

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**La flexibilidad laboral en América Latina:
especial referencia al caso mexicano y
ecuatoriano**

Tesina que para obtener el grado de

ESPECIALISTA EN DERECHO LABORAL

Presenta:

ANDREA C. VITERI GARCÍA

TUTORA: DRA. PATRICIA KURZCYN VILLALOBOS

Ciudad Universitaria, 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo se ha construido bajo premisas sociales, económicas y políticas que en el transcurso del tiempo lo han moldeado y transformado para adecuarlo a las necesidades de cada época. Sin duda la vocación del derecho es regular los fenómenos sociales y las relaciones humanas, buscando fórmulas novedosas que procuren resolver cualquier problemática actual, sin embargo, esos cambios deben basarse siempre en los principios que lo consolidaron.

En los últimos años, el Derecho del Trabajo y sus instituciones han tenido una radical transformación en su contenido, debido a los cambios presentados en el manejo de las relaciones laborales, causados por las nuevas condicionantes económicas, tecnológicas y sociales. Por un lado, la era de la globalización y el libre mercado requirieron de profundas modificaciones en la estructura normativa, a fin de permitir una mayor movilidad de los recursos económicos, de las inversiones y de las empresas. Por otro lado el aumento de la tasa de desempleo provocó el crecimiento de una fuerza laboral excedente, que incrementó los niveles de subempleo y mercado informal, problemáticas que en su momento fueron adjudicadas a la “rigidez” de la norma laboral. Incluso la propia política seguida por las autoridades públicas, en el marco de las medidas de ajuste y desregulación, permitieron el desarrollo de mercados de trabajo secundarios o paralelos a través prácticas laborales flexibles.

Así, las normas laborales requirieron “innovar” sus instituciones y figuras contractuales, para adecuarse al contexto mundial y a las condiciones imperantes, demandando para ello modalidades que admitieran el continuo movimiento de mano de obra según los cambios de la empresa. Apareció la flexibilidad laboral como el medio idóneo para “acomodar” las condiciones laborales a las exigencias de productividad y competitividad imperantes, así como para frenar el desempleo. Se expandieron las formas “atípicas” de relación laboral bajo modalidades contractuales que no garantizaban adecuadamente la protección del trabajador; entre estas formas destacan las contrataciones temporales y por horas, los contratos de aprendizaje y los empleos eventuales a través de agencias de contratación o de empresas que se ocupan del manejo de las relaciones laborales, así como otras formas de subcontratación (de procesos, productos o servicios). La intención de estas reformas era aumentar los márgenes de

discrecionalidad del empleador, reducir costos, eludir la presencia de sindicatos y/o una mayor especialización.

América Latina no fue una excepción a este cambio. Por el contrario, la integración a los nuevos mercados comerciales y a las condicionantes de la globalización, fueron medidas necesarias aunque vistas, en su momento, como oportunidades para el desarrollo. Sin embargo, la región resultó ser una de las más afectadas por el fenómeno de la flexibilización laboral, ya que contaba con serias deficiencias en el manejo del mercado de trabajo, en la aplicación de políticas de empleo y en la norma laboral, por lo que no existieron condiciones justas para competir en el mercado internacional.

En la actualidad, se procura revertir los graves efectos de los cambios en la norma laboral, realizadas durante la década de los ochenta y noventa, en búsqueda de modelos más equilibrados que cumplan las bases del Derecho del Trabajo y aseguren un mínimo de protección a los trabajadores. En este contexto, se reconoce el nuevo papel de la Constitución en la solución de los conflictos laborales y su plena eficacia normativa al momento de proponer una reforma flexible. Además, se considera que las propuestas no sólo dependen de la reforma a la norma, sino de la conjunción de políticas públicas en materia de empleo y de seguridad social.

Por ello el objetivo primordial de esta investigación es analizar la flexibilidad laboral en la región latinoamericana con especial referencia a México y Ecuador, para determinar las consecuencias que ha tenido sobre los mercados laborales de cada país y según ello presentar propuestas viables para revertir sus efectos. Entre los principales resultados obtenidos en este análisis vemos que la mayoría de las reformas normativas y medidas de flexibilización no cumplieron con las expectativas de crecimiento para la región, ni redujeron el nivel de desempleo, ni “modernizaron” los mercados de trabajo como era su propósito, sino que crearon una situación de alta precariedad laboral que tuvieron serias consecuencias en la condición social de los trabajadores latinoamericanos. En tal razón, se propone algunas alternativas para promover un mayor equilibrio en las relaciones laborales de la región, en base a un modelo más acorde con los principios que sustentan el Derecho del Trabajo.

En el primer capítulo de la presente investigación hacemos un análisis de la evolución y consolidación del Derecho del Trabajo a nivel mundial y en América Latina, con referencia histórica de los factores que influyeron en su desarrollo y aquellos que en la región generaron serias deficiencias en el mercado de trabajo y en la norma; también analizamos los principios e instituciones jurídicas desarrolladas durante esta etapa, que se mantienen en la mayoría de las legislaciones laborales a nivel regional.

En el segundo capítulo entramos al estudio de la flexibilidad laboral, sus principales causas, las modalidades más utilizadas alrededor del mundo, los cambios en la norma y algunas experiencias positivas y negativas. En este capítulo señalamos los factores que influyeron en la propuesta de reforma y determinamos las consecuencias de su aplicación.

En el tercer capítulo analizamos la flexibilidad laboral en América Latina, las razones planteadas para reformar la norma, las recomendaciones del Consenso de Washington, las modalidades más utilizadas y sus resultados en los últimos años, para finalmente evidenciar el fracaso de la reforma laboral en la región y la necesidad de buscar un modelo alternativo. En este capítulo hacemos una especial referencia a los cambios sucedidos en México y Ecuador.

Finalmente en el cuarto capítulo revisamos las posibles perspectivas para solucionar los problemas actuales del mercado de trabajo que refieren directamente a la flexibilidad laboral, la necesidad de comprender este complejo fenómeno desde diversos enfoques y finalmente presentamos algunas perspectivas normativas que cumplan con el marco general de la Constitución y los Tratados internacionales, a fin de garantizar un mínimo de protección a los trabajadores. Reconocemos la importancia de la Constitución como un filtro necesario para las propuestas de reforma ya que constituye un mecanismo que legitima su contenido y lo hace más justo.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Metodología utilizada

Método Comparativo

El presente trabajo utiliza como método de análisis el derecho comparado con la finalidad de tener una visión más extensa de la manera cómo las sociedades han enfrentado el fenómeno de la flexibilidad laboral en los últimos años¹. Como marco de referencia se considera la región de América Latina por cuanto tiene un conjunto de textos relativamente homogéneos² y en la mayoría de casos que se analizan, se ha constatado una influencia recíproca entre los países en cuanto a la adopción de su legislación del trabajo y en la interpretación de ésta por los tribunales. Dentro de los parámetros de comparación se han considerado ciertos elementos extrajurídicos, como el contexto económico, político y social en el cual se aplica el modelo de flexibilidad, por la estrecha relación que existe entre el Derecho del Trabajo con estas condiciones.

En específico se examinan dos países como punto de comparación: México y Ecuador, en razón de dos situaciones específicas:

- 1) La influencia que tuvo la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos (Art. 123) en la evolución y desarrollo de la legislación laboral ecuatoriana; y
- 2) La problemática del mercado de trabajo en los últimos años, que procuró la flexibilización de las relaciones laborales.

Es importante destacar que entre ambos países existen algunas divergencias de tipo económico y normativo³, sin embargo, convergen en cuanto a los principios constitucionales y las tendencias seguidas en los últimos años.

¹ Para una mayor referencia véase una explicación clara y amplia sobre marco de análisis utilizado para hacer un estudio comparado en América latina. Reynoso Castillo, Carlos, *El despido individual en América latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1990, pp. 15 a 28

² Córdova, e., “Les possibilites d’harmonisation de la legislation du travail en Amérique Latine”, *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 4, vol. 112, 1974, p. 336, en Reynoso Castillo, Carlos, *El despido individual en América latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1990, p. 19

³ Las modalidades flexibles en México se aplicaron de hecho mientras que en Ecuador se realizó una profunda reforma normativa.

SUMARIO

CAPITULO I: Breve referencia del marco laboral en la Región

I. Etapas de evolución del Derecho laboral en América Latina

1.1. El liberalismo.....	10
1.2. El Constitucionalismo social y el nacimiento del Derecho del Trabajo	17
1.3. El Estado Benefactor y la nueva organización de trabajo	24

II. Breve análisis de las normas laborales en la región

2. Los principios laborales en las normas latinoamericanas	
2.1. Los principios de aplicación del Derecho Laboral.....	29
2.1.1. El principio protector.....	30
2.1.2. Principio de irrenunciabilidad.....	35
2.1.3. Principio de primacía de la realidad.....	36
2.2. Principio de la extinción del contrato de trabajo	
2.2.1 Principio de estabilidad en el empleo.....	37
2.2.2. Principio de causalidad	
2.3. Otros principios	
2.3.1. El derecho y deber de trabajar.....	38
2.3.2. Equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones	39

III.- Principios laborales en las constituciones y normas reglamentarias de México y Ecuador.

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos y la Ley Federal del Trabajo	40
3.2. Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo.....	45
3.3.- Los Tratados Internacionales.....	50

IV. El problema de la eficacia normativa en América Latina.....60

CAPITULO II: ¿Qué es la flexibilidad laboral?

I. Antecedentes.

1.1 Crisis Económica y social	
1.1.1 Crisis de la economía mundial	
1.1.2. Crisis del Estado Benefactor.....	62
1.2. Nuevos paradigmas sociales y económicos	
1.2.1 Globalización y mundialización.....	64
1.2.2. Revolución tecnológica y científica	65
1.2.3. Organización del Trabajo	
1.2.4. Mercado laboral	66

II. La flexibilidad laboral

2.1. Concepto de flexibilidad.....	68
2.2 Postura de los actores sociales	
2.2.1 Gobierno.....	70
2.2.2. Sindicatos.....	71
2.2.3. Empleadores.....	72
2.3. Postura de Organismos Internacionales sobre la flexibilización laboral	
2.3.1. OCDE.....	73
2.3.2. OIT.....	75
2.4. Adaptación del sistema de relaciones laborales.....	76
2.5. Formas de la flexibilidad	
2.5.1. Flexibilidad externa.....	80
2.5.2. Flexibilidad Interna.....	97
2.5.3. Flexibilidad salarial.....	108
2.6. ¿Es necesaria la flexibilidad laboral?	110

CAPITULO III: La flexibilidad laboral en América Latina

I. Antecedentes en la región

1.1 Condiciones económicas, políticas y sociales.....	112
1.2.- Condiciones sociales de América Latina.....	116
1.3. Nuevos paradigmas	
1.3.1. La globalización de América Latina	
1.3.2. La revolución científica y tecnológica.....	119
1.3.3. La reconversión industrial en la región.....	120
1.3.4. La organización del trabajo.....	123
1.3.5. El mercado laboral.....	124

II.- Las razones para flexibilizar.....125

III.- Intervención de los sindicatos.....126

IV. Modalidades adoptadas

4.1. Reformas normativas.....	128
4.1.1. Flexibilidad externa.....	134
4.1.2. Flexibilidad interna.....	169
4.1.3. Flexibilidad salarial.....	173
4.1.4 Otras modalidades.....	174

V. Críticas a la flexibilidad laboral en la región.....180

VI. Medidas positivas de la flexibilidad laboral en la región.....181

VII.- Resultados de la flexibilidad laboral en la región.....183

CAPITULO IV: Medidas alternativas para una flexibilización laboral que cumpla el marco constitucional y legal laboral en México y Ecuador

I. Perspectivas para una flexibilidad laboral equilibrada

1 Perspectivas económicas.....	186
1.1. Crecimiento en Productividad y Competitividad.....	187
1.2. Heterogeneidad productiva.....	189
1.3. Desarrollo y crecimiento económico.....	192
2. Perspectivas en la organización del trabajo y políticas de empleo	
2.1 La flexiseguridad.....	193
2.2. Perspectivas para incorporar un modelo de “flexiseguridad” en la región.....	201
3. Cambios normativos.....	223
4. La perspectiva constitucional y judicial.....	228
5. Otras medidas alternativas.....	250

II. Comentarios Finales.....255

CAPITULO I

EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL LABORAL EN AMÉRICA LATINA: ESPECIAL REFERENCIA A MÉXICO Y ECUADOR

I. Breve referencia de la estructura normativa laboral en la Región

Para conocer el marco constitucional y legal laboral de America Latina, es necesario realizar un breve análisis de las relaciones laborales en la región, sus condiciones, comportamiento y evolución. Como sabemos, el derecho del trabajo constituye una disciplina que se explica por razones históricas, políticas, económicas y sociales, por lo cual su estudio en el tiempo, permitirá entrever la complejidad de los cambios actuales.

Iniciaremos nuestro estudio, con los acontecimientos sucedidos en el siglo XIX, etapa en que se dieron las condiciones tanto económicas como sociales para la posterior formación del Derecho del Trabajo. Luego, entraremos al análisis de lo sucedido en el siglo XX, etapa en la cual se consolidó el Derecho del Trabajo, con los principios e instituciones característicos de esta disciplina. Posteriormente, examinaremos los principios laborales incluidos en las Constituciones y normas reglamentarias de la región, haciendo especial referencia a la mexicana y ecuatoriana, por ser los dos países base de nuestro estudio.

A través de todo el capítulo, resaltaremos las diferentes manifestaciones económicas, políticas, sociales, culturales y jurídicas, que se han relacionado con la formación del Derecho Laboral, porque en base a ellas, la región adquirió características propias, que divergen de otras regiones– Europa, Estados Unidos y otras – lo cual será de gran utilidad, para empezar el estudio de la flexibilidad laboral.

1. Etapas de evolución del Derecho laboral en América Latina

1.1. Liberalismo

1.1.1 De la independencia a las reformas liberales

Las condiciones políticas, económicas y sociales durante esta etapa, influenciaron en la formación del Derecho del Trabajo en la región; a principios del siglo XIX, los países latinoamericanos se encontraban en plena etapa de liberación de la corona española, por lo cual construyeron fórmulas propias en su organización política y económica; la mayoría de los estados se fundaron en el pensamiento liberal inglés, las doctrinas de los enciclopedistas franceses, la independencia de los Estados Unidos y su modelo de Constitución, adoptando por ello el modelo de liberalismo político, constitutivo del sistema individualista liberal, el cual en lo económico, promovía la libertad de industria y la destrucción de las barreras que se opusieran al pleno desarrollo.

Así surgió el modelo capitalista, que en América Latina se caracterizó por ser *primario exportador*, con una fuerte dependencia al mercado internacional; mientras en Europa empezaba la Revolución industrial, América Latina apenas organizaba sus estados independientes, lo cual influyó en que su integración al mercado internacional fuera lento, y bajo los principios de la división internacional del trabajo⁴. La economía de exportación agrícola y la formación de la industria primaria dieron paso a la composición del mercado laboral, que se integró principalmente por inmigrantes al sur del continente e indígenas en la zona de México y los países andinos. La sobreoferta de mano de obra y la tendencia individualista de la época, limitaron la aplicación de políticas sociales o de empleo en esta etapa.

En materia jurídica y política, la concepción filosófica de base fue el individualismo, que se fundó en el derecho natural y los derechos del hombre⁵. En lo político, el Estado

⁴ Se refiere a la especialización en la producción de determinados bienes y servicios. En este proceso un grupo pequeño de naciones tomaron la delantera como productores de bienes manufacturados, y los demás debieron conformarse con su papel de abastecedores de bienes primarios. Romero Alberto, "Particularidades de la actual división internacional del trabajo", *Globalización y pobreza*, Colombia, Universidad de Nariño, Marzo 2002, p. 21 <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/arglobal/211.htm>

⁵ El individualismo fija al tipo de hombre egoísta, desvinculado de los intereses sociales, que se considera igual a los demás, pero con sentido abstracto. Kurczyn Villalobos Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, UNAM-Porrúa, 1999, p. 25

adquirió una misión concreta que era la abolición de la esclavitud, ya que el derecho natural establecía que ninguna persona debía ser obligada a trabajar; por ello, los primeros decretos promovieron la abolición de la esclavitud en Chile en 1811, en Argentina en 1853, en Venezuela en 1854, en Cuba en 1886 y en Brasil en 1888.

En el aspecto jurídico, se consolidó la tradición jurídica continental que seguiría la región hasta nuestros días; tanto en materia de derecho privado, como de derecho público, la región contaba con las mismas fuentes de derecho, en donde la ley era la fuente principal. En materia de trabajo, la regulación de la relación laboral no se concretó, aunque se normó lo que en esa etapa fortalecería el modelo liberal: la libertad de trabajo⁶. Según la doctrina, existen dos motivos para el origen esta libertad: primero, la influencia de las ideas democráticas de la Revolución Francesa y las constituciones francesas de 1793 y 1795, las cuales reconocían los derechos del hombre como base de las instituciones sociales, siendo la libertad de trabajo un medio para garantizar la dignificación del hombre.

La segunda motivación fue la promoción del desarrollo económico de las nuevas naciones, dentro del modelo de libre mercado, en que la pequeña y mediana burguesía industrial feudal, requerían de un cambio que les asegurase el establecimiento de la propiedad privada⁷; por ello al alcanzar el control político, priorizaron la regulación de la libertad de trabajo a fin de asegurar el progreso industrial y comercial.

A finales del siglo XIX, las necesidades tanto sociales, políticas como económicas pusieron en duda el orden “liberal-conservador” establecido en la primera etapa, por lo cual se inició una oleada reformista en toda Latinoamérica⁸. Durante esta etapa, la libertad de trabajo se instituyó en la mayoría de constituciones latinoamericanas, como la del Perú en 1834 y 1839, la de Uruguay en 1830, la de Argentina de 1853, Brasil de

⁶ Se define como la facultad que gozan los hombres para dedicarse a la actividad económicamente reproductiva que libremente prefieran dentro de los límites impuestos por el bien común y el derecho. Trujillo Julio César, *Derecho del Trabajo*, 2da edición, Quito-Ecuador, PUCE, 1986, Tomo I, p. 55

⁷ Se postulaba la libre contratación frente al régimen de servidumbre y la concurrencia capitalista en contra de los gremios y corporaciones religiosas. Dávalos José, *Derecho Individual del Trabajo*, 12a ed., México, Porrúa, 2002, p. 51.

⁸ En Colombia de 1849 a 1864; en Venezuela durante el gobierno de Antonio Guzmán Blanco de 1870 a 1888; en Centroamérica en 1871. Guerra Vilaboy Sergio y Santana Adalberto (comp.), *Benito Juárez en América Latina y el caribe*, México, Cuadernos de Cuadernos, 2003, p. 44

1891. Las relaciones laborales se regularon por el derecho civil, ordenamiento que estaba influido por la tradición romana y el Código de Napoleón de 1804.

La mayoría de los códigos civiles de la región regularon la relación de trabajo bajo el título de arrendamiento de servicios⁹, entre ellos el Código Civil de Andrés Bello en Chile¹⁰, los códigos civiles de Venezuela¹¹, el Código Civil de Argentina de 1886, el de Perú de 1852, el de Costa Rica de 1888 y el de Brasil de 1916. La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales, dejaron en plena libertad a las partes para contratar con otro, lo que generó un abuso indiscriminado de los patrones, con lo cual el contenido social de la libertad de trabajo quedó anulado, pues para los trabajadores existía la necesidad de aceptar cualquier condición.

1.1.2 México y Ecuador en la etapa del liberalismo

1.1.2.1 México

Durante la etapa independentista, las ideas liberales e individualistas en México, promovieron la abolición de la esclavitud, que se plasmó en los decretos de don Miguel Hidalgo y Costilla de 19 de octubre de 1810, el Punto 15 de los Sentimientos de la Nación de Morelos (14 de septiembre de 1813) y el Plan de Iguala de 1821. En materia política, la organización del nuevo Estado se fundó en las ideas liberales de Estados Unidos y Francia, aunque con idiosincrasia propia, resultado del acomodo sociológico de identidades, el encuentro cultural y el rompimiento con el régimen anterior¹².

En el aspecto jurídico, la libertad de Trabajo se incluyó por primera vez en el Art. 38 de la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, lo cual se justifica por dos razones: según algunos autores estaba relacionado con la integración de la industria nacional¹³ y para otros, estaba influenciada por las ideas democráticas de la Revolución Francesa y las Constituciones de 1793 y 1795¹⁴.

⁹ El arrendamiento de servicios incorpora a la regulación del trabajo por cuenta ajena el principio de autonomía de la voluntad. Martín Valverde, Antonio, et. al., *Derecho del Trabajo*, 12a. ed., Madrid-España, Tecnos, 2001, p. 67

¹⁰ Humeres Magnan Héctor y Humeres Nogueer Héctor, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, 12° edición, Santiago de Chile, Editorial jurídica, 1988, p. 67

¹¹ Caldera Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2da edición, Caracas, Librería el Ateneo, 1960, Tomo I, p. 132

¹² Kuzcyn Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 65

¹³ Trueba-Urbina Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 47.

¹⁴ Kurzcyn Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 62

En el aspecto económico, a mediados y finales del siglo XIX, el país se caracterizaba por ser eminentemente agrícola, con un incipiente crecimiento agro-industrial y minero para la exportación de productos primarios. El ambiente económico se encontraba paralizado, con liberales sin capacidad económica, por lo cual surgió el liberalismo representado por Juárez, que pretendió romper con la herencia colonial y el liberalismo-conservador que existía a esa época, para lo cual se promulgaron las Leyes de Reforma, que promovieron un cambio importante¹⁵.

Más tarde, la Revolución de Ayutla consolidó el pensamiento liberal, lo cual se reflejó en la Constitución de 1857. En materia laboral, se aprobaron dos artículos –32 y 33- que reconocieron la libertad de trabajo, la proscripción de considerar al ser humano como mercancía, la regulación de los contratos de trabajo, de obras y aprendizaje. Estas disposiciones, junto con lo determinado en el Art. 1, significaron un avance en el reconocimiento de los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, puesto que la declaratoria de libertad, moldeó el sistema social que se estructuró formalmente en 1917¹⁶.

Ahora bien, el reconocimiento de la libertad de trabajo no fue suficiente para solucionar los profundos problemas sociales que atravesaron los jornaleros y campesinos en esta etapa¹⁷; por ello, varios congresistas en la Asamblea Constituyente de 1856, deploraron la libertad de trabajo. En el seno del congreso se elevaron las voces de Ignacio Luis Vallarta¹⁸, Ignacio Ramírez, el célebre “Nigromante”¹⁹, Ponciano Arriaga y José María del Castillo Velasco, quienes subrayaron las injusticias sociales que tal régimen jurídico propiciaba. Las propuestas presentadas por los congresistas, se dirigían a promover la participación de los trabajadores en las utilidades y el pago de un salario de

¹⁵ Entre las reformas más importantes tenemos: la desamortización de los bienes eclesiásticos y el reacomodo de los grupos económicos cuando la Iglesia puso en manos de particulares sus propiedades y sus bienes. Bastian Jean-Pierre, “*América Latina 1492-1992, conquista, resistencia y emancipación*”, Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica, UNAM-III, 1992, p. 28

¹⁶ Kurzcyn Villalobos Patricia, (El Constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México), *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, UNAM, Año I, núm 2, julio-diciembre de 2004, p. 108

¹⁷ En 1823, existían jornadas de *dieciocho horas laboradas y salarios de dos reales y medio*. Rivera Marin Guadalupe, “El Movimiento obrero en México, 50 años de revolución”, *La vida Social México*, 1961, p. 252.

¹⁸ ¿en el estado actual económico de los pueblos es posible llegar a cortar los abusos de que con justicia nos estamos quejando? Sin la proporcional distribución del trabajo, con los excesos de una avara producción... sin la justa proporción entre la población y la riqueza, y... sin el equitativo pago del trabajo... Que me respondan los publicistas si creen posible que las constituciones pueden curar tan graves males. De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 2005, Tomo I, p. 305

¹⁹ El verdadero problema social, es emancipar a los jornaleros de los capitalistas: la resolución... se reduce a convertir en capital el trabajo. Esta operación.... asegurará el jornalero no solamente el salario que convienen a su subsistencia, sino un derecho a dividir proporcionalmente las ganancias con todo empresario. Idem.

subsistencia, los cuales lastimosamente cayeron en el vacío, ya que el constituyente de 1856 -1857 simplemente las ignoró.

En 1863, se inició el segundo imperio mexicano gobernado por el archiduque Maximiliano de Habsburgo, impuesto por Francia. Tal emperador concebía que el progreso de las naciones no podía fincarse en la explotación del hombre, por lo cual expidió una legislación social en defensa de los campesinos y de los trabajadores²⁰. Estas normas no se aplicaron en razón de que el imperio fue derrocado. A continuación se detallan las normas que se expidieron en esta etapa:

Cuadro 1

Fecha	Ley	Contenido
10 de abril de 1865	Estatuto Provisional del Imperio (Arts. 69 y 70)	- Regulación de trabajos forzados; - Autorización de padres y tutores para trabajo de menores.
1 de noviembre de 1865	Ley del Trabajo del Imperio	- Libertad de campesinos para separarse de la finca; - Jornada de trabajo de sol a sol; - Descanso hebdomadario; - Pago de salario en efectivo; - Reglamentación de deudas a campesinos; - Supresión de cárceles privadas y castigos corporales; - Escuelas en las haciendas; - Inspección del trabajo.

Fuente: Pagina web, 500 años de México en documentos
http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1865_160/index.shtml

Elaboración: propia

A finales del siglo XIX, las leyes bajo el Porfiriato propiciaron éxitos en el campo económico. El proceso de industrialización se produjo con mayor auge durante la etapa de 1876 a 1911, en la cual fueron creadas las empresas manufactureras en el ramo de hilados y tejidos, ferroviarias, mineras, etc²¹ aunque el país seguía siendo más agrícola que industrial; las condiciones de la agricultura se descuidaron y no se modernizaron, lo cual aunado a la pésima distribución de la riqueza, favoreció el desajuste social. El campesinado se encontraba sometido por el endeudamiento con sus patrones y los obreros se encontraban en malas condiciones²².

²⁰ De la Cueva Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 21° edición, México, Porrúa, 2007, p. 41

²¹ Lastra Lastra José Manuel, *Derecho Sindical*, México, Porrúa, 2003, p. 187

²² Kurzcyn Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 28

En el aspecto jurídico, las relaciones laborales se regularon por la figura del mandato, el ejercicio de las profesiones y el contrato de servicios conforme el Código Civil de 1870²³; a diferencia de los países latinoamericanos que regularon las relaciones laborales bajo la figura de arrendamiento de servicios, en México esta figura fue deplorada por los legisladores ya que consideraron que “el hombre no es igual a una cosa”.

1.1.2.2. Ecuador

Durante los años de formación de la República ecuatoriana, las primeras constituciones políticas incorporaron la libertad de comercio e industria, con la idea de abolir el antiguo régimen de esclavitud y servidumbre (Art. 62, Constitución de 1830 y Art. 98 de la Constitución de 1835). En esta etapa hubo una conquista teórica, aunque la realidad se caracterizaba por el olvido de la ley y por el culto a la arbitrariedad y despotismo²⁴.

El 6 de marzo de 1845 estalló un movimiento revolucionario de amplio contenido nacional²⁵, por el cual se expidió una Constitución que consolidó la manumisión de los esclavos²⁶, que años más tarde se haría efectiva con la expedición de la ley que destinó fondos para que los esclavos fueran adquiridos por el Estado y liberados (1852). A pesar de la declaración de abolición de la esclavitud, se mantuvo el modelo de concertaje.

En 1850 se dictó una nueva Carta Política, en la cual se reconoció la ciudadanía como un privilegio de propietarios y de profesionales ricos²⁷, por lo cual los trabajadores estaban al margen de los derechos políticos. La Constitución de 1861 eliminó este privilegio, aunque las condiciones de los trabajadores se mantuvieron igual: se expidió

²³ Dávalos José, *Op. cit.*, nota 7, p. 54

²⁴ Verdesoto Salgado, Luis, “Derecho constitucional ecuatoriano y el contrato de trabajo”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, p. 17

²⁵ Revuelta en contra del General Juan José Flores, caudillo venezolano que pretendía perpetuarse en el poder, mediante la expedición de la Carta de esclavitud de 1843

²⁶ El artículo 108, expresaba que “nadie nace esclavo en la República, ni puede ser introducido en ella en tal condición sin quedar libre”.

²⁷ Para ser ciudadano se requiere “tener una propiedad raíz, o ejercer una profesión o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente, en calidad de doméstico o jornalero”

el Código Civil, el cual trasladó en forma literal el Código Civil chileno, regulando la relación laboral mediante el contrato civil de arrendamiento²⁸.

En el aspecto económico, el desarrollo en el país se inició en la década de 1870, cuando se incentivó la exportación de productos primarios, resultado de la expansión del cacao en Guayaquil²⁹. El comercio de exportación desarrolló un capitalismo comercial que chocaba con las formas feudales aún subsistentes en el Ecuador, lo cual condicionaba el advenimiento de un régimen de carácter liberal; esto aunado al creciente movimiento de pensadores liberales, prepararon una convulsión política de grandes proporciones³⁰.

Durante esta etapa, se emitió la Constitución de 1883 en la cual se incluyó el principio: “nadie esta obligado a trabajar sino en virtud de un contrato”, por lo cual entre patrono y trabajador debía existir previamente un acuerdo de voluntades, consentimiento mutuo, libertad en las cláusulas contractuales, los cuales vistos a la luz de los principios clásicos, anularon prácticamente la voluntad del trabajador.

El 5 de junio de 1895 estalló la Revolución liberal, la cual procuraba desmontar a la oligarquía clerical-conservadora. Las transformaciones implantadas por el liberalismo fueron innovaciones políticas e ideológicas, orientadas a consolidar mecanismos de reproducción del sistema capitalista en ascenso³¹. En 1897, el indio comenzó a ser objeto de preocupación constitucional, ya que en el Art. 138 de la Constitución se ordenó que los poderes públicos protegieran a la raza indígena, en orden al mejoramiento en su vida social. A pesar de esta declaratoria, las condiciones laborales no cambiaron y el descontento social siguió latente.

1.1.3. Conclusiones de la primera etapa

En esta primera etapa vemos que el origen de instituciones jurídicas laborales en ambos países, estaban claramente marcadas por la ideología política y económica de la época.

²⁸ Art. 1906.- El arrendamiento es un contrato en que las dos parte se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado.

²⁹ Lucena Salmoral Manuel y otros, *Historia de Iberoamérica*, Madrid-España, Ediciones Cátedra, 1992, Tomo III, p. 157

³⁰ Ayala Mora Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Biblioteca digital andina, p. 34

³¹ Lastra Lastra José Manuel, *Op. cit*, nota 21, p. 35

El liberalismo promovía una total eliminación de la esclavitud y sentaba principios básicos de libertad e igualdad del hombre, lo cual caló profundamente en el ámbito laboral. Sin embargo vemos que esta igualdad no podía aplicarse a una relación jurídica que desde su inicio era desigual: el poder patronal, poseedor de la fuente de trabajo, no era equitativo a la voluntad del trabajador vedada por la necesidad de aceptar cualquier condición para satisfacer sus necesidades básicas. Esta desigualdad no fue percibida por el legislador en esta etapa, por lo cual la condición de los trabajadores fue crítica. En la siguiente etapa veremos que los cambios en el modelo político y económico, así como la participación activa de los trabajadores en el movimiento organizado, promovieron una transformación en las relaciones laborales y en la norma.

1.2 El Constitucionalismo social y el nacimiento del Derecho del Trabajo

1.2.1 Principios y mediados del siglo XX

Para algunos autores, el derecho del trabajo se gestó en el siglo XX, como consecuencia de la honda división que produjo entre los hombres el sistema económico y de gobierno de la burguesía³²; en el liberalismo se practicó una libertad económica sin otro límite que la libertad de los individuos, basada en la errónea búsqueda del hombre en el estado de naturaleza por lo cual todo lo social quedaba excluido. Para otros autores, en cambio, las bases del derecho laboral empezaron a gestarse a finales del siglo XIX cuando se inició la transición del liberalismo hacia el socialismo, conforme al nuevo sentido de la acción que se orientó a lo social³³. El individualismo era una visión práctica del hombre que evolucionó ante la presencia de variaciones en las relaciones humanas que requirieron de formas y modos de conducta que convergieran en justicia para todos, con prevalencia de los intereses de la mayoría sobre los de la minoría. Así surgió el socialismo como consecuencia de la acción social racional.

Por ello, la gestación de una normativa social era inminente en todo el mundo, influida por la transformación de las condiciones sociales, económicas y políticas de la época.

³² Verdesoto Salgado, *Op. cit.*, nota 24, p. 5

³³ La acción social es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo. Weber Max, *Sociedad y economía*, México, FCE, 1987, p. 20. Citado por Kurczyn Patricia, *op. cit.*, nota 4, p. 67

En lo social, las ideas del canciller Bismarck en Alemania³⁴, el protagonismo político del movimiento obrero y la rebelión del pensamiento en Europa, fueron las pautas que permitieron la reglamentación de las normas laborales. La evolución del derecho del trabajo fue muy notoria dentro del lapso de las dos grandes guerras, en que se expidieron cuatro documentos que establecieron derechos a favor de la clase obrera: La Constitución Político-social de México; la Constitución socialista de Weimar; la Constitución Comunista de la URSS y el Tratado de Versalles.

La importancia de este Tratado de Paz - firmado el 28 de junio de 1919- radica en que por primera vez centró en la mesa de discusión internacional el problema social y se intentó poner remedio a la crítica situación de los trabajadores mediante el establecimiento de un organismo internacional - la Organización Internacional del Trabajo (OIT)- que tendría a su cargo la creación de normas reguladoras de los derechos de los trabajadores.

La instauración de la OIT está contenida en la Parte XIII del Tratado de Versalles³⁵ y a ella corresponde los artículos 387 a 427. Los principios laborales que se incluyeron en estas disposiciones los resumimos de la siguiente manera: a) El trabajo no es una mercancía; b) Se debe reconocer el pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente; c) Se debe adoptar la jornada de 8 horas o 48 horas a la semana y el descanso hebdomadario de 24 horas; d) Suprimir el trabajo infantil y limitaciones en el trabajo de jóvenes; e) Se establece el principio de salario igual, para un trabajo de igual valor; y f) Se debe organizar un servicio de inspección en cada país.

En América Latina, la ampliación de la democracia formal, el inicio de diversos movimientos sociales y la transformación de las instituciones tradicionales del Estado, abrieron el camino para la formación del derecho laboral. Apareció en la región, el derecho social, como reacción en contra de los abusos del modelo anterior, donde la

³⁴ *Intervencionismo estatal a fin de alcanzar el reconocimiento público de algunas responsabilidades sociales y la formación de instituciones que fueran más allá de las restricciones impuestas por los principios de laissez-faire.* Ordóñez Barba Gerardo, "Surgimiento y devenir del Estado de bienestar en las democracias occidentales", *Agenda para el Desarrollo, Empleo, ingreso y bienestar*, México, Cámara de Diputados, Miguel Ángel Porrúa y UNAM, 2007, volumen 11, p. 27

³⁵ En el preámbulo se señala: a) Que la justicia social está reconocida como una condición de paz universal; b) Que existen condiciones de trabajo que implican, para gran número de personas, la injusticia, la miseria y las privaciones, lo que engendra tal descontento; que la no adopción, por una nación cualquiera, de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones de mejorar la suerte de los obreros en sus propios países. De Buen Néstor, *Op. cit.*, nota 18, pp. 202-203

libertad, para hacerla posible, tiene que alojarse en los grupos sociales, como obreros, campesinos y grupos minoritarios. Así, dos fueron las razones para su formación: El primero, el estallido de los movimientos sociales, y el segundo, los actos de autoridad que reglamentaron las primeras leyes protectoras.

La unión de los trabajadores fue la respuesta natural a la explotación en el trabajo, pero ¿existió realmente en América Latina, una organización de trabajadores consolidada, si el trabajo era principalmente rural y agrícola?. Para algunos autores³⁶, la creciente urbanización y la migración interna contribuyeron a la formación de los tempranos movimientos laborales en Latinoamérica, a lo cual influyó además, las ideas del anarquismo y socialismo europeo y las condiciones políticas de la región. A continuación analizaremos los casos específicos de México y Ecuador:

- **México y Ecuador en el siglo XX**

1.2.1.1. México

En México, según varios autores³⁷, los sonados casos de las huelgas de Cananea y Río Blanco, representaron el inicio de la revolución laboral. Para otros³⁸, fue a partir del 5 de octubre de 1910, cuando se dio a conocer el Plan de San Luis, en que inició el movimiento que establecería el Constitucionalismo social. La lucha provenía principalmente del campesinado, que en cierta ocasión, fue combatido por el movimiento de trabajadores³⁹, aunque influyó también el movimiento liberal mexicano, presidido por Flores Magón, que fue el promotor del socialismo emprendido formalmente en 1917⁴⁰.

En el Congreso Constituyente de 1916, se incluyó el Art. 123, que fue la primera disposición en elevar a categoría de norma fundamental, el reconocimiento y protección

³⁶ Lucena Samoral, *Op. cit.*, nota 29, p. 357

³⁷ GomezPeralta Damiron, Manuel, *La Revolución Laboral*, México, Plaza y Valdés, 1996, p. 26

³⁸ Néstor de Buen, José Dávalos, entre otros.

³⁹ Los batallones rojos –trabajadores- se incorporaron al ejército constitucionalista y se enfrentaron al ejército de Villa, en Tampico y Celaya. De Buen Néstor, “El Sistema Laboral en México”, *Panorama internacional de Derecho Social. Culturas y Sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 132.

⁴⁰ Kurzcyn Villalobos, *Op. cit.*, nota 4, p. 70

de los derechos de los trabajadores. Su importancia fue tal, que influyó en la mayoría de legislaciones latinoamericanas.

Ahora bien, resulta importante para nuestro estudio, las razones por las cuales se incluyó esta disposición en la Constitución, si la participación de los trabajadores en la revolución fue escasa. La razón principal se relaciona con el sentido profundamente reivindicativo del movimiento social, en contra de las condiciones de explotación a los trabajadores, lo cual se reflejó en el seno del Congreso de Querétaro, al discutirse el proyecto del Art. 5. En las sesiones se dieron debates memorables de los diputados Héctor Victoria, Heriberto Jara, Froylan C. Manjarrez, Alfonso Cravioto y Luis Fernández Martínez⁴¹ quienes defendieron la tesis de incluir el derecho de los trabajadores en la Constitución. La ideología liberal se convirtió en ideología social durante la redacción de este artículo⁴².

Además de esta razón, se presentaron otras que influyeron en gran medida en la formación del derecho laboral mexicano: 1) el reclamo de los trabajadores en las ciudades, donde la dictadura porfiriana era menos soportable⁴³; 2) la influencia de los propagandistas del anarquismo, que vincularon el problema de la tierra con el trabajo, identificando la condición de explotación de los trabajadores del campo con los de la ciudad⁴⁴; y, 3) el interés político de otorgar hegemonía al poder ejecutivo, requiriendo para ello, el apoyo de la izquierda jacobina, que recibió a cambio, importantes prerrogativas en la norma⁴⁵. Por ello se considera que el movimiento revolucionario estuvo claramente influido por el reclamo de los trabajadores que vieron reconocidas sus aspiraciones en la Constitución de 1917.

Previo a la expedición del Art. 123 Constitucional, la actividad legislativa en materia laboral se desarrolló en forma espontánea, como resultado de las iniciativas locales de varios Estados. Las leyes más destacadas fueron:

⁴¹ Los que hemos estado al lado de esos seres que trabajan... los que hemos visto esos sufrimientos... tenemos la obligación imprescindible de venir aquí, a dictar una Ley y cristalizar en ella todos los anhelos y esperanzas del pueblo mexicano. Citado por Báez Martínez Roberto, *Principios básicos del Derecho del Trabajo*, 4ta, ed., México, Editorial PAC, 2001, p. 4

⁴² Kurzcyn Villalobos, *Op. cit*, nota 4, p. 70

⁴³ Capitalismo y reforma agraria en México, Ediciones Era, 1980, p. 53, citado por Ordoñez Cifuentes José Emilio Rolando, *Dos ensayos en torno al Derecho Social en Mesoamérica, México-Guatemala*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 11

⁴⁴ Lucena Samoral Manuel, *Op. cit*, nota 29, p. 327

⁴⁵ De Buen Néstor, *Op. cit*, nota 18, p. 128

Cuadro 2

Leyes	Estado
Ley sobre Atención Médica y Pago de Salarios en caso de Accidentes de Trabajo.	Estado de México 1904
Ley sobre accidentes de Trabajo.	Nuevo León 1906
Decreto que reduce la jornada a nueve horas, establece el descanso semanal y prohíbe la reducción de salarios.	Aguascalientes 1914
Ley que consigna descanso dominical, descanso obligatorio, vacaciones de ocho días anuales.	Jalisco 1914
Ley que fija salarios mínimos.	Tabasco 1914
Ley que reconoce la personalidad jurídica de las asociaciones profesionales.	Veracruz 1915

Fuente: Patricia Kurzcyn Villalobos, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, UNAM-Porrúa, 1999.

Elaboración: Patricia Kurzcyn

Incluso algunos estados como Jalisco, Veracruz y Yucatán crearon Leyes completas de Trabajo, en las cuales se regulaba la mayoría de las condiciones laborales; entre ellas tenemos las siguientes:

Cuadro 3

Leyes	Estado
Ley del Trabajo que reglamentaba la jornada máxima de nueve horas, los salarios mínimos para el campo y la ciudad, la protección al salario, la reglamentación del trabajo a destajo y la creación de las Juntas Municipales de Conciliación y Arbitraje.	Jalisco 1914
Ley de Trabajo que regulaba la jornada de trabajo de nueve horas, descanso semanal en domingos y días festivos, obligación de los patrones de proporcionar a los obreros enfermos asistencia médica, medicinas, alimentos y salario; creación de los Tribunales de Trabajo denominados “Juntas de Administración”, y los inspectores de trabajo.	Veracruz 1914
Ley del Trabajo que establece un Consejo de Conciliación y reconoce el derecho a la huelga	Yucatán 1915

Fuente: Patricia Kurzcyn Villalobos, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, UNAM-Porrúa, 1999.

Elaboración: Patricia Kurzcyn

1.2.1.2. Ecuador

El Derecho del Trabajo en el Ecuador tiene sus orígenes en la primera década del siglo XX, con la constitución de la Unión Ecuatoriana de Obreros, organización que protagonizó el primer Congreso Obrero Ecuatoriano en 1909. En este congreso se planteó la necesidad de expedir leyes laborales que garanticen los derechos de los trabajadores como el pago de indemnizaciones en casos de accidentes de trabajo, la reglamentación adecuada de salarios, la duración de la jornada de trabajo por 8 horas, el establecimiento de casas de retiro para obreros inválidos y el establecimiento de

sindicatos profesionales, entre otras aspiraciones laborales. Ante las peticiones de los trabajadores, en 1916 se expidió la ley que limitó la jornada de trabajo a 8 horas.

En 1920, se conformó la Confederación Obrera Ecuatoriana, organización que en el segundo congreso de trabajo, ratificó las propuestas enunciadas anteriormente y requirieron además que se expidieran leyes de protección a la mujer obrera y a la niñez, la construcción de habitaciones higiénicas que puedan adquirirse por el sistema de amortización; la asistencia médica gratuita; el descanso obligatorio en los días domingos; la protección a la raza indígena; el impuesto a la tierra que no produce y, el descanso semanal obligatorio. Luego de estos reclamos, en 1921 se consiguió la expedición de la Ley sobre Accidentes de trabajo.

El 17 de octubre de 1922, los trabajadores ferroviarios del país, protagonizaron una huelga nacional en demanda del cumplimiento de la ley de jornada de trabajo de 8 horas, la ley de accidentes de trabajo, el incremento salarial, la atención médica adecuada y la reglamentación del despido. La alarma que produjo la paralización del ferrocarril, forzó al gerente de la empresa a llegar a un arreglo con los huelguistas, por lo que se suscribió un Acta en el que se reconocieron sus derechos. El éxito de esta movilización, generó la solidaridad de las organizaciones laborales de todo el país, especialmente del Puerto de Guayaquil que reclamaron la reivindicación de sus derechos – trabajadores del gas, verteros, conductores de carros urbanos, del taller del carrilano y cascajeros -. El día 15 de noviembre, la gigantesca manifestación de trabajadores por las calles de Guayaquil fue reprimida a fuego abierto. Murieron centenares de obreros.

Esta secuela de muerte, dio como consecuencia la expedición de nuevas normas laborales, las cuales fueron promulgadas a partir de 1928. Estas leyes regulaban el Contrato Individual de Trabajo, Desahucio, Responsabilidad por Accidentes de Trabajo y su prevención, duración máxima de la Jornada de Trabajo y descanso semanal, trabajo de las Mujeres, Menores y Protección de la maternidad, y el procedimiento para acciones provenientes del Trabajo⁴⁶. Este proceso culminó con la expedición del Código del Trabajo, el 5 de agosto de 1938 por el General Alberto Enriquez Gallo. A la par de

⁴⁶ Biografía Miguel Ángel Zambrano Orejuela, <http://www.diccionariobiograficoecuador.com/tomos/tomo14/z1.htm>

la regulación en la norma, se suscitaron importantes conflictos de trabajo que se resolvieron con la suscripción de contratos colectivos, algunos de los cuales se lograron tras cruentas luchas.

Ante tales eventos, los trabajadores pugnaron por el reconocimiento de los derechos laborales en la Constitución. En la Carta Política de 1929 se incluyó por primera vez, algunas garantías constitucionales en derechos sociales, aunque fue la Constitución Política de 1945 la que incorporó las más importante garantías fundamentales relativas al trabajo y a la previsión social. De esta manera quedó integrado el marco jurídico del trabajo en el Ecuador, que más tarde tuvo un importante desarrollo hasta finales del siglo XX.

1.2.2 Conclusiones de la Segunda Etapa

En esta segunda etapa, la influencia del movimiento obrero y la expedición de normas laborales, tanto a nivel constitucional como legal, sentaron las bases para la consolidación del Derecho del Trabajo en ambos países. Si bien la industrialización, característica propia del movimiento obrero europeo y estadounidense, no fue la tónica que marco la organización de los trabajadores en América Latina, si se generaron condiciones sociales que justificaron jurídicamente la creación del nuevo derecho. Detrás de la expedición de las primeras normas laborales, estuvo presente el reclamo constante de los trabajadores organizados y la profunda reivindicación de sus derechos.

1.3. El Estado Benefactor y la nueva organización del trabajo

Otros de los factores que permitieron la formación y consolidación del derecho laboral, fueron las condiciones económicas y políticas que se dieron durante el siglo XX, principalmente el cambio de un Estado liberal e individualista, a un Estado benefactor. A continuación señalaremos los cambios producidos en esta época y su influencia en el Derecho del Trabajo.

1.3.1. El Estado Benefactor

A nivel mundial, la gran depresión del mercado norteamericano de 1929 y la terminación de la Segunda Guerra mundial, dieron paso a la creación de un nuevo modelo económico en el cual la intervención estatal se daría en todos los órdenes de la vida del hombre. Este nuevo modelo denominado Estado benefactor se fundó bajo la confluencia de tres desarrollos paralelos e interdependientes: el capitalismo, como modo de producción; la democracia, como un medio de representación y recambio político, y la evolución del Estado hacia fórmulas de gobierno intervencionistas⁴⁷.

En esta etapa América Latina decidió tomar un camino conocido como “crecimiento hacia adentro”, tratando ahora de producir lo que antes importaba. La política económica y social, se fundó en la teoría de Keynes, que procuró intensificar los mecanismos de regulación, dando mayor énfasis a la demanda; se estimuló la solución pacífica de los conflictos entre capital y trabajo; se centró como objetivo principal la competitividad para las economías nacionales y se intensificó la inversión externa e interna, para implantar un modelo de empleo estable. Durante los años cincuenta y sesenta, el Estado Benefactor vivió un período de expansión en el cual se afianzó el equilibrio en el logro de objetivos económicos y sociales, mediante la ampliación en la cobertura y servicios para la ciudadanía en general y para los trabajadores en particular. Se dieron las condiciones necesarias para desarrollar la legislación laboral y extender los derechos en el campo social⁴⁸.

1.3.2 Autonomía del derecho del trabajo

A nivel mundial, la evolución que tuvo el derecho del Trabajo a principios y mediados del siglo XX, fue notable, principalmente por la preocupación de marcar su autonomía frente al derecho común o civil. Los cambios sociales, económicos y políticos que promovían un cambio normativo, requerían de un nuevo instrumento jurídico para regular la complejidad del contrato de trabajo y todas las instituciones que los preceden,

⁴⁷ Ordoñez Barba Gerardo, *Op. cit.*, nota 34, p. 27

⁴⁸ Se prestó máxima atención a la estabilidad en el empleo, acompañada de ciertas garantías sociales: salarios mínimos, seguridad en el empleo, ampliación de prestaciones sociales, vacaciones pagadas y reducción de la jornada laboral. Sarfati Hedva y Kobrin Caherine (comp.), *La flexibilidad del mercado de trabajo, antología comparada*, España, Colección Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Núm. 29, 1988, p. 11

ya que los códigos civiles resultaban insuficientes⁴⁹. La autonomía del Derecho del Trabajo se logró en base a cuatro aspectos: en primer término, su independencia respecto al Derecho Civil; en segundo lugar, su autonomía jurisdiccional; como tercer motivo, su autonomía didáctica y científica; y, como cuarta y última causa, la influencia que ha ejercido modificando conceptos en las restantes ramas del Derecho⁵⁰.

1.3.3 El Fordismo - Taylorismo y las políticas de empleo

El modelo productivo propio del Estado benefactor, también permitió la consolidación del Derecho del Trabajo; así la organización científica del trabajo se basaba en dos teorías – el fordismo y taylorismo – que eran predominantes en las industrias de la época. El Taylorismo, consistió en separar las funciones del trabajo en planificación de tareas y ejecución de las mismas, a la par que se desintegraba al máximo el proceso de trabajo⁵¹. Mediante este sistema, el trabajador realizaba su labor a través de operaciones repetitivas y sincronizadas. Por su parte, el Fordismo, trató de organizar la industria en grandes series. Henry Ford, aportó los procesos de la cadena de montaje y la cinta transportadora, que significaron la automatización del proceso productivo. Mediante este sistema, el obrero sólo se concretaba a realizar una parte del proceso de fabricación, para lograr una mejor calidad del producto.

