario. El régimen obligatorio comprende los seguros de: riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad; invalidez y vida; retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y guarderías y prestaciones sociales. Los sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio son: los trabajadores sujetos a una relación de subordinación de manera permanente o eventual; los miembros de sociedades cooperativas de producción y las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo.

Las personas que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio son: los trabajadores en industrias familiares y los independientes; los trabajadores domésticos; los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio y los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social.

Los recursos para cubrir las prestaciones en dinero, las prestaciones en especie y los gastos administrativos del seguro de enfermedades y maternidad, se obtienen de las cuotas que están obligados a cubrir los patrones y los trabajadores, o demás sujetos (por ejemplo los afiliados al régimen

voluntario) y de la contribución que le corresponde al Estado. Los recursos necesarios para financiar las prestaciones y los gastos administrativos del seguro de invalidez y vida, obtienen de las cuotas que están obligados a cubrir los patrones, los trabajadores y demás sujetos obligados, así como por la contribución que le corresponde al Estado. En el caso del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, los patrones y el Gobierno Federal están obligados a entregar al Instituto Mexicano del Seguro Social el importe de las cuotas obrero-patronales y la aportación estatal. Dichas cuotas se reciben y se depositan en las respectivas subcuentas de la cuenta individual de cada trabajador, en los términos previstos en la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Por otra parte, de la Ley del Seguro Social destaca la creación de un “seguro de salud para la Familia”. La ley señala que todas las familias de México tienen derecho a un seguro de salud para sus miembros, por lo que pueden celebrar con el Instituto Mexicano del Seguro Social un convenio para el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad. El Instituto Mexicano del Seguro Social también puede celebrar este tipo de convenios con los trabajadores mexicanos que se encuentren trabajando en el extranjero, a fin de proteger a sus familias residentes en territorio nacional y a ellos mismos cuando se ubiquen en éste.

En diciembre de 2004 el número de asegurados se incrementó en 318,634 equivalente a un 2.6% en relación con la cifra de diciembre de 2003. Los datos reflejan que en quince meses hubo 374,910 nuevos empleos formales; incremento generalizado en casi todas las entidades federativas con excepción de Oaxaca y Nayarit. El incremento se dio principalmente en empresas con un rango de 101 a 500 trabajadores y de 501 y más, mientras que se redujo en las más pequeñas, las que cuentan entre 1 y 10 trabajadores.<sup>185</sup>

#### Permanentes y Eventuales a julio de 2005

Total: 12, 896, 725

Permanentes: 10, 944, 682

Eventuales: 1, 952, 043

Número de trabajadores asegurados en el IMSS, permanentes y Eventuales urbanos a agosto de 2005

<sup>185</sup> Banxico, Informe cit. p. 34.

Total: 12, 901, 223

Permanentes: 10, 957, 242

Eventuales: 1, 943, 981

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. En 1925 se expidió la primer Ley General de Pensiones Civiles, seguida de la de 1946 y la de 1947. Posteriormente debido a la reforma de 1959 del artículo 123 constitucional que establece una regulación distinta para los trabajadores del gobierno federal, el 20 de noviembre de 1959 se promulga la primera Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en vigor hasta enero de 1984, fecha en que entra en vigor la nueva Ley. En tal sentido, la administración de los seguros, prestaciones, así como la del fondo de la vivienda de los trabajadores al servicio del Estado, están a cargo del organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. La Ley del Instituto se aplica a: los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la administración pública federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen a su régimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros; a las dependencias y entidades de la administración pública federal y de los Poderes de la Unión a que se refiere esta ley; a las dependencias y entidades de la administración pública en los estados y municipios y a sus trabajadores en los términos de los convenios que el Instituto celebre de acuerdo con esta ley, y las disposiciones de las demás legislaturas locales; a los diputados y senadores que durante su mandato constitucional se incorporen individual y voluntariamente al régimen de esta ley; y a las agrupaciones o entidades que en virtud del acuerdo de la junta directiva del Instituto se incorporen al régimen de esta ley. La cobertura social de la ley del Instituto comprende: un régimen obligatorio y un régimen voluntario.

Los seguros, prestaciones y servicios con carácter obligatorio son: Medicina preventiva; seguro de enfermedades y maternidad; servicios de rehabilitación física y mental; seguro de riesgos del trabajo; seguro de retiro por edad y tiempo de servicios; seguro de retiro por edad y tiempo de servicios; seguro de invalidez; seguro por causa de muerte; seguro de cesantía en edad avanzada; indemnización global; servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil; servicios integrales de retiro a jubilados y

pensionados; arrendamiento o venta de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto; préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos y/o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas; así como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos; préstamos a mediano plazo; préstamos a corto plazo; servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor público y familiares derechohabientes; servicios turísticos; promociones culturales, de preparación técnica, fomento deportivo y recreación, servicios funerarios, y el sistema de ahorro para el retiro.

Todo trabajador incorporado al régimen obligatorio debe cubrir al Instituto una cuota fija del 8% del sueldo básico de cotización que disfrute. Las dependencias y entidades públicas sujetas al régimen de esta ley debe cubrir al Instituto, una aportación equivalente al 17.75% del sueldo básico de cotización de los trabajadores.

Las dependencias y entidades están obligadas a enterar al Instituto, el importe de las aportaciones correspondientes al sistema de ahorro para el retiro, mediante la constitución de depósitos en favor de cada trabajador. Dichas aportaciones son por el importe equivalente al 2% del sueldo básico de cotización del trabajador. Las cuentas individuales del sistema de ahorro para el retiro tienen dos subcuentas: la del ahorro para el retiro y la del fondo de la vivienda. Las dependencias y entidades deben llevar a cabo la apertura de la cuenta individual del sistema de ahorro para el retiro del trabajador en la o las instituciones de crédito o entidad financiera autorizada que ellas elijan dentro de las que tengan oficina en la plaza o, de no haberla, en la población más cercana.

Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. El 30 de diciembre de 1961 se publica la primer Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, aunque ya desde 1955 el ejército contaba con un sistema de pensiones. La ley vigente data del 29 de agosto de 1976. La ley contiene cuatro capítulos. El primero, relativo a la organización y funcionamiento del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. El segundo, relativo a las prestaciones, haberes de retiro, pensiones y compensaciones, pagos de defunción y ayuda para gastos de sepelio, fondo de ahorro y seguro de vida militar. El tercero, relativo a pruebas y procedimientos. El cuarto, relativo a prevenciones generales. El Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas es un organismo público descentralizado federal, con personalidad jurídica

y patrimonio propio. Las prestaciones y servicios que se encargan de administrar el Instituto son las siguientes; haberes de retiro; pensiones, compensaciones, pagos de defunción; ayuda para gastos de sepelio; fondo de trabajo; fondo de ahorro; seguro de vida; venta y arrendamiento de casas; préstamos hipotecarios a corto plazo; tiendas, granjas y centros de servicio; hoteles de tránsito; casa hogar para retirados; centros de bienestar infantil; servicio funerario; escuelas e internados; centros de alfabetización; centros de adiestramiento y superación para esposas e hijas de militares; centros deportivos y de recreo; orientación social; servicio médico y, servicio médico subrogado y de farmacias económicas. Estas prestaciones son concedidas a los miembros de la Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina.

En lo que concierne al Brasil, se ha guardado el principio de seguros para los jubilados y las prestaciones pecuniarias. Sin embargo, en un país donde la desigualdad social y económica es fragante, la universalidad de la protección social se impone. Esto se ha logrado por medio de la asistencia médica. Al contrario, la asistencia social está limitada a la población pobre y en general para las personas que por sus condiciones no pueden trabajar, es decir, los menores, las personas de edad avanzada y los minusválidos.<sup>186</sup>

Así como en Brasil la asistencia social ocupa un lugar muy importante, destinada a los sectores de la población más vulnerable, en el resto de América Latina, podemos encontrar la misma constante. En tal sentido, el Estado ha desempeñado un rol asistencial para la población que carece de una protección social (B).

Especial comentario requiere el caso colombiano. En Colombia la Ley número 100 de 1993 ha instaurado un sistema de seguridad social integral. La seguridad social es considerada como un servicio público, obligatoria, solidaria, universal y a cargo de instituciones públicas y privadas. El Estado está encargado de asegurar la coordinación, la dirección y el control de este sistema de seguridad social de naturaleza mixta (pública y privada). Dicho sistema se compone de tres ramas: el sistema general de pensiones, el sistema general de salud y el sistema general de riesgos y accidentes profesionales.

<sup>186</sup> Cfr. Boschetti-Ferrerira, Ivannette Salet, *La sécurité sociale au Brésil après la Constitution de 1988: Entre l'assurance et l'assistance. Thèse École des Hautes Études en sciences Sociales*, 1998.

Una característica de la Ley 100, es que fomenta más la demanda que la oferta de servicios de salud. La ley unifica también las prestaciones de los trabajadores, las estructuras de las instituciones de servicios de salud y las normas reglamentarias. La ley también busca proteger la población más vulnerable de los trabajadores independientes.<sup>187</sup>

### *B. Los servicios estatales. Asistencias*

Cuando se hace un análisis del conjunto de los países latinoamericanos, se constata la presencia de la asistencia social, como uno de los mecanismos de protección social a los que tiene acceso la población. El Estado es, generalmente, el responsable de los servicios de asistencia, pero también existen algunos organismos privados que juegan un rol importante, tal y como es el caso de Colombia y en menor medida el de Perú. En ciertos países, como Brasil, la Ley 87412 del 7 de diciembre de 1993, determina la organización de la asistencia social y establece una serie de medidas tendientes a proteger a la población indigente.

#### *a. El caso mexicano*

En el caso de México se establece los principios generales del Sistema Nacional de Asistencia Social, buscando proteger a las familias desprotegidas y particularmente a los menores de edad, a las personas de edad avanzada, así como a los indigentes.<sup>188</sup>

La Ley del Sistema Nacional de Asistencia Social establece los principios generales del Sistema Nacional de Asistencia Social, buscando proteger a las familias desprotegidas y particularmente a los menores de edad, a las personas de edad avanzada, así como a los indigentes. De tal suerte que existe un sistema nacional de 237 hospitales federales y más de 6, 954 unidades de consulta. El sistema nacional está encargado también de coordinar los hospitales que se encuentran en los estados y municipios de la Federación. Se encarga también de administrar los programas de asisten-

<sup>187</sup> Ley núm. 100 del 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Integral y se dictan otras disposiciones. (*Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1993, núm. 41148, pp. 1-27).

<sup>188</sup> Ley Sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, *Diario Oficial*, núm. 6, 1986-01-09, pp. 10-16.

cia para las personas de edad avanzada, los discapacitados y la población más pobre.