La concentración de los trabajadores en las grandes fábricas, consecuencia de este modelo, dio origen a la fuerte solidaridad característica de los sindicatos y organizaciones profesionales, construida en base a intereses similares – tiempos de trabajo, categorías, salarios – los cuales dieron paso al concepto de trabajo subordinado, base de las normas laborales reglamentadas en aquella época y que se mantienen de facto hasta nuestros días⁵².

En América Latina, este modelo productivo, tuvo serias deficiencias, por lo cual se lo denominó *fordismo periférico*, con las siguientes características: 1) La industrialización

⁴⁹ Cabanellas de Torres Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, actualizado por José N. Gómez Escalantes, Argentina, ed. Helista, 2001, Tomo I, p. 140

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Jaua Milano Elias, “Del Fordismo a la flexibilidad laboral: supuestos, crisis y realidades de la regulación social”, *Foro de Economía Política*, 2004, www.red=vertice.com/fep

⁵² Raso Delgue Juan, “El Derecho del empleo. La nueva dimensión del trabajo”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Derecho social, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México-UNAM, 2005, p. 26

se basó en pautas tecnológicas importadas, con poca adaptación local; 2) La distribución desigual del ingreso y la poca modernización en tecnología, causó que la productividad no creciera significativamente; y 3) Las estructuras fordistas eran externamente deficitarias, lo cual dio paso al endeudamiento de las naciones latinas, que no vieron los resultados esperados.

Estas condiciones limitaron, en gran medida, la consolidación del nuevo modelo productivo en la región, lo que caracterizó su mercado de trabajo. En un primer momento existió un importante dinamismo del empleo asalariado en los sectores secundario y terciario de la economía, donde las empresas medianas y grandes del sector privado jugaron un papel central en el crecimiento del empleo. En un periodo de treinta años - entre 1950 y 1980 - América Latina se transformó de un subcontinente rural, en una región predominantemente urbana, en que la mayor parte de la Población Económicamente Activa (PEA) se ubicaba en la industria, el comercio y los servicios. Uno de los problemas que empezaron a presentarse en esta etapa fue la informalidad y el subempleo, que se debió principalmente a la escasa expansión de la industria, consecuencia de la poca adaptación tecnológica importada. Esta situación disminuyó la posibilidad de ampliar la ocupación en el área industrial, orillando a la mayoría de trabajadores al sector terciario, el cual no pudo cubrir todas las plazas requeridas por el mercado laboral.

Durante las décadas de los sesenta y setenta, estos problemas no fueron advertidos ni resueltos, por cuanto las políticas de empleo se enfocaban únicamente a los aspectos de expansión cuantitativa del empleo, principalmente el trabajo formal. Para los expertos, con economías cerradas, la cuestión de los choques externos eran más fáciles de administrar⁵³. Por ello, aplicaron algunas políticas de tecnologías tradicionales, especialmente en el sector agrícola, lo cual era necesario para estrechar vínculos entre la expansión del producto y del empleo, pero no se tomaron medidas a largo plazo.

⁵³ Hacíamos el ajuste hacia adentro, teníamos un poco de inflación; se ponía mucho énfasis en la demanda interna para hacer crecer el producto y generar empleo productivo, promoviendo algunos desequilibrios inflacionarios. Souza Pablo Renato, *Políticas de empleo en Chile y América Latina*, Santiago de Chile, OIT, 2003, p. 27

1.3.4 El sindicalismo

Uno de los factores que permitieron la formación y consolidación del Derecho del Trabajo fue el sindicalismo. Como sabemos, el sindicato y su activismo, constituyen un elemento importante en la vida de las relaciones laborales, por lo que resulta importante conocer sus características; en cuanto a su estructura, en la mayoría de países latinoamericanos prevalece el sindicato organizado al interior de la empresa, constituido por trabajadores que tienen en común un mismo empleador⁵⁴. Esta cuestión es trascendental, en razón de que el sindicato de empresa conduce a la dispersión de los trabajadores y a la reducción del campo de acción en la negociación colectiva, lo cual se verifica frecuentemente en América Latina. México y Ecuador tienden a manejar este tipo de sindicatos, con ciertos casos aislados.

En cuanto a la capacidad de afiliación, la mayoría de sindicatos en la región afilian a una proporción relativamente modesta de la PEA. México al año 2000 tenía un porcentaje de afiliación de 9.81%⁵⁵ mientras que en Ecuador era de 4,9%; esto se debe a que en la región, la mayoría de trabajadores susceptibles de ser sindicalizados forman parte de los asalariados urbanos, los cuales se manejan en un escenario con altas tasas de desocupación y de ocupación en la economía informal, lo cual explica el porcentaje de trabajadores excluidos de la sindicalización.

En el limitado número de trabajadores sindicalizados influyó también la flexibilización laboral, principalmente en lo referido a la limitación de los alcances de la estabilidad laboral, el fomento de contratos temporales y la descentralización de las actividades de la empresa, cuya modalidad más característica es la subcontratación laboral con sus diversas formas. Todas estas modalidades las analizaremos a detalle en el siguiente capítulo.

Otra de sus características, es la clara vinculación del sindicato con el Estado, condición que viene desde la aparición de los movimientos “populistas”,⁵⁶ de mediados del siglo

⁵⁴ Pasco Cosmópolis, Mario, “Relaciones Laborales en América Latina”, *Revista Laboral, la práctica jurídico – Administrativa*, Año IV, No. 49, 1996, p. 95

⁵⁵ Herrera Fernando y Melgoza Javier, *Evolución reciente de la afiliación sindical y la regulación laboral en México*, en De la Garza Enrique y Salas Carlos (coord), *La situación del trabajo en México, 2003*, Instituto de Estudios del Trabajo, Universidad de Texas, 2003, p. 325

⁵⁶ El peronismo, varguismo, Acción Democrática, Partido Revolucionario Institucional PRI, MNR y otros

XX, que utilizaron el desarrollo del sindicalismo legal para implantar una política de estatización sindical, que les permitió controlar el movimiento obrero a través de las burocracias sindicales dirigidas por el Estado. En México, a mediados del siglo XX, los sindicatos empezaron a participar activamente en el proceso político del país⁵⁷. Se consolidó un proceso de burocratización, por el cual, los sindicatos se convirtieron en apéndice del sistema político⁵⁸, a través de sus representantes sumisos a la burocracia estatal y, por lo tanto, ajenos al sentir de la clase trabajadora. En Ecuador, la estatización sindical se dio durante los años setenta, cuando los partidos políticos se infiltraron en los dirigentes obreros, con el fin de manejar las decisiones de los trabajadores y conseguir afinidad con las políticas de Estado.

1.3.5 Conclusiones de la Tercera Etapa

En esta etapa de consolidación del Derecho del Trabajo, influyeron las condiciones políticas y económicas de la época, que dieron características especiales al derecho laboral latinoamericano, especialmente al mexicano y ecuatoriano. Según analizamos, el manejo de las relaciones laborales en ambos países, presentaron una serie de deficiencias que influyeron más adelante en el ejercicio de los derechos laborales y en la solución de situaciones de crisis en el mercado laboral.

II.- Breve análisis de las normas laborales en la región

Una vez analizada las condiciones económicas, políticas y sociales de la región durante la formación del Derecho del Trabajo, iniciaremos el estudio de las normas laborales que se reglamentaron durante esta etapa. Aunque la mayoría de países de América Latina, comparten raíces históricas y culturales similares, la evolución de su estructura normativa no ha sido siempre homogénea y paralela.

⁵⁷ Lastra Lastra José Manuel, *op. cit.*, nota 21, 2003, p. 221

⁵⁸ Son los casos de la CTM –tuvo una importante participación política desde mediados de los 50, siguiendo los pasos de la antigua CROM, que en 1928 apoyó directamente al gobierno de Obregón y Calles – CNC, CNOP, el CT – su formación fue promovida por el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz en 1966-.

En un primer momento, se había pensado en una posible armonización del derecho del trabajo, o al menos de una orientación en dicho sentido⁵⁹, sin embargo, cada país tomó caminos diferentes; entre las más destacada señalaremos las siguientes:

1) Existen ciertas divergencias en la reglamentación de las normas constitucionales, en que se han utilizado fórmulas disímiles por cada país; dos casos paradigmáticos son el de Chile, que prefirió expedir un Código del Trabajo, y el de México que expidió una Ley Federal; 2) En cuanto a las reformas de la legislación del trabajo, cada país ha considerado su coyuntura económica y política, para transformar su norma laboral, en lugar de buscar una solución concertada entre las naciones y los actores sociales; 3) En lo referente a la negociación colectiva, la tendencia sigue el modelo productivo de cada país, así se habla de una centralización negociadora en la mayoría de países (Chile y México) y la descentralizada en otros (Brasil).

A pesar de las diferencias, en la región es clara la marcada tendencia social a partir de la expedición del artículo 123 de la Constitución Mexicana en 1917 y la influencia de la Organización Internacional del Trabajo; los diversos convenios y recomendaciones dados por esta organización desde 1919, han constituido un verdadero Código Internacional del Trabajo que ha reforzado el mandato constitucional de cada nación y ha contribuido a extender el ámbito de su reconocimiento formal por su fuerza expansiva⁶⁰. Esto ha permitido desarrollar importantes principios constitucionales y legales que resaltaremos a continuación:

2. Los Principios laborales en la norma latinoamericana

Para Alonso García, los principios en materia laboral, son líneas directrices que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas de Derecho⁶¹. El Derecho laboral se distingue por tener principios propios, que constituyen un claro

⁵⁹ Sánchez-Castañeda Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 125

⁶⁰ Plá Rodríguez Américo, *Los derechos humanos y el derecho del trabajo*, en Debate Laboral, Año III, No. 6/1990, Costa Rica, p. 12

⁶¹ Alonso García, Manuel, *Derecho del trabajo*, Barcelona, 1960, t. I, p. 247. Citado por Plá Rodríguez Américo, "Los principios del Derecho Laboral", *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo-Uruguay, Biblioteca de Derecho Laboral, 1975, p. 16

signo de su especialidad y autonomía. Encontramos tres tipos de principios jurídicos, que dieron forma a las normas laborales en la región⁶²:

2.1. Los principios de aplicación del Derecho Laboral

Son aquellos que constituyen las fuentes de regulación de la relación del trabajo, donde encontramos principalmente a los siguientes principios:

- 1) PRINCIPIO PROTECTOR, el cual se puede concretar en tres reglas:
 - a) In dubio, pro operario;
 - b) Regla de aplicación de la norma mas favorable⁶³;
 - c) Regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos;
- 3) Principio de la primacía de la realidad;
- 4) Principio de la razonabilidad;
- 5) Principio de la buena fe.

Estos principios y reglas han llegado a tener tal importancia en el derecho del trabajo, que ciertos autores consideran que son inmutables, en relación con la vocación de permanencia que proviene de la lógica protectora, y otros consideran que se agota en el sistema de fuentes⁶⁴. A continuación analizaremos los principios laborales que consideramos más importantes para nuestro estudio:

2.1.1. Principio protector

El principio protector se constituye en la columna vertebral de toda la legislación laboral en razón de que compensa la desigualdad económica desfavorable al trabajador

⁶² Esta clasificación la hace Martín Valverde Antonio en “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos”, *Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo*, No. 114, noviembre-diciembre, 2002, p. 815

⁶³ Alonso García distingue dos sentidos de la regla de aplicación de norma más favorable: uno impropio y otro propio. El sentido impropio nace no de la existencia de varias normas aplicables a una relación única, sino de la existencia de una sola norma aplicable, pero susceptible de varios significados. Se trata de ver cuál de esos significados es el que debe ser aplicado. En realidad, en este sentido se confunde con la regla *in dubio, pro operario*. El sentido propio, en cambio surge cuando existen varias normas aplicables a una misma situación jurídica. Esta regla sólo surge verdaderamente frente a esta última situación. *Derecho del trabajo*, Barcelona, 1960, T.I, p. 252. Citado por Plá Rodríguez Américo, *op. cit*, nota 61, p. 57

⁶⁴ Ackerman Mario, “El principio protectorio o de protección”, Pasco Cosmópolis, Mario, (coord.), *En torno a los principios del Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Porrúa, 2005, p. 33

con una protección jurídica favorable⁶⁵; es decir, que surge como un mecanismo para limitar la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica, lo cual conducía a diversas formas de explotación, según vimos anteriormente.

A criterio de Américo Plá Rodríguez⁶⁶ mientras en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr a través de esa protección, el alcance de una igualdad sustantiva y real. Este principio por tanto le da autonomía al Derecho del Trabajo, al desvincularlo de la decimonónica orientación del Derecho civil.

El principio protector se dirige a alcanzar dos objetivos: A inspirar al legislador para establecer normas que implementen niveles mínimos de protección, y que la interpretación de la norma guarde congruencia con la “*ratio legis*”. La función de este criterio de interpretación no es reemplazar ni suplir al legislador, sino respetarlo, cumplir sus mandatos hasta sus últimas consecuencias, actuando de conformidad con su espíritu y con su criterio fundamental. Este mandato actualmente, evolucionó en razón del nuevo papel que tienen los principios en la Constitución y con el actual Estado constitucional de derecho, lo cual analizaremos en el cuarto capítulo⁶⁷.

Los tres momentos en que opera este principio protector en la relación de trabajo son:

- a) 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);
- b) Protección durante el desarrollo de la relación laboral (respecto de la legislación, vía la inspección del trabajo o vía jurisdiccional; y
- c) 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)⁶⁸.

⁶⁵ Plá Rodríguez Américo, “Los principios del Derecho del Trabajo”. Citado por Guerrón, Ayala Santiago, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito-Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala y Corporación Editora Nacional, 2003, p. 21

⁶⁶ Plá Rodríguez Américo, *op. cit.*, nota 61, p. 18

⁶⁷ Cfr. numeral 4.1.3 del capítulo cuarto.

⁶⁸ Sánchez Castañeda Alfredo, *op. cit.*, nota 59, pp. 22-23

La mayoría de normas que se crearon en América Latina durante el siglo XX, tenían como fundamento el principio protector. Entre los casos más destacados tenemos a Colombia, Chile, Panamá, México, Perú, Argentina y Ecuador. Es importante distinguir entre una legislación “garantista” y una legislación “proteccionista”. En el primer caso, la legislación garantista se gesta como una característica inherente al Derecho del Trabajo, que desde sus inicios acoge el principio tuitivo como base de todo su andamiaje y estructura; su principal propósito es asegurar los derechos de los trabajadores consagrados en las normas laborales. Por su parte el “proteccionismo” interpreta al Derecho del Trabajo como una legislación estática, que no evoluciona, lo cual se contrarresta con la necesidad de transformación de la norma jurídica frente a los cambios imperantes en la sociedad, lo cual crea una legislación caduca y poco práctica. En este sentido, hay que considerar que la norma laboral debe evolucionar sin olvidar su base fundamental que es el principio protector, el cual tiene como objetivo último resguardar a la parte más débil de la relación de trabajo.

En base al principio protector, se han desarrollado las diversas instituciones del Derecho Laboral. A continuación haremos una breve referencia de aquellas que considero más importantes para nuestro estudio:

2.1.1.1. Contrato de trabajo y relación laboral

Antiguamente, la relación entre patrón y trabajador, se regulaba por el derecho civil, que colocaba en un plano de estricta igualdad jurídica a las partes contratantes. Al iniciar la etapa de reglamentación del Derecho laboral, se integró la noción del contrato de trabajo, mediante la cual se buscó proteger al trabajador, a través de diversos elementos esenciales en el contrato, que lo colocan en una condición fáctica de igualdad con el patrón. Los elementos del contrato contienen, además de los componentes regulares⁶⁹ otros tres elementos que resultan fundamentales para caracterizar a una relación laboral: la prestación de un trabajo personal, el pago de un salario y el nexo de subordinación jurídica que analizaremos más adelante.

⁶⁹ Elementos esenciales (voluntad de las partes, objeto posible) y presupuestos de validez (capacidad, libre albedrío, licitud en el objeto y la forma)

Posteriormente, surgió otro elemento de protección al trabajador, que se presentaría en los casos de inexistencia del contrato de trabajo, nulidad o situación “límite”; este elemento es la noción de la *relación de trabajo*, que proviene del simple hecho de pertenecer o laborar en una empresa. Según hemos visto, el trabajo es un hecho social, independiente de su naturaleza jurídica, ya que cualquier modalidad coincide con el esfuerzo humano productivo y necesario para sobrevivir⁷⁰. De esta forma, la relación laboral nace de un hecho social, por lo que desde que inicia la prestación del servicio se generan efectos jurídicos. La relación de trabajo constituye el género y el contrato, como modo de origen, una especie, cuya celebración puede presumirse tácita, siempre que no conste por escrito⁷¹.

La idea de *subordinación*, es el elemento base del contrato de trabajo y de la relación laboral; se compone de los siguientes indicadores: relación jerárquica; sujeción a la función organizadora, dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección, control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación entre otros⁷².

En la actualidad, los trabajadores laboran en los umbrales de la subordinación y la autonomía, por lo que la relación subordinada no encuadra directamente en su condición de trabajo; por tal razón, en varios países europeos ha surgido la idea de *parasubordinación* que rige a aquellos trabajadores que en principio pueden ser independientes, pero que dependen de una sola persona que les proporciona el trabajo a realizar, por lo cual se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación⁷³. En los siguientes capítulos analizaremos con mayor detenimiento a esta figura.

⁷⁰ Kurzcyn Villalobos, *Op cit*, nota 4, p. 181

⁷¹ *Ibidem*, p. 159

⁷² De los Helos Pérez Albela, “La frontera entre el Trabajo subordinado y el trabajo independiente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, número 105, Septiembre-Diciembre 2002, p. 12

⁷³ Supiot Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe (Rapport pour la comisión européenne)*, París, Fammation, 1999, pp. 32 y 33. Citado por Sánchez-Castañeda Alfredo, *El derecho del trabajo en constante transformación: de la disminución a la ampliación del estatus del sujeto laboral regulado*, en Kurzcyn Villalobos Patricia (coord.), *Op. cit*, nota 13, p. 154

La *prestación de servicios* es la función propia del trabajador, poniendo a disposición del empleador su fuerza, energía -capacidad física o intelectual de trabajo- cuya finalidad principal comúnmente consiste en producir bienes o servicios. El desempeño de las actividades se caracterizan por la personalización y la subordinación, que se ejecutan de acuerdo a los intereses productivos del empleador.

Las *condiciones de trabajo* en las relaciones clásicas se determinan y especifican en las leyes como manifestación auténtica de fuentes históricas, reales y formales. La regulación de la jornada de trabajo, el salario, los descansos, la higiene, la estabilidad y otras condiciones, buscan la seguridad física, económica, jurídica y social del individuo en su calidad de trabajador⁷⁴. A continuación haremos una breve revisión de estas condiciones:

2.1.1.2. Jornada de Trabajo

La Jornada de Trabajo, se entiende como el lapso de tiempo en que el trabajador se encuentra al servicio o a las órdenes del patrono o empresario, con el fin de cumplir la prestación laboral exigible. La norma señala expresamente el tiempo máximo de duración de la jornada de trabajo y distingue entre la jornada diurna, nocturna y mixta; La fijación de la jornada máxima responde al objetivo de precautelar la salud del trabajador y un tiempo de descanso razonable, para evitar la explotación en el empleo. La norma especifica las condiciones en las cuales se podrá exceder de la jornada máxima de manera excepcional.

De igual forma, la ley dispone la disminución de la jornada ordinaria para los trabajadores jóvenes, con la finalidad de precautelar su condición física e intelectual. En México la fracción III, Apartado A del Art. 123 Constitucional señala que la jornada de trabajo máxima para los mayores de catorce años y menores de dieciséis años será de seis horas. En el Ecuador, el Art. 136 del Código del Trabajo limita la jornada de trabajo de los jóvenes que han cumplido quince años, en seis horas diarias y treinta horas semanales.

⁷⁴ Idem

2.1.1.3. El salario

Otra de las modalidades que incorpora este principio protector, es el salario que se entiende como la retribución que percibe el trabajador por su servicio. Constituye una contraprestación jurídica que se entrega al trabajador en razón de las labores realizadas, que se convierten en una obligación de carácter patrimonial para el empleador. El salario debe ser lo suficientemente remunerador para satisfacer las necesidades del trabajador.

En la mayoría de países latinoamericanos se ha fijado en la ley, un sistema de salario mínimo como una retribución vital que no se puede rebajar ni renunciar. La fijación del salario mínimo queda a cargo del Estado a través de los Consejos de salarios creados para el efecto. Los factores a considerar para fijar el salario mínimo varían entre país, sin embargo, por lo general se considera el costo de vida según regiones y zonas económicas, el género de trabajo o industria, la naturaleza y los riesgos de trabajo, las costumbres locales y el grado de especialización.

El salario incorpora emolumentos adicionales que se suman al mínimo señalado por las Comisiones Salariales, lo cual varía según cada legislación y país. Más adelante analizaremos las condiciones para fijar el salario mínimo y el salario integrado en los países materia de estudio.

2.1.2 Principio de irrenunciabilidad

Hernainz Marquez⁷⁵, sostiene que la irrenunciabilidad debe entenderse en su verdadero sentido, como la no posibilidad de privarse voluntariamente con carácter amplio y por anticipado, de los derechos concedidos por la legislación laboral. Esta condición está relacionada con la idea de imperatividad de las normas laborales. De Ferrari⁷⁶ resalta el carácter imperativo e irrenunciable de las normas laborales en razón del poder de vigencia inderogable que les ha dado el Estado. La irrenunciabilidad también reside en

⁷⁵ Hernainz Marquez Miguel, *Tratado elemental de derecho del trabajo*, 10a. ed, Madrid, 1969, p. 89. Citado por Pla Rodríguez Américo, *op. cit.*, nota 63, p. 71

⁷⁶ De Ferrari Francisco, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 267

la condición de orden público de las normas laborales⁷⁷. A criterio de Borrajo Dacruz⁷⁸, el reconocimiento del principio de irrenunciabilidad en el ordenamiento laboral ha significado una muy importante pérdida de terreno para la aplicación del principio de los actos propios (*venire contra factum proprium*).

2.1.3. Principio de la primacía de la realidad

El principio de la 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 hechos⁷⁹. Para pretender la protección del derecho del trabajo no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, aunque el contrato fuera nulo o no existiera. Deveali recuerda que la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo⁸⁰. Esta significación queda de manifiesto especialmente en la frase que considera erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

2.2. El principio de la extinción del contrato de trabajo

En este campo se encuentran los siguientes principios:

2.2.1 Estabilidad en el empleo

Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La estabilidad en el empleo debe entenderse como el derecho a conservarlo no necesariamente en forma

⁷⁷ Moraes Filho afirma: Orden publico significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple manifestación de voluntad de los particulares. De Moraes Filho Evaristo, A natureza jurídica do directo do trabalho, 1954, p. 100. Citado por Plá Rodríguez Américo, *op. cit.*, nota 61, p. 72

⁷⁸ Citado por Martín Valverde Antonio, *op. citada*, nota 62, p. 829

⁷⁹ Plá Rodríguez Américo, *Op cit.*, nota 61, p. 221

⁸⁰ Deveali Mario L, "La pluralidad de las fuentes y el principio de régimen mas favorable para el trabajador", *Revista de Derecho del Trabajo*, 1962, p. 152.

indefinida sino por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo exija: si esta es indefinida no se podrá separar al trabajador, salvo que existiere causa para ello⁸¹.

El principio de continuidad en la relación laboral, tiene las siguientes proyecciones: 1) Preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal; 5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador⁸².

A título de ejemplo, 13 textos de un total de 20 países de América Latina, reconocen este principio; entre ellos, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, México y Ecuador⁸³.

2.2.2 El principio de causalidad

Este principio se refiere a la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo, únicamente si se verifica una o varias de las causas señaladas en la ley; caso contrario, se considerará como un despido intempestivo, o terminación unilateral del contrato de trabajo; consecuentemente, el trabajador tiene derecho a recibir la indemnización que determine la norma, o el empleador, a recuperar parte de la remuneración que entregó al trabajador, por su terminación intempestiva. Se considera que este es un mecanismo de equilibrio de las relaciones laborales y una derivación del principio de primacía de la realidad, por cuanto la ley señalará un procedimiento -sea judicial o administrativo - para el análisis objetivo de las pruebas que pudieren existir a favor o en contra de las partes, y de esta manera señalar si existe o no la causa justa para dar por terminado el contrato de trabajo.

2.3. Otros principios

⁸¹ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, t. I, 1976. Citado por Russomano Mozart Víctor, *La estabilidad del trabajador en la empresa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 42

⁸² Plá Rodríguez Américo, *Op. cit.*, nota 61, p. 147

⁸³ Vega Ruiz María Luz, editora, *La Reforma Laboral en América Latina, un análisis comparado*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Lima, 2001, p. 32

Además de los principios que hemos señalado, existen otros principios que procuran alcanzar los siguientes objetivos:

- 1) La valoración de ética social propia del sistema jurídico, que procura la dignificación del ser humano; es decir, que en la norma se expresa el espíritu social que pretende dar un valor fundamental al trabajo, por su alto contenido reivindicativo.
- 2) Los llamados estructurales, que guían la vida política, social y económica de la nación, procurando el mandato funcional de las políticas públicas y orientando la reglamentación tanto de la norma laboral como del plan estratégico del gobierno.

A continuación destacaremos algunos casos en la región:

2.3.1 Derecho y deber de trabajar

Varias de las declaraciones constitucionales de índole laboral en América Latina, resaltan la valoración del trabajo en sí mismo. Por ello distinguen como un principio laboral, el Derecho y Deber de Trabajar. La fórmula “el trabajo es un derecho y un deber social”, equivalía al enterramiento del individualismo radical del sistema capitalista, para el cual, el hombre no tiene derechos contra la sociedad. Para Néstor de Buen, el trabajo como derecho y deber social, se manifiesta de dos formas: en primer lugar, el “derecho de adquirir un empleo; en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo⁸⁴”.

El derecho a adquirir un empleo depende de la condición de cada país y del equilibrio económico y demográfico que pueda lograrse; se manifiesta de diferentes formas: el Estado asume por sí mismo la obligación de dar empleo, o bien, el Estado obliga a los particulares para que éstos lo hagan; en algunos países se ha creado una institución complementaria que es el seguro de desempleo. Por lo que se refiere al trabajo como

⁸⁴ De Buen Lozano Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 1979, Tomo I, p. 80

deber social, se concreta en el derecho a conservar el empleo mediante la estabilidad en su trabajo, la cual puede ser absoluta y relativa⁸⁵.

Este principio ha sido reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual ha constituido una de las principales premisas para elevar los derechos laborales a la cúspide de los derechos humanos. Desde una visión de dogmática jurídica internacional, el principio de derecho y deber de trabajar ha sido reconocido como un derecho humano en la Declaración universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional de San Salvador y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.

2.3.2 Equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones

El equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones tiene dos aspectos: por el lado de los trabajadores, la obtención de los elementos básicos para su subsistencia; por el lado de los patrones, la obtención de un nivel “razonable” de utilidades⁸⁶. Entre ambos puntos, el equilibrio es variable dependiendo de diferentes factores tales como niveles de organización y combatividad de los trabajadores, política laboral del Estado, rendimiento de las inversiones bancarias, etc., por lo que no sería demasiado aventurado afirmar que el equilibrio entre trabajadores y patrones se encuentra en el punto en que se logra mantener la paz social, en el nivel macro, o en el punto en que se logra mantener la paz interna de la empresa, en el nivel micro.

⁸⁵ Es absoluta, cuando el trabajador no podría ser separado, sin motivo. Es relativa cuando, el patrón puede separar al trabajador, sin que éste tenga la obligación de ser reinstalado.

⁸⁶ Molina Ramos, Gustavo, “Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo (Contradiscursio), Crítica Jurídica”, *Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas, BUAP, 1987, p. 83

III. Principios laborales en las constituciones, normas reglamentarias y Tratados internacionales en México y Ecuador

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM (Art. 123 Constitucional) y la Ley Federal del Trabajo (LFT)

3.1.1 El principio protector

El Art. 123 Constitucional, constituye el pilar del derecho laboral mexicano, en el cual se refleja el principio protector característico del Derecho del Trabajo. Esta disposición regula los siguientes derechos:

Cuadro 4

Derechos	Fracción y Apartado
Duración de jornada diurna en máximo 8 horas	Fracción I, Apartado A* y B**
Duración de trabajo nocturno de 7 horas	Fracción II, Apartado A
6 días de trabajo y un día de descanso	Fracción IV, Apartado A Fracción II, Apartado B
Vacaciones no menores de 20 días al año	Fracción III, Apartado B
Salarios mínimos	Fracción VI, Apartado A Fracción IV, Apartado B
Pago de utilidades	Fracción IX, Apartado A
Límite de trabajo extraordinario a 3 horas diarias, por 3 veces consecutivas en la semana	Fracción XI, Apartado A
Derecho a vivienda mediante un fondo nacional organizado por el Estado –FONAVIT-	Fracción XI, Apartado A
Capacitación y adiestramiento para el trabajo	Fracción XIII, Apartado A
Responsabilidad de los empresarios por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	Fracción XIV, Apartado A
Derecho de coalición, para formar sindicatos y asociaciones profesionales	Fracción XVI, Apartado A Fracción X, Apartado B
Derecho a huelgas y paros	Fracción XVII, Apartado A Fracción X, Apartado B
Prohibición de la utilización del trabajo de menores	Fracción XIII, Apartado A
Protección de la mujer embarazada	Fracción V, Apartado A
A trabajo igual, salario igual	fracción VII, Apartado A fracción V, Apartado B
Protección al salario contra embargo, compensación o descuento	Fracción VIII, Apartado A
Derechos de escalafón	Fracción VIII, Apartado B

* Trabajadores privados

** Servidores públicos

Fuente: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Elaboración: Propia

La Ley Federal del Trabajo (LFT) regula las instituciones que funcionan bajo el principio protector que consta en el Art. 123 Constitucional. Tenemos en primer lugar, el Art. 20 de la LFT que establece la definición de contrato de trabajo: ... cualquiera 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.

Los arts. 58, 59 y 61 reglamentan la jornada de trabajo, señalando como duración máxima 8 horas para la jornada diurna, 7 para la nocturna y 7:30 para la mixta. En caso de que se exceda la jornada máxima, el art. 66 limita su prolongación a no más de 3 horas diarias ni de 3 veces por semana; el pago por trabajo extraordinario será del 100% del salario por hora; si llegare a prolongarse el tiempo extraordinario de las 9 horas por semana que señala la ley, el patrón está obligado a pagar el tiempo excedente con un 200% más del salario que corresponda (art. 68).

En cuanto a la cantidad y calidad de salario, la LFT regula el salario mínimo (art. 90), definido como la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo; además de esta figura, se incluyó también el salario mínimo profesional, el cual regirá para todos los trabajadores de las ramas de actividad económica, profesiones, oficios o trabajos especiales que se determinen dentro de una o varias áreas geográficas de aplicación (art. 93). Para la fijación de ambos salarios se creará una Comisión Nacional tripartita. En el capítulo VII de la LFT se señalan diversas normas protectoras y privilegios del salario.

El salario integrado se compone de los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo. Se excluye el pago de utilidades y las aportaciones que el patrón hace al INFONAVIT.

3.1.2. El principio de irrenunciabilidad

La fracción XXVII del Art. 123 constitucional determina: Serán condiciones nulas y no obligarán a los contratantes, aunque se expresen en el contrato: g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o por despedírsele de la obra. Mediante esta disposición se está protegiendo la salud del trabajador.

3.1.3. Principio de continuidad

La ley de 1970 que abrogó la LFT de 1931, reprodujo la tesis de la ley anterior, con el siguiente texto: Las relaciones de trabajo son de duración indeterminada en tanto subsista la materia que les dio origen⁸⁷. La fórmula propuesta está sobreentendida en el capítulo segundo del título II de la LFT y se descompone en lo siguiente: “las relaciones de trabajo”, dice el Art. 35, “pueden ser para obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado”, pero en su párrafo final hace la primera referencia a la fórmula general, al decir que “a falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado”. Los arts. 26 y 38 fijan la esencia de la fórmula, al señalar limitativamente las hipótesis de relaciones para obra o por tiempo determinado, lo que implica la imposibilidad de una aplicación analógica.

Por último, el Art. 39 cierra el círculo diciendo que “si vencido el término que se hubiese señalado subsiste la materia del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia”. Estas disposiciones destacan la prevalencia del contrato por duración indeterminada. De esta manera vemos, que mediante un conjunto de disposiciones reglamentarias, se precautela la estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo.

3.1.4. El principio de primacía de la realidad

En la LFT existe una serie de disposiciones que expresamente se refieren al principio laboral de primacía de la realidad. Destacamos las siguientes:

- a) El artículo 20 de la LFT, que al referirse a la relación de trabajo, establece que ésta se constituye por el hecho de que una persona preste a otra un trabajo personal subordinado a cambio de un salario, independientemente del acto que le haya dado origen, de lo cual se desprende que para la norma lo importante es la situación fáctica mas no el acto jurídico que le dio origen. La relación predomina sobre el contrato;
- b) Los artículos 9 y 11 de la LFT, definen a los trabajadores de confianza y a los representantes del patrón, a partir de las funciones que objetivamente realicen y no de la designación que se haya dado al puesto;

⁸⁷ De Buen Néstor, *Op. cit.*, nota 18, p. 222

- c) El artículo 21 de la LFT, establece la presunción laboral en beneficio de quien presta un trabajo, por lo cual la carga de la prueba corresponde al patrón. Esta regla se aplica tanto para los casos de despido, como para aquellos casos conocidos como frontera por los cuales el patrón tendrá que demostrar si no existía una condición de subordinación y que en tal caso la relación existente se regía por el ámbito de las normas civiles o mercantiles;
- d) Los artículos 35 y 38 de LFT, establecen que únicamente operará la limitación a la duración de la relación de trabajo, cuando se den las siguientes causas objetivas “que la naturaleza del trabajo así lo exija” “que se trate de substituir a un trabajador por tiempo indeterminado”, etc;
- e) El artículo 53 de la LFT establece causales que objetivamente deben presentarse para que opere la terminación individual de la relación de trabajo sin responsabilidad para las partes; etc.

3.1.5. Derecho al trabajo y Deber de trabajar

En México, la primera acepción de derecho al trabajo, consta en el primer párrafo del Art. 123⁸⁸ y en el Art. 25⁸⁹ del CPEUM. Esta disposición está relacionada con la política de empleo que deben llevar a cabo los gobiernos, y su efectividad en la creación de puestos de trabajo. En los tres sexenios anteriores (1988 – 2006) el gobierno mexicano promovió una política de empleo basada en tres estrategias principales: 1) el fortalecimiento de la oferta laboral, 2) el incremento de la demanda de trabajo y 3) el mejor funcionamiento de los mecanismos de interrelación del mercado laboral⁹⁰, cuyos resultados analizaremos más adelante al igual que los promovidos en el gobierno actual.

En lo referido al Art. 3 LFT⁹¹, se considera a esta disposición como una declaración programática que no expresa una obligación jurídica concreta, y que por tanto, su

⁸⁸ Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo conforme a la ley

⁸⁹ Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

⁹⁰ Jiménez Jiménez Alejandro, “Las políticas de empleo en México y el desarrollo regional”, *Revista de la Facultad de Economía*, BUAP, Año IX, Número 29, Mayo-Agosto 2005, p. 35

⁹¹ El trabajo es un derecho social. No es un artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

aplicación dependerá de la voluntad política, en tal razón, no existen medios que garanticen su cumplimiento. Esta concepción nace de la “típica” fórmula asistencial utilizada durante el Estado de bienestar, en que se consideró que los derechos sociales, se harían efectivos únicamente mediante la ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos⁹², por lo cual sólo pueden hacerse posibles a través de la acción política y la voluntad de los gobernantes de turno. En la actualidad esta situación ha cambiado, según lo analizaremos en el capítulo cuarto.

La segunda acepción del derecho al trabajo, referida a la estabilidad en el empleo, está consagrada en la fracción XXII del Apartado A y fracción IX del Apartado B del artículo 123 CPEUM. Su texto original, disponía una estabilidad absoluta, sin embargo la Suprema Corte de Justicia mediante ejecutoria dictada el 26 de febrero de 1941, estableció que la reinstalación forzosa era imposible por tratarse de una obligación de hacer y sustituyó en todos los casos la obligación, por el pago de una indemnización⁹³.

En materia individual, la LFT señala las causas legales por las cuales se puede dar por terminado el contrato de trabajo – principio de causalidad (Arts. 47 y 53), - caso contrario se considera que existe despido injustificado, teniendo el trabajador derecho a la reinstalación o al pago de la indemnización que determinan los Arts. 48 y 49 de la LFT. En materia colectiva, aunque la LFT no establece específicamente el despido colectivo, si regula en su título catorce, capítulo XIX, los procedimientos de conflictos colectivos de naturaleza económica, mediante los cuales se puede dar terminada las relaciones colectivas de trabajo. La petición que haga el empleador ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, deberá justificar debidamente las causas por las cuales se pretende dar por terminadas las relaciones colectivas, para lo cual tendrá que adjuntar el dictamen formulado por un perito relativo a la situación económica de la empresa o establecimiento (Art. 904, fracción II). Se han dado varios casos en que la Junta de Conciliación ha aceptado dar por terminadas las relaciones colectivas de trabajo por causas económicas⁹⁴.

⁹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, tercera edición, 2002, p. 64

⁹³ De Buen Lozano, *Op. cit*, nota 18, p. 86

⁹⁴ Véase Ejecutoria D-4810/62, Cristiano Álvarez, 3 de junio de 1963 en Climént Beltrán Juan B., *Ley Federal del Trabajo, comentarios y jurisprudencia*, 27° edición, México, Editorial Esfinge, 2005, p. 207

3.1.6. El equilibrio en las relaciones laborales

Este principio se encuentra señalado en el Art. 2 de la LFT, por medio del cual se considera que la principal función de la LFT es equilibrar las relaciones laborales; ahora bien, es necesario señalar que en México y América Latina, el principio protector, inclina la balanza a favor de la parte más débil, para que pueda negociar en igualdad de condiciones. Por ello, procura que el equilibrio en la relación de trabajo, logre disminuir el diferencial que en perjuicio del trabajador resulta de que no se reconozca la plusvalía que deriva de su trabajo⁹⁵; esto se logra al otorgar a los trabajadores, mecanismos eficaces para que puedan entrar en la negociación con fuerza, como el caso de la huelga, según lo dispuesto en la fracción I del Art. 450 LFT. Ahora bien, es necesario destacar la necesidad de permanencia de la empresa para que pueda subsistir la fuente de trabajo, por lo cual debe considerarse cierta proporcionalidad y mesura en los reclamos laborales para alcanzar una real paz laboral y social.

3.1.7. El principio de negociabilidad de las condiciones de trabajo

La LFT, en todo lo relativo al Derecho Individual, establece el sistema de condiciones mínimas, por lo que cualquier mejora que convencionalmente se estipule en beneficio de los trabajadores, es válida y constituye un derecho exigible. Lo anterior se funda en los artículos 6to, 25 fracción IV, 390 fracción X, y en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁹⁶.

3.2. Constitución de la República del Ecuador (CRE) y el Código del Trabajo (CT)

3.2.1. Principio protector

Al igual que otros países de Latinoamérica, en Ecuador se incluyó el principio protector tanto en la CRE como en el CT. La nueva constitución aprobada en octubre del 2008, incluye en varias disposiciones el principio protector que prevalecía en constituciones anteriores. Desde 1938, año en que se expidió el CT, destacó el carácter protector en su contenido, mediante la introducción de los principios de irrenunciabilidad, protección

⁹⁵ De Buen Néstor, *Op. cit.*, nota 15, p. 78

⁹⁶ Molina Ramos, Gustavo, *op. cit.*, nota 86, p. 94

judicial y el *in dubio pro-operario*, que se mantienen hasta la actualidad. En base a este postulado se regularon las diversas condiciones e instituciones laborales, que analizamos a continuación:

El Contrato de Trabajo, está regulado por varias disposiciones reglamentarias: el Art. 8 del CT emplea el término convenio que equivale a acuerdo de voluntades de dos o mas personas naturales o jurídicas, que en este caso son, la que se obliga a prestar sus servicios, definida por el Art. 9 como trabajador, y aquella por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o presta el servicio, que según el Art. 10 se denomina empleador o empresario⁹⁷.

La jornada de trabajo esta regulada en los arts. 47, 61, 49 y 136. Destaca que la jornada legal no podrá ser modificada por la jornada contractual, a menos que se señale por mutuo acuerdo una jornada cuya duración sea inferior a la fijada en la ley. El CT fija el máximo de la jornada semanal en cuarenta horas semanales (Art. 47 CT) –jornada hebdomadaria- y ocho horas diarias.

La jornada legal puede extenderse únicamente en los casos que señala el CT, según se trate de jornada extraordinaria o suplementaria. La jornada extraordinaria, conforme el CT (Art. 52⁹⁸), se presenta en aquellos casos en que los trabajadores deban prestar servicios los días sábados y domingos, requiriendo para ello la autorización del Inspector de Trabajo. La hora de trabajo se pagará con un adicional de 100%, según lo determinado en el numeral 3 del Art. 55 del CT. Cuando por convenio entre las partes y en el caso de la regla 2da del Art. 52, se sustituyere el descanso semanal de sábado y domingo por otro día, no habrá lugar al pago extra.

La jornada suplementaria se autoriza en los casos que sean necesarios prolongar la jornada ordinaria para concluir una obra o trabajo, por razones técnicas, económicas, etc. El art. 55 del CT permite la extensión de la jornada diurna y nocturna por convenio escrito entre las partes, con autorización del Inspector del Trabajo, hasta por cuatro

⁹⁷ Trujillo Julio Cesar, *Derecho del Trabajo*, 2a, ed., Quito-Ecuador, ed. PUCE, 1986, Tomo II, p. 92

⁹⁸ 1) Por necesidad de evitar un grave daño al establecimiento o explotación amenazada por la inminencia de un accidente, y en general, por caso fortuito o fuerza mayor que demande atención impostergable; 2) Cuando por la industria, explotación o labor no pueda interrumpirse por la naturaleza de las necesidades que satisfacen, por razones de carácter técnico o porque su interrupción irroge perjuicios al interés público.

horas suplementarias diarias y doce en la semana. En estos casos las horas adicionales trabajadas deben pagarse con un excedente del 50% sobre el salario que perciba el trabajador, si dichas horas suplementarias tuvieren lugar durante el día o hasta las doce de la noche, y del 100% si estuvieren comprendidas entre las doce de la noche y las seis de la mañana, tomando como base para calcular el recargo la remuneración correspondiente a la hora diurna.

En cuanto al salario se lo define como la retribución del trabajo prestado por cuenta ajena, que tiene como finalidad cumplir dos objetivos fundamentales: que el trabajador reciba una remuneración en cantidad y calidad suficientes y que esa remuneración llegue íntegramente a las manos del trabajador⁹⁹. Existen dos modalidades de salario según el CT: el salario mínimo vital (Art. 133 CT) y el salario mínimo sectorial (Art. 119 y siguientes) para la protección del pago justo conforme a la actividad realizada por el trabajador. Actualmente el salario mínimo vital ha sido reemplazado por el salario básico unificado.

La denominación salario incluye únicamente el pago mínimo señalado por ley o el sueldo básico entregado por el empleador. El salario integrado se denomina remuneración y se compone de todo lo que el trabajador recibe en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio correspondiente. Se excluye de la remuneración el pago de utilidades.

3.2.1.1. Regla *Indubio Pro operario*

El numeral 3 del Art. 326 de la CRE dispone: En caso de duda, sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores. En igual texto se reglamenta esta disposición en el Art. 7 del CT.

⁹⁹ Trujillo Julio César, *Op. cit.*, nota 6, p. 343

El CT determina las normas que prevalecen sobre otras en caso de contradicción, conforme a esta regla interpretativa. Por un lado señala que si la oposición es entre normas especiales y generales de la ley, del contrato colectivo, del reglamento o del contrato individual prevalecerán las especiales. (Art. 1 y 7), siempre considerando el sentido más favorable al trabajador. Lo mismo se aplica en el caso de conflicto entre la ley y los contratos colectivos.

3.2.2 Irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos

El Art. 326, numerales 2 y 11 de la CRE dispone: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente. De esta disposición vemos que destaca tanto la idea de irrenunciabilidad como de intangibilidad.

La irrenunciabilidad se refiere a la imposibilidad por parte del trabajador de comprometer derechos que pudieran ir en perjuicio de aquellos que dependen económicamente de él, de los demás trabajadores y los de la sociedad en general; por tal razón, no puede comprometer derechos objetivos, como la huelga, derecho de sindicación, utilidades o afiliación al seguro social. Mientras que si podría acordar mediante la transacción obligaciones litigiosas o dudosas, en que se discuten derechos que aun no están definidos.

El Art. 4 del CT establece: Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario. Esta disposición se relaciona con lo señalado en los Arts. 36, 55, 71, 201 y 394 que regulan las condiciones del contrato individual del trabajo, la duración máxima de la jornada laboral, el derecho a vacaciones, el fondo de reserva y las indemnizaciones por riesgos del trabajo, que son derechos mínimos que el trabajador no puede renunciar.

El principio de intangibilidad fue introducido por primera vez en la Constitución Política de 1967; su interpretación reconocía a las conquistas de la clase trabajadora como intocables y por tanto, no podía modificarse la norma en su perjuicio; se partía del principio de que los logros legislativos obtenidos, generalmente luego de un duro

bregar, no podrían ser derogados por una ley posterior¹⁰⁰. Así este principio se incluyó (e incluye) como un mandato por el cual, el legislador ecuatoriano no puede mediante una nueva ley desmejorar las condiciones, derechos y prestaciones que a favor de los trabajadores se encuentran establecidos a la fecha en que se va a expedir esa nueva ley¹⁰¹.

3.2.3. Principio de Continuidad

La presunción de que los contratos de trabajo son por tiempo indefinido, salvo excepciones legales, se encuentra determinado en el Art. 14 del CT¹⁰². La estabilidad mínima de un año que señala esta disposición, tiene dos acepciones: la primera, que los trabajadores tienen garantizado este plazo como mínimo en su puesto de trabajo, cuando la actividad o naturaleza de la actividad sea estable o permanente, lo cual significa que si se diera por terminado el contrato previo al cumplimiento de un año, sin que medie procedimiento de Visto Bueno ante la Inspectoría de Trabajo (Art. 172 y 173 CT), se considerará que existe despido intempestivo, cuyo efecto será el pago de las indemnizaciones que señalan los arts. 185 y 188 del CT.

La segunda acepción de este artículo reconoce que los contratos, que por su naturaleza son estables o permanentes, no pueden transformarse en contratos a plazo (de temporada, eventual, ocasional – Art. 11 CT) y por tanto gozan de la presunción de indefinidos. Ahora es importante señalar que en el caso que no se hubiere celebrado contrato de trabajo, se considerará que la relación laboral es indefinida, teniendo el trabajador la garantía de un año. Esta situación se aplica principalmente para el pago de indemnizaciones.

Por otro lado, el principio de continuidad, refiere a la subsistencia de la relación de trabajo en todos los casos. Consecuencia de este principio es el hecho de que en caso de que la empresa o establecimiento sea cedido, vendido o por cualquier circunstancia

¹⁰⁰ Egas Peña, Jorge, *El derecho del trabajo a través de las Constituciones Políticas del Ecuador*, Guayaquil-Ecuador, ed. Edino, 2003, p. 75-76

¹⁰¹ Trujillo Julio César, *Op. cit.*, nota 6, p. 52

¹⁰² Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta Ley como estables y permanentes.

desapareciere su titular, la relación de trabajo debe subsistir con su sucesor (Art. 171 del CT).

3.2.4. Trabajo como derecho y deber social

El Art. 33 de la CRE señala: El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. Según vimos anteriormente, el papel del Estado como promotor de la realización del bien común, lo convierte en un agente activo en la procuración de fuentes de trabajo. Esta condición no es directa sino a través de la formulación de políticas económicas y sociales para la eliminación de la desocupación y la subocupación. Es precisamente este objetivo el que se quiere cumplir mediante el mandato de este artículo, y al constituirse en un principio, el Estado está conminado a seguirlo en todas las áreas necesarias – administrativa, judicial, legislativa, etc. - .

En el Ecuador, las políticas de empleo para garantizar el derecho al Trabajo, corresponde a la Dirección de Empleo y Recursos Humanos, que según el Art. 557 del CT , tiene las siguientes funciones: 1. Aproximar la oferta de trabajo y demanda de mano de obra, relacionando a los trabajadores desocupados o en demanda de colocación, con los empleadores que los necesiten; 3. Obtener el empleo de los desocupados en las obras públicas nacionales o municipales y las que emprendan las demás entidades de derecho público, y gestionar que se les concedan facilidades para adquirir tierras baldías y medios de cultivo.

3.3 Los Tratados Internacionales

- **México**

En México, los tratados internacionales en materia laboral se aplican conforme lo dispuesto en el Art. 6¹⁰³ de la Ley Federal del Trabajo (LFT), que exige para su validez, la celebración y aprobación en los términos del Art. 133¹⁰⁴ de la Constitución, es decir,

¹⁰³ Las leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia.

¹⁰⁴ Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdos con la misma... serán Ley Suprema de toda la Unión.

que sean celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado¹⁰⁵. Como Ley Suprema de la Unión, los tratados internacionales se incorporan directamente al sistema jurídico mexicano y procede a su aplicación sin más formalidades, en razón de su carácter autoaplicativo¹⁰⁶.

En cuanto a su aplicación, la interpretación de la jerarquía de los tratados considera el modelo y estructura del sistema de competencias federal y local mexicano, que según Walls no se trata de una fórmula de jerarquías sino de distribución de funciones que se encuentra claramente determinadas en la Constitución; así queda entonces determinar la ubicación de los tratados internacionales en el sistema legal mexicano para que sean aplicados. En primer lugar, los tratados internacionales están excluidos de la esfera de competencia de los Estados que conforman la Unión, es decir, los tratados internacionales están dentro del conjunto de facultades que los estados cedieron (renunciaron) a favor de la federación, y que por ende, dichos estados desisten de la posibilidad de celebrarlos a favor de los poderes centrales¹⁰⁷. En tal sentido, los tratados internacionales se ubican sobre las leyes estatales, por debajo de la Constitución y en el mismo rango que las Leyes Federales. La Suprema Corte de Justicia ha hecho una reciente interpretación, que determina la condición de los Tratados Internacionales en la legislación mexicana:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden

¹⁰⁵ De Buen Néstor, *Op. cit.*, nota 18, p. 465

¹⁰⁶ Se considera tratado autoaplicativo aquel que resulta directamente aplicable por los órganos judiciales y de la administración pública, una vez publicado en el Diario Oficial de la Federación. Walss Auriol Rodolfo, *Los Tratados Internacionales y su regulación jurídica en el derecho Internacional y el derecho mexicano*, 2da edición, México, Porrúa, 2006, p. 157

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 177 y ss

jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales¹⁰⁸.