A nivel nacional, existen también institutos nacionales de salud, instituciones especializadas en la atención de enfermedades:

1. Hospital Infantil de México
2. Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente
3. Instituto Nacional de Cancerología
4. Instituto Nacional de Cardiología
5. Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias
6. Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía
7. Instituto Nacional de Pediatría
8. Instituto Nacional de Perinatología
9. Instituto Nacional de Salud Pública
10. Instituto Nacional de Nutrición

Otra posibilidad que tiene la población abierta busca satisfacer sus necesidades de asistencia médica, maternidad y enfermedades no profesionales a través de los servicios de salud estatales destinados a la población no asegurada.

En el caso del Distrito Federal, la Secretaría de Salud del Distrito Federal (SSDF) en sus 26 hospitales, 210 centros de salud y 10 clínicas de especialidades ofrece una serie de servicios de salud, para atender a una población potencial de cerca de 4 millones de habitantes del DF.

Mejorar la salud de la población requiere instrumentar mecanismos para facilitar su acceso y orientar a los usuarios sobre su ubicación. De esta manera se ha elaborado un catálogo de servicios, con el cual se pretende presentar toda la gama de especialidades de la SSDF, de padecimientos que se pueden atender y el tipo de acciones médicas que en general se realizan.

Programas institucionales creados para la población en general:

IMSS-Oportunidades es un programa que busca proporcionar atención integral a la salud con calidad y humanismo para contribuir a mejorar las condiciones de vida y bienestar de la población rural marginada, mediante una red regionalizada de unidades de primer y segundo nivel, contando con la participación de la comunidad.

El seguro de salud para la familia. La ley del Seguro Social establece que todas las familias en México tienen derecho a un seguro de salud para sus miembros y para ese efecto, podrán celebrar con el Instituto Mexicano del Seguro Social convenio para el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, en los términos del reglamento respectivo. Los sujetos amparados por el seguro de salud para la familia son:

I. El asegurado.

II. El pensionado por:

- a) Incapacidad permanente total o parcial;
- b) Invalidez;
- c) Cesantía en edad avanzada y vejez; y
- d) Viudez, orfandad o ascendencia.

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de este el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior;

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III. Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;

V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados, en los términos consignados en las fracciones anteriores;

VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;

VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos casos y condiciones establecidos en el artículo 136;

VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste; y

IX. El padre y la madre del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, si reúnen el requisito de convivencia señalado en la fracción VIII.

Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:

- a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado; y
- b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de la ley del Seguro Social, relativo a:

Las personas que voluntariamente se incorporen al seguro de salud para la familia pagan anualmente una cuota equivalente al 22.4% de un salario mínimo general diario para el Distrito Federal. Por cada familiar adicional, se paga una cuota equivalente al 65% de la que corresponde a este seguro. El Estado debe contribuir al financiamiento del seguro familiar conforme a lo dispuesto en la Ley del Seguro Social.

Sistema de protección de salud: seguro popular.<sup>189</sup> Según el registro del censo de población y vivienda 2000 el 57.8% del total de la población del país no está asegurada por alguna institución de seguridad social, por lo cual en la mayoría de los casos posterga e incluso deja de atenderse por el alto costo que el tratamiento involucra y el limitado patrimonio del que disponen.

A partir del 2002, el gobierno de la República instrumenta para enfrentar el reto establecido en el Plan Nacional de Salud 2001-2006,<sup>190</sup> en coordinación con los gobiernos estatales, el Seguro Popular de Salud. Su financiamiento es fundamentalmente público, mediante subsidio y complementado con una contribución menor de los asegurados, así como por recursos fiscales federales asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

El seguro popular comprende como mínimo los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención, así como la externa y hospitalización para especialidades básicas (medicina interna, cirugía general, ginecoobstetricia, pediatría y geriatría).

<sup>189</sup> Cfr. *Financiamiento justo y protección social universal. La reforma estructural del sistema de salud en México*, México, Secretaría de Salud, 2004, pp.7-13.

<sup>190</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de septiembre de 2001.

Pueden incorporarse al seguro popular las familias y personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social (Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS—, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado —ISSSTE— e Instituto de Salud para la Familia —ISFAM—) o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud.

Los requisitos para ser beneficiario del SPSS consisten en ser: (i) residente en territorio nacional; (ii) no ser derechohabiente de la seguridad social; (iii) contar con la Clave Única de Registro de Población —CURP—; (iv) cubrir las cuotas familiares, y (v) cumplir con obligaciones establecidas para tal efecto.

Las cuotas familiares se determinan en función de las condiciones socioeconómicas de cada persona o familia. Por su parte el gobierno federal paga anualmente una cuota social por cada familia beneficiada, mientras los gobiernos estatales y el Distrito Federal efectúan aportaciones solidarias equivalentes a la mitad de la cuota social que aporta el gobierno federal.

Los derechos de los beneficiarios del seguro popular consisten entre otros en: (i) servicios integrales de salud; (ii) medicamentos necesarios y que correspondan a los servicios de salud; (iii) información suficiente y clara respecto a atención de su salud y riesgos por procedimientos quirúrgicos y terapéuticos; (iv) contar con un expediente clínico, (v) trato digno y respetuoso, así como atención igualitaria y de calidad; (vi) atención médica en urgencias; (vii) presentación quejas, y (viii) confidencialidad.<sup>191</sup>

### *b. El caso colombiano*

En Colombia las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) han jugado un rol muy importante. Setenta ONGs han participado entre 1993 y 1995 en la creación de Empresas Solidarias de Salud. Para 1995 había 169 proyectos, (50% en el sector urbano y 50% en el sector rural). Se debe remarcar también la creación de setenta ESS, de las cuales 30 son mutua-

<sup>191</sup> Nota Informativa. Seguro popular de salud. Circular 03/2005, marzo 2005, Despacho Cantú y Romero, S. C. México.

les, 35 cooperativas y 5 asociaciones. En total, las ESS cubren 86 municipios y 1450 000 personas afiliadas.<sup>192</sup>

Sin embargo, según la opinión de algunas ONG, existen todavía una serie de problemas, particularmente, la falta de coordinación entre las ESS, así como el hecho de designar recursos financieros solamente a la oferta de servicios y no a la demanda. En fin, la lentitud en la instauración del sistema integral de protección social, que busca la Ley número 100. Las ONG consideran necesaria una campaña de difusión de la Ley número 100 y solicitan que el Ministerio de Salud establezca una verdadera política de coordinación, de apoyo y de asistencia técnica destinada a las Empresas Solidarias de Salud.

Por otro lado, se ha considerado que la reglamentación de las Empresas Solidarias de Salud es un obstáculo a la buena administración del régimen subvencionado. En la práctica, existe una mediación (leer burocrática) entre las ONG y/o las ESS. Además, las comunidades pobres están bajo la tutela y la organización de las autoridades municipales. Estas suelen tirar partido del beneficio de sus organizaciones políticas locales o regionales.

En realidad, con este sistema, se ha contribuido a consolidar el paralelismo entre el régimen contributivo y el subvencionado destinado a los pobres. Por otro lado, estos últimos están fuera de toda protección en caso de riesgos profesionales, incluso si se permite la afiliación de trabajadores independientes. Esto quiere decir, que las empresas solidarias de salud sólo cubren el riesgo de enfermedad y no cubren los riesgos o accidentes de trabajo. Aunque, bien es cierto, existe la expectativa de crear empresas de riesgos profesionales.<sup>193</sup>

### c. El caso peruano

El Ministerio de la Salud es el responsable de la medicina preventiva. La infraestructura del Ministerio de la Salud comprende hospitales na-

<sup>192</sup> Cfr. Useche de Brill, Inés y Arango de Narváez, Myriam, "Empresas Solidarias de salud: experiencias y recomendaciones", en Hernández, Elsa Marcela y Ginneken, Wouter van (eds.), *Seguridad social para los trabajadores informales colombianos*, Bogotá, BIT, Bogotá, 1997.

<sup>193</sup> Cfr. González Posso, Camilo, *Los trabajadores informales frente a la seguridad social en Colombia*, s.e., Santafé de Bogotá, 1995, pp. 8-29.

cionales, regionales y centros de salud municipales. Entre 1986 y 1988 se reglamentó la integración funcional del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) y del Ministerio de la Salud, sin embargo, una serie de dificultades políticas, administrativas y financieras provocaron, a finales de 1988, de la parte del IPSS la suspensión del proceso de integración.

La Ley 8742 del 7 de diciembre de 1993 organiza la asistencia social y establece sus objetivos: la protección de la familia, de la maternidad, de los menores de edad, de las personas de edad avanzada, así como la integración al mercado de trabajo de las personas minusválidas.<sup>194</sup>

En Perú también hay pequeños programas de asistencia social creados por las municipalidades. Por ejemplo, en Lima existe el Fondo Municipal del Ambulante. Este Fondo se alimentaba de un impuesto (sisa) de los comerciantes ambulantes. El impuesto debía ser afectado, principalmente a los servicios de salud. Igualmente en Lima, una ordenanza de la municipalidad había creado un servicio de salud para los trabajadores ambulantes. Sin embargo, este servicio duró solamente algunos meses y el impuesto no fue más utilizado para los servicios de salud.<sup>195</sup>

En América Latina, múltiples razones han conducido a los países de la región a reestructurar los regímenes de retiro, ya que estos sufrían de grandes carencias: prestaciones insuficientes, desequilibrio financiero, débil tasa de cobertura social y envejecimiento de la población (C).

### *C. Los fondos de pensiones*

Los fondos de pensión se inscriben dentro de una crisis de los modelos de financiamiento de la seguridad social fundada en la solidaridad intergeneracional, de una modificación estructural que tiene que ver particularmente, con la privatización de empresas públicas, la reducción del gasto y el incremento del déficit público, así como un intento de reconstrucción y fomento del ahorro interno y de revitalizar el mercado nacional de capitales. Los fondos de pensión no sólo intentan, responder a necesidades y problemas estrictamente del campo de la seguridad social,

<sup>194</sup> Ley 8742 del 7 de diciembre de 1993. El Peruano. Existe también una ley que crea el Sistema Nacional para la Población en Riesgo. El Peruano, núm. 6421, 23 de enero de 1998, pp. 15601-156702.

<sup>195</sup> Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, La seguridad social y el sector informal, *La seguridad social y el sector informal*, Chile, PREALC/OIT, 1990, pp. 11 y 102.

sino que también, a problemas nacionales de carácter económico, tales como el fomento al ahorro interno.