Ahora bien, en abril del 2010, el Senado aprobó una iniciativa de reforma a la Constitución, en la que se elevó a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, para lo cual se modificó el capítulo primero del título primero de la Carta Magna, con la siguiente denominación: “Los derechos humanos y sus garantías”. Además estableció como obligación a todas las autoridades, el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Actualmente esta iniciativa se encuentra en el Congreso de la Unión para su aprobación.

3.3.1 Convenios internacionales ratificados por México

3.3.1.1. Organización Internacional del Trabajo

En México, la vigencia de un convenio adoptado en el seno de la OIT requerirá la aprobación del Senado; entrará en vigencia siempre y cuando su contenido sea congruente con la Constitución, lo que significa que el derecho internacional del trabajo no podrá contrariar al Art. 123 constitucional¹⁰⁹. Actualmente México tiene ratificados 36 convenios de la OIT, los cuales se relacionan con los principios laborales determinados tanto en la Constitución como en la Ley. A continuación haremos un recuento de algunos convenios fundamentales¹¹⁰ y prioritarios:

¹⁰⁸ Tesis, P. VIII/2007 publicado en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VIII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

¹⁰⁹ De Buen Néstor, *op. cit.*, nota 18, p. 440

¹¹⁰ Según la Declaración de la OIT de 1998, los Estados tienen el compromiso de respetar, y promover los principios relativos a los Derechos Fundamentales del trabajo que constituyen el marco de los derechos humanos laborales a nivel mundial. Los convenios en que constan los principios y derechos fundamentales son: Convenios No. 87 y 98; Convenios No. 29 y 105; Convenios No. 100 y 111; y convenios No. 138 y 182.

Cuadro 5
Convenios fundamentales

Convenio	Tema	Fecha de ratificación	Principio laboral	Legislación Interna
29	Trabajo forzoso (1930) Art. 2	12.05.1934	Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento	CPEUM: Art. 5
105	Abolición del trabajo forzoso (1957) (Art.1)	01.06.1959	Todo Estado se obliga a suprimir cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción por expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.	CPEUM: Arts.1, 5 y 6 LFT: Arts. 3, 29
87	Libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948) Art. 2	01.04.1950	Tanto trabajadores como empleadores tendrá derecho a coaligarse en defensa de sus respectivos derechos	CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc XVI LFT: Art. 355
100	Igualdad de remuneración (1951) Art. 1, liberal b)	23.08.1952	Igualdad de remuneración por trabajo de igual valor	CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc. VI ¹¹¹
111	Discriminación en el empleo y ocupación (1958) Art. 1	11.09.1961	El término discriminación comprende: a) cualquier distinción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen nacional. b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades.	CPEUM: Art. 1 LFT: Art. 3
182	Peores formas de trabajo infantil Art. 7	30.06.2000	Todo Miembro deberá adoptar, medidas efectivas con el fin de: a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; c) asegurar a todos los niños que hayan	LFT: Arts. 22, 29, 175, 176 y 178.

¹¹¹ Es importante destacar que la referencia “igual valor” no se incluye en la legislación mexicana

			<p>sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;</p> <p>d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y</p> <p>e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.</p>	
--	--	--	--	--

Fuente: OIT, CPEUM y LFT

Elaboración: propia

Cuadro 6
Convenios prioritarios

Convenio	Tema	Fecha de ratificación	Principio laboral	Legislación Interna
95	Protección del salario (1949) a) Art. 3 b) numeral 2, Art. 10	27.09.1955	a) Pago de salario en efectivo b) El pago del salario no podrá embargarse con excepción de lo señalado en la ley	a) CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc. X LFT: Art. 101 b) CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc. VII LFT: Art. 97
131	Fijación de salarios mínimos (1970) Art. 4, numeral 2)	18.04.1973	Fijación de salarios mínimos por una comisión tripartita	CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc. VI, 2do párrafo
173	Protección de los créditos laborales en el caso de insolvencia del empleador (1992) Art. 5	24.09.1993	Los créditos a favor de los trabajadores por salarios devengados y por indemnizaciones, tendrán preferencia sobre caso de concurso	CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracc. XXIII LFT: Arts. 113 y 114

Fuente: OIT, CPEUM y LFT

Elaboración: propia

3.3.1.2. Declaraciones Universales y Regionales de los Derechos del Trabajo

En algunos tratados y declaraciones internacionales de tipo universal y regional, ratificados e incluidos en la legislación mexicana, se determinan principios laborales. A continuación analizaremos estos principios:

Cuadro 7

Declaración o Tratado	Principio	Legislación mexicana
Carta de las Naciones Unidas (Art. 55)	Respeto universal a los derechos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión	CPEUM: Art. 1 LFT: Art. 5
Declaración Universal de los derechos del hombre Arts. 23 y 24	- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo - Toda persona tiene derecho a: Salario igual por trabajo igual. - Fundar sindicatos	CPEUM: Art. 5 LFT: Art. 3
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Arts. 6, 7 y 8	- Libertad de Trabajo - Remuneración mínima - Salario igual por trabajo de igual valor - Descanso y limitación razonable de horas de trabajo - Derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos - Derecho de huelga	CPEUM: Art. 5 Art. 123, Apartado A, fracciones I, VI, VII, XVI y XVIII
Convención Americana de Derechos humanos Art. 16-1	- Derecho de asociación con fines laborales	CPEUM: Art. 123, Apartado A, fracciones XVI
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Art. 11	1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento; d) El derecho a igual remuneración; e) El derecho a la seguridad social; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo; 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo.	LFT: Art. 3 Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación: Arts. 4 y 5. Código penal para el DF: Art. 206.

Fuente: Convenios Internacionales

Elaboración: propia

- **Ecuador**

El sistema jurídico ecuatoriano reconoce a los tratados internacionales como parte de la legislación interna, cuando han sido ratificados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional, y cuando guardan conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República (Art. 417 CRE). Para evitar que una norma internacional entre en conflicto con una norma constitucional, el Art. 438 CRE establece un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales por la Corte Constitucional. Ahora bien, en el caso de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, la Carta Magna permite que gocen de rango constitucional y sean directamente aplicables sin necesidad de que alguna ley los convierta en Derecho interno¹¹². Por ello, el segundo párrafo del Art. 417 CRE, señala que para el caso de los tratados internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derecho, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. De igual forma el numeral 3 del Art. 11 CRE, al referirse al ejercicio de los derechos, señala los siguientes principios: 1) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte¹¹³.

El Art. 425 de la Constitución determina el orden jerárquico de la aplicación de las normas en el siguiente orden: La Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y otras. Según vemos, la estructura jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento ecuatoriano, los ubica entre la Constitución y las Leyes Orgánicas, a excepción de los tratados internacionales de derechos humanos que prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (segundo párrafo, Art. 424 CRE).

¹¹² Viciano Pastor Roberto, *El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador*, en Andrade Santiago, *et al*, *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Corporación Editora Nacional, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Universidad Simón Bolívar Ecuador, Universitat De Valencia, Quito, 2004, p. 69

¹¹³ En esta situación se encuentran, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y todos los convenios de la OIT ratificados por el Ecuador que refieran a derechos humanos laborales.

3.3.2. Convenios internacionales ratificados por Ecuador

3.3.2.1. Organización Internacional del Trabajo

Los convenios de OIT ratificados por el Ecuador, los analizaremos en dos partes, tomando en consideración su aplicabilidad directa (derechos fundamentales del trabajo) o conforme a la jerarquía de normas.

○ Derechos fundamentales en el trabajo

En el Ecuador los convenios fundamentales tienen categoría de norma constitucional, aunque en su mayoría estos principios laborales se han reproducido en la norma interna, tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo. A continuación analizaremos estos principios:

Cuadro 8
Convenios fundamentales

Convenio	Tema	Fecha de ratificación	Principio laboral	Legislación Interna
87	Libertad sindical y protección al derecho de sindicación	29.05.1967	Tanto trabajadores como empleadores tendrá derecho a coaligarse en defensa de sus respectivos derechos	CRE: numeral 7, Art. 326 CT: Art. 440
98	Derechos de sindicación y negociación colectiva Art. 2	28.05.1959	- Las organizaciones de trabajadores y empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia. - Dicha protección deberá ejercerse especialmente por objeto de despedir a un trabajador o perjudicarlo	CRE: numeral 7, Art. 326 CT: Art. 452
29	Trabajo forzoso (1930) Art. 2	06.07.1954	Trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo que no se ofrece voluntariamente	CRE: Art. 16 Art. 29, literal a y b CT: Art. 5
100	Igualdad de remuneración (1951)	11.03.1957	A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración	CRE: Art. 331 Art. 326, numeral 4 CT: Art. 79
105	Abolición del trabajo forzoso (1957) (Art.1)	05.02.1962	Todo Estado se obliga a suprimir cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción por expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición	CRE: Art. 66 numeral 6. Art. 66 numeral 16.

			ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.	
111	Discriminación en el empleo y ocupación (1958) Art. 1	10.07.1962	El término discriminación comprende: a) cualquier distinción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen nacional. b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades.	CRE: Art. 11 numeral 2
182	Peores formas de trabajo infantil Art. 7	19.09.2000	Todo Miembro deberá adoptar, medidas efectivas con el fin de: a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.	CRE: Art. 46 numeral 2 CT: Arts. 87, 134, 138

Fuente: Convenios OIT, CRE y CT

Elaboración: propia

○ Convenios prioritarios

El Ecuador como país miembro fundador de la OIT ha ratificado 35 Convenios adoptados por este Organismo. Las disposiciones contenidas en algunos convenios de la OIT, se relacionan con importantes principios laborales determinados tanto en la Constitución de la República como en la Ley, entre ellos destacamos los siguientes:

Cuadro 9
Convenios prioritarios

No. Convenio	Tema	Fecha de ratificación	Principio laboral	Legislación interna
95	Protección del salario (1949) a) Art. 3 b) numeral 2, Art. 10	06.07.1954	a) Pago de salario en efectivo b) El pago del salario no podrá embargarse con excepción de lo señalado en la ley	CT: Arts. 87, 88 y 91
131	Fijación de salarios mínimos (1970) Art. 4, numeral 2)	02.12.1970	Fijación de salarios mínimos por una comisión tripartita	CT: Arts. 117 y 122

Fuente: Convenios OIT, CRE y CT

Elaboración: propia

3.3.2.2. Declaraciones Universales y Regionales de los Derechos del Trabajo

En algunos tratados y declaraciones internacionales de tipo universal y regional, ratificados e incluidos en la legislación ecuatoriana, constan principios laborales que destacamos a continuación:

Cuadro 10

Declaración o Tratado	Principio	Legislación ecuatoriana
Carta de las Naciones Unidas (Art. 55)	Respeto universal a los derechos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión	CRE: Art. 11 numeral 2
Declaración Universal de los derechos del hombre Arts. 23 y 24	- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo - Toda persona tiene derecho a: Salario igual por trabajo igual. - Fundar sindicatos	CRE: Art. 16 Art. 29, liberal a y b CT: Arts. 3 y 5
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Arts. 6, 7 y 8	- Libertad de Trabajo - Remuneración mínima - Salario igual por trabajo de igual valor - Descanso y limitación razonable de horas de trabajo - Derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos - Derecho de huelga	CRE: Arts. 16, 29, liberal a y b, 331, 326, numeral 4, 452, numeral 7, Art. 326 CT: Arts. 47, 79, 117
Convención Americana de Derechos humanos Art. 16-1	- Derecho de asociación con fines laborales	CRE: numeral 7, Art. 326 CT: Arts. 440 y 452
Convención sobre la eliminación de todas las formas de	1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas	CRE: Arts. 331 y 332.

<p>discriminación contra la mujer.</p> <p>Art. 11</p>	<p>para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:</p> <p>a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;</p> <p>b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo;</p> <p>c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento;</p> <p>d) El derecho a igual remuneración;</p> <p>e) El derecho a la seguridad social;</p> <p>f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo;</p> <p>2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:</p> <p>a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad;</p> <p>b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales;</p> <p>c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia;</p> <p>d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo.</p>	
---	--	--

Fuente: Convenios internacionales, CRE y CT
Elaboración: propia

4. El problema de la eficacia normativa en América Latina

Una vez analizadas las normas laborales y sus principios constitucionales y legales, debemos considerar algunos puntos que tiene que enfrentar la región, principalmente problemas de eficacia y efectividad en sus normas. En la región, el Estado de derecho

tiene ciertas características, que influyen en el cumplimiento del derecho del trabajo, entre ellos: el idealismo, paternalismo, legalismo, formalismo y la falta de penetración del derecho en la sociedad¹¹⁴.

Existe idealismo jurídico porque la mayoría de los derechos mínimos señalados en la ley, en realidad fueron otorgados por el legislador - sea por situaciones coyunturales, o por intereses políticos-, por lo cual en muy pocas ocasiones se debieron al poder negociador de los sindicatos – existieron casos aislados, de fuertes reclamos sociales según vimos-. Por esta razón, muchos autores consideran que la mayoría de los derechos legislados eran un cúmulo de buenos deseos, que si bien formaban parte del derecho positivo, no eran parte del derecho vigente¹¹⁵.

Otros autores consideran que hay un mito en la norma¹¹⁶, lo que significa que no existe correspondencia entre lo legislado y su grado de cumplimiento. Por ello aseveran que el discurso jurídico ha fracasado en su intención de penetrar en la sociedad ya que la mayoría de la población no puede acceder a lo que esta regulado y por ello no lo acepta; no por nada lo informal cada vez ocupa un lugar más preponderante en el conjunto de las sociedades latinoamericanas¹¹⁷. En consecuencia, la norma constitucional y legal ha sido considerada durante muchos años como un manual de buenas intenciones e incluso como un instrumento político para acceder al apoyo de ciertos grupos sociales.

Ante esta realidad, cabe interrogarse si el cúmulo de derechos elevados a rango constitucional constituyen una quimera o un instrumento que garantiza los derechos fundamentales de los trabajadores. La respuesta no es del todo sencilla, si se considera los antecedentes de la región, y en específico de México y Ecuador; en el capítulo cuarto veremos algunas perspectivas en cuanto al nuevo papel que tiene la Constitución en las relaciones de trabajo, y el reto para los juristas latinoamericanos de buscar los mecanismos que hagan más efectivas estas normas constitucionales y reglamentarias.

¹¹⁴ Se pueden agregar otros aspectos, tales como los de carácter cultural –el nacimiento de lo informal -, sociales – una estratificación muy marcada – sociológicos, - una cultura de 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. Sánchez Castañeda Alfredo, *op. cit.*, nota 59, p. 121

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 122

¹¹⁶ Ackerman Mario “El Constitucionalismo social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Julio-Diciembre del 2005, p. 6

¹¹⁷ Sánchez Castañeda Alfredo, *op. cit.*, nota 59, p. 121

CAPITULO II

¿QUE ES LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL?

I. ANTECEDENTES

1.1. Crisis Económica y social

1.1.1. Crisis de la economía mundial

En 1973, el alza en el precio del petróleo y el colapso del sistema de cambios fijos causaron una crisis económica estructural y cíclica a nivel mundial (principalmente en Europa). Esta crisis afectó a sectores industriales enteros de los países occidentales, dando lugar a fuertes reducciones de la población activa.

Los gobiernos pusieron en marcha varios paquetes de iniciativas tendentes a contrarrestar la crisis económica. Al principio, las autoridades públicas y los sindicatos trataron de amortiguar las consecuencias de estos cambios hasta que pudieran llevar a cabo la reestructuración necesaria. Sin embargo, su alto costo obligó a los gobiernos a declinar en su intervención, mediante ajustes a los presupuestos gubernamentales, principalmente en aquellas partidas relativas al bienestar¹¹⁸. De esta manera, la financiación pública del gasto social dejó de verse como un elemento básico en el crecimiento económico y en la estabilidad general, abriendo paso a la reducción de la intervención estatal.

1.1.2. Crisis del Estado Benefactor

Bajo estas condiciones, empezaron a gestarse fracturas en los acuerdos políticos y gubernamentales, iniciando la crisis del Estado de Bienestar. Se postuló el retorno a los principios y valores del capitalismo liberal, que promovían la economía de mercado, mediante la renuncia del Estado a sus objetivos sociales y económicos (pleno empleo); se promovió la utilización de medidas correctivas (reducción de la oferta monetaria y

¹¹⁸ Ordóñez Barba Gerardo, *Op. cit.*, nota 34, p. 31

del déficit público, desregulación de la economía, disminución de los impuestos, privatización y descentralización de los servicios) que permitirían controlar la inflación, recuperar el crecimiento económico y restablecer la confianza de la sociedad¹¹⁹. Existen tres aspectos de la crisis del Estado de Bienestar a considerar:

En lo **económico**, Clauss Offe consideró que el keynesianismo, combinó desproporcionadamente estrategias de promoción de crecimiento y de pleno empleo con protección de los afectados por los riesgos y contingencias de la sociedad industrial, lo cual provocó una *stanflation*, o altos costes de desempleo junto con la inflación¹²⁰. Ante ello aparecieron nuevos teóricos que promovían una doctrina de cambio, denominada **Neoliberalismo**, la cual retomó y afinó las propuestas teóricas de los economistas clásicos del liberalismo. Dos de sus principales exponentes fueron Friedrich August Von Hayek y Milton Friedman. Hayek propuso la restauración del pensamiento liberal clásico, a fin de revertir el intervencionismo estatal y permitir el libre juego de la oferta y la demanda; y Friedman apoyó el restablecimiento de la economía de libre mercado y del capitalismo liberal, cuestionando las teorías del Estado de Bienestar.

En lo **administrativo**, se consideró que el Estado no resultó un administrador competente, por el contrario, provocó durante la etapa de mayor bonanza económica, déficits fiscales en los principales puntos relacionados con el bienestar: la seguridad social y el empleo. Por ello, se procuró el retiro del Estado del manejo y decisión económica. En lo **político** influyeron las ideas políticas de dos mandatarios que lideraban la conducción económica de la época: Margareth Thatcher (Reino Unido) y Ronald Reagan (Estados Unidos).

Además de estos factores, es importante considerar otros elementos, que en lo laboral pudieron identificar cifras relativas al desarrollo socioeconómico y su incidencia en la caída de los factores sociales. Así pues el crecimiento poblacional, los modelos de desarrollo, el aumento en la edad de la PEA y el envejecimiento de la población, fueron

¹¹⁹ *Ibíd*em, p. 30

¹²⁰ Offe Clauss, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Edit. Sistema, 1988, p 79. Citado por De Buen Néstor, "Crisis del Estado de Bienestar", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 22, Año 1993, p. 199

factores que también incidieron en el cambio de las condiciones del Estado de bienestar¹²¹.

1.2.Nuevos paradigmas económicos y sociales

Además de los cambios en lo económico, administrativo y político, aparecieron otros paradigmas que dieron paso a las propuestas de flexibilización laboral; entre ellos tenemos los siguientes:

1.2.1. Globalización y mundialización

La globalización económica se entiende como el fenómeno de mercado, que tiene su impulso básico en el progreso técnico y en la capacidad de éste para reducir el costo de mover bienes, servicios, dinero, personas e información. Se caracteriza por un notable incremento en la capacidad de las firmas para fragmentar geográficamente los procesos productivos, lo que ha tenido como contrapartida un crecimiento sostenido del comercio y la inversión internacional. La disminución de costos de transportación, nueva información, técnicas de comunicación y políticas de desregulación facilitaron las transacciones económicas mundiales.

La coordinación global de finanzas, investigación, producción, comercialización y los criterios para una distribución óptima de los factores de producción afectaron cada vez más los mercados de trabajo¹²², los cuales tuvieron que adaptarse a esta nueva realidad comercial. Para Ulrich Beck, el comercio mundial agudizó la competencia y condujo a reducir costes... Existen dos maneras de reducirlos, a saber, elevando rendimientos (mejor tecnología, organización, etc) o bien disminuyendo el nivel de gastos en la aportación humana al trabajo y la producción (disminuyendo salarios y precarizando las relaciones laborales)¹²³.

Al igual que el desarrollo de cada país, el proceso globalizador tuvo un crecimiento desigual entre las naciones. Así, los países industrializados, han liderado el proceso

¹²¹ Kurzcyn Villalobos, Patricia, *Op. cit*, nota 4, p. 94

¹²² Pries Ludger y De la Garza Enrique, *Globalización y cambio en las relaciones industriales*, Rayuela Editores y Fundación Friedrich Ebert Stiftung, México, p. 54

¹²³ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 166

globalizador por su buena organización interna, altos niveles de tecnología, personal capacitado en comercio y finanzas internacionales así como la aplicación de políticas y estrategias necesarias para el desarrollo; otros países, por su parte, se encuentran en una etapa intermedia (países emergentes) pues han conseguido una cierta incorporación en el mercado mundial; y, numerosos países que por sus acuciantes problemas de productos básicos o deuda, no pueden resolver los conflictos acarreados por la liberalización y por ello no se han beneficiado de las oportunidades de la globalización (países en vías de desarrollo).

1.2.2. La Revolución científica y tecnológica

La década de los setenta se caracterizó por la preocupación de los países industrializados de alcanzar grandes transformaciones basadas en los descubrimientos, derivados en gran medida de las presiones originadas por la crisis petrolera y la extinción de la industria aeroespacial¹²⁴. Entre los avances en la investigación científica, relacionados con el sector productivo, destacan los alcanzados en la rama electrónica, que impactó principalmente al sector de comunicaciones e informática.

La aplicación de la microelectrónica en los procesos y la introducción de nuevas tecnologías de automatización flexible e integrada –robots industriales, producción asistida por computadora, sistema de diseño computarizado, unidades de control numérico computarizado- fueron los primeros cambios técnicos en la organización productiva. Esto generó que el crecimiento económico busque medios dúctiles, ya que el progreso tecnológico que antes se obtenía con recursos fijos, ahora se alcanza con recursos flexibles.

Por ello se buscaron nuevas propuestas de modelos de producción, en el que la aplicación de tecnologías avanzadas efectivice la generación de productos cada vez más variables según la demanda del mercado internacional. Uno de los casos paradigmáticos en avances tecnológicos fue Silicon Valley (California) que durante la última mitad del siglo XX, se convirtió en una zona industrial pionera, tanto para Estados Unidos como para el mundo. Se consideró como el centro mundial de innovación y producción en

¹²⁴ Pérez Miranda Rafael, *Derecho y Relaciones de Producción*, Plaza y Valdés, editores, México, 1988, p. 169

sectores de alta tecnología, tanto manufactureros como de servicios. Esos sectores se distinguieron por el hecho de utilizar sus propios productos en los procesos de producción y gestión antes de difundirlos a los mercados mundiales. De este modo, Silicon Valley fue el laboratorio de un nuevo paradigma tecnológico que se extendió a todo el mundo¹²⁵.

1.2.3. La organización del trabajo

La globalización de la economía y la evolución tecnológica redujeron las distancias geográficas y permitieron la implantación de una nueva estrategia de organización empresarial que fuera más eficiente para la rentabilidad del capital: emergió el fenómeno de la descentralización productiva (reingeniería de la producción), la cual tiene por objeto la reducción de los costos y de los riesgos empresariales¹²⁶, lo cual prácticamente modificó la forma de manejar las relaciones laborales; este modelo productivo guarda estrecha relación con las nuevas condiciones de la competencia económica mundial de la información en que la desagregación de mano de obra es un factor fundamental en la organización del trabajo, pues pasa de estar concentrada en agrupaciones permanentes y estables de “puestos de trabajo” a estructurarse con arreglo a un empleo individualizado y flexible, definido por dotaciones de capital humano. Estas nuevas condiciones en la organización del trabajo, cuestionaron al modelo Taylor-Fordista que caracterizó a la anterior etapa¹²⁷.

1.2.4. Mercado laboral

Los cambios sucedidos en la estructura del empleo a partir de la década de los setenta - creciente feminización de la fuerza de trabajo y alta participación de los jóvenes - incrementaron la proporción de la demanda laboral, la cual no pudo ser absorbida en su totalidad por el sector formal de la economía, generando altos niveles de desempleo y subempleo. La crisis económica motivó una serie de despidos colectivos, cierres de

¹²⁵ Caroy Martin, *et. al*, “Mercados laborales y formas de empleo en la era de la flexibilidad. Estudio monográfico de Silicon Valley”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, Volumen 116, 1997, p. 30

¹²⁶ Machado Goncalves Da Silva, Luciana, “La reingeniería empresarial del proceso de producción y su reflejo en el derecho del trabajo”, en Cavazos Flores Baltazar, coordinador, *El Derecho del Trabajo en Iberoamérica*, Editorial Trillas, México, 2008, p. 37

¹²⁷ Cfr. numeral 1.3.3 del capítulo primero.

empresas y reconversiones industriales, lo cual propició el fenómeno del desempleo. A estos sucesos se sumaron otros que en Europa significaron la transformación de los mercados laborales internos. Entre ellos tenemos: la aceleración del cambio tecnológico, en particular las nuevas aplicaciones derivadas de la “revolución microelectrónica” y la competencia creciente que ejercían las importaciones procedentes de los llamados NIC (Newly Industrializing Countries), que habían adoptado una estrategia exportadora, con fuertes ayudas del sector público... mano de obra abundante, disciplinada y dispuesta a trabajar largas jornadas por salarios comparativamente bajos¹²⁸.

Todos estos nuevos elementos provocaron una transformación en el modelo de relaciones laborales que existía hasta ese momento en Europa y a nivel mundial, que propició la formación de un nuevo sistema en el cual predominó la adecuación de las instituciones laborales existentes a los cambios sucedidos a nivel político, económico y social.

¹²⁸ Fina Sanglar, Lluís, *El problema del paro y la flexibilidad del empleo, Informes de un debate*, Madrid, Ed. MTSS, Colección Informes, serie Empleo, 1991, p. 15-20.

II. LA FLEXIBILIDAD LABORAL

2.1. Concepto de Flexibilidad

La flexibilidad laboral tiene antecedentes económicos, políticos, organizativos, tecnológicos e incluso sociales, aunque su mayor repercusión se verifica en el campo normativo laboral, por cuanto ha supuesto una transformación de los modelos tradicionales en esta materia. Por tal razón, en el campo normativo existen varias definiciones para la flexibilidad laboral.

La primera, se basa en la idea de que durante los años cincuenta y sesenta, el marco institucional del mercado de trabajo se transformó en un sistema de proteccionismo social, desarrollado principalmente por la presión de las organizaciones de trabajadores, dentro de un contexto económico de pleno empleo, en el cual los sindicatos consiguieron mayores niveles de protección contra el despido y límites a la discrecionalidad de los empresarios; durante este período se produjo de manera acumulativa, un proceso que hizo más rígido el marco socio-institucional del mercado de trabajo, el cual, al sobrepasar un determinado límite, imposibilitaba el logro del pleno empleo, por lo que, se generó un alto número de trabajadores desocupados. La solución mediata a este problema fue desregular las instituciones rígidas y dejar que fueran las fuerzas del mercado las que ofrecieran la protección de los niveles de ingreso y de empleo. Esta propuesta estaba relacionada con el nuevo modelo político que prevalecía en la época.

Una segunda opinión, señala que el cambio hacia la flexibilidad, se dio en el contexto económico general, más que las propias instituciones que configuran el marco institucional del mercado de trabajo¹²⁹. De acuerdo con esta postura, determinadas regulaciones o intervenciones que no producían problemas importantes o que incluso tenían efectos claramente beneficiosos en la fase de crecimiento de las décadas de los cincuenta y sesenta, serían incompatibles con el mantenimiento del pleno empleo, en las nuevas condiciones económicas creadas tras el primer shock del petróleo¹³⁰. Si se continuaba aplicando las mismas normas de crecimiento salarial, podría producirse una

¹²⁹ Chávez Ramírez Paulina, "Flexibilidad en el mercado laboral: orígenes y concepto", *Revista de la Facultad de Economía de la Universidad de Puebla*, Año VI, No. 17, p. 60

¹³⁰ Idem.

espiral inflacionista, aplastada entre la presión de los sindicatos y la caída de la demanda, todo lo cual produciría finalmente una caída del empleo.

Según estas dos opiniones, el objetivo central de flexibilizar las normas laborales era controlar el desempleo, causado por las condiciones rígidas de las normas laborales. En efecto, la recurrente crisis económica y su corolario de aumento del desempleo supusieron para la legislación laboral una fuerte crítica económica en demanda de adaptación a las dificultades de la economía para crear empleo. Por ello se requirió al Derecho que se transforme en técnica de política de empleo con la finalidad de facilitar el desempeño empresarial para crear puestos de trabajo¹³¹.

Una tercera posición señala que la flexibilidad se refiere a la reestructuración del mercado de trabajo, en razón de la creciente versatilidad en el diseño y a la mayor adaptabilidad de las nuevas tecnologías en la producción¹³². Según este criterio, la flexibilidad laboral se presenta por la transformación de los sistemas de producción y modelo organizativo, conocido como la segunda ruptura industrial, según analizamos¹³³.

La producción en masa, característica del anterior sistema, entró en crisis porque la demanda de productos se diversificó, lo que implica series de producción más cortas con una mayor diversidad del sistema productivo: las nuevas tecnologías como la microelectrónica o los nuevos materiales, permiten obtener rentablemente otro tipo de productos, en menor tiempo y con menor recurso humano¹³⁴. La evolución tecnológica cuestionó la estructura de la organización empresarial, el sistema de clasificación profesional e introdujo nuevos campos de acción: son los actores presentes en la empresa quienes van a manipular estas nuevas posibilidades en el marco de las estructuras existentes para producir en particular nuevas reglas profesionales¹³⁵. En este sentido la flexibilidad laboral se presentó como una necesidad de adaptación de las

¹³¹ López Diego, “¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 10, No. 1, Maracaibo, Venezuela, 2004, p. 25

¹³² Smith, Chris, “Especialización flexible y producción en serie”, *Revista Sociología del Trabajo*, Madrid-España, Nueva Época, No. 7, p. 13

¹³³ Cfr. numerales 1.2.3 y 1.2.4 del presente capítulo.

¹³⁴ Smith, Cris, *op. cit.*, nota 132, p. 62

¹³⁵ Boyer Robert “La informatización de la producción y la polivalencia”, en Gutiérrez Garza Esthela (coord.), *La ocupación del futuro, flexibilización y desreglamentación laboral*, México, Fundación Friedrich Ebert y Editorial Nueva Sociedad, 1990, p. 31

normas laborales frente al nuevo modelo productivo que se basa en las nuevas tecnologías y en la actual demanda del mercado internacional.

Como cuarta posición se considera que la flexibilidad no es solamente heredera de la crisis, de las transformaciones del modelo productivo, ni del ingreso de nuevas tecnologías, sino también de los cambios de motivaciones y actitudes de ciertos grupos de trabajadores – jóvenes y mujeres que buscan un empleo complementario de su actividad principal- , lo que implica la necesidad de atenuar los contornos del “full time”, que representa la relación de trabajo tradicional, para dar paso a diversos modelos contractuales que se adecuen a la necesidades de estos nuevos grupos.

En conclusión, Manuel Alonso señala que: “flexibilizar significa, aligerar trabas, suprimir controles, disminuir requisitos o condicionamientos, pero —eso sí—, y al mismo tiempo, garantizar legítimos derechos e incluso racionales expectativas. En otro sentido, también, sentar las bases necesarias para empresarialmente, abrir nuevos cauces de incitación inversora que lleven a suprimir los temores que, en otro caso, conducen al empresario a retraerse en la creación de puestos de trabajo, o contribuyan a dificultar su necesaria e imperada adaptación a las exigencias de la tecnología o a las demandas de nuevas solicitudes¹³⁶”.

Es importante destacar, que la flexibilidad debe entenderse y acogerse como estrategia de apertura a cambios, cualesquiera que estos sean y aceptarse cuando los resultados sean convenientes para la colectividad¹³⁷, siempre y cuando no vulneren los cimientos básicos del Derecho laboral.

2.2. Postura de los actores sociales

2.1.1. Gobierno

Los gobiernos, ante los cambios sucedidos por la crisis económica, política y social, procuraron crear un marco de políticas públicas, para preservar la paz social, que

¹³⁶ Alonso, Manuel, “Ámbito y alcance de la flexibilidad en el mercado de trabajo”, *Círculo de Empresarios en el umbral de 1987*, España, Boletín 36, Cuarto Trimestre, 1986, p.13

¹³⁷ Kurzcyn Villalobos Patricia, *op. cit.*, nota 4, p. 89

contengan los altos niveles de desempleo y que promuevan el crecimiento económico mediante políticas activas de desarrollo.

Según algunos autores, la flexibilidad laboral apareció cuando las propuestas de desmantelamiento del Estado de Bienestar se enfrentaron con amplias manifestaciones de rechazo social y político, lo cual en gran medida impidió a los gobiernos reducir los gastos sociales totalmente. Ante ello, se abandonó el pleno empleo como política de Estado, se flexibilizaron los mercados laborales y se erosionaron las prestaciones ligadas al trabajo¹³⁸ sin eliminarlas del todo, para evitar mayores medidas de desprotección social.

Para otros en cambio, la recurrente crisis económica y su corolario de aumento del desempleo supusieron la transformación del derecho laboral en política de empleo, a lo cual se sumaron muchos gobiernos en forma directa o indirecta, ya que la filosofía que animaba los planteamientos flexibilizadores procuraban –supuestamente- la creación de mayores empleos.

En cuanto a las políticas de desarrollo, se tomó como ejemplo, el avance de algunos países industriales (Suecia, Gran Bretaña, Italia), que durante los años setenta contaron con industria privada, pero al mismo tiempo intervenía las empresas públicas en algunas industrias con baja competitividad, en donde se crearon verdaderos centros de productividad, impulsados por una política de altos potenciales competitivos, que en la práctica implantaron métodos flexibles en los mercados laborales¹³⁹.

2.2.2. Sindicatos

Los organismos sindicales mostraron fuerte resistencia a la cultura de la flexibilidad, no sólo por representar una abstención legislativa y reivindicativa de la libertad de contratación, sino por no encontrarse convencidos de las posibles ventajas de la desregulación. A pesar de este rechazo, la mayoría de sindicatos tuvieron que aceptar la flexibilidad del mercado de trabajo como medida necesaria e inevitable frente al conflicto que devenía de la inseguridad del empleo; además existía una fuerte pretensión tanto oficial como empresarial de modificar ciertos ordenamientos jurídicos, que aun

¹³⁸ Humeres Magnan Héctor y Humeres Noguera Héctor, *Op. cit.*, nota 10, p. 29

¹³⁹ OIT, *La empresa y los factores que influyen en su funcionamiento*, Ginebra, 8ª. ed., 1984, pp. 6-14

cuando se llevarían a cabo sin perjuicio de la libertad sindical o del poder de negociación de la representatividad de los sindicatos, de cualquier modo alterarían la vida sindical¹⁴⁰.

En ciertos países, la escasa resistencia de los sindicatos frente a la flexibilidad laboral, se debió al virtual debilitamiento del movimiento sindical, consecuencia de la crisis económica que en los años setenta, afectó especialmente las industrias de la minería, del carbón, siderúrgica, textil, de la construcción naval, del automóvil, en que los sindicatos eran fuertes y se hallaban firmemente establecidos. La salida masiva de trabajadores en estos sectores industriales, pasó una importante factura.

Actualmente, el movimiento de los sindicatos modernos parece haber perdido terreno en tres frentes críticos. Primero, su eficacia: ya no ofrece a los trabajadores las mismas ventajas materiales que en el pasado. Segundo, su legitimidad: los empleadores, al estar ampliamente informados por los medios de comunicación, ponen en duda la función del sindicalismo. Por último, la pretensión de satisfacer egoísmos regionales o locales ha sido perjudicial para la cohesión y la solidaridad del movimiento sindical en conjunto, lo cual ha dado paso a la posibilidad de flexibilizar sin contrapesos y restricciones.

2.2.3. Empleadores

La empresa como justificación de la flexibilidad señaló que para alcanzar el progreso frente a la crisis se requería centrar esfuerzos en los siguientes campos: el económico, el político, el humano y el tecnológico. El bajo nivel de desarrollo económico por la crisis económica impedía al empresario sostener los niveles de gasto que lo hacía durante otra etapa. La limitación en el volumen de los artículos o servicios que un negocio podía producir, limitaba a su vez el mercado de empleo y este fenómeno repercutía en su economía, obstaculizando la utilización de las máquinas y locales, y aumentando el costo del producto¹⁴¹.

¹⁴⁰ Barajas Montes de Oca, Santiago, "La flexibilidad: nuevo elemento en la relación de trabajo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXIV, Número 70, Enero-Abril, 1991, p. 38

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 44

Ante ello los empresarios se propusieron atender lo más indispensable y urgente, para que pueda alcanzarse la productividad esperada. La solución a corto plazo era la modificación de las condiciones laborales que no implicaban un mayor gasto. Las propuestas de los empresarios se centraron en los siguientes puntos: 1) Plan de salarios, que debían ajustarse a los niveles de demanda y a los cambios bruscos de la actividad económica; 2) Conversión de maquinaria, para lo cual se requirió de un mayor adiestramiento y formación profesional del trabajador en las nuevas técnicas; y, 3) Contratación temporal que permitiera la movilidad de fuerza de trabajo, según las condiciones de la empresa. En base a ello se propusieron las reformas que flexibilizarían las normas laborales, para adecuar las condiciones de trabajo a las necesidades imperantes.

2.3. Posturas de organismos internacionales sobre la flexibilización laboral

2.3.1. OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo)

Para algunos autores, el origen de la flexibilidad laboral, se debió a la reaparición de la economía neoclásica en los principales países de la OCDE. En tal razón, la flexibilidad provino de una propuesta al interior de esta organización para solucionar las condiciones de crisis económica, más que para alcanzar una transformación del mercado de trabajo. Así, para la OCDE la flexibilidad laboral no es, más que un aspecto de la flexibilidad total de las empresas, que pueden introducir nuevos productos o retirar los antiguos, acelerar y ralentizar la introducción de nuevas tecnologías, trasladar las instalaciones de producción, modificar los precios o cambiar los métodos de gestión. Cualquier clase de rigidez —inflexibilidad de los mercados de capitales, restricciones en el comercio o sistema de gestión rígido o anticuado, por ejemplo— puede limitar la capacidad de la empresa para reaccionar ante la evolución de la situación económica¹⁴².

Ante esta perspectiva, la primera propuesta de la OCDE fue reformar las normas laborales consideradas rígidas y proteccionistas, para crear un mercado laboral flexible en que el empleo sea poco regulado (en términos de paga, horas de trabajo, restricciones al despido, etc.); que no exista restricciones para la creación de trabajo con bajas

¹⁴² OCDE, *Flexibilidad y Mercado de trabajo, El debate actual*, Informe Técnico, Col. Informes OCDE, No. 23, Edición en español: MTSS, Madrid, España, p. 136

remuneraciones, de tiempo parcial, con contratos por períodos cortos y exista una elevada rotación del personal, en que los empleadores seleccionen en forma menos estricta antes de contratar¹⁴³.

En su informe anual de 1984¹⁴⁴, la OCDE expresó la opinión de que una de las razones de que siguiese aumentado el desempleo en Europa – mientras que se había estabilizado en Japón y había descendido en Estados Unidos – era, entre otras rigideces, el gravamen excesivo de los costes de mano de obra, tanto salariales como no salariales (incluidas en estos últimos las cargas y las prestaciones sociales), que tenían que soportar las empresas europeas, que suponían a veces casi una cuarta parte de los gastos variables. Consideraba que durante varios años, los interlocutores sociales habían negociado subidas salariales que no estaban justificadas por la productividad ni por el crecimiento económico. Se tenía la impresión de que los movimientos salariales generales no tenían en cuenta suficientemente los cambios de las condiciones económicas. En su informe de 1985 volvió a reiterar la probable vinculación entre las rigideces de los beneficios reales y el desempleo.

En abril de 1986, cuando la flexibilidad laboral era la base de discusión en el marco de reforma, la OCDE procuró hacer un análisis de la situación con una visión macro y en pos de alcanzar un desarrollo sostenido y progresivo; se reunieron dos organismos consultivos (comisión consultiva sindical y comisión consultiva comercial e industrial) y emitieron una declaración conjunta sobre el pleno empleo y el crecimiento. Esta declaración afirmaba que aunque la falta de flexibilidad del mercado de trabajo y la incapacidad del mercado para adaptarse al cambio estructural podría obstaculizar la consecución del pleno empleo, creían que el aumento de flexibilidad no podría por sí mismo estimular el crecimiento¹⁴⁵.

Por esta razón, en ese mismo año, la OCDE, dictó un informe en el cual señalaba: La flexibilidad no es la panacea de todos los males sociales y económicos. Aunque es indispensable ciertamente, sin embargo, sólo se trata de un medio, y no necesariamente el más importante, para emprender cambios estructurales con el objetivo macroeconómico primordial de garantizar un crecimiento no inflacionario. Dado que los

¹⁴³ OCDE, *The Jobs Study, Part II The Adjustment Potential of the Labour Market*, Paris, p. 207

¹⁴⁴ OCDE: *Employment Outlook* (París, septiembre de 1984), 118 páginas.

¹⁴⁵ Sarfati Hedva y Kobrin Catherine, *Op. cit.*, nota 48, p. 71

mercados de trabajo desempeñan un papel importante en el proceso de crecimiento económico, su flexibilidad se puede usar con provecho para hacer más eficiente la economía y asegurar el progreso económico¹⁴⁶, aunque resaltó la necesidad de crear mecanismos que eviten la fragmentación de las relaciones laborales.

2.3.2 Organización Internacional del Trabajo

El concepto de flexibilidad en la OIT, nació en un marco de transformación que procuraba extender la idea de que la vida laboral debería estar menos reglamentada y más diversificada, para que cada persona pudiera alternar empleo, formación y tiempo libre según sus necesidades (relacionado con la movilidad interna o funcional, así como con los contratos temporales y *part-time*). Este sistema recibió un nuevo impulso debido al número cada vez mayor de jóvenes y de mujeres que entraban a formar parte de la PEA.

En un inicio este concepto se derivó de la idea de humanización del trabajo, que apareció primero en los países nórdicos y que después fue ganando aceptación en algunos países de la Europa occidental. Por estas razones, en 1976 en el seno de la OIT, se dio paso a la idea de una mayor flexibilización laboral, con el lanzamiento del Programa Internacional para la Mejora de las Condiciones y el Ambiente de Trabajo (PIACT).

Más tarde, en la 72^o Conferencia de la OIT de 1986, se incluyó el tema de la flexibilidad como posible intento de transformación legislativa laboral en el seno de la Comunidad Europea. El intento partió de la Dirección General del Organismo Internacional, con el objetivo de incluir el tema en el capítulo de la agenda destinada a los “problemas actuales del mundo del trabajo, su evolución y las nuevas formas en que se presentan las relaciones de trabajo”. Se pretendía encontrar soluciones viables al desempleo que había adquirido gigantescas proporciones tanto en países industrializados como en los que están en vías de desarrollo, respecto del cual se anhelaban soluciones prácticas de tipo social, no obstante aceptar que su esencia es eminentemente económica. El proyecto refería a los siguientes puntos, en cuanto a flexibilidad laboral:

¹⁴⁶ Ibidem, p. 105

1) Que es necesario establecer condiciones para el comercio, que estimulen la producción de rendimiento elevado para alcanzar un nivel de vida razonable.

2) Que el logro de esta finalidad sólo será posible mediante una revisión legislativa de carácter nacional que comprenda: a) condiciones de trabajo; b) remuneración de los asalariados y de los productores independientes; c) protección que corresponda a los trabajadores migrantes en prestaciones de seguridad social; d) funcionamiento de los servicios públicos, y e) la reglamentación de los pactos sociales mediante los cuales resulte posible interesar y asociar a la población para la preparación y ejecución de normas que faciliten el progreso¹⁴⁷.

2.4. Adaptación del sistema de relaciones laborales

La adaptación del sistema de relaciones de trabajo frente a la flexibilidad laboral, se alcanzó mediante diversos mecanismos que llevaron adelante el proceso de ajuste. No en todos los casos guardaron concordancia con la realidad nacional, con las necesidades del mercado laboral ni con el crecimiento económico.

A continuación haremos un breve recuento de estos medios:

- a) Mecanismos de hecho o por nuevas regulaciones.
- b) Adaptación de necesidades específicas que al aplicarse se van convirtiendo en prácticas regulares (son más fáciles de incluir si existe una reglamentación específica).
- c) Se aplican con motivo de cambios estructurales predeterminados¹⁴⁸.

En las experiencias internacionales, se han concretado diversos instrumentos para la incorporación de la flexibilidad laboral. Entre los más utilizados están los siguientes:

2.4.1. *Acuerdos marco tripartitos* donde se fijan las pautas mínimas e inderogables y las medidas que se tomarán para afrontar la crisis equitativamente “entre todos” los integrantes de la sociedad, así como también la forma en que se distribuirán

¹⁴⁷ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine *op cit*, nota 48, p. 17

¹⁴⁸ Kurzcyn Villalobos Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 10

los beneficios que resulten del desarrollo y el crecimiento económico. Es una forma de concertación social, que tiene por objetivo determinar las pautas básicas a tener en cuenta como elemento de contención de los acuerdos sectoriales de nivel inferior en un periodo de tiempo preestablecido.

La OIT define la “Concertación Social”, como una etapa de pleno florecimiento del diálogo social, por medio del cual los representantes de los empleadores, los trabajadores y los gobiernos crean el hábito de actuar de un modo concertado y multifacético con el fin de buscar el consenso para abordar los grandes temas de política económica y social.

Por su parte, se define al diálogo social como todo tipo de negociaciones, de consultas así como intercambio de información, entre los representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, sobre cuestiones de interés común relativas a las políticas económicas y sociales. La definición y el concepto de diálogo social varían en función del país y del período¹⁴⁹.

En Europa, la utilización de acuerdos marco para la incorporación de un modelo de flexibilidad laboral fue recurrente. En Austria¹⁵⁰, se acordó en 1986 el reajuste o reducción de la jornada laboral, el trabajo voluntario a tiempo parcial, traslados internos o externos, ayudas para fomentar la marcha voluntaria de trabajadores o para que los inmigrantes regresen a sus países de origen, convenios sobre jubilación anticipada, contratos de reconversión profesional, entre otros.

En España, en 1984¹⁵¹ se firmó un pacto económico y social que procuraba la modernización de la industria y fomento del empleo. Entre las medidas tomadas destacan la compensación a la moderación salarial para la creación directa de puestos de trabajo e incremento de créditos para mejorar el equipamiento y la infraestructura del sector público. Se estimuló la inversión privada con la deducción del 15% sobre las nuevas inversiones y una reducción en los costos

¹⁴⁹ Ishikawa, Junko, *Aspectos clave del Diálogo Social Nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, p.3.

¹⁵⁰ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 136

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 150

previsionales por trabajador contratado a tiempo completo. En cuanto a las medidas flexibilizadoras, se reformó la legislación laboral a fin de que no se requiriera autorización previa para los despidos pero se manejaron otras medidas protectoras para defender la mano de obra. Se permitió la creación de contratos atípicos¹⁵² para la formación, el contrato a tiempo parcial – por sustitución -, así como los contratos de duración determinada.

- 2.4.2. **Acuerdos sectoriales bipartitos o convenios colectivos de trabajo**, en los cuales por medio del ejercicio de la autonomía colectiva, los propios actores sociales podían establecer las nuevas modalidades flexibles y los cambios que requerían según las condiciones de la empresa.

La negociación colectiva fue una de las modalidades más utilizadas para introducir la flexibilidad laboral en Europa, principalmente con la participación de los sindicatos (en aquellos países en que su fuerza se mantuvo a pesar de la caída movimiento sindical), quienes presentaban opciones para evitar una masiva pérdida de puestos de trabajo. En ciertas ocasiones la negociación colectiva fue un mecanismo a la alza y en otros a la baja. Varios fueron los puntos que se trataron mediante la contratación colectiva: Reducción y reorganización del tiempo de trabajo, restricción salarial, simplificación de mecanismos para despido individual y masivo, flexibilidad en las clasificaciones de los puestos de trabajo, prohibición de subcontratar en caso de despidos y las condiciones para los trabajadores en caso de introducción de nuevas tecnologías.

En Suiza en 1986, se firmó un convenio colectivo para la industria relojera, que incorporaba la reducción de la semana de trabajo a 40 horas sin la pérdida salarial; la entrega de una compensación por el coste de vida y una remuneración adicional (decimotercer sueldo); protección contra los despidos al otorgar a los desempleados un puesto equivalente en la misma zona; igualdad salarial, en base

¹⁵² Se definen como contratos atípicos aquellos que se adecuan al modelo flexible y por ello salen de la esfera de contratación tradicional en que preponderaba el contrato por tiempo indeterminado. Estos “nuevos” contratos procuran adecuarse a los objetivos que tienen la legislación laboral actual a fin de convertirse en una política de empleo. En este sentido la contratación atípica incluye los contratos temporales clásicos, los contratos para promoción de inversión, los contratos de trabajo para formación (aprendizaje) y en general todos aquellos que se adecuen a las necesidades del mercado. Para algunos autores la denominación contratos atípicos, podría caer en el riesgo de generar consideraciones erróneas y confusas sobre la legalidad y aun la legitimidad del trabajo correspondiente. Véase Kurzcyn Villalobos Patricia, *op. cit.*, nota 4, pp. 160 y ss.

al principio de igualdad de salario para trabajo de igual valor y el de igualdad de oportunidades en el empleo¹⁵³.