El sistema de ahorro fundado sobre cuentas individuales, fondos de pensión, nace en Chile en 1981. Para el conjunto de países latinoamericanos, el año de 1994 ha sido decisivo en materia de reformas y de instauración de los fondos de pensión. Colombia se lanzó en dicha empresa, pero mantuvo su régimen público. Argentina optó por un sistema mixto de dos niveles: todos los trabajadores conservan una prestación de base a la cual se agregará un retiro complementario, que podrá ser privado o público. En Brasil una propuesta de privatización parcial ha sido sometida a consideración del parlamento en 1993. Otros países tales como Bolivia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela han afinado su reforma, o bien, se dieron un periodo de reflexión antes de someter sus proyectos respectivos al parlamento o la opinión pública.<sup>196</sup>

Los fondos de pensiones han sido objeto de fuertes resistencias sociales que de alguna manera han moderado su implantación en otros países, particularmente, en Colombia y en México. Aunque algunos otros han adoptado prácticamente al pie de la letra el modelo chileno, tal es el caso de Perú.

#### a. Chile

Los fondos de pensiones chilenos nacieron durante la época del régimen militar. El decreto-ley 3500 de noviembre de 1980 impuso una reforma drástica a las pensiones. Instituyó un dispositivo donde cada asegurado se convertía en titular de una cuenta individual de capitalización. Las cuentas son alimentadas con el 10% del salario del trabajador y no hay cotización patronal. La administración de las cuentas corre a cargo de organismos privados denominados Administradoras de Fondos de Pensiones. Además de la vejez, mediando una cotización suplementaria, que va del 2.5 % al 3.7% del salario, el seguro cubre el riesgo de invalidez y las prestaciones a los sobrevivientes.<sup>197</sup>

Los trabajadores chilenos tuvieron un plazo de cinco años, que expiró en 1986, para escoger entre quedarse con el antiguo sistema o su adhesión al nuevo. Aunque el nuevo sistema nació con vocación de sustituir completamente al anterior, puesto que este ya no recibe más adherentes y en conse-

<sup>196</sup> Cfr. OIT, *Bulletin d'informations sociales*, Ginebra, núm. 4, 1992, pp. 506-508.

<sup>197</sup> *Idem* y Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 115-133.

cuencia está destinado a desaparecer con sus últimos pensionados. Sólo el ejército y la policía conservaron sus respectivos regímenes especiales.

El Estado ha financiado la transición entre los dos sistemas y ejerce una tutela sobre el funcionamiento del régimen privado. Además el Estado es el garante de un retiro mínimo a los afiliados que coticen al menos durante 20 años en las Administradoras de Fondos de Pensión. La edad para la jubilación es de 65 años para los hombres y de 60 años para las mujeres.

Los defensores de los fondos de pensión chilenos afirman que la reforma indiscutiblemente ha triunfado al reemplazar un sistema heterogéneo, inequitable y en bancarrota, por uno uniforme y eficaz. Las cotizaciones son menos importantes que en el pasado, la rentabilidad es alta, los trabajadores son libres de escoger la Administradora de Fondos de Pensión de su elección y se asegura la transparencia de la administración de las cuentas. Por otro lado, se considera que este sistema estimula el ahorro nacional y contribuye al crecimiento que actualmente goza la economía chilena.<sup>198</sup>

Los detractores del sistema consideran que no es juicioso fundar un servicio de seguridad social sólo sobre el ahorro individual. Señalan que la fuerte rentabilidad obtenida en un poco más de 10 años de existencia no constituye ninguna garantía dentro de 20 o 40 años, una vez que los asegurados en masa comenzaran a recibir su pensión. Además, este sistema relega la solidaridad entre generaciones y categorías sociales, ya que las prestaciones obtenidas sólo dependen de las cotizaciones individuales y de la rentabilidad de sus cuentas. Se critica igualmente la supresión de cotizaciones patronales y el precio elevado que ha debido pagar el Estado durante todo el periodo de transición, en detrimento de otras partidas presupuestales (salud, educación y otras prestaciones sociales), dicho costo se estima hoy en día en 1500 millones de dólares de los Estados Unidos por año. También se considera que la reforma chilena no se conforma a los principios generales de las convenciones internacionales del trabajo.<sup>199</sup>

El régimen chileno ha obtenido muy buenos resultados en los últimos 15 años, pero hay incertidumbre sobre lo que pasaría durante un periodo

<sup>198</sup> Cfr. Bustos Castillo, Raúl, "Analyse d'un régime national de retraite privé: le cas du Chili. Commentaires", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, vol. 132, núm. 3, 1993, pp. 449-459.

<sup>199</sup> Cfr. Gillón, Colin y Bonilla, Alejandro, "Analyse d'un régime national de retraite privé: le cas du Chili", *Revue Internationale du Travail*, vol. 131, núm. 2, 1992, pp. 183-208; Ruiz Tagle, Jaime, "La evolución del nuevo sistema de pensiones en Chile", *Estudios del Trabajo*, Argentina, núm. 7, 1994, pp. 91-109.

de estancamiento económico y de crisis de los mercados financieros, así como de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos. Al respecto se puede señalar que en 1993, las AFP totalizaban 4 553 988 asegurados, es decir 93.4% de la mano de obra. No obstante, existía un mal crónico sin remedio. Las cotizaciones de aproximadamente 40% de los afiliados no han sido pagadas. En septiembre de 1993 1,887,154 personas estaban en ese caso. Cualquiera que sean las razones (subempleo, evasión, etcétera.) esto tendrá consecuencias sobre el monto de las futuras jubilaciones. Si este fenómeno perdura, una cantidad considerable de trabajadores no habrán cotizado lo suficiente en su cuenta de ahorro como para recibir una pensión mínima. El Estado deberá entonces asegurar el complemento, lo que representará una enorme erogación.

#### b. Perú.

Es el país que más se asemeja al modelo chileno. La cotización a las Administradoras de Fondos de Pensiones se sitúa en alrededor del 13.5% del salario: 10% para la jubilación, aproximadamente 1.5% para las prestaciones de invalidez y para los sobrevivientes. Porcentajes a los que se les agrega una comisión de más o menos el 2% por gastos de administración.

Como en Chile, el empleador no cotiza pero ha tenido que conceder un argumento salarial de 13.23% a los trabajadores que han optado por el régimen privado de pensiones. Por otro lado, el Estado no asegura una pensión mínima de jubilación. Por estas razones el gobierno peruano pretende limitar el periodo de transición entre el régimen público y el privado.<sup>200</sup>

#### c. Colombia.

El 23 de diciembre de 1993 Colombia reforma el conjunto de sus regímenes sociales. Como ya se ha señalado, la Ley número 100 de 1993 consagra sus 289 artículos a la instauración de un Sistema Integral de Seguridad Social. En los principios generales de dicha ley se señala que el Estado debe garantizar la solidaridad social.

<sup>200</sup> Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 133-135; Queisser, Monika, "Après le Chili, les réformes de la deuxième génération en Amérique Latine", *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, 1995, pp. 27-45.

La reforma prevé que el sector privado, por medio de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) proporcionará prestaciones en materia de pensiones y de salud a fin de que compitan con el sistema público, es decir, con el Instituto de Seguridad Social (ISS). El monto de las cotizaciones será de 12% del salario, de donde dos tercios estarán a cargo del empleador y el tercio restante estará a cargo del trabajador.<sup>201</sup>

Dos tipos de regímenes de pensión han sido creados, con libertad de opción, tal como existe en el Perú. Por un lado, el “régimen de solidaridad” bajo la responsabilidad del ISS y de las cajas de protección social autorizadas por el gobierno. Por otro lado, el “régimen de ahorro individual” que consiste en cuentas individuales de ahorro administradas por cajas privadas de pensiones, conocidas como Administradoras de Fondos de Pensiones.

Las cotizaciones a uno u otro régimen se establecieron en 11.5% del salario base de 1994, de 12.5% en 1995 y de 13.5% en 1996. De cuyo monto, 3.5%, serán afectados a las prestaciones de invalidez y de sobrevivientes y el resto a las prestaciones de vejez. Una diferencia fundamental con el modelo chileno es el empleador que se hace cargo del 75% de la cotización y el trabajador del 25% restante. Asimismo, se crea un fondo de solidaridad, alimentado por una contribución del 1% sobre todas las remuneraciones iguales o superiores a cuatro veces el salario mínimo legal.

Los afiliados al régimen privado tendrán derecho a una jubilación cuando hayan cotizado durante 1150 semanas, a los 62 años para los hombres y a los 57 años para las mujeres. La edad de jubilación en el régimen público será de 60 años para los hombres y de 55 para las mujeres hasta el año 2014; después podrá pasar a 62 y 57 años bajo reserva de un estudio previo.

Los fondos de pensión en México. El Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) instituido en México en 1992, es un régimen complementario a la imagen de aquellos que existen en Europa o en algunos países de América Latina, como en Ecuador, Guatemala y Uruguay. Con la diferencia de que el SAR es obligatorio, los diversos regímenes de jubilación han sido mantenidos en el país. Los trabajadores y empleadores cotizan para el régimen de pensiones. El SAR garantiza igualmente una pensión mínima.<sup>202</sup>

<sup>201</sup> Cfr. López Castaño, Hugo, “La reforma al sistema previsional colombiano”, *Revista Foro*, Santa Fé de Bogotá, núm. 20, mayo 1993, p. 20-33; Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 115-148.

<sup>202</sup> Cfr. OIT, *Bulletin d'informacions sociales*, *op. cit.*, nota 196, p. 504. Véase también la Ley del Seguro Social, *Diario Oficial*, núms. 12, 21 y 16, 21 de diciembre de 1995, pp. 25-65.

#### 4. *Consideraciones preliminares*

El derecho social, es decir el derecho del trabajo y de la seguridad social en América Latina, debe ser estudiado y entendido a partir de la situación en que se encuentra el estado del derecho y el Estado de derecho en la región. En donde históricamente ha padecido el problema de la eficacia y la efectividad de la norma jurídica. Así como la falta de asimilación y aceptación del derecho, es decir, la falta de penetración del discurso jurídico en las sociedades latinoamericanas, lo que entre otras cosas produce, por un lado, un desconocimiento de la norma jurídica y por otro lado, en los casos en que esta conoce, fuertes problemas de corrupción.

En América Latina, como en el resto del mundo, el derecho del trabajo tiene una existencia muy breve. Se empieza a consolidar como tal, a finales del siglo XIX. Sin embargo, el número de evoluciones, reformas del que ha sido objeto son innumerables y de una gran profundidad. Hace sólo 30 años se pensaba que su misión era la de asegurar una creciente y paulatina protección de los trabajadores. Esta visión fue compartida en América Latina y se reflejó en las legislaciones laborales del conjunto de los países de la región. Se pensaba en una unificación del derecho del trabajo, desde un punto de vista teórico.

Treinta años después la realidad es otra. El trabajo como centro de la sociedad, deja paso al mercado. En los años setenta se concede una mayor importancia a los imperativos de la rentabilidad económica y a la apología de la empresa pensada como la sola fuente de riqueza social. Los derechos y las protecciones del trabajo son desde entonces percibidos como obstáculos a la competitividad.