Por otro lado, la globalización económica ha generado que las inversiones de capital se desplacen por todo el mundo, en diversos mercados nacionales y regionales, lo cual ha creado una nueva relación entre empleador y trabajador que supera los límites de las legislaciones nacionales. Por ello, se creó una nueva forma de negociación colectiva, a través de los denominados **Acuerdo Marco internacionales** (AMI), que se definen como aquellos acuerdos suscritos entre un sindicato mundial y una empresa multinacional con el fin de establecer normas sociales mínimas dentro del conjunto de las actividades de las plantas que esa empresa posea en el mundo así como las empresas subsidiarias o subcontratadas segregadas de las matrices por la empresa multinacional. Estos acuerdos marco han fomentado el reconocimiento y la negociación para los sindicatos a escala nacional y/o local.

La importancia de estos acuerdos es que recogen al menos las normas Fundamentales del Trabajo (Convenios fundamentales de la OIT, principalmente los convenios Nos. 87 y 98 referidos al derecho de sindicación y de negociación colectiva). En su contenido se puede incorporar mecanismos de seguimiento, revisión y control. Los Acuerdos- Marco podrían llegar a suponer un embrión de negociación colectiva transnacional, aunque no cuentan con un marco legal de regulación de las relaciones laborales internacionales, ya que inclusive los convenios de la OIT, si bien elaborados a escala internacional, están destinados a ser aplicados por gobiernos nacionales. Según datos de la Confederación Sindical Mundial, hasta el año 2010 se habían firmado 89 AMIs.

Según los trabajadores, estos acuerdos suponen un avance de presencia sindical en comparación con los Códigos de Conducta voluntarios que las empresas suscriben de forma unilateral, con la finalidad de ejercer una ética en los negocios (Responsabilidad Social de la Empresa).

¹⁵³ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 167

2.4.3. *La ley como una herramienta de fijación de los mínimos inderogables*¹⁵⁴. En la mayoría de países latinoamericanos se reformó la legislación laboral para incorporar las nuevas modalidades flexibles, con ciertos resultados que analizaremos en el siguiente capítulo; en otros países en cambio las medidas tomadas fueron transitorias, hasta superar la fuerte crisis económica sobrevenida en los años setenta, siendo medidas de corta duración. En su caso, los países que realizaron cambios permanentes a los esquemas tradicionales, debieron sistematizar los procedimientos, por cuanto una flexibilización total, principal, colectiva y general, representaba un radio de riesgo para los derechos laborales; la sistematización tenía como fin principal manejar la aplicabilidad con precaución y evaluar los resultados en cada uno de los sectores social, político y económico¹⁵⁵. En la mayoría de países latinoamericanos no se tomaron estas medidas preventivas, como analizaremos más adelante.

2.5. Formas de flexibilidad laboral

Las formas de flexibilidad laboral influyen directamente en los aspectos o condiciones de trabajo existentes, entre ellos, jornada de trabajo, formas de retribución, lugar de trabajo y contrataciones. En términos de adaptación existen dos modos en que la flexibilidad puede ejecutarse: flexibilidad externa y flexibilidad interna. A continuación haremos un análisis de las definiciones de estas modalidades de flexibilidad y algunos ejemplos de su adaptación en los países industrializados. En el siguiente capítulo analizaremos las formas de flexibilidad tomadas en América Latina.

2.5.1. Flexibilidad externa

La flexibilidad externa o numérica, tiende a modificar los esquemas rígidos del derecho del trabajo en cuanto se refiere a la manera en que los trabajadores pueden ingresar al puesto de trabajo o egresar de él. Por ello está relacionado con la posibilidad de que los empleadores modifiquen el volumen de su personal conforme a las necesidades de la empresa, utilizando contratos por tiempo limitado y mecanismos de despido. Es uno de

¹⁵⁴ Sappia Jorge, *Empleo y Flexibilidad laboral*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1996, p. 15

¹⁵⁵ Kurzcyn Villalobos Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 104

los temas de mayor preocupación en el estudio de las modalidades flexibles por su incidencia en la seguridad del empleo o estabilidad laboral.

Las razones que justifican la utilización de este tipo de flexibilidad son las siguientes:

- ***Posibilita un mayor ajuste de la cantidad de recursos humanos a la demanda que en cada momento tenga la empresa***¹⁵⁶. Significa dar una mayor prevalencia a los contratos de duración determinada, para acoplarse al nuevo modelo productivo; predominan, por tanto los contratos temporales bajo diversas modalidades para hacer frente a puntas de actividad, actividades estacionales, etc.
- ***Reducir o eliminar los costes de despido***, que facilitan a la empresa ajustar sus recursos humanos conforme a la necesidad del mercado. Es común que se argumente que las posibilidades de adaptación rápida tropiezan con una reglamentación del trabajo que establece un sistema de protección contra el despido que dificulta la movilidad de la mano de obra.
- ***Como medida de fomento del empleo***, en este caso se verifica la actuación del poder público dirigido a incentivar económicamente una contratación atípica. Esta intervención se lleva a cabo por medio de la reducción de los costes de la mano de obra, tanto directa como indirecta.

Por ello se justifica que el derecho del trabajo se convierte en una legislación de empleo ya que requiere extender su ámbito de aplicación a nuevos elementos, que antes no eran considerados al reglamentar las relaciones laborales, como por ejemplo, las condiciones de empleabilidad, el subempleo, desempleo, creación de empleo, entre otros. En este sentido, opera como una política de promoción de la ocupación a través de técnicas legislativas que introducen incentivos empresariales para la contratación de trabajadores, mediante el expediente de abaratar costos asociados al trabajo, facilitar el despido o ampliar las facultades empresariales para alterar las condiciones de la prestación de servicios laboralmente contratada¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Flores Saborido Ignacio, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España, la creciente flexibilidad en el acceso al empleo*, España, Consejo Económico Social, 1994, p. 40

¹⁵⁷ López Diego, *op. cit.*, nota 131, p. 22

2.5.1.1. *Contratos de duración determinada*

Los contratos de duración determinada siempre fueron considerados en la legislación laboral tradicional, como instrumentos de excepción a la regla general de contratación por tiempo indeterminado. Por tal razón, la existencia de estos contratos no es reciente, aunque en la actualidad, son utilizados con mayor frecuencia y generalidad, para permitir la adecuación empresarial a los cambios económicos y tecnológicos existentes. Para su fácil manejo, se han reducido los requisitos y condiciones que antiguamente se imponían y por tanto, operan en forma independiente a la función que les da origen: la naturaleza de la actividad. La condición más atractiva de estos contratos para las empresas, es la facilidad en su terminación que excluye al empleador de la obligación del pago indemnizatorio, lo cual redundaba en una acentuada relativización de la estabilidad en el trabajo, sujeta ahora a las necesidades variables de la empresa.

En Europa, la iniciativa de liberalización contractual y expansión de la flexibilidad externa, tuvo una aplicación relativa. En Alemania durante la primera etapa de flexibilización (1985) tanto empleadores como trabajadores estuvieron a favor de incorporar contratos temporales. Los empleadores requirieron la adopción con mayor frecuencia de los contratos por tiempo determinado, en razón de que las excesivas obligaciones y la normativa demasiado estricta, provocaron la formación de trabajo clandestino. Por su parte, los trabajadores manifestaron una actitud positiva a la introducción de contratos de duración determinada ya que permitía evitar la saturación laboral durante temporadas de alta producción: un 52% estaban dispuestos, en principio, a atender los períodos con sobrecarga de trabajo contratando mano de obra eventual; en la industria de la construcción y afines esta cifra llegaba a un 70%¹⁵⁸.

En España, los sindicatos¹⁵⁹, se opusieron fuertemente a las modalidades de flexibilización que aumentarían la precariedad del empleo, así como la eliminación de todos los controles respecto al despido. Requerían por ello que los contratos para trabajos eventuales tuvieran el carácter transitorio, y en el extremo caso de que tuviera que convertirse el trabajo estable a un trabajo a tiempo parcial, debía ser voluntario y reversible.

¹⁵⁸ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 190

¹⁵⁹ Unión General de Trabajadores (UGT) de España

Para hacer frente al alto desempleo, se incentivó la aplicación de subsidios para la contratación de trabajo y formación en el empleo, principalmente dirigido a grupos específicos de trabajadores de difícil inserción laboral – mujeres, jóvenes, desempleados de larga duración- mediante el subsidio de parte de la remuneración de los trabajadores contratados¹⁶⁰. Estas subvenciones fueron de la mano de reducciones a las cotizaciones previsionales a cargo del empleador, principalmente en los casos en que existían sistemas públicos de previsión social. También se implementaron modalidades de ocupaciones que relacionaron la formación profesional con el empleo, mediante normas especiales para promover la contratación de jóvenes y uso de contratos de práctica profesional y de aprendizaje, vinculadas al acceso garantizado a capacitación profesional¹⁶¹.

Un caso paradigmático en Europa fue el de España, en que se expidieron varias regulaciones para promover la creación de empleos. Así, mediante el real Decreto-Ley 18/1976, se sacrificó el principio de estabilidad laboral, ante el alarmante incremento en la cifra de desempleados que se estaba produciendo; se permitió la contratación temporal sin causa, por la cual los empresarios podían contratar por tiempo determinado con independencia de la naturaleza del servicio, y de que la necesidad de la contratación sea ocasional o indefinida. Los destinatarios de esta medida eran exclusivamente los perceptores del subsidio de desempleo y los jóvenes¹⁶². También se extendieron importantes bonificaciones de la aportación empresarial a la Seguridad Social. Posteriormente, mediante el Real Decreto 883/1978, se amplió la población potencialmente contratable y se otorgó una mayor bonificación para incentivar a los empleadores a contratar mediante este esquema.

Más tarde, con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, se configuró un sistema de contratos, con las siguientes características: 1) Coexistencia de la regla general de la duración indefinida con el contrato para la formación y contrato en prácticas (Art. 11); 2) se consolidó definitivamente el contrato temporal para fomento de empleo, al incluirse una variedad de contratos¹⁶³, que eximían de la obligación de señalar causa. Al reformarse el Art. 17.3 del ET, la contratación temporal creció

¹⁶⁰ Flores Saborido Ignacio, *op. cit.*, nota 156, p. 30

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*, p. 52

¹⁶³ Contrato para obra o servicio determinados, eventuales por circunstancias de la producción e interinidad

exponencialmente, convirtiéndose en la regla – el contrato indefinido en excepción- , y el contrato temporal “no causal” – el de fomento- en la estrella de la contratación. Con ello el principio de estabilidad en el empleo quedó seriamente dañado¹⁶⁴.

La improvisación y falta de planificación, así como la innecesaria complejidad en su aplicación, motivaron que no se disminuyera la tasa de desempleo mediante la utilización de estos contratos. Parece como si estos programas fueron utilizados ampliamente por las empresas no por su carácter de incentivo económico, sino por la necesidad de una mayor flexibilidad cuantitativa de la plantilla para hacer frente a los cambios en un período de plena crisis económica¹⁶⁵.

En otros países, además de utilizar estas modalidades contractuales como incentivo al empleo, se utilizaron también como mecanismo para que las compañías sigan siendo competitivas e innovadoras, en un terreno de constante transformación de la tecnología y de los productos. En aquellos países en que se realizaron importantes inversiones en materia tecnológica relacionada con la producción, la utilización de modalidades contractuales temporales, resultaron beneficiosas. Por ejemplo, en Estados Unidos, las nuevas formas de empleo y los mercados de trabajo “internos”, especialmente los de mano de obra temporal, se desarrollaron en zonas industriales de alta tecnología como en Silicon Valley, que se constituyó en el centro mundial de innovación y producción.

En esta ciudad prevalecieron por muchos años los contratos atípicos, que si bien se tradujeron en una mayor inseguridad para los trabajadores frente a las fluctuaciones de la economía, también ofrecieron nuevas oportunidades y “buenas” condiciones de trabajo, sobre todo para quienes contaban con las debidas aptitudes y contactos. En este contexto, una minoría de trabajadores resultaron beneficiados con contratos atípicos en Silicon Valley, puesto que esta flexibilidad constituyó una nueva forma de espíritu empresarial, en la que el individuo negocia su dotación de capital humano entre diversos compradores¹⁶⁶. No debemos olvidar que este tipo de modalidades no se adecuan a todos los sistemas jurídicos, principalmente aquellos que conservan la base de dignidad del ser humano y por tanto niegan que el trabajo sea una mercancía, por lo cual no puede aplicarse a todos los casos.

¹⁶⁴ Flores Saborido Ignacio, *op. cit.*, nota 156, p. 65

¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁶ Caroy Martín, *Op. cit.*, nota 125, p. 31

Las diferentes experiencias tanto europeas como de otras regiones, han demostrado que la aplicación de medidas de flexibilización numérica, relacionadas con la contratación por tiempo determinado, deben tomarse en forma relativa, temporal y en aplicación de otras medidas complementarias, ya que su uso indiscriminado podría conllevar a la destrucción de puestos de trabajo estables y la generación de empleos precarios¹⁶⁷; Así, cuando se utilice estos contratos como políticas de fomento de empleo, será necesario realizar un análisis previo de la utilidad de esta medida, caso contrario, el ajuste legislativo podría transformar la estructura del empleo, desde puestos de trabajo estables a empleos inestables y de bajos salarios para uso empresarial¹⁶⁸. Por ello, deberá verificarse si en efecto, se utilizaran los incentivos estatales y la reforma legislativa para la creación de nuevos empleos, o por el contrario, provocarían mayor precariedad en el empleo.

Además es fundamental que se otorgue un mínimo de protección para evitar la vulnerabilidad de los trabajadores ante las fluctuaciones del mercado de trabajo. En algunos países se utilizaron los seguros de desempleo como mecanismo de contingencia ante la continua movilidad laboral. En España, el programa de Comisiones Obreras propuesto para la solución de la crisis, planteó la reforma de la Ley básica de empleo para el efecto de lograr una mayor duración de las prestaciones por desempleo, mejor cobertura económica y mayor extensión de los beneficiarios. En Francia se produjo el subsidio estatal a la capacitación, por la cual el Estado redujo las cuotas del seguro social o asumió directamente la obligación de pagar la remuneración del trabajador, siempre que se mezclen el trabajo productivo y la capacitación otorgada por la empresa¹⁶⁹.

2.5.1.2. *Despidos*

Otra modalidad de flexibilidad externa es el mecanismo de despido, que permite a la empresa tener una mayor libertad para terminar la relación laboral, sin carga indemnizatoria. Es extrema en los países donde se puede contratar y despedir libremente

¹⁶⁷ Franco Eliana, *Reforma Económica, Productividad y Mercado Laboral en América Latina: Un estudio comparativo de Argentina, Costa Rica, México y Perú*, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, Perú, 2006, p. 40

¹⁶⁸ López Diego, *Op. cit.*, nota 131, p. 27

¹⁶⁹ De Buen Néstor, "Lucha contra el desempleo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XIX, Número 56, Mayo-Agosto, 1986, p. 481

sin importar que la duración del trabajo sea a tiempo completo o a tiempo parcial (el caso paradigmático es Estados Unidos); pero puede ser casi nula en aquellos en que el estatuto protege al trabajador y le garantiza el empleo (un ejemplo de ello es Japón, aunque cada vez decrece su aplicación). Existen otros modelos intermedios, como son los de despidos con preaviso, por causa justificada, previa audiencia pública practicado en Holanda, y los procedimientos especiales normalmente acordados en los contratos colectivos, como ocurrió en Alemania, en donde se maneja una larga tradición en sistemas de colaboración.

En este último caso, mediante la negociación colectiva se aceptaron ciertas formulas de equilibrio entre la reducción del empleo y una mayor flexibilidad del mercado de trabajo para evitar despidos masivos. Por ejemplo se aplicaron medidas en movilidad interna y externa, trabajo de jornada reducida en forma rotativa en lugar del despido definitivo, incluso con una reducción pasajera del salario; así mismo se congeló la contratación, se disminuyeron las horas extraordinarias y la jubilación anticipada. Ahora bien, este contexto de negociación se dio principalmente en las grandes empresas, con sindicatos fuertes, cuyas relaciones de trabajo se basaron en la participación¹⁷⁰.

La justificación para promocionar el despido se debió a que sus excesivos costes tenían supuestamente un doble efecto: retrasar los ajustes empresariales (con la consiguiente aparición de pérdidas y peligro de la continuidad empresarial) y desalentar la contratación de empleados fijos, lo que no sólo va en detrimento de la calidad de vida laboral sino que tiene efectos negativos sobre la formación y la productividad¹⁷¹. La técnica legislativa utilizada para crear este modelo, procuró mantener, incrementar o precisar el listado de causas legales de caducidad o despido justificado, sin pago de indemnización, incorporando además la posibilidad de desahucio con aviso previo o de despido por causas económicas u objetivas. Se utilizaron dos modalidades de despido en la mayoría de países europeos, según se detalla a continuación:

¹⁷⁰ Treu Tiziano, *La flexibilidad laboral en Europa*, Revista Internacional del Trabajo, Volumen 112, Número 2, 1993, p. 220

¹⁷¹ “*Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)*”, Cuadernos de Relaciones Laborales, No. 5, Editorial Complutense, Madrid, 1994, p. 63

2.5.1.2.1 *Despidos Individuales*

Las reformas legislativas en materia de despidos individuales, propusieron la ampliación de la capacidad de decisión empresarial para la terminación unilateral del contrato de trabajo, mediante la adición de más causas que posibiliten al empleador realizar despidos disciplinarios; se dio una mayor apertura para que el empleador despidiera por incumplimientos del trabajador, o en su caso, se limitó la posibilidad de reclamo por parte del trabajador, ante un despido disciplinario; otra fórmula utilizada fue la limitación de los costes económicos del despido¹⁷².

En Europa se mantuvo el principio básico de limitar la decisión empresarial de terminar el contrato de trabajo unilateralmente, así se conservaron ciertos mecanismos restrictivos¹⁷³ como: aviso previo al interesado (como mínimo) y, en la mayoría de los países, alegación de una causa justificada, relacionada con la capacidad, la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa¹⁷⁴. En cuanto a la alegación de causa justa, en caso que se hubiera despedido intempestivamente, resultaba preciso justificar, a *posteriori* ante un tribunal, la razón del despido y en ciertos casos como el de los Países Bajos, justificarlo como condición previa en audiencia pública o en un procedimiento definido en el contrato colectivo – el caso de Alemania, en donde los comités de empresa, por lo general debían estar informados antes de proceder al despido, de manera que pudieran presentar alegaciones y ejercitar un derecho de oposición (limitado) contra el despido-. Las consecuencias de la anulación legal del despido son muy variadas. En casi todos los países se impuso al empleador una sanción pecuniaria, pero sin obligación de reintegrar al trabajador despedido¹⁷⁵.

2.5.1.2.2 *Despido colectivo*

La reconversión industrial, que con frecuencia dio lugar a despidos colectivos, tuvo efectos difícilmente reversibles sobre la relación de trabajo. La responsabilidad patronal

¹⁷² Navarro Nieto Federico y Sáez Lara Carmen, *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 21

¹⁷³ *However, the added requirements are quite important in Belgium, the Czech Republic, Italy, Poland and Switzerland.* OECD, *employment Outlook 1999*, chapter II, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf>, p. 50

¹⁷⁴ Treu Tiziano, *op. cit.*, nota 170, p. 220

¹⁷⁵ *Idem*

disminuyó considerablemente, pues la garantía individual que los trabajadores tenían con respecto al despido, se reemplazó por una garantía colectiva que implicó cierta distribución de la carga indemnizatoria, formación o readaptación de los trabajadores.

Un caso claro de ello se dio en Alemania, donde el Comité de Empresa y el empresario por lo general acordaban un plan social, el cual preveía indemnizaciones por la pérdida del puesto de trabajo y además se utilizaba la figura de sociedades laborales en que los trabajadores afectados podían seguir empleados en estas organizaciones creadas para el efecto y podían seguir capacitándose por un tiempo, generalmente durante un año y un poco más, a fin de mejorar sus posibilidades de reintegración al mercado laboral¹⁷⁶.

En general en Europa, los cambios tanto normativos como contractuales tuvieron importantes repercusiones en materia de despidos colectivos. En Francia, la fuerte presión de los empleadores, provocó que el gobierno de Chirac (1986-1987) suprimiera el tradicional requisito de la autorización administrativa previa del inspector de trabajo, para todo despido colectivo. A partir de esta reforma, surgieron contratos de readaptación que causaron inestabilidad laboral, ya que suspendían la seguridad de una nueva colocación al romper con los organismos de orientación, formación y reinserción laboral.

En los Países Bajos, los trámites para el despido colectivo y la autorización de las oficinas de empleo públicas, se mantuvieron, aunque los requisitos para su petición, fueron reducidos y simplificados. En España, el concepto de causa económica se constituyó en el eje central de los supuestos de despido colectivo, a partir de la expedición de la Ley 11/1994. La legitimación de esta medida debía considerar además de la situación de crisis, los planes o previsiones que pretendía poner en marcha la empresa para adecuarse a las exigencias del mercado. La diversidad de criterios jurisprudenciales, restaron operatividad a este mecanismo extintivo, por lo cual se continuó con la práctica empresarial de despido disciplinario improcedente¹⁷⁷.

En materia contractual, los despidos colectivos procuraron la potenciación del papel de la autonomía colectiva como vía preferente de solución para las reestructuraciones de

¹⁷⁶ Zachert Ulrich, "La estructura de las relaciones laborales en Alemania", *AFDUDC*, No. 11, 2007, p. 1033.

¹⁷⁷ Flores Saborido Ignacio, *op. cit.*, nota 156, pp. 145 y 150

plantillas frente a la resolución administrativa unilateral¹⁷⁸. En Europa, la potestad negociadora de los trabajadores en los convenios colectivos fue limitada, con la finalidad de precautelar la permanencia en el empleo y limitar el paro; sin embargo, las graves condiciones frente a la crisis provocaron una mayor apertura para los despidos por causas económicas. Según la jurisprudencia de la República Federal de Alemania, una huelga sólo estaba legitimada si concernía a la aplicación de un convenio colectivo. Aunque la ley preveía la posibilidad de impugnar los despidos por causas económicas, la insolvencia de una empresa hacía inútil un convenio que prohibía los despidos¹⁷⁹.

Los despidos colectivos, fueron un tema de gran preocupación para los interlocutores sociales y de gobierno en la mayoría de países europeos; por ello, la directiva de la Comunidad Europea (CE) núm 1975/129 procuró armonizar las reglamentaciones pertinentes de los Estados miembros. Se señalaba que los empleadores debían consultar a los representantes de los trabajadores, con objeto de llegar a un acuerdo, sea para evitar los despidos, sea sobre el número de trabajadores afectados, sea sobre las medidas que se adopten para paliar las consecuencias de los despidos. La legislación no prohibía un reajuste del empleo, pero especificaba ciertas condiciones cuando se trataba de despidos colectivos: ambas partes debían buscar otras soluciones, cuando sean posibles, siendo el despido el último recurso debido a los costos sociales y económicos que implicaba¹⁸⁰. Así, en ciertas empresas prefirieron los despidos temporales. Tal fue el caso de FIAT y Montedison en Italia de 1980.

2.5.1.3. Externalización

La externalización consiste en reubicar de una empresa a otra el vínculo contractual con el trabajador. La idea de externalizar la plantilla de personal, permite trasladar el riesgo de las fluctuaciones de la actividad a la empresa subcontratista o intermediada, por lo cual la empresa matriz o principal queda eximida de esta carga laboral.

La externalización tiene varias denominaciones, siendo la más utilizada la subcontratación, que se caracteriza por repartir el trabajo entre diversos productores, en

¹⁷⁸ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 22

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 230

¹⁸⁰ Treu Tiziano, *op. cit.*, nota 170, p. 220

aquellas actividades que no representen el giro principal de la empresa; de esta forma se pueden realizar actividades de limpieza, vigilancia, transportes, comedores, comercialización e incluso servicios administrativos. Se trata del recurso a la mano de obra de otras empresas con costes más bajos y para tareas concretas, lo que comporta para la gran empresa una posibilidad de externalizar determinados costes y limitar su responsabilidad en la gestión laboral de determinado segmento de la plantilla de trabajadores necesaria¹⁸¹. Actualmente el uso de esta figura es tan generalizado que se ha ampliado incluso a actividades que comprenden el giro específico y principal de la empresa. Dentro de la subcontratación, existen dos expresiones: la intermediación laboral y la tercerización laboral también denominada outsourcing.

2.5.1.3.1. *La intermediación laboral*

La intermediación laboral ha tenido una importante evolución en los últimos años. Tradicionalmente se la relacionaba con los agentes encargados de informar sobre un empleo para canalizar a la oferta de trabajo con la demanda y viceversa. En la actualidad la proliferación de nuevas modalidades triangulares, han dividido a los intermediarios en dos figuras, que en ocasiones se han fusionado e incluso confundido. El primer grupo al cual denominaremos *tradicional* se relaciona con los servicios de colocación y políticas de empleo; el segundo grupo, está más relacionado con las distintas modalidades de *subcontratación de mano de obra*.

- *La Agencia de Colocación*

La primera referencia sobre la intermediación la realizó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1933 con ocasión de la adopción del Convenio No. 34 relativo a las agencias retribuidas de colocación, que procuraban la puesta en relación entre ofertas y demandas de trabajo. Más tarde, con la expedición del Convenio No. 88 relativo a la organización del servicio de empleo, la colocación amplió su contenido integrando otras facetas distintas a esta forma de intermediación, aunque estrechamente relacionadas con ella. Así, partiendo de una similar definición de colocación, se permitió que estas agencias realicen algunas acciones como llevar un registro de

¹⁸¹ Barajas Montes de Oca, Santiago, *Op. cit.*, nota 140, p. 71

demandantes, tomando notas de sus aptitudes, evaluándolas y ayudándoles a obtener orientación o readaptación profesional¹⁸².

Más tarde, las posibilidades que tenían los demandantes de empleo de obtener información sobre las vacantes existentes en el mercado de trabajo aumentaron notablemente, lo que hizo perder relevancia a las tradicionales agencias de colocación; por ello la OIT, buscó renovar su normativa en vista de la importante afluencia de varias agencias de empleo diversas a la tradicional. Como se recoge en el informe que la Oficina Internacional del Trabajo preparó para la 81^o reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en 1994, en el mercado laboral se presentaron nuevos tipos de agencias de empleo privadas que por su falta de regulación, provocaron ciertas situaciones de incumplimiento tolerado de la legalidad vigente en muchos países; en esta oportunidad, no pudieron definirse las distintas variedades de agencias de empleo, por lo cual se realizó un nuevo informe para la 85^o reunión de la Conferencia, en que se establecieron tres tipos de agencias de empleo: intermediarios¹⁸³, proveedores de competencias¹⁸⁴ y proveedores de servicios directos¹⁸⁵; estas tres modalidades fueron incorporadas al Convenio No. 181 sobre las agencias de empleo privadas (Art. 1.1).

Del texto de este artículo se concluyó que la intermediación es la actividad, ejercida de forma habitual y compatible con otras, consistente en vincular ofertas y demandas específicas, en la que el intermediario no forma parte de las relaciones laborales que puedan surgir entre las partes puestas en relación¹⁸⁶.

¹⁸² Lázaro Sánchez José L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, Sevilla-España, Consejo Andaluz de relaciones laborales, 2003, p. 29

¹⁸³ Agencias retribuidas de colocación, Agencias de empleo en el extranjero, agencias de contratación y de colocación de extranjeros, agencias de búsqueda y selección de ejecutivos y los Institutos de formación y de colocación

¹⁸⁴ Empresas de Trabajo Temporal, Agencias de arrendamiento de personal, de servicios profesionales, gestorías de carreras profesionales, Empresas y Asociaciones de inserción profesional provisional.

¹⁸⁵ Agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y recolocación, Consultorías en materia de inserción profesional, las Consultorías en gestión de personal, las Gestorías de estaciones publicitarias dedicados al empleo y las Gestorías de bancos de datos informáticos sobre el empleo.

¹⁸⁶ Durante la Conferencia Internacional de abril de 1998, se debatió sobre la posibilidad de que las agencias de colocación – entiéndase de intermediación – desarrollaran otras funciones, entre ellas la cesión de trabajadores, que realizan algunos servicios públicos de empleo. Varias fueron las voces que se elevaron ante esta situación, como Hepple de Reino Unido quien señaló que algunas agencias inglesas se dedican a la cesión de trabajadores, situación que provoca ciertos problemas; de igual forma Komiya de Japón constató que las agencias compatibilizaban diferentes tareas, aspecto no previsto inicialmente en la legislación, por lo cual la OIT se dedicó a la tarea de definir las diversas modalidades de agencias de empleo que quedaron definidas en el Convenio No. 181. Lázaro Sánchez, *Op. cit.*, nota 182, p. 30-31.

- *La intermediación como subcontratación de mano de obra*

La intermediación laboral en cuanto modalidad de subcontratación laboral, se considera aquella relación triangular en la que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo la dirección y el control de la segunda. Desde el punto de vista de la supresión de costos empresariales asociados a la contratación de mano de obra, la intermediación laboral es más intensa que la expansión de contratos de duración determinada, ya que permite a la empresa usuaria, utilizar personal externo contratado laboralmente por otras empresas, para que desarrollen actividades transitorias o temporales en sus propios giros¹⁸⁷. Valdez Dal-re, considera que no todas las facultades que integran el poder directivo del empresario son trasladadas a la empresa usuaria, puesto que el poder disciplinario es conservado por la empresa suministradora de mano de obra¹⁸⁸.

Mediante esta figura, se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer factor, que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son provistos a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última. En todo el mundo, se ha generalizado la regulación de la actividad de *empresas de trabajo temporal (ETT)*, que tienen por objeto intermediar mano de obra para que sea utilizada por una empresa distinta a la que contrató a dichos trabajadores¹⁸⁹.

- *La tercerización*

La tercerización o subcontratación de la producción de bienes y servicios, tiene como sustrato común el proporcionar determinados servicios o bienes, bajo la dirección y el control del contratista. Lo fundamental de esta figura es que descentralizan ciertas labores especializadas o secundarias que pasan a ser prestadas por otra empresa, la que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicada a prestar tales

¹⁸⁷ Idem

¹⁸⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, (Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición), en M.VV., *Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1996, p. 62

¹⁸⁹ Consejo Consultivo Laboral Andino, *La subcontratación laboral, Análisis y perspectivas*, PLADES, ILA, 2007, Perú, p.31

servicios o actividades. Los límites de las labores que pueden ser objeto de tercerización se vienen desdibujando en los últimos años, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan un traslado cada vez mayor de tareas a tal punto que pueden externalizarse cualquier tipo de actividad siempre y cuando la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas¹⁹⁰.

Es importante considerar las diferentes denominaciones que se dan a la subcontratación laboral a nivel internacional. Así para una mayoría de naciones de lengua inglesa, el término *sub-contracting* tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo, un conductor asalariado de una empresa deviene un transportista autónomo, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que *contract labour*, correspondería al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral.

Para los países de lengua española la palabra subcontratación se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de contrata), reservándose el de intermediación para la de trabajo. A su vez, los de lengua francesa distinguen entre la *sous-traitance* para los servicios y la *sous-entreprise* para la mano de obra, a la que también pueden denominar *marchandage* si asume una forma prohibida por la ley, o *mise à disposition* (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal)¹⁹¹.

2.5.1.4. Trabajador autónomo

El trabajador autónomo o independiente es aquel cuya relación jurídica se considera no laboral, conforme a algunos criterios, que en algunos países¹⁹² los caracterizan y diferencian de un trabajador subordinado; entre ellos tenemos los siguientes: 1) El trabajador autónomo puede seleccionar libremente los medios de ejecución del trabajo

¹⁹⁰ Raso Delgue, Juan, "Outsourcing", *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000, p. 45

¹⁹¹ Consejo Consultivo Laboral Andino, *Op. cit.*, nota 189, p. 40.

¹⁹² En el caso de Canadá, no existe una reglamentación laboral para los trabajadores autónomos, puesto que se los compara con empresarios de acuerdo con el Código Civil de Quebec, sin embargo, existen ciertos criterios aplicables para distinguir un trabajo independiente real del simulado. Kurzcyn Villalobos Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 223

(criterio decisivo); 2) Generalmente es el propietario de los útiles de trabajo (no decisivo); 3) No está constreñido a desempeñar sus servicios en el establecimiento ni a respetar un horario laboral, salvo que la naturaleza de su actividad así lo requiera (tampoco criterio decisivo); 4) No existe exclusividad de sus servicios, de lo contrario se presume la existencia de subordinación; 5) Puede no estar obligado, como el trabajador subordinado, a realizar personalmente sus tareas y en relación con la remuneración, asume los riesgos financieros de su actividad¹⁹³.

Para algunos autores, el trabajo independiente, constituye una huída del derecho del trabajo porque retornan a figuras contractuales reguladas en el ámbito civil (prestaciones de servicio o contratos mercantiles)¹⁹⁴ y da paso nuevamente al acuerdo libre de voluntades entre dos desiguales, por lo cual opera un discreto regreso al derecho civil, terreno frente al cual el derecho laboral siempre ha intentado marcar su distancia¹⁹⁵. Ante ello, se ha previsto la aplicación de ciertas modalidades laborales en esta clásica figura civil.

- *La parasubordinación*

En algunas legislaciones (como la alemana o italiana) se han considerado ciertos elementos de la situación del trabajador autónomo para insertarlo en la tutela del Derecho del Trabajo. Así, nació la figura de la parasubordinación que se proyecta en aquellos casos en que los trabajadores se mueven entre los umbrales de la subordinación y la autonomía; en un principio son independientes, pero dependen de una sola persona que les proporciona el trabajo a realizar, es decir, se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación¹⁹⁶.

¹⁹³ Barre, Alain, *La diversité des formes de l'emploi au Canada*, Seminario Internacional de Derecho del Trabajo comparado, Hungría, Szeged, Universidad Atilla Joseph, 11ª sesión, agosto de 1966, p. 1. *Idem*.

¹⁹⁴ Baylos Antonio, "La "huida" del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización)", España, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2000, p. 36

¹⁹⁵ Humeres Magnan Héctor y Humeres Noguera Héctor, *Op. cit.*, nota 10, p. 143

¹⁹⁶ Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe (Rapport pour la commission européenne)*, París, Fammarion, 1999, pp. 32 y 33. Citado por Sánchez Castañeda, Alfredo, (El Derecho del Trabajo en constante transformación: de la disminución a la ampliación del estatus del sujeto laboral regulado), en Kurczyn Villalobos Patricia, *Derecho Social, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos*, IJ-UNAM, México, 2005, p. 154

Aparece un elemento importante, referido a la situación de subordinación económica en la que el trabajador depende de un solo empleador, aunque no tenga horario preestablecido, ni un salario regular.

Los elementos más importantes de la dependencia económica son:

- a) El trabajador labora solo (sin la asistencia de otros asalariados).
- b) Obtiene más de la mitad de sus ingresos profesionales por los servicios dados a la persona principal bajo la cual está a sus órdenes.
- c) Su necesidad de protección social es similar a la de un trabajador asalariado¹⁹⁷.

En este sentido, es importante diferenciar las distintas categorías de los trabajadores independientes para determinar aquellos que se encuentran en una situación de parasubordinación o no. En Italia, la noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973, 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. 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 discusión se centra en reconocer el criterio de *dependencia económica*, que autorizaría la aplicación de parte del derecho laboral a los trabajadores en los casos expresamente señalados en la ley, es decir, exclusivamente lo relacionado con el procedimiento contencioso, de higiene y seguridad. En materia de seguridad social, la doctrina italiana considera que la protección social de los trabajadores parasubordinados debe cubrir cuatro ejes:

- El derecho a una compensación salarial equitativa en función de la calidad del trabajo;
- El derecho de conservar el puesto de trabajo;

¹⁹⁷ Idem

- El derecho a la salud de los trabajadores, y
- El derecho de libertad¹⁹⁸.

En México, la jurisprudencia consideró durante varios años que la subordinación integraba únicamente los elementos técnicos y de dependencia para reconocer la existencia de la relación laboral, mientras que la dependencia económica no era determinante para reconocer la existencia de subordinación¹⁹⁹. Sin embargo, en el año 2007, el Noveno Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, reconoció la existencia de la relación laboral cuando se desprendan los elementos de la subordinación y de dependencia económica²⁰⁰, lo cual podría incidir en una próxima regulación sobre la parasubordinación.

- *Los cuasisubordinados*

Según el derecho alemán, los trabajadores independientes están en tres categorías: las dos primeras se refieren a los empresarios que pueden trabajar, sea en función de un contrato de empresa (*Werkvertrag*), o 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 personen*) o también denominados cuasisubordinados quienes 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 de la 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 colectiva²⁰¹.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta I, mayo 1995, novena época, p. 289.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Semanario Judicial de la Federación XIV, Septiembre de 1994, octava época, p. 440

²⁰⁰ Noveno Tribunal Colegiado en materia de trabajo del primer circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, novena época, abril de 2007, p. 1524

²⁰¹ Sánchez Castañeda, Alfredo, *Op. cit.*, nota 196, p. 154.

2.5.2 Flexibilidad interna

Los cambios tecnológicos que dieron lugar a la nueva modalidad de organización productiva, promovieron también la transformación del perfil de los trabajadores, para incluirlos en las nuevas prácticas empresariales. Así pues, la flexibilidad interna refiere a las calificaciones y aptitudes polivalentes que pueden desempeñar los trabajadores dentro de una unidad de producción²⁰²; su intención es permitir la adaptabilidad del recurso humano a través de la modificación de las condiciones de trabajo previamente pactadas en el contrato individual de trabajo.

Se otorga al empleador facultades excepcionales para modificar la naturaleza de la función desempeñada, el lugar de trabajo, la duración o distribución de la jornada laboral, ya sea unilateralmente o mediante acuerdo individual o colectivo. Esta flexibilidad engloba a cinco figuras claves: a) La fábrica flexible, como prototipo de adaptabilidad de los procesos productivos; b) El trabajador proudhoniano, símbolo de una polivalencia recuperada; c) El asalariado interino, como forma acabada de movilidad en el empleo; d) El salario según rendimiento, ya sea individual, más o menos colectivo; y, e) El salario a diferentes velocidades, en términos de remuneración, garantía jurídica y derechos sociales²⁰³. Para un mejor análisis, dividiremos esta flexibilidad en tres grupos:

2.5.2.1. Organización del tiempo de trabajo

Se logra modificando la cantidad global de trabajo utilizado, con variaciones en el tiempo efectivo de trabajo, lo que conduce a variar el tiempo de trabajo previsto para las actividades de producción²⁰⁴. Según analizamos en el primer capítulo²⁰⁵, la limitación de la jornada laboral en la ley tiene como propósito la protección del trabajador, razón por la cual entorno a ella, se ha constituido todo un cuerpo normativo que fija el tiempo máximo de duración y el tiempo mínimo de reposo; en caso de exceder este máximo, tendrá que cumplirse con ciertos mandatos que determine la ley para el pago de horas

²⁰² Atkinson J., *Flexibility, Uncertainty and Manpower*, Brighton, Sussex University, Institute of Manpower Studies, 1985, informe núm 89, Comisión europea, *Livre Blanc*, 1994, parte A7. Citado por Sánchez Castañeda Alfredo, *Op. cit.*, nota 61, p. 10

²⁰³ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 94

²⁰⁴ Chávez Ramírez Paulina, *Op. cit.*, nota 129, p. 71

²⁰⁵ Cfr. numeral 2.1.1.2 del primer capítulo

extraordinarias. El conjunto de normas de trabajo obedece al imperativo protector, sin embargo, no puede perderse de vista la organización de la empresa, que durante la etapa de flexibilización laboral ha constituido uno de los elementos básicos a tomar en cuenta.

En Europa, el tiempo de trabajo fue un tema controvertido que empezó a discutirse a fines de los años setenta. La disminución de la jornada fue una propuesta, que tenía intereses compartidos entre los sindicatos, que procuraban enfrentar el desempleo, y los empleadores que buscaban una mayor flexibilización en la jornada laboral. La exigencia de la flexibilidad no era solamente una maniobra táctica de los empleadores, sino que tenía que ver con la indispensable adaptación de la organización del trabajo a las necesidades cada vez más variables de la producción y al imperativo de una mejor calidad y nuevos estilos de vida²⁰⁶. Influyó en la fijación de esta flexibilidad la nueva división social del trabajo o división familiar del trabajo, manifestada por la incorporación económica activa de las mujeres y las modificaciones en el reparto de las responsabilidades familiares.

En razón de la escasa capacidad empresarial de crear nuevos empleos, se fijó la idea de que los trabajadores deben compartir el trabajo disponible, ya que en un futuro cercano las fuerzas de la economía no crearán más empleo. De esta manera surgieron varias modalidades.

- *El trabajo compartido*

Se entiende como una forma voluntaria de trabajo a tiempo parcial en un puesto de trabajo de tiempo completo. En varios países se ha utilizado esta modalidad como parte del programa del seguro de desempleo (Canadá); el trabajo compartido ha permitido a los trabajadores organizar su vida personal y laboral con más ventajas sobre el tiempo parcial, porque tiende a integrar beneficios regulares y genera antigüedad; esta situación ha sido posible por la fuerte intervención de los sindicatos²⁰⁷.

En Europa, a mediados de la década de los ochenta, el trabajo compartido pasó de ser un programa de mejoramiento de derechos laborales, a utilizarse como alternativa para

²⁰⁶ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 224

²⁰⁷ Kurzcyn Villalobos Patricia, *op. cit.*, nota 4, p. 230

paliar la cesantía. Se aplicó un conjunto de medidas que tenían como idea central, compartir el trabajo escaso, con la regulación de modalidades ocupacionales de jornada reducida (contrato de trabajo *part time*²⁰⁸, contrato de relevo o para compartir puestos de trabajo y la jubilación anticipada).

Fritz Scharpf y Ronald Schettkat de Alemania, señalaron en un informe publicado por el Instituto Internacional de Gestión en 1992, que tendrá mayor efecto sobre el empleo, el aumento del trabajo a tiempo parcial que la jubilación anticipada. Sin embargo, el aumento del empleo parcial puede poner en peligro los derechos de pensión plena de muchos asalariados. Parece preferible, por tanto, la reducción de la semana laboral porque abarca a toda la población activa y se puede financiar sin subir los impuestos ni las cotizaciones a la Seguridad Social²⁰⁹.

Las etapas de evolución de esta flexibilidad en Europa se dieron de la siguiente manera: 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 sin un costo económico adicional para la empresa.

2.5.2.1.1. *Reducción de horas de trabajo*

La idea de reducir las horas laborales tiene como finalidad efectivizar el tiempo de trabajo, realizando una labor productiva en menor tiempo. En muchos casos, también se utilizó esta medida para evitar despidos y para solucionar el problema de los altos niveles de desempleo. Tales fueron los casos de Austria, Alemania, Italia y Países Bajos.

En Europa se aplicaron modelos combinados de jornada para obtener diferenciación y variación horaria; las opciones fueron: compactar la semana de trabajo en tres o cuatro días, pudiendo descansar el resto del tiempo y modulando los límites de duración de

²⁰⁸ El Convenio No. 175 de la OIT define al trabajador a tiempo parcial como aquel asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Bollé Patrick, "El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?", *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 116, número 4, 1997, p. 607

²⁰⁹ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine op cit, nota 48, p. 431

jornada, no por días sino por promedios semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales o anuales²¹⁰.

La disminución horaria se aplicó a través de la contratación colectiva y reformas legales; en España²¹¹, mediante la negociación colectiva, desapareció el límite diario de trabajo ordinario: se reconoció la facultad a los empleadores de organizar más flexiblemente el tiempo de trabajo a lo largo de un año. Los representantes de los trabajadores estaban facultados para establecer una distribución irregular de la jornada de trabajo, no solo semanal sino también diaria. A finales de los años noventa se alcanzaron importantes acuerdos colectivos en empresas, como la Volkswagen de Alemania y el sindicato IG-Metal que a fin de proteger el empleo de sus sindicalizados, pactó semanas de trabajo de 26 y 28 horas²¹².

En materia de reformas legales, en Italia y en Francia, se aligeraron las normas aplicables al número máximo de horas de trabajo diarias y semanales, y se abolieron las restricciones en materia de trabajo nocturno y de períodos de descanso obligatorios para las trabajadoras (Ley núm, 903/1977 en Italia y ley del 19 de junio de 1987 en Francia)²¹³. En junio de 1998, se expidió en Francia, una ley que fijó la semana de trabajo en 35 horas. La nueva jornada estuvo vigente a partir del año 2002.

2.5.2.1.2. *El tiempo parcial*

El trabajo a tiempo parcial se reglamenta como un empleo regular bajo las mismas condiciones que un trabajo pleno, en que la jornada es menor a la máxima legal ya que puede resultar la mitad de ésta. A la inversa, los trabajadores pueden acumular pequeños trabajos inestables y laborar más de 50 horas a la semana²¹⁴. Desde hace varios años, el tiempo parcial ha dejado de ser atípico en algunos países: en Holanda comprende a más de 1/3 de los trabajadores y más de la quinta parte en Noruega. Ocurre lo mismo en Inglaterra donde alrededor del 40% de los empleos propuestos son a tiempo parcial. La utilización de modalidades de trabajo a tiempo parcial han respondido a la creciente necesidad de las empresas, especialmente en los servicios, de

²¹⁰ Chávez Ramírez Paulina, *Op. cit.*, nota 129, p. 33

²¹¹ Flores Saborido Ignacio, *op. cit.*, nota 156, p. 225

²¹² Sánchez Castañeda Alfredo, *op. cit.*, nota 59, p. 13

²¹³ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine *op cit.*, nota 48, p. 225

²¹⁴ Kurzcyn Villalobos Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 225

cubrir puntas de actividad de duración reducida, en determinadas horas del día, días de la semana o del mes²¹⁵.

En el caso de Canadá, se considera tiempo parcial a la labor realizada en más de la tercera parte de la semana normal, por lo regular de 36 a 40 horas. Cuando los trabajadores ocupados en tiempo completo pasan voluntariamente al régimen parcial, no cuentan con la seguridad de ocuparse nuevamente en tiempo completo; por ello se permite y se sugiere solicitar un periodo de prueba antes de tomar la decisión final. Los empleados a tiempo parcial cuentan con algunos derechos de seguridad social en los siguientes términos:

- a) Pensión de retiro cuando el nombramiento es por tiempo indeterminado o por más de 6 meses y el número de horas trabajadas en la semana es de doce o más horas;
- b) Prestaciones por fallecimiento, en las mismas condiciones que en la pensión de retiro;
- c) Seguro de invalidez, cuando el nombramiento es por tiempo indeterminado o por más de 6 meses y trabajó una tercera parte de la semana normal de trabajo para su categoría;
- d) Atención médica sin limitación de tiempo mínimo de trabajo; y
- e) Atención dental, cuando trabaja más de la tercera parte de la semana normal de trabajo para su categoría²¹⁶.

Según los sindicatos, el tiempo parcial puede traer riesgos y requiere que el personal cuente con medios para enfrentarse a la disminución de ganancias; de hecho, consideran que en varios casos los beneficios no resultan en la proporción esperada. En este sentido, los trabajadores consideran que el trabajo a tiempo parcial puede ser útil para un pequeño grupo inserto en los estratos ingreso medio alto y alto, en razón de que aquellos tienen la posibilidad de elegir su condición por una decisión personal, mientras que el conjunto más amplio de la población, que están afectados por los bajos salarios, no tiene más obligación que buscar ingresos complementarios a través de dobles

²¹⁵ Sánchez Castañeda Alfredo, *op. cit.*, nota 59, pp. 13 y 33

²¹⁶ Ministère du Développement des Ressources Humaines du Canada, *Un milieu de travail flexible, un guide sur les régimes optionnels et les options de conté*, 1995, Annexe: Sommaire des avantages sociaux, emploi à temps partiel, p. 39. Canadá, octubre de 1995. Citado por Kurczyn Villalobos Patricia, *op. cit.*, nota 4, p. 225

ocupaciones, autoempleo informal, etc. Para este sector social, el trabajo a tiempo parcial termina siendo una variante más de la subocupación, ya que le significa ingresos insuficientes para la subsistencia personal y familiar²¹⁷. Sin embargo, el tiempo parcial es una de las múltiples opciones de flexibilidad acordada con el sindicato desde 1970.

2.5.2.1.3. *Organización del tiempo sin pago de horas extraordinarias*

En ciertos países se regularon normas que tenían como finalidad redistribuir el trabajo, para compensar las horas extraordinarias mediante la concesión obligatoria de tiempo libre. Tal fue el caso de Bélgica que en el año 1984, expidió una norma que introducía estos cambios; la Real Orden determinaba que al final de cada trimestre se debería compensar con tiempo libre, las horas extraordinarias que excedan los límites reglamentarios. Se restringió esta modalidad a los siguientes tipos de trabajo: trabajo en turnos sucesivos, trabajo continuo, trabajo al que no se le pueden aplicar los límites normales, trabajos preparatorios o complementarios, transporte, carga y descarga, entre otros²¹⁸. Se introdujo la limitación máxima de 50 horas de trabajo a la semana, y se declaró ilegal la transferencia de trabajadores a trabajos de jornada reducida, hasta que el trabajador haya agotado todo el tiempo libre compensatorio a que tuviere derecho.

A finales de la década de los ochenta, la variedad de modalidades de organización del tiempo libre era mayor de lo que habían previsto los propios interlocutores sociales, y esto agudizó aún más la diversificación de la estructura del empleo. Los empleadores podían repartir libremente las horas de trabajo a lo largo de la semana, o de un período más largo, con menos restricciones que antes y sin tener que pagar horas extraordinarias. El personal podía trabajar más horas extraordinarias, y los empleadores tenían un mayor margen de libertad para imponerlas, a menudo incluso los sábados y los domingos²¹⁹.

²¹⁷ Quintar Aida, "Flexibilización laboral ¿Requerimiento de las nuevas tecnologías o fragmentación del movimiento obrero?", *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, No. 118, Volumen 30, Julio-Septiembre 1990, p. 233

²¹⁸ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine, *op. cit.*, nota 48, p. 413

²¹⁹ *Ibidem*, p. 33

2.5.2.2. *Jubilación anticipada*

La reducción de la edad de jubilación y el establecimiento de planes de jubilación anticipada ofrecieron una forma adicional de crear nuevos puestos de trabajo. En Europa las autoridades públicas utilizaron de forma generalizada planes de este tipo, como medidas de flexibilización laboral. Así desde 1976 los gobiernos de Bélgica, Reino Unido, Francia y España, permitieron que sus trabajadores se jubilaran anticipadamente, por lo que redujeron la edad y el tiempo de cotización como requisito para acceder a la jubilación (de 65 a 60, 62 y 64 años, respectivamente) y se promovió que los trabajadores afectados sean reemplazados por jóvenes en busca de su primer empleo o personas en paro.