En las relaciones de trabajo, en el derecho del trabajo, repercuten las nuevas visiones económicas. Se busca la descentralización o la centralización de la negociación colectiva; una menor intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales y se quiere dejar nuevamente a los sujetos de una relación laboral que negocien “libremente las condiciones de trabajo”. Proliferan los contratos a tiempo determinado, que eran la excepción en las sociedades salariales.<sup>203</sup>

En general se producen dos grandes fenómenos, por un lado, la flexibilidad interna y externa de las relaciones de trabajo y por otro lado una desreglamentación del derecho del trabajo. Esta situación nos permitiría hablar de

<sup>203</sup> Cfr. Lastra Lastra, José Manuel, “El trabajo en la imaginación apocalíptica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005.

cierta unificación del derecho del trabajo. Aunque no como se esperaba o deseaba antes de los años setenta. Es decir, en lugar de una unificación producto de un incremento constante de los derechos de los trabajadores, se presenta un proceso a la inversa, la desreglamentación de los derechos de los trabajadores, que los unifica, pero hacia abajo. Que sólo protegen a un sector reducido de la población asalariada, la cual sufre además el gran problema de la eficacia y la efectividad de dichos derechos.

En materia de protección social, en América Latina existe una influencia del modelo bismarkiano de seguros sociales. Destinado particularmente, a los trabajadores asalariados que trabajan en empresas con capacidad de cotizar a la seguridad social. Por su parte, los trabajadores independientes tienen la posibilidad de afiliarse bajo el régimen voluntario a la seguridad social. Ellos soportan la totalidad de la carga financiera que implica la cotización.

En la medida que existe una gran cantidad de trabajadores asalariados, trabajadores independientes e incluso pequeños empleadores que no cuentan con seguridad social, debido a que sus ingresos no les permiten afiliarse voluntariamente a los diferentes regímenes públicos de seguridad social y mucho menos pagar los servicios que implica un seguro médico privado. En América Latina encontramos que el Estado, por medio de la asistencia social trata de asegurar una cobertura social que al menos comprenda la asistencia médica en caso de enfermedad.

Por tal motivo se puede decir, que en la región existen ciertos tintes del modelo Beveridge, puesto que el Estado asegura una protección social a toda la población en materia de salud y de prevención de enfermedades. De tal suerte que se puede decir, que el sistema latinoamericano es de naturaleza mixta. La cobertura social es a la vez de seguros y de asistencia.

Lo que no necesariamente quiere decir, que el hecho de contar con un sistema mixto, toda la población se encuentre cubierta por la seguridad social. Simplemente, se trata de mecanismos que pretenden proporcionar una seguridad social a la población latinoamericana. Como lo señalamos en la introducción de este trabajo, la efectividad y la eficacia de la norma jurídica, en particular la del derecho social, deja mucho que desear, por ejemplo, sólo necesitamos recordar la situación en la que se encuentra la población ubicada dentro del sector informal (aproximadamente más del 45% de la población económicamente activa de la región) la cual en la mayoría de los casos no tiene ningún tipo de protección social.

En lo que se refiere a la instauración de los fondos de pensión y las modalidades de su funcionamiento, en muchos casos, no surgieron del consenso de los actores sociales. El Estado, como regulador de las relaciones sociales, se manifestó una vez más. En el caso de Chile, los fondos de pensión nacieron durante la dictadura, en Perú después del auto-golpe de Estado del presidente Alberto Fujimori y en México después de una negociación con los sindicatos corporativos, que en ocasiones se comportan como sindicatos “blancos”. Solamente Colombia, conoció una verdadera discusión entorno a los fondos de pensión.<sup>204</sup>

Por otro lado, la implantación de un sistema privado de fondos de pensión no es en sí misma una garantía para su éxito. Por ejemplo, en el sistema peruano varias irregularidades han sido señaladas en el pago de las cotizaciones retenidas por los empleadores y en la emisión de bonos de validación. El Estado ha retardado la emisión de nuevos bonos ya anunciados, privando a las sociedades de gestión de instrumentos de inversión. Los diseñadores de modelos peruanos trabajaban aun sobre el perfeccionamiento de los fondos de pensión, cuando el presidente, con el parlamento suspendido, decidió instaurar el nuevo sistema, no obstante, que varios problemas no habían sido resueltos.<sup>205</sup>

En general se puede decir, que los países de América Latina, tienen sistemas de protección social que son perfectos en cuanto a sus diseños teóricos, pero sometidos a un examen más profundo, aparecen serios problemas, particularmente, las lagunas en la presentación de los servicios de seguridad social. De tal forma que existe una cantidad importante de trabajadores de pequeñas industrias sin protección social y de trabajadores independientes con ingresos insuficientes como para procurarse una protección social. Existe también, una exclusión de las personas que se encuentran en la extrema pobreza. A esta situación se debe agregar el desinterés y el desconocimiento de la población de las ventajas de contar con una protección social.

En fin, la estrategia consistente en reducir la función de los regímenes públicos a la garantía de un mínimo de protección social y hacer obligatorios los regímenes de ahorro privados o los regímenes profesionales fundados sobre la primacía de las cotizaciones, puede implicar la desaparición

<sup>204</sup> Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, “Política y reforma de la seguridad social en América Latina”, *Nueva Sociedad*, núm. 160, marzo de 1999, pp. 133-150.

<sup>205</sup> Cfr. Queisser, Monika, “Après le Chili, les réformes de la deuxième génération en Amérique Latine”, *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, 1995, p. 39.

completa de la función de compensación —por la pérdida de ingresos, producto de la actividad profesional— realizada por la seguridad social y reducir el sistema de jubilaciones privadas a un simple mecanismo de ahorro. Función que corresponde en principio a un tercer nivel de protección, generalmente, de naturaleza individual y facultativa.<sup>206</sup>

Tal y como es el caso del modelo chileno, que no contiene ningún elemento de solidaridad entre los diversos sectores de la sociedad ni entre las generaciones. La pensión final dependerá de diversos factores; particularmente, la buena gestión de los fondos, la regularidad de las cotizaciones y entre otros factores, de reducciones por gastos de administración. Si un trabajador interrumpe sus cotizaciones porque está enfermo, inválido o sin trabajo, el monto final de su pensión resentirá dichas etapas de inactividad profesional.

Para concluir, diremos que las presiones económicas ligadas a los ajustes estructurales se han concentrado en esta rama de la seguridad social que ha sido siempre la más costosa para los dineros públicos. La polémica se encuentra alrededor de los principios que deben guiar a los fondos de pensión. Al respecto, la privatización de los regímenes de pensiones no es un *affaire* estrictamente económico o financiero. Esta presenta graves problemas políticos y sociales, en tal sentido, no pueden ser considerados como la simple privatización de una empresa pública.

Lo mismo podría decirse en lo que concierne al derecho del trabajo. Las relaciones de trabajo han sido fuertemente trastornadas, pero el trabajo sigue estando en el centro del debate, ya sea por que falte —desempleo— o porque éste sea precario —contratos atípicos—, a final de cuentas todo se mueve alrededor del trabajo. Esto implica pensar en nuevas regulaciones para el mercado, sin dejar de tener presente que este se impone cada vez más conforme pasa el tiempo. Su hegemonía no sólo es nacional, sino que también transnacional.

El mercado *per se* no genera vínculos sociales, al contrario todo parecería indicar que los destruye. En tal sentido, es que se hace necesario pensar en nuevas u otras formas de regulación de las relaciones laborales, que no caigan en la anarquía del liberalismo, ni en regresos a formas premodernas de producción, ni en un intervencionismo a ultranza en las relaciones laborales.

<sup>206</sup> Cfr. Voirin, Michel, "Les régimes privés de pensions en relation avec les régimes publics: Clés pour une approche comparative", *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, p. 149.

Si nos atendemos a la historia podemos apreciar que han sido las regulaciones sociales, construidas a partir del trabajo, las que han permitido una domesticación relativa del mercado, es decir, vivir en una sociedad de mercado. De lo contrario, se corre el riesgo de vivir en el mercado puro, es decir, sin sociedad.

**CAPÍTULO OCTAVO**  
**LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO**

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La relación de los derechos humanos y el derecho del trabajo en los documentos internacionales . . . . . | 157 |
| 2. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales . . . . .                             | 158 |
| 3. La interrelación de los derechos humanos y el derecho del trabajo . . . . .                              | 158 |
| A. La prohibición del trabajo forzoso . . . . .                                                             | 159 |
| B. La libertad sindical . . . . .                                                                           | 159 |
| C. Prohibición de todo tipo de discriminación . . . . .                                                     | 161 |
| D. El derecho a la seguridad social . . . . .                                                               | 163 |
| 4. Los derechos humanos y reforma laboral: una agenda de principios . . . . .                               | 163 |
| A. En materia de prohibición del trabajo forzoso . . . . .                                                  | 164 |
| B. En materia de libertad sindical . . . . .                                                                | 164 |
| C. En materia de discriminación . . . . .                                                                   | 165 |
| D. En materia de seguridad social . . . . .                                                                 | 165 |

## CAPÍTULO OCTAVO

### LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Cuando se realiza un estudio de los convenios internacionales es posible encontrar una relación entre los derechos humanos y el derecho del trabajo (1), documentos, de donde se desprenden derechos políticos, económicos, sociales y culturales (2), los cuales sin duda tienen una interrelación con el derecho laboral (3). Situación que permite desprender una serie de principios en donde se fusionan los derechos humanos con el derecho del trabajo (2).

#### *1. La relación de los derechos humanos y el derecho del trabajo en los documentos internacionales*

Los derechos humanos se encuentran contenidos en cuatro textos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derecho Civil y Político de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en el ámbito americano, en la Convención Americana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

La Constitución, la Declaración de Filadelfia acerca de los fines y objetivos, así como los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contienen los principios rectores y las normas internacionales —convenios y recomendaciones— sobre derechos laborales y de seguridad social (empleo, condiciones de trabajo, trabajadores especiales, formación profesional, seguridad social, política social, administración del trabajo, seguridad e higiene en el trabajo), así como las normas relativas a los derechos humanos (libertad sindical, normas sobre el trabajo forzoso y la igualdad de oportunidades y de trato).

La relación entre las normas internacionales del trabajo y la seguridad social con las normas internacionales de derechos humanos es de complementariedad y de especialidad. No existe oposición alguna, tal y como se desprende de un convenio celebrado en 1945 entre la ONU y la OIT. Las únicas limitaciones a un derecho, se presentan cuando así lo contemple la ley, en atención a las necesidades de una sociedad democrática, a la seguridad nacional, al orden público, la moral o a la preservación de la salud pública y el reconocimiento de los derechos y libertades de los demás ciudadanos.<sup>207</sup>

## *2. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, con el Pacto Internacional de Derecho Civil y Político de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se estableció una dualidad y una división, que como ya se dijo, no se encuentra en la Declaración Universal. División que quizás se justifique más por razones políticas que jurídicas. El ser humano convive en sociedad y su realización plena está en función del ejercicio pleno y paralelo de la totalidad de sus derechos humanos, tal y como lo estableció originalmente la Declaración de 1948 de la ONU, ya que no se pueden entender o ejercer los derechos civiles y políticos, si no se ejercen o entienden de manera paralela con los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo ocurre a la inversa.

## *3. La interrelación de los derechos humanos y el derecho del trabajo*

Las normas internacionales del trabajo en materia de derechos humanos, son un claro ejemplo, de que los derechos humanos sólo pueden entenderse si se atiende de manera conjunta tanto a los derechos políticos y civiles como los derechos económicos, sociales y culturales. Así, por ejemplo, la abolición del trabajo forzoso (1), la libertad sindical (2) en materia de discriminación (3) y el derecho a la seguridad social (4) no se

<sup>207</sup> Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y artículo 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

pueden entender si no se ejercen dentro de un pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos.

### *A. La prohibición del trabajo forzoso*

En el ámbito de la OIT, el Convenio 29 Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio<sup>208</sup> (ratificado por México en 1934), adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión, establece que todo miembro de la OIT que ratifique el Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas”.

En 1957 se adoptó el Convenio 105, Relativo a la Abolición de Trabajo Forzoso (ratificado por México en 1959), adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la OIT en su cuadragésima reunión, con el fin de combatir determinadas formas de trabajo forzoso. En dicho Convenio se establece que todo país integrante de la OIT que ratifique el Convenio, se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio.

### *B. La libertad sindical*

En materia de libertad sindical existen cuatro convenios internacionales: Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación; Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva; Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores, y el Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública.

El Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Trabajo (ratificado por México en 1950) fue adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la OIT en su trigésimoprimer reunión. El Convenio establece que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Asimismo, señala que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos

<sup>208</sup> Que se entiende como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Por tal motivo, las autoridades deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

El Convenio 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (que no ha sido ratificado por México), adoptado el 1o. de julio de 1949 por la Conferencia General de la OIT, establece que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación, tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección debe ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo.

También se establece que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, y se realice directa o indirectamente.<sup>209</sup>

Por su parte, el Convenio 135 Relativo a la Protección y Facilidades que Deben Otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa (ratificado por México en 1974), adoptado el 23 de junio de 1971 por la Conferencia General de la OIT, establece que los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de la protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

Finalmente, el Convenio 151 sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública (que no ha sido ratificado por México), adoptado el 27 de junio de 1978 por la Conferencia General de la

<sup>209</sup> Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

OIT, rige a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables las disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. Correspondiéndole a la legislación nacional, determinar hasta qué punto las garantías previstas en el Convenio se aplican a los empleados de alto nivel, que por sus funciones poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. También establece que corresponde a la legislación nacional, determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.

El Convenio 151 en Relación al Derecho de Sindicalización, señala que los empleados públicos deben gozar de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.<sup>210</sup> Asimismo, establece que las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia, respecto de las autoridades públicas y que deben gozar de la adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.<sup>211</sup>

### *C. Prohibición de todo tipo de discriminación*

En materia de discriminación, existe una amplia gama de instrumentos internacionales: Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*; Convención Internacional contra el *Apartheid* en los Deportes; Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; Convención Relativa a la Lucha contra las Discri-

<sup>210</sup> Sujetar el empleo del empleado público a la condición que no se afilie a una organización de empleados públicos, que deje de ser miembro de ella, despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.

<sup>211</sup> Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo, principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública.

minaciones en la Esfera de la Enseñanza; Protocolo para Instituir una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; Convenio sobre Igualdad de Remuneración; Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; Declaración sobre los Principios Fundamentales, Relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el *Apartheid* y la Incitación a la Guerra; Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

En nuestro estudio resulta importante resaltar el Convenio 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (ratificado por México en 1961), adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la OIT. Dicho Convenio obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.<sup>212</sup>

<sup>212</sup> A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados,

c) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados,

1. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

2. A los efectos de este Convenio, los términos “empleo” y “ocupación” incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones así como las condiciones de trabajo.

#### *D. El derecho a la seguridad social*

El derecho a la seguridad social se puede entender como garantía y como principio. Constituye la garantía al acceso que debe tener todo ser humano a la seguridad y a los seguros sociales. El principio rector de la seguridad social se apoya, a su vez, en cuatro principios funcionales u operativos que le dan contenido a ese derecho del ser humano: asistencia médica, ingreso social alternativo o sustituto, ingresos de base, y de inserción, reinserción y valorización de los recursos humanos. Asimismo, el derecho a la seguridad social se apoya en cuatro principios generales que se encuentran al servicio de los anteriores: igualdad de tratamiento (entre nacionales y no nacionales, entre hombres y mujeres), solidaridad, afiliación obligatoria, y responsabilidad del Estado y participación de los individuos.

El preámbulo de la Constitución de la OIT y la Declaración anexa a su Constitución, fueron la base y el antecedente del pleno reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho del ser humano por la Organización de las Naciones Unidas. En primer lugar, la ONU por medio de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 22 establece que todo miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. Por su parte, los artículos 23 y 25, de la Declaración, precisan el derecho a la asistencia médica, a la seguridad en caso de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de deceso y de vejez. Otro instrumento internacional de la ONU, que resulta importante, es el Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Dicho Pacto establece en su artículo 9o. el derecho de toda persona a la seguridad social. Finalmente, el Convenio 102 de la OIT (ratificado por México) establece las normas mínimas en materia de seguridad social.

#### *4. Los derechos humanos y reforma laboral: una agenda de principios*

A la luz de los convenios internacionales en materia de derechos humanos que hemos señalado anteriormente, se pueden extraer una serie de principios que se deberían encontrar en toda legislación nacional o que deberían ser incluidos en todo intento de reformar una ley laboral, a saber:

*A. En materia de prohibición del trabajo forzoso*

La eliminación de todo tipo de trabajo forzoso u obligatorio

- como medio de coerción o de educación política;
- como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- como medida de disciplina en el trabajo;
- como castigo por haber participado en huelgas; y
- como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

*B. En materia de libertad sindical*

a) Los trabajadores deben contar con la libertad de constituir sindicatos, federaciones o confederaciones, sin más requisitos que los establecidos en las leyes de cada país y en las formalidades administrativas;

b) Las autoridades deben intervenir en la manifestación personal y en la organización colectiva de los trabajadores;

c) La vía administrativa no puede ser utilizada para suprimir o disolver un sindicato, lo cual sólo puede ocurrir mediante la intervención de la autoridad judicial competente;

d) El acto administrativo del registro sindical debe tener únicamente finalidades declarativas y no constitutivas;

e) La personalidad jurídica de los sindicatos no debe quedar sujeta a condiciones previas impuestas por la autoridad;

f) Las garantías otorgadas a la libertad sindical no podrán afectar el orden público, cuyo respeto merece atención primaria;

g) Los empleadores, trabajadores, sindicatos y autoridades deben garantizar y respetar la libertad sindical positiva y negativa del trabajador;

h) La autonomía sindical no debe entenderse como impunidad sindical; y

i) La transparencia en la organización, financiamiento y manejo de cuotas y patrimonio sindical.

### *C. En materia de discriminación*

a) La eliminación de todo tipo de discriminación fundada en la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

b) La abolición de cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

### *D. En materia de seguridad social*

a) El derecho a la seguridad social le pertenece a toda persona por el simple hecho de ser humanos.

b) El derecho a la seguridad social comprende principios operativos:

- asistencia médica;
- ingreso social alternativo o sustituto;
- ingresos de base; e
- inserción, reinserción y valorización de los recursos humanos.

c) El derecho a la seguridad social comprende cuatro principios generales que se encuentran al servicio de los principios operativos:

- igualdad de tratamiento (entre nacionales y no nacionales, entre hombres y mujeres);
- solidaridad intergeneracional;
- afiliación obligatoria (al menos en materia de riesgos de trabajo, según establece el Convenio 102 de la OIT); y
- responsabilidad del Estado y participación de los individuos.

Finalmente, cabe mencionar que los derechos humanos, en materia de seguridad social, así como de derecho del trabajo deben ser funcionales u operativos, es decir, se debe contar con los mecanismos para que éstos sean realizables y practicables, de otra manera, a pesar de su bondad y pertinencia, no dejan de ser meras declaraciones legales.

**CAPÍTULO NOVENO**  
**EL DERECHO DEL TRABAJO EN CONSTANTE**  
**TRANSFORMACIÓN: DE LA DISMINUCIÓN**  
**A LA AMPLIACIÓN DEL ESTATUS**  
**DEL SUJETO LABORAL REGULADO**

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo . . . . .             | 167 |
| 2. La subordinación de fundamento de la relación laboral a elemento en crisis . . . . .            | 170 |
| 3. La eventual crisis de subordinación . . . . .                                                   | 172 |
| 4. La relación de trabajo y la OIT . . . . .                                                       | 177 |
| 5. La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado . . .                                     | 180 |
| A. Una protección social universal . . . . .                                                       | 182 |
| B. Ampliar el aspecto de aplicación de las normas laborales y general del derecho social . . . . . | 183 |

## CAPÍTULO NOVENO

### EL DERECHO DEL TRABAJO EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN: DE LA DISMINUCIÓN A LA AMPLIACIÓN DEL ESTATUS DEL SUJETO LABORAL REGULADO

A principios del siglo XXI el derecho del trabajo se encuentra en una escenario complejo (1), que lo ha llevado a cuestionar su identidad, (2), lo que ha provocado una eventual crisis de la subordinación. Situación que ha llevado a los organismos internacionales, particularmente a la Organización Internacional del Trabajo a buscar redefinir la relación de trabajo (4). La nueva cuestión social que se desarrolla dentro del derecho laboral, requiere repensar el alcance del mismo (5).

#### 1. *Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo*

Desde un punto de vista histórico, se puede considerar que el derecho del trabajo es una disciplina reciente, su emergencia vincula con el nacimiento de la fábrica, de la producción industrial. Sin embargo, a pesar de su juventud, quizás, sea una de las disciplinas que ha contado con múltiples interpretaciones<sup>213</sup> y que ha atravesado en poco tiempo, por diferentes momentos históricos que han definido y definen ahora su contenido.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> Derecho industrial, derecho de la clase trabajadora o de clase, mecanismo para regular la relación entre trabajadores y empleados. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, p. 240.