En 1986 se introdujo en Alemania, un plan de jubilación anticipada, por el cual los hombres podían jubilarse a la edad de 62 años y las mujeres a los 59, a condición de que lleven trabajando en la empresa 25 años por lo menos. La pensión de jubilación anticipada ascendía al 75% del último salario bruto. Los trabajadores podían optar también por jubilarse anticipadamente a los 58 años de edad, bajo ciertas condiciones, por un período de cinco años, como medida para fomentar la creación de puestos de trabajo²²⁰.

La aplicación de la jubilación anticipada, no careció de inconvenientes. En Francia se consideró que este tipo de flexibilidad supuso transferir el costo de pagar el subsidio de paro a los fondos de pensiones que ya estaban padeciendo un agotamiento financiero por causa del envejecimiento de la población²²¹; por ello, en varios países no se consideró como una medida viable para enfrentar la crisis económica y el desempleo.

2.5.2.3. *Flexibilidad funcional*

A partir de los años setenta, en el mercado se presentaron cambios técnico-organizativos orientados a propiciar una mayor variedad y calidad de bienes y servicios y a favorecer una conexión más fluida entre los diferentes participantes en el proceso productivo (desde los “creadores” de nuevos productos y métodos hasta los consumidores finales,

²²⁰ *Ibidem*, p. 144

²²¹ *Ibidem*, p. 51

pasando por las diferentes etapas de producción y distribución)²²². Para cumplir con ello se buscaron desarrollar conexiones entre los eslabones de la cadena productiva, reducción de las decisiones centralizadas y el fomento de una cualificación laboral, en que los trabajadores puedan realizar diversas funciones en la empresa.

La flexibilidad funcional procura utilizar a los empleados en funciones variables según las necesidades de la cadena de producción o de las fluctuaciones de la producción. Para ello se invierte la división del trabajo y la fragmentación de la organización del trabajo, típicas del modelo tradicional de la cadena de producción y se amplía la gama de tareas y calificaciones inherentes a un trabajo dado, aumentado a su vez la movilidad interna.

Existen varias formas de aplicar la flexibilidad funcional, entre ellas señalaremos las más destacadas: a) aligeramiento o abolición de las prácticas de trabajo restrictivas; b) reducción de la delimitación de los puestos de trabajo y del número de categorías; c) ampliación y enriquecimiento de las tareas (en la medida en que es compatible con la eficacia); d) ensayo del trabajo en equipo, unido a una nueva concepción de la organización y el trabajo, y e) introducción de otras prácticas nuevas de gestión de los recursos humanos, como ciertas técnicas complejas de selección, formación y evaluación de los resultados, programas de comunicación y círculos de calidad²²³.

En Europa, la implantación de la flexibilidad funcional, permitió a los empleadores prescindir de los sindicatos; el empresario tuvo la prerrogativa de cambiar las funciones del trabajador –dentro del marco permitido del *ius variandi*– conforme a las necesidades de la empresa, por lo cual no estaba obligado a precisar la causa de su decisión, ni comunicar el cambio de funciones con antelación al trabajador, así como tampoco tenía que someterla a consulta de los representantes sindicales; no existía un control judicial sobre la justificación de la medida, ni garantías de extinción e indemnización a favor del trabajador.

Sin embargo en países como Alemania, Bélgica e Italia, en los cuales los sindicatos se encontraban sólidamente asentados, su intervención en la incorporación de esta flexibilidad fue importante: a cambio de una mayor flexibilidad interna, consiguieron la

²²² *Ibidem*, p. 144

²²³ *Idem*

garantía de seguridad en el empleo, al menos para el núcleo del personal estable; además le dio la posibilidad de una intervención más directa en la adopción de las decisiones de la empresa.

2.5.2.3.1. *Polifuncionalidad*

En la actualidad, el trabajador 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 empresa²²⁴.

La adquisición de las diversas calificaciones es la piedra angular de la polivalencia: la enseñanza y la formación configuran las actitudes y el comportamiento del personal de dirección y de los trabajadores en general²²⁵. Implica por tanto, un esfuerzo particular de formación profesional a fin de que los interesados tengan varias cualificaciones y sean capaces de cumplir con distintas funciones. Los trabajadores se interesan en esta modalidad, por cuanto les permite adquirir mayores destrezas y aptitudes para su formación personal, por ello en ciertas condiciones, ven a la polivalencia como una buena opción profesional y la aceptan.

En otras ocasiones, las acciones sindicales restringen la polivalencia por cuanto buscan abrir más puestos de trabajo, ampliar categorías y crear especializaciones, lo cual limita sustancialmente la movilidad interna y origina inconvenientes para la administración laboral²²⁶.

2.5.2.3.2. *Movilidad geográfica*

En ciertas condiciones las empresas requieren la movilidad geográfica del trabajador, sea dentro del país de origen o fuera de él, dependiendo de los intereses de la empresa.

²²⁴ Sánchez-Castañeda Alfredo, *Op. cit.*, nota 59, p. 11

²²⁵ Treu Tiziano, *op. cit.*, nota 170, p. 227

²²⁶ Kurzcyn Villalobos Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 118

Los casos más conocidos se han dado en Europa, en que los traslados pueden realizarse dentro de la Comunidad Europea o incluso fuera de ella.

2.5.2.3.3. *Trabajo a domicilio*

Otro tipo de movilidad, se relaciona con el lugar de trabajo, en que el trabajador no requiere trasladarse a la empresa, sino que pueda cumplir su trabajo desde casa. Esta modalidad se conoce como trabajo a domicilio. Uno de los casos más conocidos se dio en la empresa IBM de Inglaterra, en que 20% de sus trabajadores realizaban este tipo de trabajo. Mediante esta medida se buscaba incrementar la productividad, sin embargo, dicho incremento no necesariamente se podía dar, ya que la empresa tenía el problema de controlar el tiempo de trabajo, así como de respetar la vida privada del trabajador²²⁷.

2.5.2.3.4. *Teletrabajo*

Según el Departamento de Desarrollo de Recursos Humanos de Canadá, es aquel que se realiza fuera del centro oficial de actividades, sea una parte de la semana normal de trabajo o permanentemente; por regla general se desempeña en el domicilio del trabajador o en otro lugar seleccionado por él. Funciona como la descentralización laboral en sitios alejados de las oficinas centrales, con más cercanía a los domicilios de los trabajadores. Un ejemplo de práctica de teletrabajo fue la Compañía de Teléfonos “British Columbia”, con 14.000 empleados en 1992 (47% mujeres); de acuerdo con el Sindicato (TWU) tuvo en 1991 uno de los arreglos más actualizados respecto a la flexibilidad en el lugar de trabajo (*flexiplace*), con el establecimiento de un primer centro satelital para el desempeño de actividades independientes sin necesidad de supervisión. Este programa representó un arreglo alternativo de trabajo, atractivo para los trabajadores por la posibilidad de coordinar sus responsabilidades familiares²²⁸.

La experiencia en otros países ha demostrado que estos nuevos empleos en la economía de la información representan una vía de acceso a la igualdad de trato y de oportunidades para las mujeres; sin embargo es importante considerar varios de los pros y contras de esta modalidad de empleo. Así por ejemplo, se considera que el teletrabajo

²²⁷ Sánchez-Castañeda Alfredo, *Op. cit.*, nota 59, p. 13

²²⁸ Kurzcyn Villalobos, Patricia, *Op. cit.*, nota 4, p. 231

podría traer consecuencias para la salud, por el estrés provocado en razón de las tareas repetitivas realizadas en entornos de trabajo sometidos a una fuerte presión. Además esta modalidad laboral impide la sindicación de quienes lo ejercen en especial de quienes trabajan en el domicilio. Otros aspectos a considerar serían los gastos en cuanto al mantenimiento y disponibilidad del equipo a utilizar y las herramientas de comunicación, la protección de la información tanto del trabajador como de la empresa, el tiempo de trabajo, el desarrollo profesional y las medidas de entrenamiento. Todo ello requerirá de una regulación particular en cada caso.

Existe una diversidad de modalidades del teletrabajo que lo distinguen del trabajo a domicilio; en este sentido tenemos el *trabajo a domicilio espontáneo*, cuando se lleva trabajo para completar en las noches o en fines de semana, común entre los directivos; el *trabajo flexible*, cuando las partes están de acuerdo en desempeñar de manera regular las actividades laborales en el domicilio y en la oficina, alternativamente; la *organización flexible*, cuando el teletrabajo se propone a una parte, a una categoría de asalariados o a todo el personal de la empresa para desempeñar los servicios a domicilio por medio de trabajo electrónico; por tiempo parcial, denominado *télépendulaire* (*Telecommuting* en derecho anglosajón); el trabajo realizado en *telecentros* establecidos para tales fines; el *teletrabajo nómada*, como el de los agentes comerciales contactados con la empresa electrónicamente; el *teletrabajo en red*, cuando se conectan por Internet o realizan proyectos colectivos²²⁹.

2.5.2.3.5. Trabajo en equipo

Es un mecanismo que procura realizar un trabajo más productivo, mediante procesos de comunicación, definición de problemas, búsqueda de soluciones y planificación entre las distintas áreas de la empresa. Esto permite la participación activa del trabajador en la propuesta de sugerencias innovadoras, la detección de problemas y estimula la competitividad interna. Se los conoce como *círculos de calidad*. Este tipo de trabajo no solo se enfoca al nivel directivo sino incluso a las líneas de producción.

²²⁹ Idem

El inconveniente de esta modalidad podría ser, el estancamiento del trabajador en una categoría o lentitud en el ascenso escalafonario; sin embargo, ello puede contrarrestarse con una eficaz capacitación y adiestramiento y una adecuada nivelación de salarios²³⁰.

2.5.3. *Flexibilidad salarial*

Es una de las modalidades de flexibilidad más controvertidas. Se refiere a las formas de aumentos o alzas automáticas de salarios, en particular la indexación o escala móvil, como pretende la tendencia general²³¹.

La discusión se centra en que tanto la indexación salarial, como la existencia de un salario mínimo indiferenciado y demasiado elevado, son factores de rigidez, por lo cual, se propone reducir la parte fija de la remuneración y establecer que una fracción del salario dependa de los resultados económicos de la empresa; según esta teoría, los factores que inciden en la fijación de salarios, están relacionados con la situación general del mercado de trabajo y con la posibilidad de la empresa de liberarse de las reglamentaciones públicas limitantes de su libertad de gestión²³².

En Francia en 1985, el Consejo Nacional de Empleadores Franceses (CNPF) propuso que se transformara la forma de calcular el salario mínimo con el fin de evitar los efectos negativos de la indexación. Entre las propuestas estaban: 1) homologar los componentes de la remuneración anual, incluyendo las bonificaciones y la decimotercera paga; 2) fijar los aumentos salariales sobre una base anual (y no el incremento automático conforme al índice de precios); y 3) basarse en indicadores económicos adicionales (es decir, el producto interno bruto) distintos del coste de la vida²³³. La intención era ampliar los planes de remuneración en función al rendimiento como respuesta a las presiones externas del mercado de trabajo y por ello, determinar el salario por hora trabajada de acuerdo con la productividad individual²³⁴. En 1986 se reconoció las gratificaciones por mérito personal y los servicios de quienes contribuyen a los buenos resultados de la empresa; cuando lo justifiquen las circunstancias se

²³⁰ *Ibidem*, p. 119

²³¹ *Ibidem*, p. 120

²³² *Idem*

²³³ Sarfati Hedva y Kobrin Caherine op cit, nota 48 , p. 189

²³⁴ *Idem*

concedieron bonificaciones de productividad además del salario base”²³⁵. Los cambios en las modalidades de indexación automática por uno relacionado con la productividad, fue el mecanismo más utilizado en la mayoría de los países europeos.

Otra de las modalidades de flexibilidad salarial utilizada fue la reducción *temporal de los salarios* con la finalidad de incrementar los beneficios, aumentar las inversiones, sustituir mano de obra por capital, reducir los costes de las empresas, reducir el riesgo de inflación y de esta forma aumentar la competitividad internacional, para crear puestos de trabajo²³⁶. Un caso importante se dio en Bélgica, cuando el parlamento aprobó en febrero de 1984, un programa de austeridad del Gobierno, destinado a reducir el déficit presupuestario, en que se impuso que los trabajadores belgas entre 1984 y 1987 perdieran un 2% de cualquier aumento salarial que esté ligado al índice de precios al por menor. Esta experiencia, junto con otras sucedidas en Europa, Japón y Estados Unidos demostró que la reducción de los salarios no constituye una panacea, pues las consecuencias sobre el empleo únicamente son favorables cuando los efectos de competitividad son superiores a la desestabilización del consumo y al impacto recesivo sobre el mercado interior. Pero, en tal caso, una disminución salarial tampoco compensaría totalmente las tendencias adversas procedentes de la disminución de los intercambios mundiales y de las transformaciones técnicas tendentes a una reducción del trabajo²³⁷

Una propuesta de los trabajadores para evitar la reducción de salarios y al mismo tiempo procurar una menor repercusión económica para los empresarios fue el *aumento de prestaciones sociales*, en que las revisiones salariales obligatorias se congelarían mientras que las prestaciones complementarias no constitutivas de salario nominativo tendrían un incremento cada vez. Un caso fue el de Italia, cuando el gobierno en 1984, determinó por decreto que se reducirían en tres puntos porcentuales los aumentos automáticos por coste de vida durante un período de 6 meses, pero a cambio, se aumentaba los subsidios familiares.

²³⁵ *Ibidem*, p. 188

²³⁶ *Ibidem*, p. 257

²³⁷ *Ibidem*, p. 95

Otra de las modalidades utilizadas fue el cambio en el método para determinar los salarios, principalmente en Europa, en que se consideró que la negociación por ramas a escala nacional, y más aún la negociación nacional central, imponían cierto grado de rigidez, mientras que la negociación a nivel de centros de trabajo se adaptaba a las necesidades económicas de la empresa. En Nueva Zelanda, una comisión tripartita de reforma a largo plazo, en 1984, decidió que la fijación de salarios debería responder más a una profesión, industria o empresa concreta que a las estructuras salariales tradicionales vigentes. Esto en razón de que los cambios en costes de vida deben considerar las modificaciones tanto de la oferta y demanda de una especialización concreta, los cambios de los niveles de tecnología y el contenido del puesto de trabajo en profesiones o industrias determinadas, que se reflejan en la productividad.

2.6. ¿Es necesaria la flexibilización laboral?

De la información que hemos presentado se puede desprender que la flexibilidad laboral tiene su origen en los cambios económicos, políticos y sociales que han transformado el modelo económico, productivo y comercial desde finales del siglo XX. La intención de flexibilizar las relaciones laborales responde a una cada vez más cambiante realidad social y económica, que ha venido a modificar totalmente la concepción tradicional del derecho del trabajo, y en consecuencia la historia del mismo. 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 trabajo²³⁸.

Por ello, la flexibilidad *per se* no es negativa, por cuanto es intrínseca al derecho del trabajo, y se relaciona con las condiciones actuales, sin embargo, el problema se da 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 empleos²³⁹. Las experiencias europeas y de otros países desarrollados han demostrado que la flexibilidad requiere de un intenso análisis respecto de las condiciones y necesidades laborales internas, así como de los mecanismos de desarrollo productivo, previo a la presentación de proyectos

²³⁸ Sánchez Castañeda, *Op. cit.*, nota 59, p. 17

²³⁹ *Ibidem*, p. 16

de reforma, sean legales o contractuales; de igual forma resulta necesario el cumplimiento de una serie de normas de contenido esencial y con alcance universal, que no pueden ser objeto de suspensión o supresión (derechos fundamentales del trabajador, entre ellos la libertad sindical, la protección contra el trabajo forzoso y la protección contra la discriminación), ya que las propuestas sin aceptación social, sin la consideración previa de la realidad del mercado laboral y sin la observación de los derechos fundamentales del trabajador y de su organización colectiva, podría llevar a la precarización laboral, a la desprotección de los trabajadores y al mínimo resultado en materia de desempleo, competitividad y productividad empresarial.

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 a la dignidad del ser humano, pues debemos recordar que el trabajo no debe dejar de ser visto como un medio por el cual el hombre asegura su superación y desarrollo personal²⁴⁰.

Por otro lado, es importante considerar que 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 desear²⁴¹. Por ello es importante realizar un profundo análisis de los puntos claves a flexibilizar, basados en datos estadísticos confiables, y que prevengan todo un plan sistemático para su ejecución, atendiendo tanto las necesidades de adaptación de las empresas como las condiciones sociales y laborales de los trabajadores, principalmente sus derechos fundamentales.

En el cuarto capítulo veremos cómo se puede avanzar en una flexibilización que cumpla con los principios fundamentales del trabajo.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 17

²⁴¹ Marshall Diana, *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

CAPITULO III

Flexibilización Laboral en América Latina

I. Antecedentes de la región

1.1. Condiciones económicas, políticas y sociales

Entre 1975 y 1980, surgieron notables cambios en las condiciones políticas y económicas de la región, que repercutieron profundamente en el escenario laboral. En materia política se presentó una fuerte democratización del sistema interno en varios países latinoamericanos, luego de las dictaduras militares que vivieron por algunos años²⁴².

En el campo económico, la crisis del modelo tradicional de América Latina, proteccionista y con fuerte intervención del Estado, conllevó a la introducción de una estrategia neoliberal a través de los llamados programas de ajuste estructural. Entre 1981 – 1985 las economías de América Latina sufrieron una fuerte crisis económica, provocada por un conjunto complejo de causas internas y externas, que trastocaron el modelo imperante en la región y promovió el cambio hacia el neoliberalismo.

La crisis se manifestó con la reducción generalizada del ritmo de crecimiento económico, la caída sustancial de la inversión, agudas contracciones del empleo y las remuneraciones, aceleración -en muchos países- de la inflación y severos problemas de la balanza de pagos²⁴³. El receso de la actividad económica se sintió especialmente en Argentina, Bolivia, Costa Rica y Uruguay, aunque Chile resultó el país más afectado. Las reformas estructurales se basaron en las propuestas presentadas en 1989 por el Consenso de Washington, promovido por el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que formuló un listado de medidas de política económica dirigida a los gobiernos de países en

²⁴² El ciclo de restauración de la democracia se inició en el Ecuador, en 1979; continuó en el Perú (1980), Bolivia y Honduras (1982), Argentina (1983), Brasil y Uruguay (1985), Guatemala (1986), Paraguay (1989), Chile (1990), Nicaragua en 1979, el Salvador y Panamá 1994. Cfr. Bronstein Arturo, *Reforma Laboral en América Latina: Entre garantismo y flexibilidad*, Revista Internacional del Trabajo, Volumen 116, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997, p. 5

²⁴³ Bianchi Andrés, “América Latina: crisis económica y ajuste interno”, *Estudios Públicos*, CEPAL, No. 24, primavera 1986, Chile, p. 1

desarrollo para compensar las condiciones “deficientes” de la región. Las estrategias elaboradas por el Consenso pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- 1.- Disciplina fiscal, que implicaba la reducción drástica del déficit presupuestario;
- 2.- Disminución del gasto público, especialmente en la parte destinada al gasto social;
- 3.- Mejorar la recaudación impositiva sobre la base de la extensión de los impuestos indirectos;
- 4.- Liberalización del sistema financiero y de la tasa de interés;
- 5.- Mantenimiento de un tipo de cambio competitivo;
- 6.- Liberalización comercial externa;
7. Otorgar amplias facilidades a las inversiones extranjeras;
- 8.- Realizar una enérgica política de privatizaciones de empresas públicas;
- 9.- Cumplimiento estricto de la deuda externa;
- 10.- Flexibilidad de las normas laborales.

El BM recomendó a los países periféricos que por su capacidad limitada, tenían que centrarse ante todo en las funciones básicas como suministro de bienes públicos puros, derechos de propiedad y estabilidad macroeconómica²⁴⁴. No cabía que intervinieran los Estados en forma directa en su economía y en consecuencia, debían permitir que opere el libre mercado, a fin de alcanzar mayores niveles de equidad en el nuevo sistema de oferta y demanda. La mayoría de gobiernos latinoamericanos, admitieron y promovieron en su momento, las recomendaciones de estas entidades.

Chile, fue el país que más se adecuó a las recomendaciones propuestas, seguido de varios países de la región que formularon programas semejantes, a menudo con el apoyo de las instituciones financieras internacionales; figuran entre ellos Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia y Ecuador en 1990, Argentina en 1991, Perú en 1992 y Brasil en 1994. Al mismo tiempo se tomaron otras medidas para intensificar el comercio intrarregional, como la revitalización del Pacto Andino (entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) y la creación del MERCOSUR entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

²⁴⁴ Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington D.C., 1997, p. 29

En **México**, la crisis económica inició en 1982, cuando se entrelazaron la crisis energética y financiera, durante la cual se tomaron medidas para superar la coyuntura. La crisis se presentó en tres etapas: La primera que correspondió al periodo de Miguel de la Madrid, quien promovió el estancamiento con inflación (decrecimiento económico) e inició una política privatizadora a través de la desincorporación de empresas públicas. México reconoció los cambios mundiales y se alineó a las propuestas del FMI, para lo cual impulsó políticas correctivas que sanearan las finanzas públicas; se dismanteló el proteccionismo y se insertó a la economía mexicana en los mercados internacionales, asumiendo los riesgos y compromisos que ello implicaban²⁴⁵.

La segunda etapa inició en el sexenio de Salinas de Gortari, a través del Plan Nacional de Desarrollo 1989 – 1994, que buscó el saneamiento de las finanzas, el control de la inflación y la renegociación de la deuda externa, sin abandonar las modificaciones iniciadas en el sexenio anterior; las privatizaciones de empresas públicas continuaron, particularmente las denominadas empresas paraestatales. En el plan se puso énfasis en el incremento del empleo y los salarios, lo cual se llevaría a cabo a través del “aumento a la productividad”²⁴⁶. De igual forma, el crecimiento del comercio internacional y el aumento de la inversión extranjera, dieron paso a la firma del Tratado de Libre Comercio en América del Norte (TLCAN) entre México, Estados Unidos y Canadá que amparó la libre circulación de mercancías y de capitales.

La tercera etapa se dio en el gobierno de Ernesto Zedillo, en que se extendió la política iniciada en 1982. Las privatizaciones continuaron en el sector paraestatal y la apertura económica permitió alcanzar cierto valor agregado en el país. En marzo de 1996, se presentó el proyecto de dictamen de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, cuyo objetivo era fortalecer el ahorro interno para alcanzar el desarrollo en el largo plazo a través del impulso al sector productivo. La nueva Ley de Seguro Social fue aprobada por el Congreso de la Unión y publicada en el Diario Oficial de la Federación en diciembre de 1996. Esta ley modificó radicalmente el sistema de pensiones para asegurar su viabilidad financiera y alcanzar una mayor equidad en el mediano y largo plazos según la estimación de algunos expertos en esa época; sin embargo, los resultados no han sido los esperados.

²⁴⁵ Jiménez Jiménez Alejandro, *op. cit.*, nota 86, p. 33.

²⁴⁶ Loyzaga de la Cueva, Octavio, *Neoliberalismo y la flexibilización de los derechos laborales*, México, UAM, Unidad Azcapotzalco, Porrúa, 2002, p. 45

En **Ecuador**, la configuración de un nuevo modelo de desarrollo, sustentado en la mayor liberalización y apertura de la economía, comenzó a gestarse en 1981, con el gobierno de Oswaldo Hurtado. En el período de 1988 – 1992, durante el gobierno de Rodrigo Borja, entró en vigencia un programa de ajuste caracterizado por el gradualismo que buscaba la restauración de los equilibrios macroeconómicos. Se instauró una política monetaria restrictiva y de corte recesivo, marcado por el objetivo central de reducir la inflación.

En el siguiente período (agosto de 1992 -agosto de 1996), el gobierno encabezado por Sixto Durán Ballén incorporó un proceso de reestructuración económica más profundo y radical, desde una perspectiva liberal. Durante todo este período se enfatizó en el control de la inflación, el conseguir equilibrios macroeconómicos y cubrir el déficit fiscal; en esta administración, las principales variables macroeconómicas funcionaron, al menos durante los primeros años de gobierno (1992 – 1994) pero en cambio, se limitaron las posibilidades de reactivación económica, en especial en los sectores productivos.

La indiscriminada apertura de esta etapa, causó el debilitamiento del sistema financiero que aunado a situaciones coyunturales, desencadenaron una profunda crisis económica, social y política desde 1998, que conllevó a la quiebra de varios establecimientos financieros y el consiguiente deterioro e inclusive el cierre de varias empresas industriales, comerciales y de servicios, con grave repercusión en la generación de empleo productivo.

Frente a la crisis financiera vivida en 1999, en el año 2000 se decidió la eliminación de la moneda nacional y se introdujo el dólar estadounidense como moneda de curso legal, renunciando así a la política monetaria. Con el fin de implementar la dolarización, en el año 2000 se aprobaron la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Trole I) y la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Trole II), las cuales reformaron el régimen monetario y facilitaron la inversión extranjera y la privatización de empresas estatales²⁴⁷.

²⁴⁷ Correa Rafael, *Vulnerabilidad de la economía ecuatoriana, hacia una mejor política económica para la generación de empleo, reducción de la pobreza y desigualdad*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 26

1.2. Condiciones sociales de América Latina

Durante los años noventa, se verificó un alto crecimiento en la tasa de desempleo en la mayoría de países de la región, alcanzando en promedio un nivel del 10%. En ciertos países sudamericanos, este indicador se disparó (Ecuador, Brasil, Chile, Paraguay, Venezuela, Colombia, Uruguay y Argentina), mientras que en los países de Centroamérica disminuyó considerablemente. Esta situación fue resultado de varias condicionantes, entre ellas la crisis económica, las políticas de liberalización tomadas en los países de la región, las condiciones productivas de cada país y las propias características del mercado laboral latinoamericano.

Entre los efectos de la crisis económica, se comprobó que la estabilización macro de la región, dio como resultado un descenso en la flexibilidad del salario real y aumentó la respuesta del desempleo²⁴⁸. Aquellos países que tomaron medidas de ajuste, sin incorporar políticas sociales, tuvieron un importante crecimiento en el desempleo y un déficit en la protección de los afectados por el proceso. Las medidas de ajuste incidieron también en el crecimiento del empleo informal y la reducción del empleo público, lo que provocó que el ritmo de generación de empleo en la región disminuyera en casi todos los países.

En **México**, los programas iniciados en 1989 con el Plan Nacional de Desarrollo, centraron sus políticas en la privatización de empresas públicas, lo cual aumentó el desempleo; de igual forma, la dinámica apertura comercial, relacionada con la firma del TLCAN, no permitió que las empresas, sobre todo las micro, pequeñas y medianas, se protegieran contra sus efectos, incrementando considerablemente el desempleo y la llamada economía informal. Ahora bien, es importante destacar que México hasta el año 2008 manejó bajos niveles de desempleo, en comparación con otros países de Latinoamérica, resultado de ciertas características que predominan en este país; para muchos autores este bajo nivel en el desempleo puede deberse a que las cifras no consideran la *calidad* de empleo creado, si verificamos los altos niveles de subempleo y de informalidad que existen en México.

²⁴⁸ Márquez Gustavo, *El desempleo en América Latina y el Caribe a mediados de lo años 90*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo # 377, agosto 1998, p. 4

En **Ecuador**, la política de estabilización y ajuste aplicada en el período 1988-1992, provocó un agudo deterioro de los salarios reales, el aumento del desempleo y la subocupación. En el siguiente período (1992-1996), las estrategias para el control macroeconómico limitó la reactivación productiva lo cual incidió negativamente sobre el mercado de trabajo y el empleo; se redujeron las oportunidades de empleo adecuadamente remunerado, tanto en el sector público como en el privado, en un contexto carente de programas y acciones compensatorias. Esto, a su vez, se tradujo en un incremento de las actividades económicas de baja productividad y la economía informal, con una débil expansión del empleo en el sector moderno y el aumento del desempleo abierto²⁴⁹. En el año 2000, con la política monetaria y las medidas macroeconómicas implementadas durante los períodos anteriores, se perjudicó al sector social, ya que los procesos de ajuste se realizaron por medio del sector real, básicamente mercado laboral y producción, con un fuerte impacto en el empleo, equidad y pobreza.

Además de las consecuencias sociales que provocaron las medidas económicas tomadas, influyeron otros factores en el crecimiento del desempleo; así tenemos que la presencia de nuevos actores sociales, incidió directamente en los cambios del mercado laboral, lo cual tiene dos posturas divergentes; para algunos expertos, estos factores tuvieron un papel secundario en el crecimiento del desempleo en la región; para otros en cambio, la incorporación de nuevos actores en el mercado de trabajo (jóvenes y mujeres) significó una marcada influencia en el crecimiento del desempleo, ya que la mayoría de países latinoamericanos tuvieron una escasa capacidad del sector moderno de la economía para absorber productivamente a la totalidad de la fuerza de trabajo, lo cual dio paso al crecimiento del sector informal.

Otra de las razones que explican la diversidad de las experiencias del desempleo en la región fue el comportamiento de la inversión que ejerció un papel significativo en América Latina. Así países con cambios moderados en los niveles de desempleo, presentaron altos niveles de participación en las exportaciones industriales, lo cual demuestra que hubo un agudo contraste entre los patrones de especialización de las partes norte y sur de la región. En la parte norte de América Latina, donde generalmente hubo disminuciones en el desempleo, las manufacturas intensivas en trabajo

²⁴⁹ Pita Edgar, *Empleo, Productividad e Ingresos Ecuador (1990-1996)*, Oficina de Área y Equipo técnico multidisciplinarios para los países andinos, OIT, 1997, pp. 9-12

predominaron y tuvieron una participación creciente en las exportaciones industriales, mientras que los países sudamericanos, que sin excepciones registraron incrementos en el desempleo, tuvieron una participación mayoritaria en las exportaciones primarias.

En **México**, durante los años noventa y principios del nuevo milenio, la tasa de desempleo presentó una tendencia decreciente y contracíclica²⁵⁰, lo que caracterizó al mercado laboral mexicano por su bajo nivel de desempleo. En varios estudios se considera que la dinámica del mercado laboral mexicano estaba influenciada por varios factores: el desarrollo de la industria maquiladora y la migración de la población en edad de trabajar hacia Estados Unidos. En general, entre 1990 y 2004, México tuvo la evolución más favorable de mercado laboral, lo que reflejó aspectos positivos de su inserción internacional, incluyendo la fuerte recuperación de la economía y del empleo durante la segunda mitad de 1990. Nuevos puestos fueron creados después de la crisis de 1995, por lo cual el desempleo formal tuvo un nivel bajo, el desempleo juvenil no representó un problema mayor y la cobertura de seguridad social mejoró. Según datos del INEGI, en 2005 la tasa de desempleo en México era de 3.58% la cual ha tenido ligeros incrementos en los últimos años (4% en 2007, 4,52% en 2008) hasta 2009, en que presentó los niveles más altos de desempleo a consecuencia de la crisis económica mundial (5,25%). Sin embargo, México todavía enfrenta importantes desafíos en materia de empleo pues la mayor parte del crecimiento en este rubro, ha sido en el sector informal y en el subempleo, lo cual predomina desde el año 2000.

En el **Ecuador**, la tasa de desempleo se ha mantenido estable desde 1994, con un claro repunte en el año 2000, luego de crisis económica de 1999. Según información de las encuestas de empleo del INEC (ENEMDU), la tasa de desocupación total urbana promedio en los años post-crisis (2000-2005) ha sido mayor a la tasa de desocupación promedio durante los años de pre-crisis (los años noventa excepto 1998-1999). En el año 2006 el indicador alcanzó 7,81%, en 2008 7,30%, mientras que en 2009 presentó la tasa más alta (9,10%) a consecuencia de la crisis económica mundial.

²⁵⁰ Franco Eliana, *op. cit.*, nota 163, p. 26

1.3. Nuevos Paradigmas

1.3.1. *La globalización de América Latina*

La globalización del mercado internacional, que promovía el impulso del progreso técnico y la capacidad para reducir los costos, no dio suficientes oportunidades de crecimiento a la región latinoamericana, que manejaba un sistema de economía cerrada y con pocas expectativas de constituir grandes corporaciones transnacionales; sus opciones se restringieron a ofrecer al capital transnacional las mejores ventajas comparativas, abriendo sus economías, disponiendo de buena infraestructura para la producción, inspirando seguridad jurídica y eliminando todo tipo de restricciones a la inversión extranjera, en particular, para la repatriación de las utilidades²⁵¹; al carecer de infraestructura física y de conocimientos técnicos que añadieran valor a los procesos productivos, la región se limitó a ofrecer en venta sus recursos naturales, empresas estatales y las de prestación de servicios públicos, para no quedar al margen de la inversión. Una de las “ventajas competitivas” que promovió la región es la mano de obra barata, que se constituyó en uno de los principales “insumos” a ofrecer.

1.3.2. *La revolución científica y tecnológica*

América Latina tuvo un escaso acceso a la nueva tecnología que desarrollaron los países industrializados durante la década de los ochenta. Las empresas transnacionales, que son las principales productoras de tecnología, en muy pocas ocasiones vendieron a Latinoamérica sus descubrimientos; por lo general, prefirieron aprovechar su situación de privilegio, instalando matrices en países con mercado suficiente como para poder producir a escala, o con leyes que protegieran la producción interna de la competencia internacional, con lo cual consolidaron un modelo de producción y consumo, que limitó la capacidad de competencia de las empresas latinoamericanas.

Más tarde, en la década de los noventa, se potenció la formación de redes de proveedores, clientes y servicios productivos que no requerían de cuantiosas inversiones, lo cual resultó ventajoso para América Latina, que mejoró sus expectativas de productividad y la consecuente competitividad dentro del mercado mundial. La

²⁵¹ Guerrón, Ayala Santiago, *op. cit.*, nota 65, p. 42

velocidad de las comunicaciones modernas favoreció a la especialización flexible, ya que permitió que las empresas gozaran de acceso inmediato a los datos del mercado global, lo cual fue aprovechado por varias empresas de la región, aunque aún existen serias restricciones que impiden alcanzar los niveles esperados.

El problema central es la limitada inversión en tecnología e innovación en América Latina, ya que según datos de la Red de Indicadores en Ciencia y Tecnología (RICYT) en 2005, los países latinoamericanos apenas gastaron el 0,77% del PIB frente al 1,95% de la Unión Europea²⁵², 2,68% de Estados Unidos y 3,13% de Japón, según datos de la OCDE. En **México**, según el CONACYT, en 1993 se destinó el 0,22 % del PIB en ciencia, tecnología e investigadores; para 2005, esta cifra aumentó considerablemente (0,43% del PIB) aunque aún está muy alejada del porcentaje que invierten otros países de la OCDE²⁵³.

En **Ecuador** existen pocas estadísticas actualizadas sobre indicadores de ciencia y tecnología, aunque la Fundación para la Ciencia y la Tecnología señaló que para 1997, el gasto en investigación y desarrollo fue de 0,08% en relación al porcentaje del PIB y en 2005 el 0,15%. En los últimos años la inversión en ciencia y tecnología ha aumentado considerablemente²⁵⁴.

Ahora bien, a pesar de los escasos avances en innovación tecnológica, los niveles de desempleo se mantienen en la región e incluso han aumentado en los últimos años, lo cual podría deberse a los cambios en la organización de trabajo y en el manejo de personal como veremos más adelante.

1.3.3. Reconversión industrial en la región

Con el advenimiento de la globalización y las nuevas tecnologías, se requirió de una profunda transformación productiva, que pudiera sostener a las empresas latinoamericanas dentro del mercado internacional. Las deficiencias productivas que

²⁵² Países de la UE- 15

²⁵³ Estimaciones CONACYT y OCDE, *Main Science and Technology Indicators*, 2006, 1er semestre.

²⁵⁴ De USD 1'898.627,66 en 2006 pasó a USD 31'933.301, 23 en el 2009. Datos de la Secretaría Nacional en Ciencia y Tecnología, Ecuador, 2009.

provenían del modelo anterior (fordismo precario) provocaron que la reconversión industrial fuera deficiente y se basara en los siguientes esquemas:

- *Reestructuración centrada en la gran empresa*, lo cual tuvo una dinámica diferenciada – sectorial y espacial - , que provocó una profunda asimetría entre los países latinoamericanos. Las estrategias utilizadas contenían una visión simplificada de las necesidades de cambio, pues se realizaron algunas mejoras en la gestión de personal sin abandonar del todo el modelo tradicional de producción; de tal forma que mejoraron las cadenas de comercialización y redujeron los costos atribuidos a la mano de obra, acudiendo para ello a la disminución de nóminas, extendiendo e intensificando la jornada de trabajo y provocando la caída de los salarios reales.

En cuanto a las pequeñas y medianas empresas, las teorías de la especialización flexible fueron frecuentemente rebatidas porque los pequeños establecimientos, mayoritarios en el tejido empresarial de la región, no eran exportadores, tenían configuraciones atrasadas, eran de baja productividad y calidad y tenían claros déficits en el establecimiento de condiciones dignas de trabajo²⁵⁵.

- *Poca innovación tecnológica*: En los casos en que se optó por el cambio tecnológico, la reestructuración adquirió dos formas de adaptación: la mayoría renovó maquinaria y equipo pero no de última generación; la minoría, introdujo alta tecnología pero dirigida principalmente al trabajo de oficina. La modalidad fue variada entre los países y las empresas, pues algunos empresarios prefirieron el cambio tecnológico duro, mientras que otros prefirieron el organizacional.

En tal virtud, la reconversión industrial en la región no se fundamentó en la “renovación tecnológica y la calificación obrera”; por el contrario, se prefirió la expoliación de la fuerza de trabajo, la restricción en los aumentos de las revisiones salariales, al tiempo que disminuían las tasas de empleo productivo y el movimiento sindical era disminuido. Para algunos autores²⁵⁶, esta condición respondía a los imperativos de la división internacional del trabajo, en donde la

²⁵⁵ De la Garza Toledo Enrique, *et. al*, *Modelos de industrialización en México*, México, UAMI, 1998.

²⁵⁶ Lozaga de la Cueva, *op. cit*, nota 246.

competitividad para la región latinoamericana se focalizaba en la oferta de mano de obra abundante y barata. Para otros autores²⁵⁷ en cambio, la descentralización productiva impactó fuertemente a las empresas latinoamericanas, ya que la falta de innovación tecnológica y especialización consolidó un modelo asimétrico de encadenamientos productivos entre contratistas (por lo general de países desarrollados) y subcontratistas (de países latinoamericanos), que producían bienes y/o servicios de bajo valor agregado, con bajo nivel de concepción, con escasa información de mercado y de cooperación entre las empresas.

En el caso de **México**, la protección del mercado que provenía del modelo anterior dio como resultado el rezago tanto en tecnología como en diseño, ya que no se exigía al productor una elevación en sus estándares productivos. Además, la idea de los distritos²⁵⁸ que llegó a fines de los años ochenta tenía un componente utópico que creía que las pequeñas y medianas empresas PYMES podían competir con las grandes empresas, pero se encontró que muchos distritos de PYMES en realidad eran “detritus de changarros”²⁵⁹ que en su momento no pudieron competir con las empresas transnacionales. Hacia mediados de la década de los noventa la formación de *clusters*²⁶⁰ y organismos intermedios de apoyo mutuo entre empresas, permitieron una mejor condición de descentralización productiva, con mayores y mejores expectativas en el mercado²⁶¹.

En el **Ecuador**, durante los años noventa, no se promovió una política de reconversión industrial, por el contrario, algunos autores consideran que esta etapa fue de desindustrialización. La intervención estatal fue prácticamente nula, a excepción de algunos sectores como la maquila, en cuyo estímulo se promovió varias reformas legales (Ley de Régimen de Maquila y Contratación Laboral a

²⁵⁷ Díaz Alvaro, “Flexibilidad productiva en las economías de la región y nuevos modelos de empresa”, *Boletín CINTERFOR*, OIT, No. 137, octubre-diciembre 1996, p. 15

²⁵⁸ Los distritos industriales están compuestos a base de entramados o redes de empresas de tamaño reducido (PYMES), especializadas en fases distintas del proceso de producción, forman un sistema productivo conjunto, descentralizado, flexible y eficiente. Costa, M.T., “Descentramiento productivo y difusión industrial. El modelo de especialización flexible”, *Papeles de Economía Española*, 35, 1988.

²⁵⁹ Lozaga de la Cueva, *op. cit.*, nota 246, p.8

²⁶⁰ Es un grupo de industrias o establecimientos industriales avedados operando cercanamente entre si, que obtienen ventajas en su desempeño, a través de la co-localización.

²⁶¹ Varios ejemplos exitosos de clusters se encuentran en el corredor industrial Saltillo-Monterrey relacionado con la industria automotriz, y en Aguascalientes a partir de la política iniciada en el año 2000, se promovió la formación de varios clusters entre los cuales destacan la cadena textil-confección, el software, el mueble, el electrónico y el automotriz.

Tiempo Parcial -Ley 90), las cuales no tuvieron un mayor impacto en el avance industrial; la mayoría de empresas maquiladoras instaladas en el Ecuador pertenecieron al tipo más básico, que se caracterizó por la presencia de plantas de ensamble tradicional, con escaso nivel tecnológico, muy dependientes de las decisiones de las matrices²⁶². Durante los últimos años se ha innovado en la creación de cadenas productivas entre las que destacan los *clusters* en cuero-calzado-marroquinería, madera-muebles, metalmecánica-carrocero, atún y pelagicos²⁶³, algodón-textil, plantas medicinales y aromáticas, software, turismo y artesanía.

Todo ello generó serias consecuencias en la organización productiva y en la generación de productos con valor agregado que mantiene a la mayoría de países de la región en condiciones limitadas para acceder a mercados internacionales y proveer una buena calidad de empleo a sus connacionales. Esta situación debe evaluarse además con la eficacia de los programas sociales que debieron crearse para complementar una buena política industrial.

1.3.4. La organización del trabajo

Los cambios presentados en América Latina, desde la reconversión industrial de los años ochenta, procuraron el abandono de la noción tarea=puesto de trabajo, tan arraigada en la organización clásica. Se buscó un modelo más flexible que se adecuara a las nuevas condiciones productivas de sus empresas. El problema en la región latinoamericana fue que las limitaciones tecnológicas y los rezagos en el modelo organizacional (fordismo periférico), impidieron que la mayoría de empresas aplicara el formato predominante en esta etapa (toyotismo).

En tal razón, los cambios organizacionales en las grandes empresas se dieron en dos sentidos: en una parte se introdujo apenas el modelo taylor-fordista; en otras se aplicó

²⁶² Baquero Marco, *et.al.*, *La maquila en Ecuador, 1990-2002*. Nota Técnica No. 72, Dirección de Investigaciones Económicas, Ecuador, Septiembre 2003, p. 5

²⁶³ Son peces marinos que forman grandes cardúmenes, tienen una distribución cosmopolita y constituyen los principales recursos pesqueros en todo el mundo. A los pelágicos menores pertenecen peces como las sardinas, anchovetas, macarelas, arenques, etcétera. Manrique Fernando, *Ecología alimenticia de los pelágicos menores del Golfo de California*, México, 1999.

parcialmente la calidad total y el justo a tiempo, con un uso más instrumental y de control de la fuerza de trabajo que participativo²⁶⁴ (toyotismo precario).

México fue uno de los países que siguió este modelo, ya que en su momento no implicaba grandes inversiones y se adecuaba a las características del mercado laboral existente en el país; sus características eran las siguientes: a) Abundante mano de obra en busca de empleo, no calificada, de bajo nivel educativo, joven, sin experiencia laboral; b) Dispuesta a aceptar bajos salarios; c) Con sindicatos corporativos poco representativos, dispuestos a aceptar condiciones laborales bajas.

En **Ecuador**, se desarrolló un modelo organizacional fundado en el antiguo sistema taylor-fordista, ya que las empresas se basaron en la intensificación del trabajo manual, con puestos de trabajo rígidos y actividades repetitivas y monótonas; la base de su competitividad fueron los bajos salarios relativos y la intensificación del trabajo, lo que derivó en un tipo de empresa con empleos de escasa calificación.

1.3.5. *El mercado laboral*

A fines de los años ochenta se constató un incremento de la heterogeneidad de los mercados de trabajo en la región. Se detuvo el crecimiento de la proporción de asalariados y en algunos países crecieron las actividades por cuenta propia y el trabajo no remunerado. Entre los asalariados, aumentó la precariedad de sus condiciones de trabajo y creció el empleo eventual carente de prestaciones y seguridad social. En especial, disminuyó el empleo en grandes empresas y aumentaron las actividades de pequeña escala²⁶⁵; esto debido a que la descentralización productiva causó un desdoblamiento del mercado laboral, en un conjunto de trabajadores con cierta estabilidad, principalmente ubicados en las grandes empresas y una diversidad de trabajadores, en empresas pequeñas, sujetos a las variabilidades del mercado. Otro factor fue la tendencia creciente de la participación de la población joven y de las mujeres adultas.

²⁶⁴ Leite, M. *Modernización Tecnológica e relacao de Trabalho no Brasil*, Seminario de la Red Franco Latinoamericana Trabajo y Tecnología, Buenos Aires, 1992.

²⁶⁵ Szasz Ivonne y Pacheco Edith, "Mercados de trabajo en América Latina", *Perfiles latinoamericanos*, junio, año/vol. 4, número 006, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Distrito Federal, México, 1995, p. 60

En **México**, el empleo en el sector informal, aumentó de 38,4% en 1990 a 41,8% en 2003. El descenso del empleo en el sector formal se debió a la reducción del empleo en el sector público, el cual no fue absorbido por las grandes empresas sino por las microempresas, que no tuvieron capacidad suficiente para abarcar toda la oferta laboral.

En el **Ecuador**, al reducirse el empleo en el sector moderno se incrementó la participación del sector informal, lo cual fue resultado de las estrategias adoptadas por los sectores sociales desplazados y, por lo general, de escasos recursos frente a las reducidas posibilidades de encontrar ocupación en otros segmentos formales. El progresivo retiro del Estado como gestor de políticas públicas, no estuvo acompañado por la creación de empleo formal por parte de empresas privadas sino por el autoempleo que como se conoce es de muy baja productividad.

II.- Las razones para flexibilizar

El pensamiento neoliberal, que se incorporó en los países latinoamericanos mediante el Consenso de Washington, determinó que el Estado sea sólo el guardián de la propiedad privada, limitando su intervención en la economía; ante ello se consideró que la legislación social y el derecho del trabajo debían reformarse pues limitaban el libre desarrollo económico. En este sentido, el primer mandato fue la abolición de las regulaciones que impedían la entrada de nuevas empresas o que limitaban su competencia. Se arguyó que las reformas permitirían mejorar la competitividad de las empresas y con ello se podrían aprovechar las oportunidades de la apertura económica al exterior.

También se consideró que las condiciones del mercado de trabajo, relacionado con el alto índice de desempleo, subempleo y empleo informal, se vinculaban a las rigideces normativas. Estas afirmaciones provenían de los organismos internacionales, que incentivaron esta postura en toda la región; el Banco Mundial al evaluar la situación del empleo en los países de América Latina, sostuvo que la causa principal del desempleo radicaba en la “inflexibilidad de los mercados laborales”, lo cual provocaba que el sector formal de la economía no sea dinámico en la generación de nuevos empleos; se argüía que algunos países de América Latina, tenían una larga tradición de protección y seguridad al trabajo, lo cual impedía la generación de empleos, siendo esta la causa del

alto índice de informalidad en la región. Por ello, los gobiernos latinoamericanos consideraron en su momento que incrementar la flexibilidad aseguraría la adaptabilidad de las empresas y permitiría reducir las tasas de desocupación.

La OCDE influyó en la creencia de que las restricciones a la libertad de los empleadores para contratar, utilizar y despedir a sus trabajadores producían un efecto adverso sobre el empleo, la productividad y, en última instancia, sobre el desempleo económico²⁶⁶. En julio de 1995, la OCDE, en su informe sobre México, recomendaba que para mejorar la productividad y el desempleo, se requería la desregulación del mercado de trabajo a través de una reforma de la legislación laboral y de la seguridad social.

III.- Intervención de los Sindicatos

El proceso de ajuste estructural tuvo serias consecuencias en el movimiento sindical latinoamericano, lo cual influyó en su papel durante la incorporación de la flexibilidad laboral. Por un lado, las asociaciones profesionales perdieron adherentes (aún cuando no combatividad) tanto en el sector público como en el sector privado, siendo más visible la caída en la administración pública y las empresas estatales, en donde el movimiento sindical reclutaba sus bases más militantes; en el sector privado, desaparecieron empresas e industrias hasta entonces protegidas en donde se encontraban la mayoría de trabajadores sindicalizados, quienes quedaron en la desocupación. Aquellas empresas que sobrevivieron tendieron a sustituir su mano de obra relativamente estable - amparada por la legislación y con un nivel aceptable de sindicación- por otra reclutada en condiciones de precariedad y con poca propensión a sindicarse²⁶⁷.

Por otro lado, el modelo sindical adoptado por cada país, incidió en los procesos de flexibilidad normativa; aquellos sindicatos con una tradición corporativa (Argentina y Brasil), intervinieron en forma activa para evitar ajustes más drásticos, frente a aquellos en los que los sindicatos eran prácticamente inexistentes (como el caso de Chile). En Argentina, la ley número 24.013 del 11 de diciembre de 1991, incorporó al proceso

²⁶⁶ OCDE, *op. cit.*, nota 144, p. 185

²⁶⁷ Bensusán Graciela, *La flexibilidad laboral y tecnológica: situación actual y perspectivas*, Segundo Seminario de Economía del Trabajo y de la Tecnología, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 13 al 15 de noviembre, 2008.

flexibilizador una gran participación de la autonomía colectiva, para la aprobación de los cambios en las normas laborales.

El comportamiento de los sindicatos fue diferenciado, según el tipo de reforma propuesta, pues en las que se relacionaban con las relaciones individuales, los sindicatos mostraban una mayor predisposición al cambio, mientras que en aquellas relacionadas con temas colectivos, se verificaba una menor cesión, principalmente en aquellos “recursos de poder” heredados de los modelos corporativos previos, como en Brasil el Impuesto Sindical Obligatorio²⁶⁸, así como aquellos que tienen que ver con estructuras sectoriales.