<sup>214</sup> Particularmente una evolución para algunos, o involución para otros, en cuatro grandes etapas históricas. Barbagelata, Héctor Hugo, *El particularismo del derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1995, p. 121; Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La flexibilidad laboral: La nueva era del derecho del trabajo”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995; Sánchez-Castañeda, Alfredo “Las tendencias del derecho social en América Latina: Brasil, Colombia, México y Perú”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 99, sep-

En materia sindical, a partir de los años ochenta se ha presentado una disminución en la tasa de afiliación sindical, que cierto es, en algunos países se ha estabilizado (el caso de Europa), o en otros, particularmente nórdicos, lejos de sufrir una caída en la afiliación sindical ésta se ha incrementado, tal y como ha sido el caso de Suecia.<sup>215</sup> Así mismo, algunos países como México, han visto la emergencia de nuevas centrales sindicales y el decaimiento de otras.<sup>216</sup>

Por otro lado, los sindicatos se enfrentan ante nuevos interlocutores sociales. Desde aquellos que se manifiestan a nivel de la empresa comités de empresa, representantes de personal, que no necesariamente se integran por trabajadores sindicalizados, hasta aquellos de naturaleza externa, particularmente las organizaciones no gubernamentales que pueden tener intereses muy diversos. La paradoja que aparece, es que a pesar del incremento del número de organización, ya sea a nivel de la empresa, o fuera del campo de la empresa, pareciera que no se ha reflejado en un aumento del poder de negociación de los trabajadores, sino en una atomización de intereses que ha logrado dividir y sectorizar, más que unir y generalizar. La emergencia de nuevos actores sociales lejos de atomizar, permitirá crear una red de redes, que permita ir más allá de la mera protesta callejera o importante —Seattle en Estados Unidos— focalizada en un objetivo momentáneo —los *Sans Papiers* en Francia— o región que genera utopías temporales —los zapatistas en México—, que si bien son importantes no dejan de ser efímeras.

En la evolución reciente del derecho del trabajo, aparece una característica intrínseca a todo sistema de relaciones laborales, la flexibilidad.<sup>217</sup> La máxima de disminuir costos, en el proceso de producción, particularmente laborales, es una constante, so pena de perder competitividad y empleos, pero con el costo para el trabajador de precarizar sus condicio-

tiembre-diciembre, 2000, pp. 1209-1251; Goldin, Adrián O., “El destino incierto del derecho del trabajo”, en Buen, Néstor de (coord.) *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, 2002.

<sup>215</sup> *Le travail dans le monde. Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale, 1997-98*, Ginebra, OIT, noviembre 1997.

<sup>216</sup> Lastra Lastra, José Manuel, “El sindicalismo en México”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, 2002, vol. XIV; Santos Azuela, Héctor, “Sistema y genealogía del derecho sindical”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 106, 2003.

<sup>217</sup> Ozaki, Muneto (dir.), *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y el Estado*, Ginebra, OIT, 2002, p. 181.

nes de trabajo.<sup>218</sup> La paradoja es que pareciera que ese proceso, antes de los países subdesarrollados ahora se presenta en los industrializados,<sup>219</sup> generando una espiral en descenso permanente de las condiciones de trabajo y un fenómeno de exclusión social.<sup>220</sup>

El derecho del trabajo, se encuentra, además, inmerso en un fenómeno globalizador,<sup>221</sup> que si bien es cierto no es nuevo,<sup>222</sup> si lo es el enfoque que pretende predominar. El Estado deja de tener el monopolio en la elaboración de las reglas económicas y sociales, mientras que presenciamos la consolidación de organizaciones internacionales, preponderantemente de naturaleza económica, tales como el FMI, el BM y la OCDE, que pretenden ser los entes reguladores de las relaciones económicas. Asimismo, asistimos a la formación de bloques económicos, que en algunos casos consideran el discurso social, como en la Unión Europea, o en otros casos, la agenda social, simplemente ha sido dejada de lado, tal y como ocurre con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), no obstante, la celebración de algunos acuerdos paralelos en materia laboral y ecológica.

<sup>218</sup> Tokman, V. E. y Martínez, D. (eds.), *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, Perú, OIT, 1999, p. 199.

<sup>219</sup> Particular interés puede ser la reforma laboral de 2003 en Italia. Durante muchos años en Italia la negociación colectiva ha tenido un lugar importante, incluso más importante que la ley ha determinado. Sin embargo, la reforma antes citada, ha reducido o achicado la negociación colectiva. Pareciera que se está acabando con la concertación, pues la negociación colectiva se ve amenazada; el tema no es la adecuación de la negociación colectiva al proceso productivo, sino la sobrevivencia de la misma negociación.

<sup>220</sup> Yepez del Castillo, Isabel, "El estudio comparativo de la exclusión social: Consideraciones a partir de los casos de Francia y Bélgica"; Townsend, Meter y Lee, Meter, "Estudio sobre la desigualdad, los ingresos bajos y el desempleo en Londres 1985-1992", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 113, núms. 5 y 6, 1994.

<sup>221</sup> Comisión mundial sobre la dimensión social de la globalización, *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*, Ginebra, OIT, p. 185.

<sup>222</sup> Por sólo pensar en un acontecimiento de inicios del siglo XX, de connotación global y social, el Tratado de Versalles dejó de manifiesto la necesidad de pensar de una manera global los problemas sociales. El preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versalles (1919) que puso fin a la Primera Guerra Mundial, presentó las tres razones que fundaron el nacimiento de la OIT, a) La Sociedad de Naciones tiene por objeto la paz universal, pero tal paz puede únicamente darse en la justicia social, b) Existen en el mundo condiciones de trabajo que implican, gran número de personas, la injusticia y la miseria, situación que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que es urgente mejorar las condiciones de trabajo, c) La no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseados de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

El enfoque de globalizar es predominante y considera más importante el aspecto económico que el social. Ante esta perspectiva, es lógico preguntarse quién, dónde y cómo se elaboraran las nuevas políticas y regulaciones sociales, que busquen solucionar la gran desigualdad existente entre los seres humanos, ya no sólo en los países subdesarrollados, sino también, en los países industrializados, que ya sufren las penurias de la flexibilidad laboral. ¿Existe la posibilidad de establecer regulaciones económicas y sociales, o las políticas monetarias se impondrán sobre las políticas sociales, permaneciendo a ciegas a la necesaria interacción y complementariedad de unas con otras? ¿Será posible pensar en una armonización de las políticas sociales para enfrentar dos problemas endémicos de nuestras sociedades contemporáneas: El desempleo y el financiamiento de la seguridad social?

Otro fenómeno, particularmente presente en los países subdesarrollados, es el interesante y preocupante tema de la informalidad, que repercute en la falta de protección a los trabajadores que se encuentran en dicho sector y que genera a su vez, una presión para disminuir a la baja las condiciones de trabajo de aquellos que laboran en el sector estructurado o formal de la economía. Por sólo señalar un dato, en América Latina, la evolución de la informalidad de 1990 a 1999 muestra un incremento, ha pasado del 42.8% en 1990 al 46.4% del total de ocupados en el mercado de trabajo en 1999. Esto significa que 6 de cada 10 nuevos empleos generados en la década fueron en el sector informal.<sup>223</sup>

Finalmente, sin que necesariamente sea el último problema, en el caso de los países latinoamericanos, se han enfrentado históricamente ante la falta de eficacia y efectividad de la norma jurídica; esto es, o la norma no se conoce o si se conoce no se respeta.<sup>224</sup>

## 2. La subordinación de fundamento de la relación laboral a elemento en crisis

Una de las características fundamentales del derecho del trabajo es la relación de subordinación que existe entre el empleador y el trabajador.

<sup>223</sup> Tokman, E. Víctor (dir.), *De la formalidad a la modernidad*, Santiago, OIT, 2001, p. 258.

<sup>224</sup> Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, Los Ángeles, Londres, University of California Press, Ltd. London, Estados Unidos, 1975, pp. 58-65.

No se podría entender el nacimiento del derecho del trabajo sin dicho elemento. De hecho puede considerarse que el surgimiento del derecho del trabajo, parte de dos elementos fundamentales: la consideración del trabajo como un bien jurídico y del trabajador como un sujeto que requiere protección especial:

Las primeras leyes protectoras del trabajo, determinaron su ámbito de aplicación mediante la enumeración de las actividades alcanzadas y de los sujetos protegidos, sin pronunciar la naturaleza del vínculo jurídico existente entre trabajador y empresario.

La tipificación normativa se basó en una tipicidad social caracterizada por el trabajo efectivo de “obreros” y “empleados” en las “fábricas”, “talleres”, “establecimientos industriales”, “casas de comercio”, cualquiera que fuere el tamaño de la organización.<sup>225</sup>

A partir del momento en que el empleador cuenta con la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del trabajador, existe una relación de subordinación. Dicha disposición crea una relación personal entre el trabajador y el empleador de obediencia por parte del trabajador y de autoridad por parte del empleador, ya que este puede disponer de su fuerza de trabajo mediando el pago de un salario:

La relación de obediencia tiene, como resultado de lo expuesto, dos aspectos: Significa de un lado, que la fuerza de trabajo del obrero está a disposición del patrono y, de otro, que el obrero está obligado jurídicamente a obedecer al patrono. Y los dos elementos se reúnen formando una sola unidad; no puede afirmarse que uno sea el primario y otro el derivado, sino que, más bien, son dos aspectos de una relación unitaria, pues para que exista posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de otro, es preciso que éste se encuentre obligado a obedecer al patrono y a la inversa, para que exista el deber de obediencia, se requiere que el empresario tenga un poder jurídico de disposición sobre la fuerza de trabajo de sus obreros.<sup>226</sup>

La subordinación del trabajador en relación con el empleador queda limitada al trabajo que deba desempeñar, por lo que el trabajador puede rechazar toda orden que no guarde relación con el trabajo y que este obligado a desempeñar, sin que incurra en responsabilidad alguna. La

<sup>225</sup> Barbagelata, Héctor Hugo, *Derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1978, t. I, pp. 16 y ss; cit. por Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, FCU, 1999, p. 28.

<sup>226</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 1961, t. I, p. 497.

subordinación debe entenderse en su auténtica dimensión, el poder de mando y el deber de obediencia que lo constituyen no operan de manera permanente o ilimitada. Existen sólo durante el tiempo de duración de la relación laboral, se entiende, durante la jornada de trabajo y exclusivamente, respecto de lo que suele llamarse “el trabajo contratado...”.<sup>227</sup>

En México el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que el contrato de trabajo: *...cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario*. De la anterior definición se desprenden los elementos esenciales del contrato (la voluntad de las partes y el objeto posible) y se encuentran presentes los presupuestos de validez del mismo (la capacidad, el libre albedrío, la licitud en el objeto y la forma, aunque, como se sabe, de la forma no depende la existencia o de la relación de trabajo).<sup>228</sup> De la definición también se desprenden tres elementos constitutivos: la prestación de un trabajo personal, el pago de una remuneración y el vínculo de dependencia, es decir, el nexo de subordinación jurídica.

### 3. La eventual crisis de subordinación

El derecho del trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos estables, regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran a tiempo completo, ejecutando su trabajo para un sólo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. Sin embargo, varias formas de empleo contemporáneas,<sup>229</sup> no corresponden más a esta imagen clásica. La aparente claridad de la subordinación,<sup>230</sup> así como la relación

<sup>227</sup> Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1989, t. I, p. 548.

<sup>228</sup> Para un estudio a profundidad ver la obra del doctor De Buen, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, pp. 47 y ss.

<sup>229</sup> Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, 1999, pp. 205-237.

<sup>230</sup> Subordinación. Elemento esencial de la relación de trabajo. La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el artículo 134, fracción III

de mando del empleador y de obediencia del trabajador, no parecen tan evidentes.<sup>231</sup>

Asistimos a una crisis del modelo de relaciones laborales conocido como fordista.<sup>232</sup> Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales<sup>233</sup> o reglamentar los nuevos fenómenos laborales. La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, cuestiona las relaciones de subordinación y han abierto la puerta a las relaciones atípicas<sup>234</sup> —la subcontratación, el subempleo, etcétera— o de relaciones laborales que se buscan encuadrar en figuras civiles o mercantiles a través del trabajo independiente o autónomo,<sup>235</sup> así como la existencia de relaciones de trabajo “triangulares”,<sup>236</sup> en donde intervienen terceros actores; escapando, en todos los casos, a los dos presupuestos fundamentales del derecho del trabajo, antes mencionados: la consideración del trabajo como un bien jurídico y el trabajador como un sujeto que requiere protección especial.

de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo. Tesis de jurisprudencia de la Cuarta Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 187-192, 5a. parte, Sección: Jurisprudencia, p. 85.

<sup>231</sup> Lastra Lastra, José Manuel, “Paradojas de la autonomía de la voluntad en la relación de trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 5, 2003.

<sup>232</sup> Cfr. Castel, Robert, “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, núm. 5, mayo 1999, pp. 438-442.

<sup>233</sup> Cfr. Beffa, Jean-Louis, Boyer, Robert y Touffut, Jean-Philippe, “Les relations salariales en France: État, entreprise, marchés financiers”, *Notes de la Fondation Saint-Simon*, núm. 107, junio 1999, p. 95; Raso, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo, AMF, 2003, p. 3001.

<sup>234</sup> Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 30.

<sup>235</sup> Ministerio del trabajo y Asuntos Sociales, *Empleo autónomo y empleo asalariado. Análisis de las características y comportamiento del autoempleo en España*, Madrid, 2004, p. 163.

<sup>236</sup> Una relación de trabajo “triangular” aparece cuando los trabajadores de una empresa (proveedora o suministradora) trabajan para una tercera persona (utilizadora o usuaria) a la cual su empleador ha acordado realizar un trabajo o prestar un servicio. Los casos de relaciones triangulares, cabe señalar, no escapan a posibles encubrimientos, simulaciones o ambigüedades con el fin de evadir la legislación laboral, particularmente en su vertiente colectiva. Cfr. OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, Ginebra, 203, Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, p. 44.

Para tratar de explicar las relaciones de trabajo atípicas, la doctrina ha desarrollado la noción de parasubordinación en la medida en que ciertos trabajadores se mueven en los umbrales de la subordinación y la autonomía, en principio son independientes, pero dependen de una sola persona que les proporciona el trabajo a realizar. Se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación.<sup>237</sup>

Las manifestaciones de la parasubordinación son complejas. Se puede presentar el caso de dos tipos de trabajadores bien diferenciados el uno del otro: los trabajadores de una empresa del sector formal que se encargan de distribuir diferentes catálogos de productos que son propuestos a la venta —ropa, perfumes, etcétera—, y los trabajadores que reciben esos catálogos y se encargan de la venta de los productos, ya sea visitando casas familiares o ya sea realizando pequeñas reuniones en donde ofertan dichos productos. Estos últimos trabajadores, se ubican en una especie de *tercium genus* que no tiene horario preestablecido, ni un salario regular. En principio existe una relación más cercana al comercio que una relación típica entre empresa y asalariado. Se trata de una categoría de trabajadores “parasubordinados” a medio camino entre un asalariado sujeto a un nexo de subordinación explícita con un empleador y un empresario independiente.

En relación con los trabajadores pertenecientes a ese *tercium genus*, se pueden presentar o considerar varias hipótesis. La parasubordinación, no es en el fondo mas que una manera de esconder una relación de subordinación efectiva.

Ha habido una confusión entre una actividad independiente y una empresa personal. Un empresario, a diferencia de un asalariado, normalmente es el propietario de sus instrumentos de trabajo pero sobre todo, trabaja bajo su propia cuenta y responsabilidad, lo que significa que soporta sólo los riesgos de su actividad, de la cual él recoge, al mismo tiempo, todos los beneficios, es decir, no trabaja en el marco de un servicio organizado ni bajo el control de una autoridad jerárquica.

En el caso de los trabajadores parasubordinados habría que preguntarse, si trabajan en el marco de un trabajo organizado sujeto a un control jerárquico, o si es totalmente libre en relación al cómo y cuándo desarrolla su

<sup>237</sup> Cfr. Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (Rapport pour la commission européenne), París, Fammarión, 1999, pp. 32 y 33.

actividad, así como saber si absorbe todos los costos de la actividad que realiza y recibe todos los beneficios de la misma. Posiblemente, una revisión de la legislación extranjera pueda ayudarnos a entender cómo varios países han tratado de abordar y resolver las relaciones de parasubordinación.

El derecho alemán distingue tres categorías de trabajadores independientes: Las dos primeras se refieren a los empresarios que pueden trabajar, sea en función de un contrato de empresa (*Werkvertrag*), y en función de un contrato de prestación de servicios libres (*freier Dienstvertrag*). La diferencia entre esas dos categorías, es que el contrato de prestación de servicios libres tiene por objeto una simple obligación de trabajar (el caso de la mayoría de las profesiones liberales), mientras que al contrato de empresa se le agrega una obligación de resultado (el caso por ejemplo, de los artesanos comerciantes). La tercer categoría es aquella de las “personas parecidas a los asalariados” (*arbeitsnehmerähnliche personen*), que trabajan en el marco de un contrato de servicios libres o de un contrato de empresa, pero para una sola persona que les da ordenes y del cual dependen económicamente. Estas personas, jurídicamente son trabajadores independientes, pero la ley les aplica una serie de disposiciones del derecho del trabajo en materia de vacaciones, de conflictos de trabajo o de convención colectiva. La dependencia económica se caracteriza por el hecho de que:<sup>238</sup>

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

En Italia la noción de parasubordinación (*parasubordinazione*), se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, no obstante que sus resultados sean prácticamente los mismos. La noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles) que extendió la facultad de ligar individualmente en materia del trabajo a las relaciones de agencia y de representación comercial, así como a otras relaciones de colaboración que se concretizan en la prestación de un trabajo continuo y coordinado de naturaleza

personal, aunque no sea una relación subordinada (*altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non ha carattere subordinato*). Se trata en consecuencia, de una categoría “abierta” en donde se encuentran, en la práctica, profesiones tan diversas como las de los abogados que trabajan para una firma o médicos del servicio nacional de salud. La diferencia con los cuasi-asalariados alemanes es que la necesidad de protección social no tiene ningún lugar en esta definición.

En Italia, más bien la discusión se ha centrado en saber si era necesario ver en esta noción un reconocimiento del criterio de dependencia económica que autorizaría una aplicación del derecho del trabajo a los trabajadores, o si al contrario, estos siguen siendo trabajadores independientes, a los cuales el derecho del trabajo no les es aplicable mas que en los casos expresamente señalados por la ley, es decir, principalmente en materia de procedimiento contencioso, de higiene y seguridad. Es esta segunda tesis la que ha dominado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.<sup>239</sup>

Igualmente, en Italia, el debate sobre la parasubordinación ha resurgido con el desarrollo de un nuevo tipo de relaciones, llamadas, de “colaboración coordinada continua” (*rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*) sometidas por la Ley 335/1995 a una cotización social del 10% a título de vejez, invalidez y deceso.<sup>240</sup> Actualmente, una parte de la doctrina italiana considera que la protección social de los trabajadores parasubordinados debe cubrir cuatro ejes:<sup>241</sup>

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

<sup>239</sup> Cfr. Mengoni, L., “La questione de la subordinazione in due trattazioni recenti”, *Revista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1986/1, pp. 5 y ss.; M. V. Ballestrero, “L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato”, *Lavoro e diritto*, 1987, p. 41. cit. por Supiot, Alain, *op. cit.*, nota. 237, p. 33.

<sup>240</sup> Cfr. Lagala, C., “La nouova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa”, en Cester, C. (dir), *La riforma del sistema pensionistico*, Turín, Giappichelli, 1998, p. 170. Cit. por, Alain, *op. cit.*, nota. 237, p. 35.

<sup>241</sup> Cfr. Pera, Giuseppe, “Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XVIII, 1998, p. 371-385.

#### 4. La relación de trabajo y la OIT

Finalmente, en los Países Bajos, un proyecto de ley que se encuentra en proceso de discusión, pretende garantizar a los trabajadores económicamente dependientes una protección equivalente a aquella de los asalariados. Por otro lado, en España, el estatuto de los trabajadores prevé la extensión parcial del derecho del trabajo al trabajador independiente o que trabaja por su cuenta propia.<sup>242</sup>

A nivel internacional, se ha percibido la necesidad de una categoría jurídica intermedia entre el asalariado y el empresario, particularmente en lo que concierne a la subcontratación. Sin embargo, si en algún tema, en la doctrina y en la OIT, no ha hecho unanimidad, ha sido la discusión sobre la subcontratación; que va desde la denominación misma hasta preguntarse si en realidad no se está hablando de intermediación, así como de trabajo subordinado encubierto a través de la subcontratación.<sup>243</sup>

La OIT identifica al subempleo como la “diferencia entre el empleo efectivo de los recursos de mano de obra y el empleo de los recursos disponibles en ciertas condiciones”. Por su parte, la IX Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo considera que existe subempleo cuando “personas provistas de empleo no trabajan tiempo normal y podrían o desearían efectuar un trabajo suplementario del que prestan efectivamente, o cuando sus ingresos o su rendimiento se verían aumentados si, teniendo en cuenta sus aptitudes profesionales, dichas personas trabajasen en mejores condiciones de producción o cambiaran de profesión”.

Luego de la 86a. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de junio de 1998 (hubo una primera discusión en la 85a. Sesión), ha sido abierto un debate sobre un posible proyecto de convención sobre la subcontratación. Una recomendación acompaña al Proyecto de Convención con el objeto de desarrollar más detalladamente los diferentes aspectos.

<sup>242</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 237, p. 33.

<sup>243</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 86a. reunión, junio, 1998. La primera discusión sobre el asunto del trabajo en régimen de subcontratación tuvo lugar en la 85a. reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo. A raíz de dicha discusión y de conformidad con el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, la Oficina Internacional del Trabajo preparó y envió a los gobiernos de los Estados miembros un informe en el que figuraban un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, basados en las conclusiones que la Conferencia adoptó en su 85a. reunión.