En **México**, a partir de la crisis de la década de los ochenta, la política de cooperación que los sindicatos mantuvieron con el Estado, desde que se burocratizó el movimiento sindical como apéndice del sistema político, sufrió un fuerte revés, ya que pasó de una negociación controlada, a un control sin negociación; situación que se presentó por ejemplo, en los canales institucionales de determinación de los salarios mínimos, en los que predominó la voz del Estado²⁶⁹. Los sindicatos a pesar de que participaron activamente en los acuerdos de concertación social y en la negociación de los contratos colectivos, se subordinaron a los cambios propuestos.

En **Ecuador**, a partir de la década de los noventa, en que se inició una importante etapa de flexibilización laboral en el país a través de reformas normativas, las asociaciones profesionales tanto del sector privado como del sector público, mostraron un claro debilitamiento en el número de sus afiliados y en su poder negociador. En el sector privado, la constante tendencia en el cambio de sector social así como el crecimiento acelerado del sector informal, caló profundamente en el número de asalariados sindicalizados; en el sector público el proceso de modernización iniciado en 1991, que procuró la disminución del Estado mediante la privatización de las empresas públicas, provocó la pérdida de varios de los integrantes del sindicalismo público, que constituían el pilar del movimiento obrero en el país; por estas circunstancias la densidad sindical

²⁶⁸ Impuesto que deben entregar todos los trabajadores que se benefician de la contratación colectiva, independientemente de si estuvieren sindicalizados o no.

²⁶⁹ Sánchez Castañeda, “La nueva era del Derecho del Trabajo, la era de la flexibilidad laboral”, en *Estudios jurídico en homenaje a Don Santiago Bajaras Montes de Oca*, México, IJ-UNAM, 1995, p. 384

disminuyó considerablemente desde 1990 hasta el año 2008 (de 4 % observado en el período 1990 a 1995 hasta 2,8% en 2008²⁷⁰).

Además, las reformas iniciadas a través de la Ley No. 133 (1991), Ley para la reforma a las finanzas públicas (1999) y la Ley para la promoción de la Inversión y Participación ciudadana (2000), prácticamente limitaron la organización colectiva y por tanto la negociación del contrato colectivo; el fenómeno sindical durante esta etapa se caracterizó por: a) Debilitamiento total de la organización, incentivado por la falta de estabilidad; b) Disminución de la masa trabajadora industrial y aumento de los trabajadores en el sector servicios, que tienen menos capacidad combativa; c) Mayor corrupción de la dirigencia laboral, tanto del sector privado como del sector público; d) Reducción de la capacidad de asociación de los trabajadores; e) Reducción a la mínima expresión de los derechos fundamentales como el de huelga, de contratación colectiva y especialmente el de estabilidad en el trabajo.

IV. Modalidades adoptadas

4.1. Reformas normativas

En toda la región se implementaron “mecanismos de flexibilidad del derecho del Trabajo”, a través de reformas normativas, que tuvieron diversos matices según se tratara de la intensidad de medidas tomadas por cada gobierno. En el Mercosur los encargados de tomar las políticas económicas, se adhirieron fuertemente a las tendencias flexibilizadoras en las relaciones de trabajo: en Argentina, la ley de 1991 introdujo modificaciones profundas en la regulación del contrato de trabajo; en Paraguay (1993) se adoptó un nuevo Código del Trabajo y en Uruguay, se declaró inexistente la legislación sobre relaciones colectivas promulgadas por el régimen militar. Otros países también se interesaron por la flexibilidad, pues expresaron su propósito de abaratar los costos laborales y facilitar la gestión de la mano de obra, aunque no reformaron totalmente sus sistemas. Esta tendencia la siguió Colombia en 1991 y el Salvador en 1994.

²⁷⁰ Datos de la OIT y la Dirección Regional del Trabajo

En otros países, con una legislación más liberal, el proceso de reforma fue discreto y las modificaciones procuraban lograr un cierto equilibrio entre la norma y los cambios imperantes, entre ellos Panamá, Brasil, Guatemala, Costa Rica, Venezuela y República Dominicana, (incluso estos dos últimos países adoptaron un nuevo código del trabajo). En otros países aunque pareciera que no se incorporaron a la tendencia flexibilizadora, los cambios llegaron por otras fuentes del derecho, que jugaron un papel muy activo (Uruguay).

Ahora bien, es importante destacar que la tendencia hacia la flexibilización y a la desregulación de la legislación laboral, no fue lineal sino intercalada, pues los cambios normativos cohabitaron con orientaciones contrarias, es decir, con mecanismos que procuraban mantener el garantismo tradicional frente a los profundos cambios en la ley, ya que por un lado las Constituciones políticas reconocían amplias garantías sociales a los trabajadores²⁷¹, mientras que a través de reformas legislativas, se promovían cambios en la legislación laboral para hacerla más flexibles; en Chile se presentó un largo periodo de modificaciones a la legislación laboral y de seguridad social en los años ochenta, que posteriormente fueron enmendadas entre 1990 y 1991 con nuevas instituciones democráticas en un sentido más favorable a los trabajadores; en Brasil, que en 1966 introdujo una flexibilización profunda del régimen de terminación del contrato del trabajo, pero volvió al modelo garantista con la Constitución de 1988.

México no ha reformado su Ley Federal del trabajo (1970), aunque ya se han discutido varios proyectos de ley. Desde 1988, las organizaciones de empleadores y algunos partidos políticos han presentado diferentes propuestas de reformas al legislativo. Durante este tiempo, las propuestas incluyeron aspectos relacionados con la flexibilidad laboral, entre ellas se impulsó una norma específica sobre contratos en general y sobre indemnizaciones por despido. En las iniciativas reformadoras presentadas por el gobierno y los partidos políticos, una de ellas, la del Partido Acción Nacional (PAN) en 1995, abordaba los despidos *inter alia* (flexibilización mediante bonos por antigüedad que reemplazarían todos los componentes de las indemnizaciones existentes), los contratos temporales (creación de un contrato de aprendizaje con un periodo de prueba)

²⁷¹ Entre los países que incluyeron esta postura fueron Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Ecuador.

y las normas sobre subcontratación y horas de trabajo semanales y sobre tiempo, que no se concretaron en la legislatura²⁷².

En 1998 y 2001, se presentaron dos iniciativas de reforma por la Secretaría del Trabajo y Previsión social, que en su momento fueron “discutidas” en diferentes mesas de diálogos y debates con las dirigencias de los sectores productivos, en base a los siguientes puntos: 1) Productividad y Competitividad, 2) Flexibilización de la norma laboral, 3) Justicia Laboral, 4) Generación de empleos y 5) Movilidad y Polivalencia²⁷³. Ninguna de estas propuestas alcanzaron el suficiente consenso para iniciar la reforma normativa.

En **Ecuador**, la mayoría de cambios flexibilizadores se incorporaron a través de reformas normativas al Código del Trabajo y otros cuerpos legales y se orientaron básicamente al ámbito de las relaciones de trabajo individual, relacionadas con nuevas formas de contratación y modificación del régimen de despidos. Vista desde una perspectiva regional, en el Ecuador la reforma legal fue menor en comparación con las llevadas a cabo en países como Argentina y Perú, aunque ha tenido serias repercusiones en las relaciones laborales. Las medidas flexibilizadoras integradas a la norma laboral ecuatoriana son las siguientes:

²⁷² Berg Janine, Ernst Christoph y Auer Peter, *Enfrentando el desafío del empleo, Argentina, Brasil y México en una economía globalizada*, Plaza y Valdés Editores, OIT, 2006, p. 192

²⁷³ Miranda Esquivel Eduardo, “La reforma laboral en la globalización: retos y perspectivas”, en Torres Maldonado Eduardo y Lozaga de la Cueva Octavio (coord.), *Reforma Laboral y Globalización en México, una visión in dubio pro operario*, México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 54-61

Cuadro 11

Cuadro 11		
Materia individual		
Norma	Tema	Comentario
Ley de Régimen de Maquila y de Contratación laboral a Tiempo Parcial Ley No. 90 (1990)	Operaciones de maquila (Art. 34) Contratación laboral a tiempo parcial	Limita la estabilidad laboral
Ley No. 133 (1991)	Contratos eventuales, ocasionales y de temporada, contratación por jornadas parciales (Art. 14)	
Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Trole I) Ley No. 4 (2000)	Contrato por horas (Art. 11)	Derogado por la disposición final Primera del Mandato Constituyente 8 publicado en R.O. 330-S, 6-V-2008
Ley para la Promoción de la Inversión y participación ciudadana (Trole II) Decreto Ley 2000-1		Según los considerandos de esta ley, se expidió para dar solución a uno de los problemas más cruciales por los que atravesaba el país en esa época, como era la carencia de fuentes de trabajo, constituyendo esta circunstancia una de las mayores preocupaciones del Gobierno nacional... En este sentido se promovían medidas flexibilizadoras, para eliminar los obstáculos que impedían la apertura de nuevas oportunidades a los ecuatorianos. Ciertos artículos fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en 2001.
	Se define el contrato por horas (Art. 17)	
	Se amplía la causa para la suscripción de contratos eventuales (atender mayor demanda de producción o servicios) (Art. 17)	
	Elimina la remuneración como referencia para efectos del pago de las indemnizaciones, y condiciona que las retribuciones normales en la industria o servicio sean para trabajadores permanentes (Art. 172)	Declarada inconstitucional
	Polifuncionalidad y contratos polifuncionales (Arts. 19 y 79)	Declarada inconstitucional

	Limitación a la participación en utilidades (Art. 97)	Declarada inconstitucional
	Limitación de la participación de utilidades a trabajadores que laboren para contratistas o intermediarios (Art. 100).	Declarada inconstitucional
	No habrá indemnización fuera de los casos determinados en los numerales 7 y 8 (Art. 169). Reducción de las indemnizaciones por despido intempestivo (Art. 188).	Declarada inconstitucional
	Elimina la indemnización para los trabajadores despedidos en caso de extinción de la persona jurídica.	Declarada inconstitucional
Ley No. 2006-48	Regula la actividad de intermediación y tercerización de servicios complementarios	Derogado por la disposición final Primera del Mandato Constituyente 8 publicado en R.O. 330-S, 6-V-2008
Materia Colectiva		
Ley No. 133 (1991)	Incrementa el número de trabajadores de 15 a 30 para constituir una asociación profesional.	Restringe el ejercicio de la acción colectiva, principalmente en las micro y pequeñas empresas
	Mediación obligatoria para solución de conflictos colectivos en el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.	Alarga los conflictos colectivos

	Introduce un procedimiento de negociación obligatoria ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.	Distorsiona el carácter autónomo de la negociación colectiva
	Restricción de la huelga solidaria.	Se limita hasta el punto de hacerla ineficaz.
	Servicios mínimos durante la huelga de instituciones del sector público.	Limita el ejercicio de la huelga
	Ambigüedad para declarar la huelga ilícita.	
	Restricción al derecho de huelga durante la negociación del contrato colectivo de trabajo.	
Ley para la reforma a las finanzas públicas (1999)	Para la celebración de los contratos colectivos o actas transaccionales en el sector público, se requerirá dictamen favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo pena de nulidad.	Limita la negociación “concertada” en el sector público
Decreto Ley 2000-1	<ul style="list-style-type: none"> - Se derogó los artículos 225 y 227 del Código del Trabajo que establecían la obligatoriedad de los empleadores en celebrar contrato colectivo. - Levantamiento por parte del Inspector de Trabajo de una acta inventario, una vez declarada la huelga, y finalizada la misma, un acta de entrega - recepción 	

	de los bienes (Art. 506).	
	Se restringió el fuero sindical a los miembros principal o suplente principalizado del comité de empresa.	Declarada inconstitucional

Fuente: Biblioteca particular
Elaboración: propia

Con estos antecedentes, analizaremos las medidas adoptadas en la región, destacando los casos más representativos y aquellos que corresponden puntualmente a México y Ecuador.

4.1.1. *Flexibilidad Externa*

En un inicio la mayor parte de las reformas en América Latina se dirigieron a reformar la contratación individual y la movilidad externa de la mano de obra, que representaban los modelos más onerosos y de mayor utilidad para la nueva forma de organización empresarial. Entre los casos más destacados están la utilización de contratos de duración determinada, la intermediación laboral y la eliminación de restricciones para despedir.

4.1.1.1. Utilización de contratos de duración determinada (CDD)

En América Latina existió una significativa ampliación legal de la variedad de contratos de duración determinada, ya sea por la existencia de un plazo de vigencia en el contrato o por la naturaleza transitoria, eventual o específica del servicio encomendado. Los límites máximos de duración en todas las legislaciones nacionales, fueron notoriamente incrementados e incluso fueron prolongados en virtud de varias excepciones normativas²⁷⁴. Así entonces se redujeron las condiciones y requisitos para su utilización, con lo que se permitió independizar su uso de la naturaleza del trabajo; de esta manera se generalizó su manejo más allá de los sectores económicos y las actividades específicas que por sus propias características requerían de modalidades contractuales atípicas o de excepción.

Las reformas en este sentido buscaban cumplir dos objetivos: 1) permitir la adecuación del número de trabajadores contratados según los cambios que experimente la actividad de la empresa. Este fue la principal finalidad de la mayoría de reformas en la región; y 2) Reconocer jurídicamente nuevas formas de empleo que disminuyeran derechos laborales, bajo la idea de abaratar costos implicados en las contrataciones de trabajo, para crear más empleos. Esta última intención, no fue generalizada, sino que se aplicó en algunos países como veremos más adelante.

²⁷⁴ López Diego, *op. cit.*, nota 131, p. 31

4.1.1.1.1. Adecuación empresarial

El argumento de la reforma laboral fue la apremiante necesidad de las empresas de realizar una rápida adaptación a los cambios globales, lo cual supuestamente tropezaba con una reglamentación interna que establecía dificultades en la movilidad de la mano de obra, a pesar de que los cambios en la organización de trabajo no fueron generalizados, según vimos²⁷⁵. Con ello se presentó un amplio reconocimiento de las facultades empresariales para utilizar los CDD, excluyendo su obligación de indemnizar al trabajador y relativizando la estabilidad en el trabajo, sujeta ahora a las necesidades variables de la empresa.

En Argentina, mediante la Ley Nacional de Empleo (Ley 24.013, publicada el 17 de diciembre de 1991) se crearon modalidades atípicas para el lanzamiento de nuevas actividades. En Colombia la Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1990 implantó nuevas reglas en materia de CDD, por las cuales desaparecía el plazo mínimo obligatorio de un año para los contratos de trabajo; en Chile el decreto-ley núm 2200 de 1º de mayo de 1978, modificó sustancialmente la regulación del contrato individual del trabajo, para autorizar la utilización del CDD hasta por un máximo de dos años ininterrumpidos. Posteriormente las reformas realizadas entre 1990 y agosto del 2001, consolidaron el nuevo Código del Trabajo publicado en enero de 1994, en el cual se permitió la utilización abusiva del CDD, cuya duración era de un año.

Panamá, en 1992 adoptó la Ley No. 25 de 30 de noviembre de 1992 sobre zonas francas que autorizó el uso de los CDD con un límite máximo de tres años, comprendidas las renovaciones. Su duración se extendería hasta por dos años, cuando la empresa hubiere iniciado su existencia (primer año) o cuando una empresa existente se lanzase en nuevas actividades; en contrapartida se limitó la utilización abusiva del período de prueba. En Perú, la Ley de Fomento del Empleo de 1991, reconoció nueve modalidades diferentes de CDD, por obra o servicios determinados; aunque la utilización de los CDD se limitaron minuciosamente, la reglamentación parecía bastante permisiva, por ejemplo, el contrato por necesidades de mercado sólo tenía por objeto atender incrementos coyunturales de producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el

²⁷⁵ Cfr. Título I, numeral 3, apartados B, C y D, del presente capítulo.

mercado; pero, a juzgar por el texto de la ley, la coyuntura en cuestión podía durar hasta cinco años.

En **México**, las iniciativas de reforma presentadas en varias oportunidades, principalmente las del año 2001 (Nueva Cultura Laboral), procuraban la regulación de los contratos temporales, aún cuando estos iban en contra de la naturaleza jurídica del trabajo contratado²⁷⁶. Esta disposición buscó romper con las condiciones en que actualmente se suscriben tales contratos (naturaleza de la actividad) e ir más allá de regulado en los artículos 35 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo.

En **Ecuador**, desde principios de los años noventa, se regularon diversas modalidades contractuales que procuraban una mayor flexibilidad en la adecuación empresarial. Así, a través de diversas normas se incorporaron algunos contratos llamados “atípicos”²⁷⁷, entre los cuales destacan los siguientes:

- La ley No. 90, determinó en su Art. 34: Los contratos individuales de trabajo maquilado no gozarán de la estabilidad contemplada en el inciso primero del artículo 14 del Código del Trabajo²⁷⁸. Estos contratos podían ser renovados en forma indefinida, sin que por esa condición se transformasen en contrato por tiempo indeterminado.
- Ley No. 133 en su Art. 14 incorporaba los contratos por trabajos eventuales, ocasionales y de temporada.
 - Los *contratos eventuales* se autorizan para satisfacer exigencias circunstanciales de una empresa, como reemplazo de personal que está de vacaciones, licencias en casos de enfermedad, maternidad, etc; o, para atender incrementos de trabajo motivados por una mayor demanda de producción o de servicio; su duración no podría ser mayor de 180 días continuos dentro de un lapso de 365 días.
 - Los *contratos ocasionales*, están autorizados para atender necesidades emergentes o extraordinarias no vinculadas con la actividad habitual del empleador. Tendrán una duración máxima de treinta días en un año; y,

²⁷⁶ Lóyzaga de la Cueva Octavio, “Hacia un nuevo derecho laboral”, en Torres Maldonado y otros (coord.), *Reforma laboral y globalización en México, una visión in dubio pro operario*, México, Porrúa, 2007, p. 39

²⁷⁷ Véase nota 159 del capítulo II.

²⁷⁸ Estabilidad mínima de un año

- Los *contratos de temporada*, que se suscribirán para aquellos trabajos cíclicos o periódicos en razón de la naturaleza discontinua de las labores. Los trabajadores de temporada gozan de estabilidad, entendida como el derecho a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requiera. Actualmente estos tres contratos se regulan en el Art. 17 del Código del Trabajo.

La Ley No. 4 (2000), incorporó los contratos por hora, que eran aquellos en que las partes convenían el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo. Este contrato se autorizó para *cualquier clase de actividad* y cualquiera de las partes podían dar libremente por terminado el contrato de trabajo en cualquier tiempo. Esta modalidad contractual fue derogada por el Mandato Constituyente No. 8 expedido por la Asamblea Constituyente en 2008, como veremos más adelante.

4.1.1.1.2. Resultados del uso de los CDD

Los fines perseguidos por la utilización masiva de los CDD fueron seriamente cuestionados, no sólo desde el punto de vista de la protección social, sino también de su efectividad económica. En efecto, luego de la utilización de estas modalidades por varios años en algunos países de América Latina, se verificó que el empleo abundante de los CDD acarrearán complicaciones de gestión interna del personal y desestimulaban la inversión en formación de trabajadores, con lo cual se limitó, inevitablemente la capacidad técnica que los mercados internacionales requerían.

En Argentina, la ampliación sobre las posibilidades de los contratos temporales, como se estableció en la Ley Nacional de Empleos de 1991, tuvo una respuesta moderada; entre 1992 y 1995, los contratos temporales no específicos, permitidos en caso de inicio de nuevas actividades, constituyeron la mayoría de los contratos bajo la modalidad de “promovidos” (55% en 1995), seguidos por los de “promoción de empleo” (37%), mientras que los contratos que incluían componentes de capacitación se usaron en muy pocas oportunidades (sólo 8% en 1995, según datos del MTESS)²⁷⁹.

²⁷⁹ Bronstein Arturo, *op. cit.*, nota 242, p. 12

En contraste con lo ocurrido con la ley de 1991, las opciones contractuales establecidas en la ley de 1995, tenían menos restricciones, una característica que atrajo el apoyo de los empleadores. Entre 1996 y 1998, el porcentaje de empleos temporales llegó a más del doble, de 8% a 17%, considerando los contratos a prueba, y de 5% a 12%; sin embargo, aunque los contratos temporales (incluyendo los contratos a prueba) llegaron a ser sólo un pequeño porcentaje en términos de nuevas contrataciones, ellos alcanzaron casi 80% de los nuevos contratos expedidos durante 1997. Un punto adicional que confirma el extensivo uso de los contratos temporales fue el aumento del porcentaje de trabajadores con contratos de tres meses, el cual llegó a casi 15% durante el periodo 1997-1998, comparado con 10% de 1992²⁸⁰.

Sin embargo no existe ningún indicio en cuanto a que la expansión en el uso de contratos temporales haya incentivado más empleo o que haya reducido el número de trabajadores no registrados. Por el contrario, parece que su utilización permitió una mayor relatividad de la estabilidad en el empleo; incluso se presentó una creciente oposición de los sindicatos a lo que consideraban una utilización abusiva y falsa de los contratos de prueba, que fueron utilizados como un mecanismo para seleccionar a nuevo personal, sin que quedaran claros los parámetros aplicados por los empleadores.

En **México**, la demanda de contratos temporales en los hechos, no fue relevante durante la década de los noventa, a pesar de las propuestas normativas en los proyectos de reforma. Según De la Garza²⁸¹, hasta 2002 el porcentaje de contratos temporales utilizados en el mercado de trabajo era relativamente bajo (10%), incluso, durante los años noventa, los trabajadores del sector manufacturero con contratos temporales, no aumentaron en importancia cuantitativa, posiblemente porque los bajos niveles de los salarios, los problemas de capacitación y la baja protección sindical consideraban innecesaria esta modalidad de empleo flexible.

En los últimos años, sin embargo, la utilización de los contratos temporales ha proliferado, sea en forma directa o a través de empresas subcontratistas, principalmente

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 13

²⁸¹ De la Garza Toledo Enrique, *Los límites de la reestructuración productiva en México II, el cambio en las relaciones de trabajo*, Conferencia en el Primer Seminario de Economía del trabajo y Tecnología, Instituto de Investigaciones Económicas, Agosto-2006, p. 6.

en las empresas maquiladoras, - caso de la industria electrónica²⁸²-, lo cual se corrobora con la información proporcionada por el Banco de México, que determina que a principios del 2006 el 65% de los nuevos empleos formales (inscritos en el seguro social) fueron eventuales, incluyendo la industria manufacturera²⁸³. Esta situación se presenta también con frecuencia en los sectores industrial, bancario, de seguros y financiero²⁸⁴, lo cual demuestra que a pesar de la fallida reforma, la contratación temporal funciona en los hechos. Ahora bien es importante analizar las condiciones en que se suscriben estos contratos: por un lado incentivan la precarización laboral, especialmente en las empresas de suministro de mano de obra o en las empresas maquiladoras, en las cuales no existe un verdadero control respecto a la naturaleza de la actividad y, por el contrario, se los utiliza en forma seriada – uno tras otro – con la finalidad de evitar la estabilidad laboral; en este caso hablaríamos de una modalidad contractual que conlleva al “fraude de ley”²⁸⁵, que al no encontrarse específicamente regulada en la norma, abre las posibilidades para utilizar modalidades contractuales temporales que ocultan una verdadera relación permanente en el trabajo.

Por otro lado, este tipo de contratos han servido en el mercado laboral, para la incorporación de técnicos y especialistas en importantes proyectos informáticos, bancarios y financieros, lo cual contribuye a la adecuación empresarial y en su momento al desarrollo profesional y personal del trabajador. Para que pueda hablarse de una real protección del trabajador, tendría que reconocerse los derechos mínimos que determina la ley, así como el cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajo. Ahora bien, es importante resaltar que el sector beneficiado de estos proyectos es mínimo en comparación con la totalidad de trabajadores que buscan empleo, por lo cual debería examinarse el beneficio de una propuesta de reforma y especificar los casos concretos.

²⁸² Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL), *Segundo informe sobre condiciones laborales en la industria electrónica de México*, Octubre 2007.

²⁸³ De la Garza Toledo Enrique, *op. cit.*, nota 281, p. 6.

²⁸⁴ Según datos de algunas empresas de reclutamiento, durante los próximos años en México, se incentivará la contratación temporal de mandos medios y superiores que tengan conocimientos específicos para la optimización de procesos industriales de mejoramiento, la implementación de un nuevo sistema de información y en general especialistas y técnicos en diferentes áreas. CNN expansión, 4 de enero del 2010.

²⁸⁵ Según Martín Valverde se incurre en fraude de ley, cuando en la práctica de las relaciones laborales los sujetos del contrato utilizan las posibilidades ofrecidas por la norma para la contratación privada con objetivos distintos a los perseguidos por la ley, o celebran el contrato con infracción de las normas reguladoras de sus elementos y requisitos, todo ello de forma ilícita. El Estatuto de Trabajo español determina en el Art. 15.3 que se presume concertados por tiempo indefinido *los contratos temporales celebrados en fraude de ley*, cuando son utilizados en forma desviada del propósito que señala la norma como causa justificativa del contrato. Martín Valverde, *et.al, Op. cit.*, nota 9, pp. 497-515.

Por tal razón, para que la utilización de los contratos temporales puedan funcionar en el mercado laboral mexicano, sin que violenten los derechos de los trabajadores, tendría que realizarse un detallado análisis de las condiciones necesarias para la suscripción de este tipo de contratos, con la finalidad de que no se llegara al fraude laboral, y se de oportunidad a trabajadores que por su perfil y capacitación puedan acceder a este tipo de empleos. En la norma tendrán que especificarse las condiciones excepcionales en las cuales podrían utilizarse estos contratos, así como también la prohibición de utilizar estos mecanismos para promover el fraude a la ley o para la simulación de relaciones laborales, pues como hemos visto, en la experiencia de otros países, su uso indiscriminado no ha cumplido con la finalidad esperada.

En **Ecuador**, la utilización de las modalidades contractuales por tiempo determinado, en su momento no cumplieron con el objetivo de adecuación empresarial - con excepción de algunos casos - lo que se tradujo en una constante presencia de precariedad laboral, por el abuso de estas figuras. Según información recabada por el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, durante la vigencia de la Ley 90, se registraron 98 empresas maquiladoras, de las cuales actualmente operan apenas 45; esto significa que la flexibilización en la norma, no contribuyó a la generación de mayores empresas, en el país, específicamente en este ramo; se observó también que para el año 2001, la maquila contribuyó al 0,7% de las exportaciones totales y el 2,6% de las no tradicionales, lo cual no constituye una importante cifra para el crecimiento económico del Ecuador, en comparación con otras industrias.

De igual forma en materia de empleo, las empresas maquiladoras generaron aproximadamente 6.000 puestos de trabajo eventuales en el año 2000, sin considerar al sector pesquero, lo cual no constituye un número importante en comparación con la PEA en el Ecuador a ese año. En tal consideración, la utilización de las figuras contractuales temporales en este sector no cumplieron con la finalidad de mejorar la adecuación empresarial y crear más empleos.

En cuanto a los contratos eventuales, su presencia en el mercado laboral ha sido creciente en el Ecuador, a partir de la década de los noventa, tanto en el sector público como en el sector privado, a pesar de que no se cumplen con los supuestos determinados por la ley para su suscripción. En varios casos se ha verificado una

costumbre de fraude legal, al suscribir contratos eventuales seriados, lo cual ha constituido un medio para evadir la estabilidad laboral.

Cuadro 12

Tipo de Contrato	% PEA			
	Sep/ 07	Dic/07	Mar/08	Jun/08
Nombramiento Contrato permanente/indefinido	14,2	10,5	13,6	11,4
Estable o de planta	40,2	30,5	35,1	30,2
Contrato temporal, ocasional o eventual	35,2	33,2	38,3	34,4

Fuente: INEC, Encuesta de Empleo, desempleo y subempleo, septiembre del 2007, diciembre del 2007, marzo del 2008 y junio del 2008

La mayoría de los empleadores no firman un contrato formal de trabajo eventual, como lo obliga el artículo 19 del Código del Trabajo; según datos de la Inspectoría del Trabajo al año 2007, solo se registraron 133 contratos eventuales²⁸⁶. La omisión por parte del empleador, permite que las condiciones laborales de los trabajadores temporales se acuerden como un contrato tácito (Art. 12 CT) en el que se presume la estabilidad mínima de un año (Art. 14 CT), sin embargo la falta de contrato “invisibiliza” a los trabajadores eventuales de la fiscalización de la Inspectoría de Trabajo y de la afiliación a la seguridad social, lo cual constituye un mecanismo que vulnera a este sector e impide que se cumpla con los derechos y principios fundamentales del trabajo.

4.1.1.2. Modalidades para fomentar el empleo

4.1.1.2.1. Subsidios a la contratación de trabajo y formación en el empleo

Ante los altos índices de desempleo, los gobiernos en la región latinoamericana recurrieron a la reforma laboral como medio para generar mayores fuentes de trabajo. Así se focalizaron fondos públicos como subvenciones temporales para apoyar la contratación de grupos específicos de trabajadores de difícil inserción laboral – mujeres, jóvenes y desempleados de larga duración- mediante el subsidio de parte de su remuneración.

²⁸⁶ El diario.com.ec, 19 de junio del 2007.

En Argentina mediante la LNE se habilitó diversos casos de CDD, que en algunos supuestos (contratación de trabajadores inscritos como desempleados) se beneficiaron de estímulos públicos bajo la forma de exención total o parcial de las contribuciones patronales al régimen previsional. En 1995 se dictó la ley 24.465, modificatoria del régimen del contrato de trabajo, que facilitó los CDD con el beneficio de exención del 50% de las cotizaciones de la seguridad social, para trabajadores mayores de cuarenta años, discapacitados, mujeres y ex combatientes de las Malvinas.

El Gobierno de Chile, a través de la Ley No. 20.338 publicada el 1 de abril del 2009, creó un subsidio en beneficio de los (las) trabajadores(as) jóvenes dependientes y sus empleadores, a fin de mejorar su sueldo y apoyar a quienes los contrataban. El subsidio se entregó a trabajadores(as) entre 18 y menos de 25 años de edad, que integraban un grupo perteneciente al 40% más pobre de la población del país (rentas brutas mensuales inferiores a \$360.000 pesos).

En **México** en marzo de 2007, se inició el Programa Primer Empleo (PPE) dirigido a apoyar a empresas o personas físicas que generen empleos formales para jóvenes, a través del subsidio del costo de las cuotas de seguridad social durante el primer año de aseguramiento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el programa. Para que un patrón pueda acceder a los beneficios del PPE, se deben cumplir tres condiciones fundamentales: a) Contratar trabajadores de nuevo ingreso, b) incrementar el número de trabajadores que conforman la plantilla del patrón y c) lograr su permanencia durante cierto período.

4.1.1.2.2. *Resultados de la utilización de subsidios*

En Argentina estas modalidades no cumplieron con la finalidad de crear más puestos de trabajo, ya que al menos del 50% al 70% de los trabajadores subsidiados habrían conseguido trabajo sin el subsidio²⁸⁷. Más bien los beneficiados resultaron las empresas que efectivamente obtuvieron un ahorro en la utilización del trabajo. En Argentina, hasta junio de 1993, el Ministerio de Trabajo registró solo 30.122 trabajadores

²⁸⁷ Marx Ive, "Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos", en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 120, No. 1, 2001, pp. 75 a 90.

reclutados²⁸⁸ conforme a las nuevas modalidades. En Chile a junio del 2009, la cobertura del subsidio al empleo joven alcanzó a 120 mil personas, cifra que se reparte en porcentajes casi iguales entre hombres y mujeres (51% y 49% respectivamente).

En **México**, el PPE no ha tenido el resultado esperado; el presupuesto otorgado para el ejercicio del PPE, no se utilizó adecuadamente desde 2007 hasta el año 2009, de acuerdo con el segundo informe trimestral sobre la situación financiera del Seguro Social, ya que solo se asignó el 2,6% de presupuesto del subsidio. Entre el 1 de enero y el 30 de junio del 2009, apenas se inscribieron al programa 810 empresas, las cuales registraron 3.743 trabajadores, lo cual totaliza a 18.333 empresas y 49.924 trabajadores desde que inició el programa; esto significa que el programa no ha resultado atractivo para las empresas. Según algunos especialistas en materia laboral, el programa no ha tenido éxito porque su operación es complicada y no es del interés de todas las empresas. Probablemente si se dirigiera a pequeñas y medianas empresas (PYMES) podría funcionar, aunque son tantos los requisitos para su operación, que difícilmente resultaría atractivo para la creación de nuevos empleos²⁸⁹.

En **Ecuador** no se ha promovido ningún programa estatal que subsidie parte de la remuneración o de las cotizaciones a la seguridad social para apoyar a algún sector laboral del difícil ingreso, sin embargo, se han creado otro tipo de programas y políticas de empleo como veremos más adelante.

4.1.1.3. Contratos de formación o aprendizaje

Otro mecanismo para promover el empleo de grupos de difícil inserción fue el contrato de formación o aprendizaje. En Argentina la LNE promovió la práctica laboral para jóvenes, a través del régimen de pasantías; en Perú, mediante la LFE se promovieron las prácticas profesionales, a través de convenios denominados de *formación laboral juvenil*, que no tenían carácter de contrato de trabajo; tenían una duración máxima de treinta y seis meses y estaban reservados a jóvenes de 16 a 25 años que no hubieran terminado sus estudios o que habiéndolo hecho no siguieran estudios técnicos o superiores; en total no se podía exceder del 30% del personal de la empresa. En

²⁸⁸ Datos publicados en RELASUR (Montevideo), vol. 2/1994, p. 254

²⁸⁹ El Economista, 21 de septiembre del 2009.

contrapartida, la empresa está obligada a darle formación (cuyo contenido no se precisa en la LFE) y a pagarle una subvención económica mensual que no debía ser menor del salario mínimo vital; la subvención estaba exenta de aportes al sistema de seguridad social, excepto la cobertura en caso de enfermedad o accidente; los jóvenes no gozaban de todos los derechos laborales, como vacaciones pagadas o licencia por maternidad. También en Chile se implementó el subsidio a la contratación laboral de menores de 21 años hasta por dos años²⁹⁰.

En **México** actualmente no está regulado el contrato de aprendizaje en la LFT, que fue derogado en la Ley de 1970, aunque se promueven otros mecanismos que pudieran incentivar la práctica profesional durante la etapa estudiantil. El art. 30 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, autoriza a la Dirección General de Profesiones para que extienda una autorización a los pasantes de las diversas profesiones, a fin de ejercer la práctica respectiva, por un término no mayor de tres años. Para el efecto, debe demostrarse el carácter estudiantil del pasante, la conducta y la capacidad del mismo, y un informe de la facultad o escuela correspondiente (Art. 30). Aunque constituye un medio que apoya la experiencia profesional al estudiante universitario, no es propiamente una política pública que promueva la formación profesional, como el caso de otros países de la región. En el cuarto capítulo analizaremos las propuestas de reforma en este sentido.

En **Ecuador** el capítulo VIII del Código del Trabajo regula expresamente el contrato de aprendizaje, por medio del cual una persona se compromete a prestar a otra, por tiempo determinado – que no podrá exceder de un año - sus servicios personales, percibiendo a cambio la enseñanza de un arte, oficio o cualquier forma de trabajo manual y el salario convenido (Art. 157 CT). Los adolescentes no durarán más de dos años en el caso de trabajo artesanal y seis meses en el trabajo industrial u otro tipo de trabajo.

De igual forma, se han creado otros mecanismos para incorporar a los jóvenes en la vida laboral. Así la Ley de Pasantías en el sector empresarial (RO 689 5-V-1995), determina que mediante un contrato de pasantía, las empresas que realicen o lleven a cabo una actividad productiva dentro del sector privado, podrán contratar a pasantes de los

²⁹⁰ Vega María Luz, *Op. cit.*, nota 83, p. 34

centros de estudios de nivel superior, que hayan optado por una carrera con una formación mínima de tres años. Para realizar esta contratación, debe suscribirse un convenio previo entre la máxima autoridad de los centros educativos y las empresas; la selección la hará directamente el centro de Educación de nivel superior, en razón del perfil de cada estudiante. Los pasantes recibirán como pensión de pasantía mensual, una cantidad no inferior a la del salario básico unificado sectorial, en el cual se incorporan todas las remuneraciones adicionales. Una de las deficiencias de esta ley, es el carácter civil de la relación contractual, ya que no se reconocen los derechos laborales de los jóvenes conforme el Código del Trabajo; en los últimos años se han presentado varias propuestas de reforma en este sentido.

En el año 2008, estas pasantías se extendieron al sector público a través del Acuerdo ministerial No. 39 de fecha 25 de abril del 2008, suscrito por el Ministro de Trabajo y Empleo, por medio del cual se fomentaron las pasantías remuneradas en los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva; el Acuerdo Ministerial determina los mecanismos utilizados para la implementación de las pasantías remuneradas de la siguiente forma: 1) ámbito de aplicación (Instituciones del Sector Público); 2) sector beneficiado (jóvenes comprendidos entre los 18 y 29 años de edad, que no han tenido relaciones laborales con anterioridad y que cursen estudios en instituciones tecnológicas, universidad y escuelas politécnicas estatales o particulares); y, 3) el aporte que recibirá por la pasantía (60% de la remuneración básica mínima unificada para el trabajador en general).

Actualmente, 5.500 jóvenes han sido beneficiados con esta iniciativa gubernamental, de los cuales un 51% son mujeres y el 49% restante son hombres, pues uno de los ejes del programa es la equidad de género. En este momento, 1.000 estudiantes de todo el país se encuentran realizando las pasantías en alguna entidad pública. Un grupo igual ingresó en el mes de abril hasta octubre 2009²⁹¹.

²⁹¹ Diario El Telégrafo, 16 de mayo del 2009

4.1.1.4. Subcontratación laboral

En este apartado analizaremos las modalidades de subcontratación de suministro de mano de obra (intermediación) y la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios (tercerización o outsourcing) que se han regulado en América Latina, así como aquellas condiciones que operan de facto en algunos países.

4.1.1.4.1. Subcontratación de suministro de mano de obra

En América Latina la legislación laboral se ha preocupado por sancionar aquellas formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores, es decir de quienes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados²⁹². A continuación analizaremos algunos casos:

a) Los intermediarios

- *Agencias de colocación*

La mayoría de legislaciones en América Latina han regulado las agencias de colocación con ciertas características específicas: se autorizó la monopolización del servicio de colocación por parte del sector público, en ciertos casos incluso se prohibieron los servicios de agencias privadas de colocación; además se reconoció la gratuidad de los servicios. Actualmente el monopolio de los servicios públicos existe solo de *jure* en varios países como por ejemplo en Costa Rica en donde los servicios privados están prohibidos, aunque de facto operan mas de 40 de ellos y en el Salvador, el servicio es proporcionado por proveedores privados o instituciones no lucrativas, supervisado por un órgano tripartito²⁹³.

A medida que cambiaron los mercados privados y la economía internacional, la OIT sostuvo que la prohibición de la agencias de empleo privada era anacrónica, por lo cual expidió el Convenio No. 181 sobre Agencias de Empleo privadas en 1997 y su

²⁹² Bronstein Arturo, "Subcontratación Laboral", en Alburquerque Rafael y De Buen Néstor (coord), *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, Editorial Porrúa, México 2000, p. 212

²⁹³ Mazza Jacqueline, *Servicios de Intermediación Laboral: Un análisis para los países de América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, Serie Documentos de Trabajo Mercado Laboral, 2001, p. 30

recomendación, para anular la prohibición impuesta; de esta manera se distinguió entre las Agencias de colocación y las empresas de suministro de personal. A continuación señalaremos aquellos países latinoamericanos que han ratificado este Convenio de la OIT.

Cuadro 13
Convenio No. 181 OIT

País	Fecha de ratificación
Panamá	10.08.1999
Uruguay	14.06.2004

Fuente: OIT

Elaboración: propia

En América Latina la mayoría de agencias de colocación cuentan con un registro de puestos vacantes y llevan a cabo las actividades necesarias para encontrar, entre los interesados en conseguir empleo y que estuvieran inscritos en el servicio, las personas adecuadas para esos puestos. En varios países las agencias de colocación han ampliado sus servicios para vincularse incluso a los servicios sociales, de capacitación y de empleo autónomo.

- *Subcontratación laboral*

Para varias legislaciones el *intermediario* es toda persona que, sin ser representante conocido del empleador, interviene por cuenta de este último en la contratación de trabajadores; también se considera intermediario al encargado de contratar a trabajadores para ser utilizados en la empresa de un tercero (Colombia, CST, art. 35; República Dominicana, CT, art. 7, Venezuela, ley Orgánica del Trabajo, art. 54).

Entre las variantes más recientes y sofisticadas de esta subcontratación se incluye el suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal o de servicios eventuales, la cooperativa de trabajadores (Perú), la entidad empleadora (Cuba), o los préstamos de mano de obra inter-empresas o entre empresas principales y subordinadas (Chile)²⁹⁴.

²⁹⁴ Bronstein Arturo, "La subcontratación laboral", en Consejo Consultivo Laboral Andino, PLADES e ILA, *La subcontratación laboral, análisis y perspectivas*, Cuadernos de Integración Andina, Perú, 2007, p. 15

i. Empresas de Trabajo Temporal (ETT)

En América Latina, un número creciente de países, entre los que figuran Argentina, Brasil, Colombia y Perú, han reglamentado esta actividad, mientras que en otros países las empresas de trabajo temporal operan de facto. En Argentina, el art. 29 de la Ley 20.744 reformado por el art. 75 de la LNE, autoriza el funcionamiento de empresas de servicios eventuales, a las que consideran verdaderas suministradoras de mano de obra a terceros, pero limitado exclusivamente a la provisión de trabajo eventual. Se considera como empresa de servicios eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tiene por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas – usuarias – a personal industrial, administrativo, técnico o profesional, para cumplir en forma temporaria, servicio extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (Art. 2, decreto 342/92)²⁹⁵.

La intención de la ley es que bajo la prestación de servicios eventuales no se encubra el suministro de personal permanente a las empresas usuarias y asegura que se destine efectivamente el personal eventual a cubrir necesidades transitorias de las empresas. Así lo reconoció la jurisprudencia en el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala X, 29/9/00, 2001-B-1456.

En Perú, la regulación sobre intermediación laboral permite recurrir a ella sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 2 de la Ley N° 27.626); en este sentido, “los trabajadores transferidos a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad, principal de dicha empresa”²⁹⁶. En Costa Rica existe una figura peculiar, ya que en sectores muy específicos de la economía nacional funciona la figura de agencias o empresas radicadas fuera del país, que suministran personal técnico especializado para laborar en Costa Rica, funcionando como una especie de intermediario entre el empleador y los trabajadores. Es el caso, por ejemplo, de la contrata temporal de mecánicos de aviación para trabajar en una estación reparadora que funciona en Costa

²⁹⁵ Etala Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*, 5ta edición, Astrea, Argentina, 2005, p. 142

²⁹⁶ Ermida Uriarte, *et. al.*, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, OIT, Uruguay, 2009, p. 45

Rica con licencia de la Agencia Federal Aeronáutica de los Estados Unidos. Asimismo, resulta novedoso que su Código de Trabajo establezca la posibilidad de que un agente pueda contratar trabajadores costarricenses para prestar servicios o ejecutar obras en el exterior. En este último caso se requiere autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social²⁹⁷.

ii. Cooperativa de Trabajadores

Es una modalidad que fue reglamentada en el Perú, en la Ley de Fomento de Empleo de 1992. A tenor de este régimen (que luego conoció varias reformas) las empresas usuarias pueden dirigirse a una cooperativa de trabajadores, creadas con el objetivo de promover el empleo autónomo, por medio de las cuales pueden cubrir hasta un 50% de la plantilla, sin que se establezca con estos trabajadores una relación de naturaleza laboral. Únicamente la cooperativa debe reconocer a estos últimos – que tienen la calidad de socios trabajadores – ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a los que correspondan a trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas. Según la Ley No. 27.626, la actividad que realicen estas cooperativas serán labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia previstos en el Título II del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR.

En algunos países, existen otros tipos derivados del uso de las cooperativas de trabajo como las *sociedades de trabajadores*, en las que aquellos aparecen como miembros de esa entidad, pero la relación existente es “comercial” con la empresa usuaria; es el caso de la “empresas unipersonales” en Uruguay o “personas jurídicas” en Brasil, que consideran al trabajador como una entidad empresarial formada por él solo, “empresa” que mantiene un vínculo comercial –no laboral– con la empresa principal o verdadera.

• *Responsabilidad solidaria*

Varias legislaciones en América Latina, han incorporado límites en la regulación de estas modalidades, para evitar el incumplimiento de las obligaciones patronales de los

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 46

trabajadores que son contratados por empresas subcontratistas; entre tales disposiciones se establece la **responsabilidad solidaridad**, para los siguientes casos:

a) Cuando los empresarios aunque sean dependientes de la usuaria, ejecuten trabajos utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrón (Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 35, Código del Trabajo de Guatemala, Art. 5) son responsables solidariamente de las obligaciones con los trabajadores.

b) Otros ordenamientos jurídicos condicionan la responsabilidad de los empresarios principales o usuarios, a la demostración fehaciente de haber tenido la diligencia necesaria en el control del cumplimiento de la legislación laboral respecto de los intermediarios; este es el caso de Argentina (LCT 20.744, art. 30) y Chile (CT, art. 183-C a 183-D).

c) En Perú, el artículo 25 de la Ley No. 27.626 establece la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de los derechos laborales de origen legal o colectivo, únicamente en el supuesto de que la fianza otorgada (Art. 24) resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación por el tiempo que trabajen en la usuaria.

4.1.1.4.2. La intermediación en México y Ecuador

En **México**, se entiende por “intermediario” “la persona que contrata o interviene en la contratación de uno u otros trabajadores para que presten sus servicios a un patrón” (Art. 12 LFT). Queda claro que esta figura es distinta a la de la “**subcontratación**” porque el intermediario solamente cumple el papel de articular inicialmente al que busca y al que ofrece el empleo para desaparecer una vez realizada su función²⁹⁸.

En este sentido, el art. 14 de la LFT señala que las personas que utilicen intermediario para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven

²⁹⁸ Bensusán Graciela, “La subcontratación laboral y sus consecuencias, ¿problemas de diseño institucional o de implementación?”, en Bronstein Arturo, “La subcontratación laboral”, en Consejo Consultivo Laboral Andino, PLADES e ILA, *La subcontratación laboral, análisis y perspectivas*, Cuadernos de Integración Andina, Perú, 2007, p. p. 42

de esta ley y de los servicios prestados. En este sentido, los trabajadores tendrán los siguientes derechos:

- a) Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y
- b) Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.

Si comparamos lo regulado en la LFT con la definición dada en el anterior numeral, veremos que la figura de intermediario en México se relaciona con las *agencias de colocación*, que han sido reglamentadas para su funcionamiento. En el Art. 1 del reglamento de Agencias de Colocación de trabajadores se autoriza el funcionamiento de las siguientes agencias:

- a) Agencias particulares con fines lucrativos; y
- b) Agencias oficiales y particulares sin fines lucrativos.

Se definen como agencias particulares con fines lucrativos a toda persona física o moral, de carácter particular, que de manera directa o indirecta, encauce a los demandantes de trabajo hacia quienes requieran sus servicios, con el objeto de obtener alguna contraprestación por ello (Art. 11). Por su parte, se reconocen como agencias de colocación sin fines lucrativos aquellas dependencias oficiales, instituciones docentes, organizaciones sindicales o patronales, instituciones de beneficencia y asociaciones civiles, que presten el correspondiente servicio sin el propósito de obtener alguna contraprestación por ello (Art. 17). Es importante destacar que el servicio de colocación para trabajadores será siempre gratuito, por lo cual no se les podrá cobrar cuota alguna de inscripción a los trabajadores o exigírseles retribución por cualquier concepto (Art. 2).

4.1.1.4.3. Empresas de suministro de personal en México

La legislación no prevé de manera específica el caso de las “empresas de mano de obra” o de *suministro de personal*, aunque operan en los hechos, lo que significa que no se

exigen requisitos específicos como en otras legislaciones y por tanto, se rigen por lo regulado para las figuras del intermediario y el subcontratista. En los últimos años han proliferado empresas denominadas de *administración de personal*, las cuales pretenden asumir las obligaciones laborales que les corresponden de manera directa al empleador; el acto jurídico que relaciona a esas dos empresas es un contrato de naturaleza civil que presenta las siguientes características:

a) Se denomina contrato de suministro de personal, en donde la empresa ofertante del servicio se compromete a suministrar determinado personal cuyas características se detallan en alguna parte del contrato. La empresa suministradora asume expresamente que es el único patrón del personal suministrado, por lo tanto será quien cubra directamente los salarios y demás prestaciones a que tengan derecho los trabajadores suministrados. La subcontratada conviene en responder de todas las reclamaciones que sus trabajadores presenten en su contra o contra la empresa subcontratante, en relación con los trabajos que ampara el contrato o convenio correspondiente, por lo que no se podrá declarar a la empresa como responsable solidaria ni como patrón sustituto.

Con esta modalidad y en razón de que la empresa suministradora de personal asume de manera directa toda la responsabilidad laboral, la empresa contratante de sus servicios no tendrá que hacer frente a compromisos ante la seguridad social, pago de impuestos derivados de una relación laboral, pagos al sistema de ahorro para el retiro, ni llegado el caso, atender litigios ante los tribunales laborales iniciados por los trabajadores involucrados, ya que los servicios contratados incluyen en la mayoría de los casos la asesoría jurídica laboral ante las instancias competentes²⁹⁹.

4.1.1.4.4. Empresas intermediarias en Ecuador

Inicialmente en el Ecuador, la figura de intermediación laboral, se relacionó con la colocación de mano de obra, a través de agencias públicas y privadas de empleo, cuyos objetivos eran aproximar la oferta y la demanda de mano de obra, y proporcionar un conocimiento general de las características y posibilidades del mercado de trabajo; si bien la ley disponía que el servicio de colocación era público y gratuito (Art. 433 del Código del Trabajo), se permitía la participación de oficinas de colocación privadas,

²⁹⁹ Reynoso Castillo, Carlos, "Situación de trabajo y protección de los trabajadores. Estudio del caso de México", Ciudad de México, 1999, p. 18.

bajo la vigilancia de las oficinas públicas (Art. 437 CT). Durante muchos años las oficinas privadas de colocación operaban como mediadoras para formalizar un contrato de trabajo directo entre empleadores y trabajadores, percibiendo una comisión por dicho servicio (no podía exceder el 50% del primer salario mensual).