La Convención buscaría establecer o garantizar una protección adecuada a los trabajadores que desempeñan labores de subcontratación.<sup>244</sup>

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

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

- i. El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o
  - ii. El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;
- “Subcontratista” designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;
  - El término “intermediario” designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria a trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.<sup>245</sup>

El artículo 3o. del proyecto de convenio establece una protección en materia de salud y accidentes de trabajo, señalando que “todo miembro deberá velar porque se adopten medidas adecuadas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de prevenir accidentes y daños

<sup>244</sup> *Cfr.* Conférence Internationale du Travail, 86a. session, 2-18 juin 1998. Rapports des commissions de la Conférence. Instruments et textes adoptés par la Conférence. Rapport V (2B) Le travail en sous-traitance. Cinquième question à l'ordre du jour. B.I.T., Genève. <http://www.ilo.org/>.

<sup>245</sup> *Idem.*

para la salud de los trabajadores en régimen de subcontratación que sean consecuencia del trabajo en régimen de subcontratación, guarden relación con él o sobrevengan durante su realización”.

Por su parte, el artículo 4o. del proyecto de convenio pretende establecer las bases para una adecuada protección en materia de remuneración, indemnizaciones y de seguridad social:

- a. garantizar una protección adecuada por lo que se refiere al pago de:
  - i. las sumas que se adeuden a los trabajadores en régimen de subcontratación por el trabajo realizado, y
  - ii. toda cotización de la seguridad social que deba ser pagada por cuenta de estos trabajadores en virtud de ese trabajo.
- b. garantizar que se determinen claramente las responsabilidades relativas al cumplimiento de las obligaciones económicas previstas en el apartado a) anterior;
- c. garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación perciban indemnizaciones en caso de sufrir accidentes o enfermedades que sean consecuencia de la realización del trabajo en régimen de subcontratación.

El artículo 5o. establece la igualdad de trato entre trabajadores que se encuentren ya sea en régimen de subcontratación o tengan una relación de subordinación clásica. Por su parte, el artículo 6o. garantiza el derecho de sindicación y negociación colectiva, así como la no discriminación, protección de la maternidad, protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, remuneración y seguridad social. Destaca también, la disposición del proyecto de convenio que establece que no se afectarán las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores en régimen de subcontratación en virtud de otros convenios internacionales.

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

### 5. La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado

Es evidente que el derecho del trabajo se transforma. Es difícil pensar en su desaparición, en la medida en que a partir del momento en que alguien ofrece su fuerza de trabajo a otra persona, independientemente que la subordinación sea evidente o no, se establece una relación jurídica —relación laboral—, y toda relación jurídica produce necesariamente derechos y obligaciones a las partes contratantes.

En tal sentido, las preguntas se deberían orientar sobre el alcance de los derechos y las obligaciones de cada una de las partes contratantes. Al respecto, la extensión del criterio de subordinación en Alemania y en Italia resulta trascendente en la medida en que puede permitir la “asalarización” de un número importante de empleos. El derecho del trabajo podría dejar la tipificación “social caracterizada por el trabajo efectivo de “obreros” y “empleados” en las “fábricas”, “talleres”, “establecimientos industriales”, “casas de comercio”, cualquiera que fuere el tamaño de la organización”, para convertirse en el derecho común de toda relación laboral, en donde el trabajo o el acceso al trabajo se considere un bien jurídico protegido y al trabajador como un sujeto que requiere protección.

Quizás se podría dejar de lado la noción de subordinación, que en realidad nunca fue completamente clara,<sup>246</sup> y no constituyó mas que una ficción jurídica que permitió explicar en cierto momento de la historicidad del derecho laboral, la relación jurídica —relación de trabajo— que se establecía entre un trabajador y un empleador, pero que ya no responde a la complejidad de relaciones laborales que se presentan hoy en día. Al respecto se podría pensar en tres posibilidades aplicables a toda relación laboral:

- La determinación de que se entiende por trabajador atípico, autónomo o para subordinado o por determinados grupos de trabajadores —por ejemplo aquellos que se desenvuelven en el sector informal— y el grado de protección que se le otorgaría.<sup>247</sup>
- La sustitución de la subordinación como el criterio de calificación de las relaciones laborales, por el de dependencia económica, en donde el grado de protección dependería a su vez del grado de dependencia económica entre los sujetos de una relación de trabajo.

<sup>246</sup> Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, París, PUF, 1994, pp.109-124.

<sup>247</sup> Ver el número 3 de *Lavoro e diritto*, *La protezione sociale del lavoro non standard*, Bologna, Il Mulino, 2003.

- Considerar que la protección del trabajador debe partir de tres niveles: antes de integrarse al mercado de trabajo, durante el tiempo en que desarrolla su trabajo y en caso de pérdida de su trabajo.

La primera hipótesis podría ser viable, en la medida en que se estaría pensando en un régimen especial para los trabajadores autónomos o parasubordinados. De hecho, esta se puede decir que ha sido la alternativa que ha adoptado la OIT a través de la Recomendación y el Convenio Internacional para los Trabajadores en Régimen de Subcontratación, tal y como ha quedado antes señalado.

Sin embargo, se correría el riesgo de no encontrar la fórmula que englobe a todos los trabajadores autónomos, corriendo el riesgo de que algunos trabajadores o actividades no podrían ser encuadradas, dejando así a ciertos sectores de trabajadores sin protección alguna. Por otro lado, cierto es que el establecimiento de un régimen especial en realidad generaría exclusiones o limitaciones de la protección en función del sujeto protegido, las condiciones de admisibilidad y los alcances de la protección.

En el caso de la segunda opción, en función del grado de dependencia con un empleador determinado, se podría pensar a su vez, el grado de responsabilidad de este con el trabajador. El punto crítico en el caso de la segunda hipótesis estaría en determinar cómo y quién cubriría el costo de las prestaciones laborales y sociales a las que tendría derecho el trabajador.

Al respecto, quizás se podría pensar en los impuestos como un mecanismo para financiar las prestaciones sociales. El número y monto de éstas, estaría determinado por la capacidad económica de las naciones. Buscando siempre un punto de equilibrio, pues no debe olvidarse que, desde el Tratado de Versalles de 1919, dos de las razones que dieron origen a la OIT señalaban que: a) Existen en el mundo condiciones de trabajo que implican, para gran número de personas, la injusticia y la miseria, situación que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que es urgente, mejorar las condiciones de trabajo, b) La no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseosos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

La tercera posibilidad, que en realidad se conjuga mucho con la segunda, buscaría desarrollar la relación jurídica laboral, a partir de nuevos paradigmas que vayan más allá de la relación fincada en función de los grados de subordinación. Esta opción es más ambiciosa, pero quizás

también es la más necesaria, tendría que partir de un presupuesto fundamental, una protección social universal y una ampliación del espectro de aplicación de las normas laborales y en general del derecho social.

### *A. Una protección social universal*

La pobreza y la exclusión evidencian la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos del hombre.<sup>248</sup> Sin una protección social y universal no es posible concebir los derechos de los trabajadores, independientemente de su calidad jurídica. Reconocer la necesidad de una protección social universal, que parta de la protección social que debe tener toda persona por el hecho de ser humano, independientemente, de su estatus laboral o profesional. Estatus, que de hecho ya está garantizado y debe ser respetado por los países que han adoptado el Convenio 102 de la OIT.

El Convenio abarca las nueve ramas principales de la seguridad social: asistencia médica; prestaciones monetarias de enfermedad; prestaciones de desempleo; prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez; y prestaciones de sobrevivientes.

Para rarificar el Convenio es suficiente aceptar las obligaciones relativas a tres de esas nueve armas, a condición de que entre esas tres figure por lo menos alguna de las ramas relativas a las prestaciones de desempleo, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de vejez, de invalidez o de sobrevivientes. El campo de aplicación del Convenio puede ser determinado de tres modos, a elección de los Estados ratificantes: por referencia, bien sea a los asalariados, a la población activa o a los residentes del país. Los residentes extranjeros deben disfrutar de los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, se pueden prescribir normas especiales respecto de las prestaciones financiadas preponderante o exclusivamente con fondos públicos y de los regímenes transitorios.

<sup>248</sup> Verdier, Jean-Maurice, "Grande pauvreté, exclusion et droits fondamentaux. Un autre regard enrichi par le croisement des savoirs", *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social*, Burdeos, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, p. 11; OIT, *Des valeurs à défendre des changements à entreprendre. La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l'OIT. Rapport du Directeur Général (partie I)*, Conférence Internationale du Travail, 81a. session, 1994.

El Convenio establece los principios aplicables a la financiación de las prestaciones y prevé que el Estado ratificante debe asumir una responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de las prestaciones y a la buena administración de las instituciones y servicios por cuyo intermedio se aplica el Convenio.

*B. Ampliar el aspecto de aplicación de las normas laborales y general del derecho social*

Lejos de que el derecho del trabajo reduzca su campo de acción, quizá su futuro sumamente en el paradigma opuesto, es ampliar su campo de acción, sin necesidad de reformular toda una nueva disciplina, que algunos han denominado, derecho de la actividad o derecho del empleo.<sup>249</sup> Incrementar el espectro de aplicación de las normas laborales y en general del derecho social, implicaría partir de tres puntos:

a) Los derechos a la formación profesional:

- i) Antes de ingresar al mercado de trabajo;
- ii) Durante el trabajo; y
- iii) En caso de pérdida del trabajo.

b) Los derechos inherentes a una relación de trabajo, en donde las condiciones de trabajo estarían determinadas por el grado de subordinación económica existente.

c) La protección social para los desempleados y los sin empleo, es decir aquellos que contando con un empleo lo han perdido y de aquellos que aun no han ingresado al mercado de trabajo.<sup>250</sup>

Es preciso señalar, que el derecho del trabajo está íntimamente relacionado con las coyunturas económicas. A pesar de que ya ha sido señalado en múltiples ocasiones que dicha disciplina por sí misma no de-

<sup>249</sup> Cfr. Benoit, Aude, *Droit de l'emploi*, PUG, 1995, p. 190; Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (Rapport pour la commission européenne), París, Fammation, 1999, pp. 85-88.

<sup>250</sup> Pougoué, Paul-Gerard, "La protección social de los sin empleo"; Pasco, Mario, "Protección social de los desempleados", en *XVII, Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias generales*, Montevideo, 2003.

termina el auge o la crisis de un modelo económico. Sin embargo los efectos de las coyunturas económicas, ya sean éstas favorables o desfavorables. La exclusión social es el gran desafío de las sociedades modernas, permitir que se incremente la fractura social, incrementará al mismo tiempo los costos para repararla.