En el año 1998 se expidió el Decreto Núm. 1232/98, publicado en el Registro Oficial No. 285 del 27 de marzo del mismo año, en el cual se establecía el *Reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocaciones (ROPC)*, que en su artículo 1 señalaba: Los servicios que ofrecen las personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su denominación, que con fines de lucro se dedican a la promoción o intermediación del empleo, para formalizar un contrato de trabajo directo entre empleadores y trabajadores, o *que actúan en calidad de empleadores, para brindar servicios de personal a terceras personas.*

Mediante esta norma se fusionaron dos figuras (colocación y subcontratación) sin una debida reglamentación sobre las funciones específicas de cada agencia, los deberes y compromisos laborales que debían asumir, ni las obligaciones de las empresas usuarias; nos atreveríamos a decir que en su momento se desnaturalizó las funciones de las agencias de colocación, a fin de ampliar sus actividades; esto en razón de que el reglamento mencionado era en extremo general, pues incorporaba únicamente ciertos requisitos para la autorización del funcionamiento de las agencias, la potestad de la Inspectoría de Trabajo de verificar el correcto funcionamiento de las indicadas oficinas y la obligación de rendir un informe semestral al Ministerio de Trabajo.

La falta de definición normativa y la escasa o nula posibilidad de recurrir ante instancias legales para hacer efectivos los reclamos, promovieron una continua condición de incumplimiento de obligaciones laborales, precariedad e inestabilidad de los trabajadores considerados como “tercerizados”, en razón de que el ROPC, permitió que se reconociera a todas las empresas subcontratistas (sea de suministro de mano de obra o de bienes y servicios) como “empresas tercerizadoras”, lo cual generó confusión en su uso.

Se generó el campo propicio para la utilización fraudulenta de esta figura a través de mecanismos especulativos de ocultación, de uno o los verdaderos titulares³⁰⁰. Si bien como principio se reconocía en la Constitución y en la ley, que el destinado al cumplimiento de obligaciones patronales era el intermediario, por lo general se desconocía su origen, ya que la mayoría de empresas intermediarias eran informales denominadas incluso *empresas de garaje*³⁰¹ o fantasmas.

Para contrarrestar estos mecanismos fraudulentos, en 2006, se expidió el *Decreto Ejecutivo No. 2166*, que pretendió regularizar la aplicación de la intermediación laboral. El proyecto fue muy criticado puesto que a través de este decreto se pretendía establecer normas de actuación para las empresas intermediarias que requerían rango de ley; como primer intento de reglamentación, se establecieron ciertas disposiciones para el funcionamiento de las diversas empresas de intermediación y tercerización, sin embargo no había suficiente claridad en la norma. Lo destacado de este decreto fue que se exigía la exclusividad en la actividad de las empresas tercerizadoras, de tal forma que las sociedades tuvieran como único objeto, la prestación de los servicios de personal y se prohibía la vinculación entre empresas usuarias y empresas tercerizadoras. En este decreto se reconocieron tres tipos de empresas tercerizadoras:

- 1) Las *sociedades de servicios temporales* que son las que asignan trabajadores a una empresa usuaria, para cumplir labores de naturaleza eventual, ocasional, de temporada o por horas;
- 2) *Sociedades de servicios complementarios* que brindan servicios permanentes u ocasionales en actividades no vinculadas a la actividad principal de la empresa usuaria;
- y,
- 3) *Sociedad de servicios de tercerización*. Aun no quedaba claro qué actividad sería de intermediación y de tercerización y por ello se continuó con las prácticas anteriores.

En ese mismo año, se expidió la *Ley Reformatoria al Código del trabajo No. 2006-48*, mediante la cual se regulaba la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios; en su Art. 1 definía a la intermediación laboral como

³⁰⁰ Martín Valverde A, *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, RPS No. 91, 1971, pp. 33 a 35.

³⁰¹ Edgerton John, coordinador de FEDEHUMANA y director ejecutivo de una antigua intermediadora, Entrevista completa en Rivas Patricio, "La estabilidad laboral que todos dicen defender", en *Boletín del Programa de Políticas Públicas*, FLACSO, sede Ecuador, octubre 2008, p. 2

aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica llamada usuaria que determina sus tareas y supervisa su ejecución; la ley disponía que todas las actividades de la usuaria podían ser atendidas por una o varias empresas de intermediación laboral, ya sea bajo las modalidades de contratación a plazo fijo, ocasional, eventual, por horas u otros contratos precarios, con la excepción de aquellas funciones de confianza o representación.

El porcentaje máximo de trabajadores que se podían mantener bajo el mecanismo de intermediación no debía pasar del 50% de trabajadores de la empresa. En específico se establecieron las reglas para el funcionamiento de las empresas intermediarias, las actividades prohibidas de contratación a través de intermediación laboral, los derechos de los trabajadores intermediados, el papel que debía cumplir el Ministerio de Trabajo y la Dirección Regional del Trabajo para la fiscalización de estas empresas; en detalle se determinó las obligaciones de las empresa intermediarias.

En la ley se incorporó el principio de responsabilidad solidaria en los mismos términos de la Constitución de 1998³⁰², que tenía como antecedente las Constituciones de 1945 y 1979. En este sentido, se reconoció que la empresa usuaria tendría responsabilidad en el cumplimiento de los derechos laborales en caso de que el intermediario no lo hubiere efectuado. El Art. 41 del Código del Trabajo, reglamentaba esta disposición³⁰³, al reconocer la existencia de solidaridad “acumulativa y electiva” imputable a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores *habituales* dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador.

La falencia de esta ley fue la autorización de la contratación de trabajadores intermediados mediante *cualquier tipo de modalidad contractual* (estable, ocasional, eventual, entre otros), lo cual contraría la propia naturaleza de las empresas intermediarias que en la mayoría de los países funcionan para la *cesión de trabajadores temporales*, según hemos analizado. Incluso durante la etapa de discusión de la Ley,

³⁰² El numeral 11 del Art. 35 determinaba lo siguiente: Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario

³⁰³ Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesado en la misma empresa, como condueño, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador.

tanto el sector laboral (CEDOCUT) como el Ministerio de Trabajo, reconocieron la necesidad de que el ámbito de aplicación de la intermediación sólo sea para contratos eventuales, temporales y ocasionales³⁰⁴, sin embargo la ley lo amplió.

En 2008, la Asamblea Constituyente establecida para la expedición de la nueva Constitución de la República, contaba con plenos poderes, por lo cual reguló algunos temas jurídicos a través de mandatos constituyentes³⁰⁵, entre ellos el laboral; en este sentido, el Mandato Constituyente N° 8 prohibió la intermediación y tercerización laboral, lo cual fue más tarde corroborado por la nueva Constitución de la República (Art. 327). La intención de este mandato era prohibir toda forma de precarización, entre ellas la intermediación laboral, la tercerización en actividades propias y habituales de la empresa, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra modalidad que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva; establecía además que la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se determinó también que el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizaran y sancionaran de acuerdo con la ley.”

4.1.1.4.5. *Resultados del Uso de estas figuras*

En cuanto a las *empresas intermediarias*, en la mayoría de los países de América Latina, se ha procurado reglamentar en específico las disposiciones comunes a estas empresas para limitar su campo de acción en actividades temporales y en condiciones específicas (Argentina, Chile, Perú, Venezuela); en otros casos en que no existe reglamentaciones se basan en las regulaciones generales de Derecho laboral, civil o mercantil (Costa Rica, entre otros), lo que en ciertas ocasiones abren oportunidades para el fraude de ley.

En **México** este modelo de “subcontratación”, aunque no regulado, se ha convertido en un fenómeno en expansión asociado con la violación de derechos fundamentales, como la inscripción a la seguridad social y el ejercicio de los derechos colectivos. Tal condición es reciente, pues durante la década de los noventa, los trabajadores subcontratados, no eran cuantitativamente numerosos, seguramente porque en algunos

³⁰⁴ Diario El Hoy, 17 de marzo del 2006

³⁰⁵ Normas que regula temas fundamentales durante la etapa de transición.

sectores (manufactura) los bajos niveles de los salarios, los problemas de capacitación y la baja protección sindical, consideraban innecesaria la utilización de esta modalidad. Los trabajadores subcontratados representaban en conjunto menos de 2% del empleo en 1999.

Actualmente se estima que la mitad de las empresas con más de 500 empleados han utilizado, al menos en una ocasión, esquemas de subcontratación, mismos que se extienden anualmente a una tasa de 19.5%. Estas prácticas son utilizadas con frecuencia en sectores como el manufacturero, los servicios financieros y de tecnología de información. Igualmente, se registran en 13% de las dependencias gubernamentales³⁰⁶. Entre las empresas de *administración de personal* que funcionan en México destaca la empresa “Manpower” que según datos del Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical (CILAS) emplea a cerca de 300 mil personas al año.

En **Ecuador** el abuso en el uso de la intermediación laboral, provocó su definitiva eliminación en el año 2008, en razón de que más de 435 mil personas laboraban a través de empresas intermediarias, sin suficientes mecanismos de protección. Según datos del Ministerio de Trabajo, al año 2007, un importante número de empresas tercerizadoras de servicios e intermediación laboral, incumplían con la normativa laboral vigente en las principales ciudades (Quito, Guayaquil y Cuenca); los directores regionales del Trabajo del Litoral, Austro y Quito, sancionaron a 108 empresas (22 en Quito, 82 en Guayaquil y 4 en Cuenca) con multa de más de USD 1.000 dólares, por no cumplir con el mínimo de personas discapacitadas; otras 68 empresas fueron sancionadas e incluso revocadas el permiso de funcionamiento por haber utilizado a tercerizadoras fantasmas³⁰⁷.

Ahora bien, es importante destacar que aunque el abuso de la intermediación era generalizado, a partir de la expedición de la ley 2006-48 existía un importante número de empresas intermediarias que en su momento cumplían con la ley. Según la presidenta de FEDEHUMANA, al trabajador se le reconocía una serie de beneficios que determina el Código del Trabajo y las leyes relacionadas, como el fondo de reserva desde el primer día, trabajo formal estable, el salario en función de las tablas mínimas sectoriales, lo

³⁰⁶ Datos provenientes de diversas fuentes oficiales y privadas consultadas en Milenio, 4 de junio del 2007

³⁰⁷ El comercio, 20 de julio del 2007

cual en su momento procuró formalizar el empleo, combatir la precarización, los empleos informales, inestables y sin seguridad³⁰⁸; sin embargo, en la actualidad cualquier modalidad de intermediación según lo definía la ley 2006-48 está prohibida. Únicamente se permite la tercerización de servicios complementarios en vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria (Art. 3, mandato constituyente No. 8).

En cuanto a las *cooperativas de trabajadores y empresas especiales de servicios* en Perú, en el año 2008, se presentó una iniciativa en la Comisión de Trabajo del Congreso, para eliminar la intermediación laboral que prestan las cooperativas y las empresas especiales de servicios regulada en el Ley No. 27.626 de diciembre del 2001, en razón del abuso de ambas figuras en este país; según datos de especialistas laborales, hasta el año 2002 había un exagerado uso de las cooperativas de trabajadores, pues la mayoría de empresas tenía hasta la mitad de sus trabajadores contratados bajo esta modalidad. Aunque tal iniciativa no prosperó, quedó clara la necesidad de limitar el uso de las *empresas especiales de servicios*, aumentar la fiscalización por la Administración de trabajo y generar sanciones más estrictas³⁰⁹.

En **Argentina**, el Art. 40 de la ley 25.877 prohíbe expresamente que las cooperativas de trabajo, actúen como empresas de provisión de servicios eventuales. Así lo reconoció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 21/4/97, 1997-B-2484. En **Uruguay** las empresas de trabajo unipersonales se consideran como una figura que constituye un verdadero fraude a la ley, cuya eliminación ha sido requerida en reiteradas ocasiones por la Organización Internacional del Trabajo, ya que viola el Art. 17 de la Recomendación No. 198 (2006) sobre la relación de trabajo.

En **México**, el Servicio de Administración Tributaria SAT, dictó el criterio no vinculativo No. 05/ISR, respecto a la práctica fiscal indebida de las sociedades cooperativas³¹⁰: Se considera que realiza una práctica fiscal indebida la sociedad cooperativa que deduzca las cantidades entregadas a sus socios cooperativistas, proveniente del Fondo de Previsión Social, así como el socio cooperativista que no considere dichas cantidades como ingresos por los que está obligado al pago del ISR.

³⁰⁸ Rivas Patricio, *Op. cit.*, nota 301, p. 3

³⁰⁹ El Comercio Perú, 21 de marzo del 2008 y RPP noticias, 19 de marzo del 2008.

³¹⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero del 2008.

4.1.1.4.6. Subcontratación de bienes y servicios

La *subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios*, en América Latina, al igual que en la mayoría de países, responde a los intereses de una descentralización productiva, a fin de competir en forma más eficiente dentro del mercado global; es importante considerar los serios fallos que en su momento provocó la débil e insuficiente reingeniería productiva en la región, lo cual caracterizó a las empresas subcontratistas de América Latina.

En Perú, la Ley de Fomento del Empleo de noviembre de 1991, reconoció como modalidad de subcontratación de servicios, el *suministro de servicios complementarios*, a través de empresas especializadas en tareas de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc; actualmente estas empresas pueden brindar exclusiva o conjuntamente, servicios temporales, complementarios o especializados. El artículo 4 de la Ley N° 29.245 establece que en aquellos contratos donde el personal de la empresa tercerizadora sea quien efectúe el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectarse sus derechos laborales y de seguridad social y deben estar subordinados a la empresa que presta los servicios de tercerización³¹¹.

En Argentina se permite la subcontratación de trabajo o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento, dentro o fuera de su giro empresarial, conforme lo determinado en el Art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal definió a la actividad normal y específica de la empresa como aquella habitual y permanente del establecimiento, o sea la relacionada con la unidad técnica de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa; es la referida al proceso normal de fabricación, debiendo descartarse la actividad accidental, accesorio o concurrente³¹².

En Brasil son significativas las dificultades generadas por la jurisprudencia dominante del Tribunal Superior del Trabajo en lo que respecta al tema de actividades permitidas a

³¹¹ Ermida Uriarte, *Op. cit.*, nota 296, p. 45

³¹² Sala I, 22/10/1979, 1980 – 221, similar resolución en 13/6/95 y 1995-B-2267)

través de la tercerización. La primera de ellas reside en la distinción entre actividades de fin y actividades de medio, admitiendo la tercerización de las segundas. Pero estos conceptos no son precisos y tienen connotaciones dudosas o equívocas. En consecuencia, no transmiten seguridad³¹³.

Otra modalidad de tercerización son los *contratistas*, que son reconocidos en varias legislaciones de América Latina como los empleadores en sentido estricto del término, cuando contratan obras o partes de obra en beneficio de otro para ejecutarlas por cuenta propia y sin sujeción a éste (República Dominicana, Código del Trabajo, art. 12; Panamá, Código del Trabajo, art. 89). Cuando se cumplen esos requisitos el contratista no es intermediario, sino patrono, a condición de que ejecute trabajos con equipo o capitales propios (Guatemala, Código del Trabajo, art. 5; Costa Rica, Código del Trabajo, art. 3). Se debe entender, sin embargo, que los contratistas asumen todos los riesgos, y realizan los trabajos con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, como lo aclara el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia en su Art. 34.

Si se cumple con esas condiciones la empresa usuaria no asumirá ninguna obligación con respecto a los trabajadores del contratista, pues se entiende que no ha existido fraude laboral. El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece que son contratistas independientes y, por lo tanto, verdaderos empleadores (y no representantes ni intermediarios), las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva³¹⁴. En Guatemala, el artículo 5 del Código del Trabajo dispone que no tiene carácter de intermediario y sí de patrono, el que se encargue por contrato, de la realización de trabajos que ejecute con equipos o capitales propios.

a) La responsabilidad solidaria

En la mayoría de países de la región, se ha regulado la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y sus subcontratista en la norma laboral, cuando la primera subcontrata

³¹³ Ermida Uriarte, *Op. cit.*, nota 296, p. 42

³¹⁴ *Ibidem*, p. 48

servicios correspondientes a la actividad específica de su establecimiento (Argentina, LCT, Art. 30; Panamá, CT, Art. 89; Colombia, CST Art. 34; Venezuela, LOT, Art. 55). Incluso en Argentina, la jurisprudencia establece desde 2002 que el trabajador puede optar libremente por demandar a su empleador, a la empresa con la que aquél contrato o a ambos conjuntamente, lo cual se debió a la enorme dificultad que enfrentan los trabajadores ante la insolvencia de sus empleadores. En Uruguay, la reciente Ley N° 18.099 (de 2007) determinó la responsabilidad solidaria de las empresas tercerizadoras en todos los casos, sin embargo en la reforma de 2008, se reconoció la responsabilidad solidaria únicamente para aquellas empresas principales o usuarias que omitan cumplir determinados controles; de ejercitarlos correctamente, su responsabilidad permanece, pero será subsidiaria. Cuando la subcontratación se realiza entre una empresa principal y sus subordinadas también se contempla la solidaridad entre aquéllas, aunque tuviesen personalidad jurídica propia.

En otros países se regula la figura del “fraude laboral” cuando una empresa principal busca eludir su responsabilidad a través de otras empresas subordinadas, como ocurre en República Dominicana (CT art. 13) y Argentina (LCT, art. 31); en otros países se extiende la solidaridad entre empresas con estas características aun cuando no exista tal intención, como es el caso de Brasil (Consolidación de Leyes del Trabajo, art. 8), o cuando la subordinada ejecuta trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa (Panamá, CT art 90). Una disposición que persigue el mismo propósito se encuentra en el Código Sustantivo de Colombia, mediante la figura de *unidad de empresa*, cuando existe dependencia económica o jurídica entre la empresa principal y sus subordinadas y todas realizan actividades similares, conexas o complementarias, en cuyo caso se pueden unificar los salarios y condiciones de trabajo de la empresa principal y de sus subordinadas (sin embargo la reforma introducida en 1990 permite que en ciertos casos se conceda un período de gracia antes de que las autoridades competentes declaren la *unidad de empresa*)³¹⁵.

³¹⁵ Bronstein, *Op. cit.*, nota 294, p. 20

4.1.1.4.7. La tercerización o outsourcing en México y Ecuador

En **México**, la LFT establece ciertas normas referidas a posibles relaciones entre los trabajadores de la empresa subcontratante y los trabajadores de la empresa subcontratada. La ley establece dos situaciones: a) no serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores; y b) en caso que una empresa ejecute obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra y que no disponga de los elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Se trata en concreto de dos posibilidades: la primera, cuando una empresa concentra sus actividades, ya de manera principal, ya de manera exclusiva para otra, y en ambos supuestos, la ley establece ciertos efectos; entre ellos, la empresa beneficiaria (subcontratante) será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores, y los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionales a las que disfruten los trabajadores que ejecutan trabajos similares en la empresa beneficiaria. Corresponde destacar que ambas figuras nada tienen que ver con los casos de intermediarios o agencias de colocación, a los cuales la ley dedica otras reglas específicas.

Por otro lado, la ley define a la “unidad de empresa” en el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, lo que puede llevar a responsabilidad al mismo tiempo a la empresa que provea el capital y a la que proporcione mano de obra. En este sentido, existen tesis aisladas de jurisprudencia recientes como la siguiente: ... el numeral 16 de la citada legislación (LFT) establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo y otra aporta el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el ordinal 16 en mención, de ahí que para

efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador³¹⁶”

Por otro lado, en México existe una política económica del gobierno, denominada Sistema para la Subcontratación Industrial (SSI) que es un directorio de proveedores de procesos industriales, el cual cuenta con información especializada sobre las capacidades productivas de las empresas. El SSI invita directamente a las PYMES y grandes empresas para que oferten sus servicios bajo esta modalidad. El mayor número de invitaciones se dirigen a industrias de plástico, metalmecánica, electrónica, textil y confección, farmaco-químico, cuero y calzado, conservas alimenticias y muebles de madera, lo que permite inferir que son estos los rubros en los cuales hay una mayor demanda de la figura. El desarrollo de la subcontratación se ha dado con mayor aceleración en determinadas zonas geográficas del país, por ejemplo Nuevo León, que es un estado principalmente industrial.

Es importante destacar que en México aún no se hace una distinción específica en la ley respecto de las diversas figuras de intermediación y subcontratación laboral, por lo cual se aplican indistintamente los principios determinados en los Arts. 14, 15 y 16 de la LFT. Una posibilidad de regulación se dio con la reforma a la Ley del Instituto Mexicano de Seguridad Social publicada en el diario oficial de la Federación el 9 de julio 2009. Los cambios se dieron en la fracción VIII del artículo 5-A, las fracciones XX y XXI, del artículo 304 A y, la fracción IV del artículo 304-B de la ley; se adicionaron los párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo y el anterior párrafo tercero pasó a ser noveno, del artículo 15-A; el párrafo segundo del artículo 75, y la fracción XXII del artículo 304-A.

Con esta reforma se estableció un mayor número de responsabilidades a cargo de los beneficiarios que contraten o subcontraten la prestación de los servicios de otras empresas, adquiriendo el carácter de sujeto obligado solidario respecto a las obligaciones contenidas en la Ley del Seguro Social. Una de las formas con las que se pretende monitorear que se cumpla con las disposiciones es el establecimiento de la

³¹⁶ Tesis I.3º.T.145 L, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, septiembre 2006, p. 1416
Tesis I.3º.T.187 L, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, p. 1188.

obligación trimestral de comunicar a la Subdelegación correspondiente, los contratos celebrados con empresas subcontratistas, en donde se determinará la información completa de cada una de las partes del contrato y su objeto, quedando obligado el patrón a registrar el nombre del beneficiario en el sistema de cómputo autorizado por el Instituto para cada uno de los trabajadores que participen en el servicio contratado.

En caso de que los patronos omitan cumplir con la obligación antes transcrita de conformidad con la reforma a los artículos 304 A, fracciones XX, XXI y XXII y 304 B fracción IV, se harán acreedores a una multa equivalente al importe entre 20 y 350 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal. Para el Seguro de Riesgo de Trabajo se modifica el artículo 75, permitiendo obtener a las empresas subcontratistas o intermediación laboral un registro patronal por cada una de las clases de riesgo a las que les corresponda la actividad de sus contratantes. La reforma, conforme al Artículo Primero Transitorio, contempló un periodo de 250 días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación para la entrada en vigor de ciertos párrafos³¹⁷.

En **Ecuador**, la ley Reformatoria al Código del trabajo No. 2006-48, definía en su Art. 1 a la *Tercerización de Servicios Complementarios*, como aquella actividad que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operaría exclusivamente entre la empresa de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución y la ley.”

Aunque ésta ley fue derogada mediante el Mandato Constituyente No. 8, el Art. 3 de esta norma, determina que subsisten las empresas tercerizadoras únicamente como *prestadoras de servicio complementarios* para vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza. El Art. 4 del Mandato reconoce que en todos los casos existe una relación bilateral entre los prestadores de actividades complementarias y su personal, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio y el Art. 17 del Reglamento del Mandato Constituyente 8, prohibió

³¹⁷ <http://www.kellyservices.com.mx/web/mx/services/es/pages/reformaimssdiariooficial.html>

que entre las empresas de intermediación laboral y las usuarias exista algún vínculo como matrices, filiales, subsidiarias, relacionadas, sin participación o relación societaria de ningún tipo.

4.1.1.4.8. Resultados del Outsourcing en la región

Durante la primera etapa de la flexibilización laboral, la limitada inversión en tecnología, consolidó una asimétrica relación entre empresas matrices y subcontratistas en la región, pues en Latinoamérica la mayoría de empresas subcontratistas constituían pequeñas y medianas empresas PYMES, que absorbían los problemas relacionados con el volumen, calidad y costo de mano de obra de las empresas contratantes y se caracterizaban por tener sueldos bajos, empleo poco calificante y precario, jornadas largas e intensas de trabajo, así como relaciones laborales autoritarias y hasta despóticas³¹⁸; sin embargo, en los últimos años, el desarrollo de la tecnología informática ha mejorado la incorporación de las empresas subcontratistas latinoamericanas en la prestación de servicios especializados, aunque la atracción para las empresas usuarias, continúa siendo los bajos costos de la mano de obra.

En Costa Rica existe un importante número de microempresas que se encargan de funciones subsidiarias de empresas públicas en el campo de operación de redes eléctricas y telecomunicaciones; en Argentina y Chile es muy popular el outsourcing en los Call Centers y servicios de telemarketing, en donde se han combinado dos factores positivos: por un lado se ha convertido en una actividad que emplea a un importante número de trabajadores y por otro, las grandes empresas aprovechan el buen nivel de inglés de los habitantes y la economía estable de este país³¹⁹.

Ahora sin embargo, es importante destacar que los abusos laborales a través de estas empresas subcontratistas de servicios, continúan y tienen cada vez mecanismos más novedosos de evasión. En **México**, según datos del Servicio de Administración Tributaria (SAT), existe una creciente conducta de evasión fiscal, al transferir a los trabajadores a empresas en nombre colectivo, empresas integradoras e integradas, con el propósito de evitar el pago de reparto de utilidades, impuestos federales y locales así

³¹⁸ Díaz Alvaro, *Op. cit.*, nota 257, p. 52

³¹⁹ Sánchez Castañeda Alfredo, "El fenómeno de la subcontratación", *Diplomado Derecho del Trabajo y Comparado*, OIT, IJ y CEINTRA, Segunda edición, 2009.

como contribuciones de seguridad social³²⁰; De tal forma, en junio del 2008, el SAT anunció un programa de fiscalización conjunta con el Instituto Mexicano de Seguro Social (IMSS) y el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores (INFONAVIT) para combatir la evasión fiscal a través del outsourcing de personal, con una meta inicial de 455 empresas.

En **Ecuador**, a enero del 2010 estaban registradas 267 empresas de servicios complementarios, 114 de personas naturales y 153 de compañías. Según provincias, Guayas contaba con el mayor número de empresas (105), seguido por Pichincha (88), Azuay (53) y Tungurahua (21)³²¹. Según el Informe anual sobre las violaciones de los derechos sindicales en 2009³²², a pesar de que la nueva Constitución prohíbe la tercerización, la intermediación y el trabajo por horas, en la práctica lo que se ha hecho es cambiar la denominación, pero siguen funcionando.

4.1.1.5. *Despidos*

Las reformas laborales en América Latina facilitaron ampliamente la libertad de despido sin invocación de causa. Actualmente sólo las legislaciones de México y Panamá no reconocen el derecho del empleador a despedir sin causa, aunque con importantes excepciones en ambos casos³²³.

En Colombia, mediante la ley No. 50 se creó la figura de *cesantía*, que es un sistema de depósitos anuales, que el empleador debe efectuar en cuentas de capitalización individual abiertas en instituciones especialmente creadas para administrar los fondos de cesantía. Por un lado, el empleador se libera de su obligación de hacer el pago de una indemnización al momento de la terminación de la relación laboral y el trabajador tiene la seguridad casi total de que el dinero de su cesantía quedará asegurada de un riesgo eventual de insolvencia del primero, beneficiándose de la rentabilidad de la cuenta; también se suprimió el reintegro forzoso en el empleo de todo trabajador despedido injustificadamente que contase con diez años de servicios en su empresa, en contrapartida, se aumentó las indemnizaciones debidas en caso de despido injustificado;

³²⁰ Boletín de prensa de 16 de junio del 2008, SAT

³²¹ Datos del Ministerio de Relaciones Laborales.

³²² CSI, 2009, <http://survey09.ituc-csi.org/survey.php?IDContinent=2&IDCountry=ECU&Lang=ES>

³²³ López Diego, *Op. cit.*, nota 131, p. 32

asimismo se introdujo un procedimiento para controlar las suspensiones y despidos colectivos por motivos económicos, que se inspira en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). En Panamá, se estableció una prima de antigüedad, análoga al modelo de cesantía colombiano, y sólo en beneficio de trabajadores que contasen con diez años de servicio o más.

En Chile, en 1966 se derogó el despido por causa justificada y el reintegro forzoso, por el llamado “desahucio” de la relación de trabajo, mediante el cual se podía despedir sin causa mediante la sola obligación de un preaviso y pagar una indemnización al trabajador igual a un mes de sueldo por cada año de servicios, con un máximo de seis meses. En Brasil, la Ley No. 5.107 de 13 de septiembre de 1966, creó el sistema de Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio (FGTS) por el cual el trabajador tenía la opción de escoger entre un sistema de libre despido por el empleador y el de estabilidad con indemnización al trabajador despedido; según Orlando Texeira esta modalidad prácticamente extinguió la garantía de estabilidad en el empleo, ya que un pequeño porcentaje de obreros continuó regulado por el régimen de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, mientras que la mayoría optó por el sistema de FGTS, toda vez que los patrones exigieron la aplicación de la ley, desencadenando con eso, una movilidad de mano de obra nunca antes vista anteriormente en el país³²⁴.

En **México**, la base constitucional de estabilidad del empleo limita la ampliación de medidas para el despido libre, con ciertas excepciones determinadas en la ley, tanto en el sector privado (Arts. 50 y 343 LFT), como en el sector público (Apartado B, fracción XIV, del artículo 123 constitucional, y numerales 2,5 y 8 de la ley reglamentaria). Por ello, se considera que el modelo de despido en México es inflexible, y por tanto se ha planteado una serie de reformas para “modernizarlo”. Entre las propuestas presentadas tenemos: a) Incorporación del despido individual por causas económicas, b) Establecer nuevas causales de despido y c) suprimir la obligación de la reinstalación por despido injusto.

Ahora bien, es importante considerar que una de las graves condicionantes en cuanto al reclamo por despido injustificado en México - aunque no está estrechamente

³²⁴ Teixeira Da Costa Orlando, “Limitaciones temporales a la facultad patronal de despedir”, en Dávalos José (coord.), *Cuestiones laborales*, México, UNAM, Porrúa, 1988, p. 109

relacionado con la flexibilidad laboral - es la aplicación jurisdiccional de la norma; así, la intervención real del Poder Judicial, deformó al derecho laboral mexicano en una serie de complejas aplicaciones semánticas de tesis “interpretativas”, contrarias a toda realidad, y que no permiten defensa legal alguna³²⁵; por ello es necesario considerar el papel actual de los jueces en la aplicación del derecho del trabajo en relación con los principios jurídicos que constan en la Constitución, para revertir esta tendencia.

En **Ecuador**, la ampliación de las modalidades contractuales en la norma, relativizaron las reformas en materia de despido, ya que mediante el uso de estas figuras se permitió la terminación del contrato sin obligación de indemnizar; en tal razón, se mantuvo el sistema de estabilidad relativo (indemnización en caso de despido injustificado) con altos costes para el empleador, por la facilidad de terminar la relación laboral a través de los contratos atípicos. Según el Art. 188 del CT, el empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio. En el sector privado, la escala fijada por la ley 133 de 1991, en comparación con el anterior texto del Código, mejoró las indemnizaciones para los trabajadores de corto tiempo de servicios, la desmejoró para los trabajadores con una escala media y las mejoró para quienes tuvieran muchos años de trabajo.

En este sentido, el cálculo de la indemnización quedó de la siguiente manera: a) Hasta tres años de servicios, tres meses de remuneración; b) Si fuere mayor de tres años de servicios, el equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que este valor exceda a veinte y cinco años de remuneración; c) La fracción de un año se considerará como año completo y el cálculo se hará en base a la remuneración que el trabajador percibía al momento del despido. En el sector público, la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, limitó la fijación de los montos máximos para las indemnizaciones por supresión de partida o despido intempestivo, a las regulaciones del Consejo Nacional de Remuneraciones CONAREM. Actualmente esta regulación proviene de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y

³²⁵ Véase lo resuelto en: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Julio 1994, p. 550. Cuarta Sala. Varios 6/90. Contradicción de tesis entre el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, 3 de julio de 1990. Gaceta Laboral No. 43. p. 73

Remuneraciones del Sector Público (SENRES), que en el 2010 se fusionó con el Ministerio de Trabajo y Empleo, para formar el Ministerio de Relaciones Laborales.

4.1.2. Flexibilidad interna

4.1.2.1. Contratación a tiempo parcial.

En América Latina en general, no se implementó la reducción del tiempo de trabajo como una política legislativa para reducir el desempleo; en la mayoría de países el *part-time* no se reguló como una modalidad contractual específica, sino que se admitió legalmente la posibilidad de que se pacte reducciones de jornada sin que por ello dejen de aplicarse las normas generales sobre condiciones de trabajo y contratación³²⁶. La utilización de modalidades a tiempo parcial respondieron en su momento más que a objetivos de reparto del empleo, a la creciente necesidad de las empresas, especialmente en los servicios, de cubrir puntas de actividad de duración reducida, en ciertas horas del día, días de la semana o del mes; solo en casos aislados, la reducción de la jornada respondió a la necesidad de crear opciones para paliar el alto nivel de desempleo.

En Argentina, la LNE expresamente reguló el trabajo *part – time*, al siguiente tenor: el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana o al mes, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad. Según afirma Daubler, la verdadera intención de regular esta modalidad contractual, fue promover el empleo por los altos niveles de paro que vivió Argentina desde 1990, ya que los trabajadores tenían la urgencia de trabajar bajo cualquier condición³²⁷.

La ley No. 24.465 consigna disposiciones especiales para los trabajadores que laboran bajo un contrato a tiempo parcial, entre las cuales consta la reducción proporcional de la remuneración, cotización social y la prohibición de laborar horas extraordinarias; además del *part-time*, se reguló otra forma de ocupación parcial denominada *contrato por llamada*, el cual se presenta como aleatorio para el trabajador una vez que su

³²⁶ López Diego, *Op. cit.*, nota 131, p. 33

³²⁷ Daubler, *Derecho del Trabajo*, p. 866

ocupación solamente ocurrirá cuando sea llamado por el empresario; mientras tanto, no trabaja, ni cobra ingresos.

Chile también reconoció el trabajo de jornada parcial como una modalidad contractual específica, sujeta a normas especiales para facilitar su ocupación empresarial entre ellas, la reducción proporcional de la remuneración; mediante esta modalidad se aseguró la facultad empresarial de determinar cada semana una distribución distinta de la jornada de trabajo, dentro de las alternativas previamente pactadas en el contrato individual del trabajo. En Uruguay también se promovió fuertemente el empleo de la mujer a tiempo parcial.

En **México** no se ha regulado en específico el contrato de trabajo por jornada parcial, aunque el Art. 83 señala que el salario puede fijarse por unidad de tiempo, lo cual daría apertura a la utilización de esta modalidad. En los últimos años se ha incrementado el porcentaje de trabajadores que laboran en jornadas parciales, según un estudio realizado sobre gestión de los recursos humanos en el país; conforme a este informe, ciertas empresas se caracterizan por tener plantilla de personal movable en el sector privado y se distinguen por un menor número de contratos a tiempo completo; de acuerdo al sexto informe de Gobierno del Presidente Fox en 2006, el 21.7% de la PEA trabajaba a ese año menos de 15 horas semanales; en el sector público convivían los de jornada completa, con los de contratación a tiempo parcial, en el que se existían un porcentaje mayor de mujeres (60%) que recurren a este tipo de contratos y a horarios flexibles³²⁸.

En **Ecuador** la contratación a tiempo parcial se incorporó a través de la Ley No. 133 (1990), no expresamente como una modalidad contractual sino como una reducción a la jornada completa; se reconoció la opción de estipular en el contrato, la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes y por el pago de una remuneración proporcional a la jornada completa. Para algunos autores³²⁹ la finalidad de esta contratación era permitir que las empresas puedan laborar durante los días sábados, domingos y de descanso obligatorio, además de que se permitía el ejercicio de horas suplementarias (cuatro horas diarias) como si se tratara de una jornada completa. Los trabajadores a tiempo parcial no gozaban de estabilidad, por lo cual a pesar de su

³²⁸ EPISE, *Estado actual y tendencias en la gestión de recursos humanos en México*, 2007.

³²⁹ Guerrón, Ayala Santiago, *Op. cit.*, nota 65, p. 57

carácter indefinido, podía darse por terminado en cualquier tiempo, previa notificación a través del Inspector del Trabajo, sin lugar a indemnización alguna. Actualmente el Mandato Constituyente 8 promueve la utilización de esta modalidad contractual para garantizar la estabilidad del empleo, por lo que no podrá darse por terminado sino por las causales que determine la ley.

4.1.2.2. Flexibilidad funcional

En la región, varias reformas legislativas apuntaron a la adaptabilidad del recurso humano a través de la modificación de las condiciones laborales previamente pactadas en el contrato individual de trabajo. Entre estas medidas se incluyeron, el otorgar al empleador facultades excepcionales para que modifique la naturaleza de la función desempeñada, ya sea unilateralmente o mediante acuerdo individual o colectivo. Estas modalidades se han utilizado en la mayoría de países latinoamericanos, aunque no en todos existe una regulación clara.

En Venezuela (Zulia), se presentó un caso paradigmático en las empresas de telecomunicaciones, en las cuales la multifuncionalidad se aplicó a través de diversos mecanismos de movilidad interna como: cambio del personal entre áreas, rotaciones continuas mensuales, movimientos temporales del personal entre unidades, rotación entre cargos; inclusive en Movistar se contó con un programa de dirección compartida en la cual se rotaron los niveles gerenciales.

En el caso específico de los departamentos de ventas y atención al cliente, se estableció la rotación como una responsabilidad de los empleados, ya que cada trabajador estaba informado del área al que rotaba y el lugar que ocuparía físicamente. Esta estrategia fomentó la competitividad organizacional, al buscar el máximo rendimiento del recurso humano, aumentando la efectividad y eficiencia en el desempeño de diversas actividades y funciones; traducido esto en un aumento de la productividad organizativa y por tanto, la obtención de un mayor beneficio económico para la organización³³⁰.

³³⁰ Useche María Cristina y Queipo Beatriz, "Flexibilización interna a través de la multifuncionalidad en empresas de telefonía fija en el estado Zulia", en Gaceta Laboral, Vol 14, No. 1, Enero-Abril del 2008, 71-75

Ahora bien, es importante destacar que el personal que llevó a cabo la rotación no elegía el área, ni el tiempo de duración de la rotación, solo ejecutaba las actividades establecidas por la línea supervisora, debido a que no existía una modificación permanente en los cargos y de las relaciones formales en los manuales, incluidas las funciones, actividades y responsabilidades de cada uno de los cargos; las actividades se realizaban conforme a las órdenes impartidas por los supervisores, quienes determinaban el alcance y el momento en el cual se rotaba al personal. Ante ello, se restringía la posibilidad de desarrollo profesional y personal de la fuerza laboral, al imponerle dicha rotación sin su participación; de igual manera no se permitía mejorar el crecimiento de los trabajadores al interior de la empresa mediante el enriquecimiento de labores o mejoramiento de beneficios; tampoco las compensaciones y beneficios del trabajador se vieron modificadas, aún cuando esta multifuncionalidad significó, el aumento de la carga de trabajo.

En **México**, la incorporación del toyotismo precario implicó la aplicación parcial del “justo a tiempo” y el “control total de la calidad” reducido a sus aspectos más simples como los círculos de control de calidad; la flexibilidad funcional, por lo general incorporada a través de los contratos colectivos, buscaba la polivalencia, la movilidad interna y el ascenso según capacidades, a pesar de que el Art. 24 de la LFT determina que en las condiciones de trabajo deben especificarse los servicios que el trabajador va a prestar; para algunos autores, la movilidad funcional significó la segmentación entre el trabajo de los obreros y el de los técnicos, ingenieros y directivos, con el predominio de obreros no calificados; la limitación de los tabuladores para obreros, con la consiguiente desprofesionalización, sobre todo la persistencia de la barrera entre ser obrero y profesional.

En **Ecuador** la Ley “Trole 2”³³¹, reguló la figura de trabajadores polifuncionales, entendiéndose por tales aquellos que realicen dos o más actividades de diversa índole bajo las órdenes del mismo empleador, a cambio de una remuneración superior. Esta disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el año 2000, mediante Resolución No. 193 de 12 de diciembre del mismo año, en la cual se considero que “la polifuncionalidad se orientaba a evitar la especialidad en el

³³¹ Véase el cuadro del numeral 4.1 de este capítulo.

desempeño laboral, permitiendo la alternabilidad indiscriminada de la mano de obra no técnica, por lo cual propiciaba artificiosamente la inseguridad laboral mediante posibles acciones laborales de visto bueno, dejando en mayor indefensión al trabajador, parte débil de la relación laboral y además, se violentaba la exigencia al Estado para que supere el desempleo y el subempleo”.

4.1.3. Flexibilidad salarial

En América Latina, se esperaba dos efectos sobre los salarios como consecuencia del período de ajuste: primero, sus niveles debían tender a subir con la expansión de la productividad, y segundo, las diferencias de salario por niveles de capacitación debían disminuir, a medida que aumentaba la demanda de mano de obra no calificada por efecto de la expansión del comercio basada en los sectores que hacen uso de esta mano de obra. Sin embargo, la mayoría de países implementó una política nacional, que aconsejaba establecer topes máximos en los aumentos salariales, incluso los negociados colectivamente, en razón de que la crisis económica causó la elevación de los niveles de inflación, que fueron estabilizados a través de los salarios.

En **México** desde 1982, se limitaron los incrementos salariales como medida para superar la crisis, generar más y mejores empleos y luchar contra la inflación, según lo aseveraron en su momento los equipos de gobierno, desde López Portillo. En el gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988 – 1994) el salario mínimo perdió su poder adquisitivo, de manera acumulada en un 46,5%.

En las empresas, la flexibilidad salarial fue extensa, a través de convenios de productividad que se otorgaban a los trabajadores en razón de su desempeño, lo que evitaba que todo el ingreso fuera fijo según la categoría determinada en los tabuladores. Desde 1994, año en que iniciaron masivamente la aplicación de estos convenios, se presentaron tres etapas: la primera, cuando crecieron rápidamente los convenios de productividad y los trabajadores involucrados; luego una caída en los dos rubros durante el gobierno de Zedillo; y, un tercero caracterizado por el crecimiento con estancamiento, en el sexenio de Fox que se verificó tanto en el número de convenios como en la disminución en el número de trabajadores involucrados. Del total de revisiones salariales o contractuales en el año 2000, solamente 7,8% incluyeron bonos o estímulos,

en el 2005 bajaron a 6,2%. La mayoría de convenios de productividad no funcionaron como era debido, en razón de que fueron inducidos por el gobierno, más que por las necesidades empresariales, por lo cual no incluyeron metas de productividad o sólo consideraban puntualidad y asistencia³³².

En **Ecuador**, la Ley Trole I³³³, introdujo la unificación salarial mediante la incorporación de todos los componentes salariales (decimoquinto sueldo, décimo sexto sueldo, bonificación complementaria, compensación por el incremento del costo de vida) a la remuneración unificada, según la tabla establecida en el artículo 131 del CT. El proceso de incorporación terminó en 2005, año desde el cual se estableció el salario básico unificado. Esta unificación de alguna manera puso orden al caos que existía en esta materia en el país y determinó claramente el monto de la remuneración que corresponde a los trabajadores en general.

Al igual que en otros países de Latinoamérica, se incorporó una disposición que limitó los incrementos salariales para evitar la inflación; así, el inciso final del artículo innumerado añadido a continuación del Art. 94 del CT, dispuso que “los incrementos que por cualquier concepto realicen previamente y de manera directa los empleadores, voluntaria y unilateralmente, serán imputables a los incrementos a las remuneraciones que realice el Consejo Nacional de Salarios (CONADES)”, por lo cual los empleadores estarían en la obligación – y no en la facultad – de limitar el incremento a lo establecido por este consejo, lo cual contravenía a los principios de tutela y del derecho mínimo garantizado a los trabajadores.

4.1.4. Otras modalidades

4.1.4.1. Negociación colectiva

Con la limitación del tradicional intervencionismo estatal sobre las relaciones colectivas en América Latina, afloraron nuevos espacios potenciales para la negociación colectiva,

³³² De la Garza Toledo Enrique, “Los límites de la reestructuración productiva en México II, el cambio en las relaciones de Trabajo”, en González Chávez Gerardo (coord.), Seminario de Economía del Trabajo y de la Tecnología: La flexibilidad laboral y tecnológica: situación actual y perspectivas, IIE – UNAM, 2008, versión electrónica.

³³³ Véase el cuadro del numeral 4.1 en este capítulo.

entre ellos, la descentralización de los niveles de negociación y nuevas materias que abordar, entre ellas la adaptación empresarial. Así, en la mayoría de países de la región se aceptó la renuncia a beneficios contractuales que se acordaron colectivamente, pero siempre respetando los mínimos legales³³⁴; la Constitución Política brasileña de 1988 admitió que algunas garantías constitucionales pudieran dejarse sin efecto por medio de negociación colectiva, pero solo para reducir el salario y aumentar o reducir la jornada.

Por otro lado, surgieron iniciativas a nivel colectivo que posteriormente se incorporaron en la norma laboral; como por ejemplo en Argentina, ciertos convenios colectivos, que en su momento facilitaron la reducción de aportaciones de seguridad social para los trabajadores a tiempo parcial, se convirtieron más tarde en el principal antecedente para la expedición de la Ley 24.465, que reguló la contratación de trabajo a tiempo parcial (Art. 92 ter); entre los casos más destacados tenemos el convenio colectivo de empleados de comercio, de 1975, al que un agregado hecho en 1992 permitió celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial con pagos a la seguridad social proporcionales a la jornada reducida³³⁵.

También se crearon regímenes especiales en la norma, para la variación de las modalidades contractuales a través del contrato colectivo; así en Argentina, la Ley 24.467 de 1995 reguló un régimen especial para las PYMES, por el cual se permitió que tales empresas cambien las condiciones laborales a través de la negociación colectiva; entre ellas constan la eliminación de formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce de las vacaciones anuales, fraccionamiento en tres cuotas del sueldo anual complementario y modificación del régimen de extinción del contrato de trabajo; esta reforma respondía a un pedido de las PYMES de una mayor flexibilidad en los convenios colectivos, puesto que resultaban un factor negativo para su competitividad.

En **México**, la flexibilización laboral se incorporó principalmente a través de los contratos colectivos, algunos de los cuales se llevaron a cabo durante los años noventa. La flexibilidad abarcó los procesos de producción (métodos de trabajo, movilidad en los puestos de trabajo, etcétera) y las condiciones de empleo y de salario. Si se analizan los acuerdos colectivos de mediados de los años noventa, tanto a nivel federal como local,

³³⁴ López Diego, *Op. cit.*, nota 131, p. 34

³³⁵ Sappia Jorge, *Op. cit.*, nota 154, p. 45

se concluye que la mayoría de ellos garantizaba una flexibilidad funcional sustancial, una flexibilidad numérica moderada y una flexibilidad de salarios escasa, mientras que sólo una minoría, posiblemente concentrada en las grandes empresas, había introducido otras cláusulas flexibles; también se amplió la capacidad de las empresas para emplear o despedir mano de obra según las necesidades cotidianas de la producción.

En **Ecuador**, la mayoría de modalidades flexibles se incorporaron en la norma; en materia colectiva procuraban limitar el derecho de asociación (Ley 133), la negociación colectiva tanto en el sector público como en el privado (Ley para la Reforma de las finanzas públicas, Leyes Trole 1 y Trole 2), el pacto libre y voluntario entre las partes y la libertad sindical. Según señalamos anteriormente, la mayoría de estas normas fueron declaradas inconstitucionales, aunque aquellas que se mantuvieron en el Código del Trabajo, perjudicaron profundamente al derecho colectivo laboral.

4.1.4.2. Diálogo Social

La concertación social en América Latina se desarrolló por lo general, fuera de los marcos legales existentes para el diálogo en cada país. Por ello, no tuvo claridad jurídica que permitiera ver su fundamentación legal, sobre todo en su convocatoria y desarrollo; en la mayoría de casos tuvo una clara influencia de corte político. En algunos países el diálogo social dio importantes resultados para atender ciertas situaciones vinculadas con el empleo, como la disminución de la inflación en México, la búsqueda concertada de cambios a la legislación social en Venezuela, el establecimiento de compromisos de diferentes actores ante periodos de crisis, entre otros³³⁶.

La diversidad de experiencias de concertación son amplias en la región, por lo cual destacaremos las más utilizadas y relevantes, entre ellas: a) órganos institucionales permanentes, con funciones de consulta, estudio y a veces decisión sobre políticas sociales y económicas; b) práctica informal, en donde a pesar de su escasa juridicidad, se alcanzan acuerdos; y, c) acuerdos formales mediante la firma de documentos tales como los “pactos sociales”, “convenios de concertación social”, “acuerdos marco”, etcétera.

³³⁶ Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, UAM-Azcapotzalco, Porrúa, 2006, pp. 149-151

Existe una gran dificultad en América Latina para crear procesos concertados que promuevan la reforma laboral; en aquellos casos en que se ha utilizado este mecanismo, se lo ha considerado como un medio para “no hacer nada”, dejar las cosas en el estado en que se encontraban o en su caso realizar cambios muy superficiales. En tal razón, algunos autores consideran que la concertación no funcionó en la región, por los deficientes sistemas de representación que no generaron confianza, tanto a nivel de empleadores como de trabajadores; existió un desequilibrio en el poder de negociación de los actores, un fuerte debilitamiento del papel de árbitro del Estado junto con la predominancia del mercado y la imposibilidad de alcanzar acuerdos que sean justos en términos de la distribución de sacrificios y beneficios³³⁷;

En **México**, algunos estudios ubican como primer antecedente en concertación social, el acuerdo alcanzado entre la Confederación de Trabajadores de México y la Cámara Nacional de Industria de la Transformación en 1945, cuando se plantearon básicamente objetivos económicos; más relacionado con el tema laboral, encontramos algunos acuerdos alcanzados en los años setenta cuando se lograron acuerdos al más alto nivel, con una complejidad creciente; entre ellos tenemos: el acuerdo alcanzado por la Comisión Nacional Tripartita (1973-1974), la Alianza para la Producción en 1977, el Pacto de Solidaridad Nacional en 1983 entre la CONCAMIN y el Congreso de Trabajo, el cual incorporó a las políticas laborales la doctrina neoliberal, cuyo objetivo era subordinar las relaciones de trabajo a la productividad y competitividad.

Más tarde se dictaron el Pacto de Solidaridad Económica de 1987, el Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento Económico de 1989 y 1991, en donde se consideraron temáticas centrales los salarios y los compromisos sobre sus aumentos; en 1992 se expidió el Acuerdo Nacional para la Elevación de la Productividad y Calidad (ANEPYC), que respondía al Plan Nacional de Capacitación y Productividad del período 1991 – 1994 (Carlos Salinas de Gortari).

Posteriormente, a principios del sexenio de Ernesto Zedillo se promovió una **nueva cultura laboral**, derivada de los Principios signados en agosto de 1996 por la Coparmex y la CTM, enfocados a alcanzar niveles superiores de productividad en el

³³⁷ Idem.

trabajo, con el compromiso patronal de promover el pleno cumplimiento de los derechos constitucionales, legales y contractuales de carácter laboral³³⁸. Más tarde en 1998 se expidió el Acuerdo de Cooperación y Consulta de los Sectores Productivos.

En el año 2001 se instauró el Consejo para el Diálogo con los Sectores Productivos (CDSP) como un órgano permanente de consulta, participación y colaboración entre los factores de la producción, para el crecimiento con calidad y el desarrollo sostenido. Con la instalación del CDSP, se buscó reafirmar el compromiso del Estado Mexicano de promover una nueva “Nueva Cultura Laboral” basada en el diálogo, la concertación y la unidad de esfuerzos entre las organizaciones sindicales, de empleadores y autoridades gubernamentales, así como buscar una mayor competitividad de los centros productivos, que redunde en una mejor calidad de vida para todos. Como testigo de honor de la instalación de este Centro estuvo presente el Presidente de la República, Vicente Fox.

Dentro del CDSP se impulsó la creación de 32 consejos para el diálogo en todo el país, con más de 1.400 consejeros. En 2004, los 33 consejos para el Diálogo Social, esto es, 32 estatales y uno nacional, sesionaron regularmente, con aproximadamente 289 reuniones, con 60 o 70 temas distintos, y con 2.047 instituciones adheridas. Durante 2005 y 2006 se efectuaron más de 200 sesiones de los Consejos Estatales, en donde se trataron temas relacionados a la competitividad, la productividad y la planeación regional³³⁹.

En 2009 se suscribió el Acuerdo Nacional para la Productividad Laboral entre los sectores productivos y el gobierno federal de México, con la finalidad de promover esquemas para mejorar la productividad, generar un valor adicional para la empresa y alcanzar más beneficios económicos para los trabajadores mediante el reparto proporcional y equitativo de los ingresos. En el acuerdo se hizo especial énfasis en la capacitación, la generación adicional de valor, reparto de beneficios, la calidad, mejora continua, innovación tecnológica y el respeto a los derechos de los trabajadores. A finales de 2009 y principios de 2010, mediante una negociación permanente con los

³³⁸ Sánchez Castañeda *Op. cit.*, nota 259, p.49

³³⁹ STPS (Mayo 15, 2006). México Avanza. Panorama Laboral: Impulso a la Productividad y a la Competitividad de Todos los Sectores. p. 1.

gobiernos de las entidades federativas se han celebrado Acuerdos Estatales para la productividad laboral que constituyen réplicas del nacional.

En **Ecuador**, el proceso de construcción de una cultura de diálogo social y de concertación entre las fuerzas de la producción se inició a mediados de los años noventa, dentro de una intensa y gravitante inestabilidad política y jurídica del Estado ecuatoriano, que se constituyó por la sucesión de más de siete gobiernos (entre 1994 y 2008) y una constante reforma constitucional (1996, 1998 y 2008). En el siguiente cuadro analizaremos los principales antecedentes y los acuerdos alcanzados en esta etapa:

Cuadro 14

Año	Reuniones	Tema	Acuerdos alcanzados
1994	Encuentros bipartitos (empresarios y sectores sindicales)	Política pública de unificación salarial	No se llegaron a acuerdos
1995	Mesas de concertación laboral	Proyecto de seguridad social basado en la creación de un Sistema de Seguridad Social mixto	Los trabajadores se opusieron enfáticamente. El proyecto no se concretó
1996	Ministerio del Trabajo	Protocolo para la Concertación Social	
		Reglamento de las Mesas de Diálogo y del Plenario de Concertación Laboral	Los constantes conflictos políticos suspendieron el diálogo
1997	Aprobado el proyecto “Apoyo al proceso de concertación”	Discusión de la reforma al régimen de Seguridad Social	No se alcanzaron consensos y se renunció al proceso
2003	Amplio proceso de diálogo nacional		No tuvo éxito por estar politizado

Fuente: OIT, Consejo Nacional del Trabajo, 2008.

Elaboración: propia

Según vemos durante esta etapa los intentos de concertación laboral estuvieron marcados por la coyuntura política, que no permitió alcanzar ningún buen resultado. Para el año 2004, se procuró institucionalizar el dialogo mediante la creación de una instancia tripartita denominada **Consejo Nacional del Trabajo** el cual fue ideado como un organismo consultivo, promotor e impulsor del diálogo social y laboral. Su finalidad era concertar, negociar y proponer políticas laborales y sociales sobre cuestiones de interés común relacionadas con el sistema ecuatoriano de relaciones de trabajo. Entre sus logros esta la Ley No. 2006-48 que más tarde fue derogada por el Mandato Constituyente No. 8. En 2009 y 2010 no ha funcionado este Consejo.

V. Críticas a la flexibilidad laboral en la región

Según hemos visto las modalidades de flexibilidad laboral en la región han sido variadas y sin mucho éxito; esto en razón de que se generalizó el fenómeno en una región que se caracteriza por la heterogeneidad tanto de los mercados laborales, como de la realidad económica, política, social y normativa, por lo cual no podía aplicarse una fórmula única.

Si analizamos los cambios realizados en la región, veremos que la principal motivación para la reforma provino de las recomendaciones del Consenso de Washington, que consideraron a la norma laboral muy rígida para permitir que la región se incorpore a las nuevas exigencias del mercado global. Por ello, no se analizó la situación específica de cada país, sino que se asignaron a las normas laborales, la responsabilidad de las condiciones de informalidad y de baja capacidad de las economías para crear empleo formal.

No se consideró que en algunos países, la rigidez de la norma no era tal, pues no todas las legislaciones en la región eran “rígidas”; así tenemos el caso del sistema de estabilidad impropio del modelo Argentino, las legislaciones venezolana y dominicana, las cuales se caracterizaban por tener una legislación liberal, y por tanto, las modificaciones introducidas mediante la flexibilización, no iban a tener un mayor impacto.

De igual forma, existían otras condiciones en las que por la vía directa del mero incumplimiento no se alcanzaron los grados de protección de otras latitudes (como Europa) y por tanto resultaba incongruente la utilización de mecanismos de flexibilización en la región; entre ellas la costumbre de los trabajadores de no impugnar legalmente las decisiones de sus empleadores, por más arbitrarias que éstas fueran, muy probablemente por el desaliento que les causa las demoras de los tribunales del trabajo o por su muy limitado conocimiento sobre las normas que los protegen; influyó también el progresivo debilitamiento de los sindicatos.

Para algunos autores³⁴⁰, las reformas conducían a legalizar lo que antes se consideraba “prohibido”. Tal es el caso de los altos índices de subempleo y trabajo precario, que en la actualidad prevalecen en el sector informal de la economía, e incluso se han generalizado en las relaciones consideradas “formales”, por los altos niveles de explotación (largas jornadas), pago irrisorio de la remuneración e incumplimiento en los aportes a la seguridad social. Estas modalidades no provienen de la rigidez normativa, sino de las profundas deficiencias estructurales que han surgido de problemas económicos y políticos que hemos analizado en su oportunidad.

También se considera que la flexibilidad de las relaciones de trabajo se promovió como una estrategia defensiva de los empresarios para reducir costos y optimizar su competitividad en presencia de tecnologías obsoletas, que para ser mejoradas requerían de grandes inversiones. La reestructuración organizacional ofrecía mecanismos de adaptación menos costosas, pues la mayor movilidad de mano de obra (interna y externa) y la reducción de los salarios, no constituían mayores gastos a las empresas.

VI. Medidas positivas de las reformas laborales.

Si bien la mayoría de las medidas tomadas en la región causaron graves efectos en las condiciones de los trabajadores, también se aplicaron algunas modalidades de protección, que se dieron en casos aislados. Así tenemos el caso de Argentina, que la LNE de 1991 contenía importantes medidas para luchar contra el empleo no declarado, instauró un seguro de desempleo y estableció un procedimiento preventivo de crisis para las empresas que contemplaban despidos colectivos.

En el **Ecuador**, la reforma de 1991, que se inscribió en la corriente flexibilizadora, estableció algunas reglas que también mejoraron la protección del trabajador, como el principio de la responsabilidad solidaria de los intermediarios en el suministro de fuerza de trabajo, el aumento de la duración de la licencia por maternidad, el incremento de las indemnizaciones por despido intempestivo y el de las sanciones por incumplimiento de la legislación laboral.

³⁴⁰ Sappia, Barbagelatta entre otros

6.1 Efectos de la Flexibilidad laboral en el empleo

Las reformas económicas que algunos países latinoamericanos realizaron, tuvieron profundos impactos en el mercado laboral de cada país según analizamos oportunamente; la rápida apertura económica, las crisis macroeconómicas, la desregulación laboral constituyeron verdaderos shocks al mercado de trabajo, que afectaron los niveles y distribución del empleo, así como la calidad de los empleos. Los estudios empíricos sobre los resultados de las normas laborales y de las reformas a las políticas laborales han sido escasos, aunque se considera que las normas que flexibilizaron la relación laboral en la región, no han tenido un efecto mensurable sobre el desempeño del empleo y la productividad.

En efecto, si analizamos los datos sobre los resultados producidos por las reformas laborales a favor de la disminución en los niveles de desempleo, veremos que prácticamente éstas tuvieron una influencia escasa o nula; así pues los datos de la CEPAL³⁴¹ determinan que los regímenes liberales (Jamaica, Chile, Venezuela y Ecuador) tuvieron en promedio la tasa más alta de desempleo, seguido por los regímenes intervencionistas (Argentina, Costa Rica y Brasil), mientras que los regímenes intermedios (República Dominicana, Uruguay, México y Bolivia) presentaron en promedio la tasa de desempleo más baja, lo cual prueba que la desregulación normativa o la eliminación de rigideces de la norma, no contribuyeron a la creación de mayores empleos y la disminución de las tasas de desempleo, que tienen otras razones, según vimos.

Si analizamos detenidamente cada caso veremos que no existe correlación entre los niveles de desempleo y rigideces del mercado laboral. Así por ejemplo, Venezuela y Argentina, pese a tener regímenes regulatorios muy distintos, tienen resultados similares; precisamente ambos tienen tasas de desempleo altas, aunque Venezuela ostenta uno de los regímenes laborales más liberales, con contribuciones a la seguridad social y tasas de sindicalización inferiores a la media, y salarios mínimos y seguridad en el empleo cercanos a la media. Argentina, en contraste, dispone de un régimen mucho más intervencionista, con muy altas contribuciones a la seguridad social y una tasa de sindicalización superior a la media.

³⁴¹ Ros Jaime, "El desempleo en América Latina desde 1990", *Serie Estudios y perspectivas*, México, sede subregional de la CEPAL, No. 29, p. 23

Por otra parte, México y Uruguay, países con reglamentaciones similares, tienen resultados sorprendentemente diferentes. Las características del mercado de trabajo en estos países no difieren en promedio significativamente, y la mayor diferencia entre los dos se da en las contribuciones a la seguridad social, que son mucho mayores en Uruguay, mientras que en México existen altos niveles de evasión a las aportaciones de la seguridad social, lo que demuestra su alto nivel de informalidad. Con todo, **México** tiene una de las tasas de desempleo más baja de acuerdo con las estadísticas oficiales, mientras que Uruguay presenta una de las mayores tasas de desempleo. Recordemos que en el caso de México, muchas de las cifras no coinciden con la realidad del mercado laboral a nivel nacional, ya que existen altos niveles de subempleo y trabajo informal, que no son considerados al momento de determinar los bajos niveles de desempleo.

Parece correcto decir que independientemente de si las reglamentaciones del mercado laboral representan o no un impedimento mayor a la eficiencia en el uso y asignación de los recursos, es claro que las diferencias en regímenes laborales entre los países de la región son demasiado pequeñas para dar cuenta de los agudos contrastes en el desempeño del empleo y el desempleo. Por ello se considera que la reformas flexibilizadoras tuvieron efectos escasos o nulos en la disminución de la tasa de desempleo, que responde a otras necesidades según cada mercado laboral.

VII. Resultados de la flexibilización laboral en la región

En general, las reformas flexibilizadoras fracasaron en América Latina, puesto que no cumplieron con sus objetivos, no mejoraron la calidad de los empleos, por el contrario se expandieron los contratos atípicos y la informalidad; si se creyó que la flexibilidad aumentaría el empleo formal, sus efectos fueron contrarios pues el volumen del empleo no creció, las capacidades organizativas no mejoraron, tampoco las oportunidades para la acción colectiva, como se suponía que iba a permitir el contexto de democratización en América Latina y en general se vivió un deterioro en la protección social.

El fracaso de las reformas se debió a dos condiciones: por un lado, aquellos que comulgaban con el Consenso de Washington, consideraron que el fracaso de las

reformas se debió a que los cambios fueron insuficientes, pues se dirigió a una parte del “problema” cuando debía haberse cortado de raíz; por ello en la actualidad se propone, la liberación radical del mercado de trabajo para alcanzar los objetivos propuestos, a pesar de los altos índices de desempleo, subempleo, trabajo informal y no registrado.

Por otro lado, la postura de la OIT-CEPAL, relacionados con los temas de trabajo decente y cohesión social, reconocen la inadecuación de las reformas flexibilizadoras en América Latina, puesto que se liberalizaron los mercado de trabajo sin la protección debida a los trabajadores; por ello, aunque reconocen la necesidad de tomar ciertas medidas flexibilizadoras, consideran que es fundamental que se atienda la volatilidad e incertidumbre en la vida laboral conforme a las nuevas condiciones económicas y sociales, lo cual en su oportunidad no fue aplicada, pues solo cinco países de la región cuentan con seguros de desempleo (Argentina, Brasil, Chile y Uruguay).

Por ello es importante considerar para futuras reformas, la necesidad de combinar la protección con la flexibilidad, lo cual no constituye una reforma única, sino que entrelaza una serie de cambios tanto en la norma, como en las políticas públicas en el sector social, la inversión en tecnología, la reevaluación del modelo de reingeniería industrial, así como la necesidad de consolidar un sistema de supervisión eficiente por las inspectorías de trabajo, una administración e impartición de justicia eficaz y en general un verdadero cumplimiento de los derechos y principios fundamentales del trabajo.

CAPITULO IV

Medidas alternativas para una flexibilización laboral que cumpla el marco constitucional y legal laboral en México y Ecuador

I. Perspectivas para una flexibilidad laboral equilibrada

Según hemos visto, el fenómeno de la flexibilización laboral es muy complejo y procura resolver varios frentes: el desempleo, mercado informal, crisis económica, bajos niveles de productividad y competitividad, entre otras variables. Esta serie de problemas no se resuelven a través de una sola medida, como en su momento se creyó sería la reforma laboral o la desregulación normativa a través de los hechos, sino que se requiere de una revisión global sobre el modelo laboral existente, en donde hay que tomar en cuenta las condiciones internas de cada país para el crecimiento económico, la situación de la organización productiva y la reingeniería industrial, la inversión en tecnología, la presencia de nuevos actores sociales y de distintas formas empresariales como trabajadores autónomos, subempleados y microempresas, con la finalidad de presentar vías alternativas para contrarrestar las condiciones de precariedad que ha tenido la región desde hace más de dos décadas.

De igual forma es necesario tomar en cuenta que la evolución de la teoría Constitucional en los últimos años, ha configurado una nueva visión de los derechos fundamentales en la Constitución, lo cual influye directamente en el ejercicio de los derechos laborales; esto debe tomarse en cuenta al momento de promover cualquier reforma normativa.

Por tal razón, en este último capítulo haremos una revisión de las posibles alternativas y perspectivas, para que una propuesta de flexibilización que cumpla con el marco constitucional y legal laboral, para lo cual haremos un análisis por separado de las propuestas económicas y políticas de empleo, para finalmente abordar las propuestas jurídicas.

1. Perspectivas económicas

La OIT en su Informe de Trabajo Decente para las Américas³⁴² presentó algunas recomendaciones para los países latinoamericanos en aras de un mejor y mayor crecimiento económico con empleos de calidad; en este sentido la organización señaló que para lograr tasas de crecimiento elevadas, se requiere un aumento sostenido de la inversión tanto privada como pública en capital productivo y una inserción más dinámica en la economía internacional. En cuanto al estímulo de la inversión privada, se requiere una situación macroeconómica estable, que atraiga la inversión extranjera, aunque también se recomienda tomar medidas específicas en materia de incentivos fiscales para la inversión.

El sistema financiero debe fortalecerse a través del establecimiento de canales e instrumentos institucionales que se dirijan a la promoción de las inversiones productivas y la transformación de los sectores más rezagados. En la actualidad, el mercado de crédito está orientado a las grandes empresas, mientras que las microempresas y las pequeñas empresas (que emplean un porcentaje significativo de la fuerza de trabajo) se encuentran relativamente marginadas. Por esta razón, el organismo sugirió que el financiamiento se dirija principalmente a las microempresas y PYMES a fin de procurar mayores oportunidades de crecimiento.

En México y en Ecuador, se han realizado importantes avances en los temas de financiamiento para pequeñas empresas. Por ejemplo, en 2004 el gobierno federal de México impulsó la creación de una red de instituciones de microfinanciamiento para PYMES dentro del Programa Nacional de Financiamiento al Microempresario (PRONAFIM) en que opera la Secretaría de Economía. Este programa tiene como principal finalidad consolidar el sector microfinanciero para la población que vive en regiones o municipios que presentan situación de marginación social, de manera que puedan mejorar sus condiciones de vida, mediante la operación de pequeños proyectos productivos y de negocios, creando oportunidades de empleo y generación de ingresos.

³⁴² Oficina Internacional del Trabajo, *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015*, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, mayo 2006, pp. 26 y ss.

En Ecuador, el Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social inició en 2007 varias estrategias para incentivar el microfinanciamiento. Entre ellos tenemos:

- Socio – País, que busca generar oportunidades concretas de crecimiento y desarrollo de micro y pequeñas unidades productivas del país. Entre los programas para el financiamiento destaca SOCIO MICRO mediante el cual se da capacitación, asistencia técnica, microcrédito y acceso a nuevos mercados al microempresario.
- Programa Sistema Nacional de Microfinanzas “PSNM”, actualmente denominado Programa de Finanzas Populares, Emprendimiento y Economía Solidaria, que busca potenciar las actividades y capacidades emprendedoras de la población, apoyando técnica y financieramente a las instituciones microfinancieras, y fomentando la cooperación y el desarrollo de nuevos y mejores servicios financieros.

1.1. Crecimiento en Productividad y competitividad

La productividad y competitividad son dos temas básicos en el crecimiento económico de un país, más ahora que son elementos necesarios para la incorporación a un mercado global abierto. Según la OIT la Productividad Total de los Factores PTF, debe orientarse a la introducción de innovaciones tecnológicas, calidad de los procesos y productos, sustentabilidad en el tiempo de la planificación estratégica, consistencia técnica de la formación profesional de trabajadores y empresarios y la distribución racional de los resultados del aumento de la productividad.

La baja productividad es uno de los principales problemas de la región latinoamericana, lo que limita su adecuada inserción en las corrientes más dinámicas del comercio internacional y, por tanto, restringe sus posibilidades de crecimiento a largo plazo. América Latina en comparación con otras regiones del mundo, tiene bajos índices de competitividad según el Foro Económico Mundial³⁴³; sin embargo, en los últimos años se ha visto un importante crecimiento en algunos países latinoamericanos, entre ellos Chile que se ubica entre los primeros treinta países con altas tasas de competitividad

³⁴³ World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report, 2009- 2010*, <http://www.weforum.org/pdf/GCR09/GCR20092010fullreport.pdf>

(4.70), seguido de Puerto Rico (4.48), Costa Rica (4.25), Brasil (4.23), Panamá (4.21) y México (4.19); sin embargo, estos niveles aún son bajos en comparación con los países más competitivos a nivel global, entre ellos Suiza (5.60), Estados Unidos (5.59), Singapur (5.55), Suecia (5.51) y Dinamarca (5.46). Entre los países de América Latina que cuentan con niveles de competitividad más bajos se encuentra Argentina (3.91), Ecuador (3.56), Venezuela (3.48), Nicaragua (3.44), Bolivia (3.42) y Paraguay (3.35).

Según analizamos en capítulos anteriores³⁴⁴, varias son las condicionantes que impiden alcanzar altos niveles de productividad y competitividad en la región; de igual forma, la calidad de la política macroeconómica, la disponibilidad de recursos financieros, servicios de infraestructura, capital humano, y la capacidad de innovación de las empresas y centros de investigación inciden en las limitadas posibilidades de crecimiento económico.

En cuanto la **innovación**, existe un importante déficit en la modernización tecnológica de la región, tanto en equipos, en tecnologías de proceso, como en las formas de organización del trabajo y de producción, según analizamos en los capítulos anteriores³⁴⁵. En este sentido, la OIT recomienda que las economías nacionales desarrollen ventajas competitivas dinámicas mediante estrategias de desarrollo científico y tecnológico que les permitan insertarse en fracciones de mercado de intercambio internacional en base a los siguientes ejes: a) Políticas para potenciar la adopción de innovaciones; b) Mejorar la calidad de la educación básica, de formación y capacitación; c) Institucionalidad laboral y desarrollo del modelo de negociación; d) Articulación, productividad y desarrollo de las microempresas y las pequeñas empresas; y e) Modernización de las estrategias de las empresas.

En México y en Ecuador, en los últimos años se ha procurado potenciar la mejora en innovación tecnológica, a través de algunas iniciativas en políticas públicas. En **México**, el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, reconoce dentro del Objetivo 5, la estrategia 5.5 que busca profundizar y facilitar los procesos de investigación científica, adopción e innovación tecnológica para incrementar la productividad de la economía nacional, fomentar un mayor financiamiento de la ciencia básica y aplicada, la tecnología y la

³⁴⁴ Cfr. numeral 1.3 del capítulo tercero.

³⁴⁵ Cfr. numeral 1.3.2 del capítulo tercero.

innovación; descentralizar las actividades científicas y tecnológicas con el objeto de contribuir al desarrollo regional, al estudio de las necesidades locales, y al desarrollo y diseño de tecnologías adecuadas para potenciar la producción en las diferentes regiones del país. Otro objetivo es invertir más en infraestructura científica, tecnológica y de innovación.

En *Ecuador*, se lanzó la Política Industrial 2008 – 2012, entre cuyos objetivos específicos se encuentra: h. Promover la innovación tecnológica para potenciar un crecimiento endógeno a través de las siguientes estrategias: 6.A. Promover la innovación y transferencia tecnológica en la industria; 6.B. Impulsar el uso eficiente de energías alternativas en los procesos productivos; 6.C. Fomentar iniciativas de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías de forma articulada entre el sector público, privado y las universidades. La inversión en tecnología en el Ecuador ha crecido considerablemente en los últimos años según información de la Secretaría Nacional en Ciencia y Tecnología³⁴⁶.

De los resultados alcanzados en los planes de gobierno de cada país, dependerá si se mejoran las actuales condiciones de productividad y competitividad en ambos países, lo cual justificaría una mayor incorporación de modelos flexibles en la norma, ya que no puede explicarse una amplia flexibilización laboral en modelos productivos tradicionales, que concentren su capacidad de competencia en las precarias condiciones laborales de los trabajadores. Por el contrario, es necesaria la incorporación en el mercado global de trabajadores altamente capacitados y de empresas con altos niveles de tecnología, lo cual es una asignatura pendiente para la región.

Ahora bien, no debemos olvidar que el aumento de la productividad únicamente podrá implementarse con la presencia y participación activa de los sindicatos, como representantes de los trabajadores, en un modelo productivo y laboral que sea sustentable, que reconozca la importancia de la estabilidad de los puestos de trabajo y el pago de una remuneración justa; caso contrario nos mantendríamos en los modelos de flexibilización precarios, característicos de la región latinoamericana.

³⁴⁶ De USD\$ 1,898,627.66 invertido en 2006 pasó a USD\$ 31,933,301.23 en el 2009.

1.2. Heterogeneidad productiva

Otra dificultad para el crecimiento económico es la elevada heterogeneidad productiva de la mayoría de las economías de la región, según sectores y tamaño de las empresas. En casi todos los países de la región hay unas cuantas ramas de actividad que tienen niveles de productividad sumamente elevadas, junto con otras que tienen niveles de productividad bastante inferiores al promedio. El problema central es que en las ramas donde se registran los niveles más altos de productividad se emplea a un porcentaje sumamente bajo de la población trabajadora³⁴⁷.

El Proyecto de Trabajo Decente para las Américas de la OIT, presenta algunas recomendaciones para elevar el crecimiento de ciertas ramas de actividad a fin de crear mayores posibilidades de trabajo decente:

1) Buscar mecanismos para trasladarse desde un modelo de ventajas comparativas e intensivas en recursos naturales y mano de obra barata, hacia otro de ventajas competitivas basadas en innovaciones y capacidades, con mayor generación de valor agregado en los productos intensivos en recursos naturales y compatibles con la protección del medio ambiente³⁴⁸; y

2) Desarrollar políticas complementarias en el mercado de trabajo que permitan aprovechar el crecimiento de los sectores más dinámicos, a fin de impulsar el desarrollo de la productividad en los sectores más rezagados. Esas políticas serían altamente rentables no sólo en lo que respecta a la inclusión social y laboral, sino también en términos económicos; en tal sentido se debe estimular la capacidad de inserción económica de los sectores menos desarrollados a través de enfatizar una política fiscal, que promueva una mayor equidad en la recaudación tributaria y que promueva políticas activas a favor de los sectores con menor productividad³⁴⁹.

³⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *op. cit.*, nota 342, p. 9

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 26

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 27

En *México* el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, reconoce dentro del Objetivo 5, la estrategia 5.2 que propone diseñar agendas sectoriales para la competitividad de sectores económicos de alto valor agregado y contenido tecnológico, así como la reconversión de sectores tradicionales para generar empleos mejor remunerados. Se propone establecer clusters regionales y promover la integración de cadenas productivas locales y regionales sin perder de vista a las cadenas de consumidores; además se dirige a promover el escalamiento de la producción hacia manufacturas de alto valor agregado como son: automotriz, electrónica, autopartes, entre otras, y la reconversión de la industria básica como son: textil-vestido, cuero-calzado, juguetes, entre otros, además de diseñar agendas de trabajo para la competitividad sectorial.

En *Ecuador*, el objetivo central de la política industrial 2008 – 2012 busca cambiar el patrón de especialización primario extractivo exportador de la economía ecuatoriana hacia el fomento de actividades con ventajas comparativas dinámicas, generadoras de mayor valor agregado, que propendan a la creación de empleo de calidad, impulsen encadenamientos productivos, desarrollen tecnología e innovación que eleven los niveles de productividad, competitividad sistemática y reactiven la demanda interna, procurando el cuidado del ambiente y el uso racional de los recursos naturales.

Ambas condiciones permitirán a los dos países, que los modelos de flexibilidad sean más dinámicos y efectivos y que procuren un mayor crecimiento empresarial, ya que generarían mayor desarrollo en los sectores con alto valor agregado, permitirían el aumento de los empleos en estas ramas, y por consiguiente se generaría mayores expectativas para alcanzar mejores salarios y condiciones de trabajo más justas, lo cual se complementaría con un eficiente manejo de los recursos humanos y el cumplimiento de la norma laboral.

En este punto es necesario destacar la intervención de los sindicatos como verdaderos representantes de los trabajadores para reclamar el cumplimiento de los derechos laborales, principalmente los relacionados a salarios justos y a condiciones de empleo dignas; esto en razón de que el crecimiento empresarial en sectores con mayor valor agregado, no debe depender de la mano de obra barata, sino de los factores que antes mencionamos.

1.3. Desarrollo y crecimiento económico

Amartya Sen definió al desarrollo como el proceso de expansión de capacidades y libertades de los seres humanos, en donde la libertad constituye el fin primario y a la vez, medio principal para conquistarlo. En América Latina, la evolución de la globalización confirmó la validez de esta visión, ya que la experiencia de crecimiento económico se ha visto como necesaria pero insuficiente para la conquista del desarrollo humano³⁵⁰.

Por ello, el análisis del desarrollo exige una comprensión integrada de todas las instituciones sociales que intervienen en materia de empleo – sean organizaciones ligadas al funcionamiento del mercado, cuerpos normativos, órganos legislativos, partidos políticos, organismos no gubernamentales, aparatos judiciales, medios de comunicación, la comunidad en general- para estimular y apoyar las libertades individuales. La construcción del desarrollo exige que las instituciones formales (Constituciones, leyes, regulaciones, procedimientos, entre otras). y no formales (Valores, normas o pautas de conducta) sean adecuadamente consideradas.

En consecuencia, las propuestas económicas que presentamos anteriormente deben combinarse con toda la variedad de instituciones que promueven el desarrollo, a fin de alcanzar un real modelo de libertad, que permita el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y por tanto el alcance de una vida digna. Ello sucederá únicamente cuando las instituciones socioeconómicas vinculadas con el mercado laboral se centren en políticas para el desarrollo de cada nación.

³⁵⁰ Amartya Kumar Sen, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, 2000.

2.- Perspectivas en la organización del trabajo y políticas de empleo

2.1. La flexiseguridad

En los últimos años, la palabra **flexiseguridad** es un término que ha llamado la atención a los gobiernos de la Unión Europea, como una alternativa para la política de empleo y ha empezado a tener eco en América Latina. Al tratarse de un mecanismo que conjuga la flexibilidad laboral con la protección, es necesario realizar un breve análisis de su contenido y las perspectivas para la región.

2.1.1. Definición

El término inglés *flexisecurity* que integra conceptos aparentemente antitéticos - flexibilidad y seguridad - fue acuñado por el sociólogo holandés *Adriaansens*, para proponer una política que conjugara la idea de flexibilidad con la garantía de una mayor seguridad para los trabajadores afectados por la flexibilidad. La idea no era *procurar la seguridad en el puesto de trabajo* (cuya pérdida hacían inevitables las reestructuraciones de la empresa) sino como seguridad en el empleo, facilitada por un *sistema de seguridad social más flexible* y por una *política de empleo más proactiva*, que repare la reducción de la seguridad en el puesto de trabajo; de esta manera se disminuyen las consecuencias dramáticas o calamitosas de la pérdida de un concreto empleo, lo que cambiaría la actitud de los trabajadores hacia la flexibilidad³⁵¹.

La *flexiseguridad* acepta la flexibilidad, pero no de forma incondicionada, la hace acompañar de medidas compensatorias o reparadoras y de elementos de seguridad y protección, no con límites o prohibiciones cerradas sino como condiciones abiertas, que permitan y que regulen, por ejemplo, las empresas de trabajo temporal, el trabajo a tiempo parcial, otras formas de trabajo atípicas³⁵² o los mecanismos de reducción de personal, acompañadas de mecanismos de protección social y de activación del empleo,

³⁵¹ Tangian, A.S., *Liberal and tradunionist Concepts of flexicurity: modeling in application to 16 European countries*, WSI, Discussion paper, num 131, p. 11. Citado por Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, España, Colección La Ley, 2008, p. 5.

³⁵² Véase nota 157, capítulo II.

que no se limiten a prestaciones pasivas de desempleo de carácter contributivo, sino a reales medidas no contributivas que se financien incluso por la aportación estatal.

2.1.2. La flexiseguridad en la Unión Europea

En el año 2006, el término de flexiseguridad entró en el vocabulario de la Unión Europea cuando el Consejo Europeo de marzo de ese año solicitó a los Estados miembros, prestar una atención especial al reto de la flexiseguridad y anunció la elaboración por la Comisión de un conjunto de principios comunes sobre el tema. Los Consejos de Empleo y Asuntos Sociales de marzo y junio de 2006 mencionaban el tema de la flexiseguridad y en febrero de 2007 se recomendó a los Estados miembros reforzar este planteamiento. En el informe conjunto sobre el empleo 2005/2006, y el de 2006/2007 se recomendó a los Estados miembros avanzar por la senda de la flexiseguridad³⁵³.

En 2006 se expidió el *Libro Verde para Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI [COM (2006) 708]* en el cual se afirmó que, para el impulso de la actividad económica y la consecución de una mayor productividad que conduzca a una Europa más competitiva, es un elemento crucial el incremento de la capacidad de respuesta de los mercados de trabajo para conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos. A tal fin, se buscó propiciar mercados de trabajo más equitativos, reactivos e inclusivos, evitar desfases entre los marcos jurídico y contractual y las realidades del mundo laboral e introducir dosis adecuadas de flexiseguridad en y por el Derecho del Trabajo³⁵⁴. Los objetivos de la flexiseguridad según este documento son los siguientes:

- *Modalidades de trabajo flexible* (para el empresario y para el trabajador) gracias a legislaciones laborales modernas que autoricen modalidades de trabajo suficientemente flexibles, así como una reducción de la segmentación del mercado laboral y del trabajo no declarado.

³⁵³ Laulom, Sylvaine, “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, España, Colección La Ley, 2008, p. 42.

³⁵⁴ Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, *op. cit.*, nota 351, p. 4

- *Políticas activas en el mercado laboral* que ayuden eficazmente a los trabajadores a hacer frente a los cambios rápidos, a los períodos de desempleo y a las transiciones hacia nuevos empleos.
- *Sistemas fiables y adaptables a la formación y educación* a lo largo de la vida, encaminados a garantizar continuamente la capacidad de adaptación y la capacidad de empleo de los trabajadores.
- *Sistemas modernos de seguridad social* que combinen la necesidad de facilitar la movilidad en el mercado laboral y un complemento adecuado de los ingresos, en particular, mediante la eliminación de todas las restricciones a la movilidad de los trabajadores³⁵⁵.

En este sentido, se procuró consolidar un seguro de desempleo que garantice a los trabajadores un nivel de vida adecuado durante la etapa de desempleo, y generar condiciones que flexibilicen el acceso a las aportaciones de la seguridad social. Así, el Comité Económico y Social Europeo expidió la Directiva relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria COM (2005) 507 final – 2004/0214(COD)³⁵⁶ mediante la cual se procuraba suprimir los obstáculos en la movilidad de trabajadores; de esta manera se estableció un régimen ampliamente armonizado, tanto en lo que se refiere a la adquisición como a la conservación y transferencia de derechos de pensión complementaria.

2.1.2.1. *Modalidades de trabajo flexible*

Según el Informe KOK³⁵⁷ la flexiseguridad busca revisar y reajustar el nivel de flexibilidad en los contratos estándar, de introducir formas contractuales que respondan a las necesidades efectivas de empleadores y trabajadores, de remover obstáculos a las agencias de trabajo temporal, de permitir la modernización de la organización del trabajo, de hacer más atractivo el trabajo a tiempo parcial. En este sentido, el Libro Verde promueve la incorporación de contratos temporales más “versátiles” (*souplesse*), para asegurar una mayor capacidad de respuesta de los mercados de trabajo europeos a fin de que las empresas respondan de forma más eficiente a las necesidades de una

³⁵⁵ Laulom, Sylvaine, *Op. cit.*, nota 353, p. 45

³⁵⁶ CESE 589/2006 DE-ILF/JBT/CVE/ca/mh/ca, Comité Económico y Social Europeo, 20 de abril de 2006.

³⁵⁷ Kok Wim, *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Bruselas, 2003, Citado por Rodríguez-Piñero Miguel y Valdéz Dal-Ré Fernando, *Op. cit.*, nota 349, p. 17

economía dinámica; no se trata de “liberalizar” la contratación temporal sino de hacerla más operativa; es importante destacar que se mantiene la idea del modelo estándar de contratación del trabajo a tiempo indefinido, es decir, la primacía del trabajo estable.

Por otro lado, tanto el Informe KOK como el Libro Verde postulan la revisión del régimen jurídico del despido, en concreto que los Estados miembros evalúen y revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en cuanto a plazos de preaviso, causas para su ejecución, costes y procedimientos de despido individual o colectivo y la definición de despido improcedente. En este sentido, se mantiene la idea que predominó durante la etapa de alta flexibilización normativa, en cuanto a facilitar el despido tanto individual como colectivo con la finalidad de adecuar las condiciones laborales a un modelo de alta rotación. Sin embargo, es necesario considerar la importancia central que se otorga al seguro de desempleo en este sistema, pues en su defecto no procedería una propuesta de tal naturaleza.

Ahora bien, dentro de la propuesta de flexiseguridad no queda clara la recomendación de medidas alternativas para evitar el despido necesario, cuando se ha visto que tales mecanismos fueron utilizados en gran parte de los países europeos durante la etapa de alta flexibilidad³⁵⁸ y que en su momento fueron rechazadas por los trabajadores. En este sentido, no se han propuesto otros mecanismos que eviten los despidos, por el contrario, se promueven procedimientos para facilitarlos, lo cual podría resultar perjudicial a largo plazo, en lo relacionado al reclamo de los derechos laborales si se llega a verificar una condición de discriminación o de violación de derechos fundamentales. Es importante considerar las situaciones que se podrían presentar previo a eliminar completamente el despido tasado.

2.1.2.2. Políticas activas de empleo y sistemas fiables de formación

Los países europeos se han esforzado políticamente por implementar estrategias activas de empleo, para viabilizar el desarrollo económico con inclusión social. En este sentido, el Consejo Extraordinario de Lisboa de marzo del 2000 planteó como objetivo el promover políticas activas sociales y de empleo, que mejoren la empleabilidad,

³⁵⁸ Cfr. numeral 2.5.1.2 del capítulo segundo.

eliminen los obstáculos para el acceso al mercado de trabajo y que incrementen la flexibilidad³⁵⁹. Las políticas activas sociales de la Unión Europea se han dirigido a mejorar condiciones sobre educación, formación profesional y formación continua, lo cual ha quedado sentado en las directrices del año 2003³⁶⁰.

En los documentos de la Unión Europea relativos a la “empleabilidad” (o capacidad de inserción profesional) se reconoció la necesidad de pasar de medidas pasivas a medidas activas respecto de los sistemas de protección económica y de formación. Así las directrices para 2005-2008 incluyeron medidas activas y preventivas a favor de los desempleados y de las personas inactivas, a quienes se propusieron mecanismos de formación que les permitieran la reconversión profesional o cualquier otra medida que facilite su inserción profesional; para ello se recomendó modernizar las instituciones del mercado laboral y evaluar regularmente los programas de formación y reconversión³⁶¹. Los Estados miembros de la Unión Europea han incorporado hasta el 2010, un 25% de los desempleados de larga duración en al menos una medida activa para facilitar su inserción profesional.

2.1.2.3. Sistemas modernos de seguridad social

En Europa desde hace varios años se han activado los sistemas de protección y seguridad social, por iniciativa de la OCDE y de la UE en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo y el Método Abierto de Coordinación en Protección Social. Las medidas se dirigen a la activación del sistema previsional, con la utilización de los ingresos de la seguridad social – en primer lugar, de los sistemas de prestaciones para desempleo – a fin de aumentar el nivel general del empleo.

Esta idea esta basada sobre un postulado doble: primero, para aquellos que son capaces de trabajar, la mejor protección social es el empleo y por tanto las ayudas y las prestaciones sociales para los desempleados se orientarán hacia el objetivo de asegurar un regreso rápido y eficaz al mercado de trabajo; segundo, porque el mercado de trabajo

³⁵⁹ Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, *op. cit.*, nota 351, p. 16.

³⁶⁰ Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, JOCE L197, 5 de agosto de 2003: “el acceso de los trabajadores a la formación es un componente esencial del equilibrio entre flexibilidad y seguridad”.

³⁶¹ Marti Philippe, “la activación de los desempleados en el sistema francés “flexiseguridad o welfare to work”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, España, Colección La Ley, 2008, p. 240.

se ha vuelto más flexible, lo que implica mayores posibilidades de idas y vueltas rápidas entre los incentivos del empleo y desempleo, según el modelo de *job rotation*. En este esquema, la activación es concebida como una manera de (re)organizar una seguridad dentro de la inseguridad³⁶².

Este modelo procura que todos los individuos en edad de trabajar estén incorporados al sistema de seguridad social, incluso minusválidos, madres solteras solas (o a los padres solteros), los excluidos, los prejubilados y los pensionistas. La idea es que se estreche el vínculo entre el empleo remunerado y la protección social. Para ello es importante el fortalecimiento de las prestaciones sociales y de las políticas tributarias internas, a través del subsidio por el Estado de las cotizaciones destinadas a pensiones, en un nivel de inversión anual a cargo del PIB.

2.1.3. Modelos europeos

Los modelos de flexiseguridad que han tenido mayor éxito en Europa son los siguientes³⁶³:

- a) **Modelo holandés**, basado en la normalización de la posición flexible de los trabajadores atípicos.
- b) **Modelo danés**, el cual es uno de los modelos ejemplo en la Unión Europea. En Dinamarca la protección en el puesto de trabajo es menor que en otros países y mejor la cobertura del desempleo, condicionada a una actitud positiva del trabajador de aceptar un nuevo empleo, por lo cual se acompaña de medidas de activación que favorecen e imponen la búsqueda de empleo. Aunque la cuarta parte de los trabajadores cambia cada año de trabajo, en su mayoría encuentran rápidamente empleo ayudados, en su caso, por programas de formación y readaptación. La flexiseguridad a la danesa implica una exitosa combinación de adaptabilidad y de solidaridad, una combinación de flexibilidad (con un alto

³⁶² *Ibidem*, p. 222.

³⁶³ Esta clasificación la realiza Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Philippe Martin en *Aportaciones al Debate Comunitario sobre flexiseguridad*, *op. cit.*, nota 351, pp. 17 y 223

nivel de movilidad), un sistema generoso de seguridad social y de protección del desempleo y programas activos de mercado de trabajo.

Es importante destacar un dictamen del año 2006 realizado por el Comité Económico y Social Europeo, que sostuvo que la flexiseguridad danesa no puede considerarse al margen del contexto del Estado de Bienestar, en que el Estado no adopta un mero papel de cobertura reparadora, sino un papel proactivo de inversión en el individuo para facilitar su permanencia en el mercado de trabajo³⁶⁴, por ello vemos que el modelo de seguro de desempleo se complementa con una alta inversión estatal en programas no contributivos de seguridad social, lo cual permite garantizar un sistema social presupuestado. Pese a las ventajas y beneficios, el modelo danés es difícilmente exportable y suele utilizarse, sobre todo, en un sentido crítico de otros modelos considerados más inflexibles y más inseguros.

Los resultados en Dinamarca en los últimos años han sido sorprendentes, incluso con el advenimiento de la crisis económica, pues la tasa de desempleo para el año 2008 fue de 3,5% a pesar de que la cuarta parte de los trabajadores daneses cambian de trabajo cada año; el fondo de desempleo se financia a través de las aportaciones de los trabajadores activos, que permiten cubrir al trabajador desempleado en un 90% de su antiguo salario; el gasto público destinado a las políticas del mercado laboral supera el 4% del PIB y además el 80% de los trabajadores están afiliados a un sindicato, los cuales tienen mucha fuerza para negociar los convenios colectivos, además de que están muy a favor de la globalización³⁶⁵.

Reino Unido *Welfare to work*: En este modelo se otorgan prestaciones o subsidios de desempleo fijo, pero de un nivel muy bajo, pagados durante un período corto (seis meses), con exigencias estrictas en cuanto a la búsqueda del beneficiario de un nuevo empleo. Esas exigencias estrictas se explicitan dentro

³⁶⁴ Schmid, G, *El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el Estado de la cuestión*, pp. 25 y ss. Citado por Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, *op. citada*, nota 347, p. 15.

³⁶⁵ Artículo de BDS Asesores de 19 de octubre del 2009. www.centralamericadata.com

de un contrato (*jobseeker agreement*) y, de manera más amplia, se integran en un surtido de políticas de activación que forman parte del programa *New Deal*.

Para algunos países de la Unión Europea la flexiseguridad podría implicar ciertos riesgos. En el caso de España, los propósitos modernizadores del Libro Verde podrían afectar ante todo el régimen jurídico del despido. Esto se ha hecho evidente con la reforma laboral aprobada en junio del 2010, mediante la cual se facilitó y abarató el despido, y se creó una subvención estatal de los despidos a través del Fondo de Garantía Salarial³⁶⁶, lo cual no ha tenido buenos resultados como se ha visto en casos anteriores. Por tal razón, tanto trabajadores como empleadores se mostraron contrarios a esta reforma y ha generado serias protestas en septiembre del referido año. Uno de los graves problemas, es que aún no se concreta la creación del Fondo de Capitalización similar al modelo austriaco, ya que la reforma se limitó a dar un plazo de un año al Gobierno para que presente un Proyecto de Ley en este sentido.

En Francia también existen serias críticas al modelo de flexiseguridad, por cuanto aún persisten ciertas deficiencias internas en el sistema de protección social y prestaciones a los desempleados. También se considera que la coordinación entre los poderes públicos (estado y regiones) no es la adecuada, y que el sistema de agencias de colocación, de formación, de orientación profesional y de entidades del sistema de protección por desempleo no funciona debidamente. Por ello no conviene aplicar el modelo de flexiseguridad algunos países de la Unión Europea, pues todavía deben resolver sus limitaciones internas para poder implementar este nuevo modelo.

2.1.4. OIT y Flexiseguridad

Durante la discusión sobre el tema de flexiseguridad en la OIT, se hizo evidente que no hay un modelo estándar que se ajuste a todos los países; sin embargo, la organización reconoció que existen algunos ingredientes esenciales en la política de flexiguridad que pueden ser identificados como positivos y que podrían aplicarse en algunos países para alcanzar un modelo sostenido de trabajo decente. Entre estos componentes se encuentran las leyes apropiadas que regulan las relaciones de trabajo, fondos destinados

³⁶⁶ Véase <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/reforma-laboral-mediante-real-decreto-ley-102010-de-16-de-junio-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-del-mercado-laboral/>

a políticas activas de mercado laboral, inversiones en educación, formación profesional y aprendizaje permanente, fuerte protección social e interlocutores gubernamentales y sociales que apoyan el proceso y participen en el diálogo³⁶⁷.

De igual manera, la OIT desde el año 1919 en que emitió la Recomendación sobre desempleo, ha resaltado la importancia de establecer un sistema efectivo de seguro de desempleo en los países miembros, a fin de garantizar una protección económica para los trabajadores despedidos y permitirles que dispongan de tiempo suficiente para encontrar un trabajo adecuado a su nivel de conocimientos y experiencia. Esta recomendación es fundamental si consideramos que la base del modelo de flexiseguridad radica en el sistema de seguro de desempleo. Actualmente 70 países miembros de la OIT cuentan con un sistema de seguro de desempleo. En América Latina sólo seis países de la región (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela), cuentan con seguros de desempleo, los cuales analizaremos más adelante.

La necesidad de este modelo de contingencia, se ha hecho más evidente durante las etapas de crisis económicas, que han afectado a la mayoría de países del mundo y en específico a América Latina. A partir del año 2008, en que inició la crisis financiera que repercutió gravemente a todas las economías en el mundo, quedó clara la importancia de contar con un seguro de desempleo, ya que además de proteger a los trabajadores frente a la carga financiera de la pérdida de puesto de trabajo, también procura mitigar los efectos de una recesión mediante el fomento del consumo. Por ello, la OIT recomendó que todos los países miembros tomen medidas para introducir o ampliar estos programas³⁶⁸. Actualmente la OIT hace grandes esfuerzos al elaborar nuevas estrategias para aumentar la base de la protección social.

2.2. Perspectivas para incorporar un modelo de “flexiseguridad” en la región

El análisis de los mercados laborales en América Latina es complejo, pues la globalización ha afectado las condiciones de desarrollo según hemos visto³⁶⁹. Existen claras limitaciones que impiden la incorporación de un modelo similar al de

³⁶⁷ Cfr. Oficina Internacional del Trabajo, *Propuestas para el orden del día de la 100ª reunión (2011) de la Conferencia*, Conferencia Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo No. GB.303/3/2, Ginebra, 2008, pp. 12 – 13.

³⁶⁸ Berg Janine, “Seguro de desempleo en tiempos de crisis”, en *Trabajo, revista de la OIT*, No. 67, diciembre 2009, p. 29.

³⁶⁹ Cfr. numeral 1.3.1 del capítulo tercero.

flexiseguridad europeo, no sólo por la deficiencia del mercado de trabajo en la región, sino en general por la coexistencia de problemas estructurales que deben ser resueltos previamente a la adecuación de un nuevo modelo. De igual forma, ya en experiencias pasadas se ha visto que el aplicar un modelo exitoso en otras latitudes *per se* no ha sido lo más indicado para mejorar la situación laboral de los países latinoamericanos, ya que es necesario hacer una evaluación de la coyuntura interna de cada país, para proceder a una propuesta. En tal razón, a continuación haremos un breve análisis comparativo entre ambas regiones para ver las posibles perspectivas, haciendo especial referencia a México y Ecuador.

2.2.1. Modalidades flexibles

En América Latina, según analizamos en el capítulo anterior³⁷⁰, en los años ochenta y principalmente los noventa, se promovieron activamente reformas legales que incorporaron modalidades flexibles en las normas laborales, a excepción de algunos países que lo realizaron por la vía de los hechos. En la actualidad, los fracasos comprobados en las reformas laborales de la región, desembocaron en la vuelta hacia un modelo de protección social.

A inicios del milenio, en varios países como Argentina, Brasil, Uruguay y Ecuador, se iniciaron reformas estructurales que han procurado crear Estados de Bienestar Universales y con ello volver al modelo central del Estado-actor fundamental en el desarrollo; esto se explica por la crisis económica, la llegada de gobiernos de izquierda, el desprestigio de las políticas neoliberales y la aparición de agendas neodesarrollistas. Empieza a darse una mayor preponderancia a la intervención estatal, como un contrapeso al mercado, por la vía de la inspección del trabajo, la justicia laboral y la política social – laboral³⁷¹.

La región empezó a desvincularse de los modelos flexibles para crear modalidades más protectoras. En este sentido, ha venido a generarse una especie de “contrarreforma” en varios países de la región. Por ejemplo, en Argentina, en el año 2004, se expidió la Ley 25.877, que procuró mejorar las condiciones de los trabajadores. En el siguiente cuadro

³⁷⁰ Cfr. numeral 4.1 del capítulo tercero.

³⁷¹ Besunsan Graciela, *Op. cit.*, nota 267.

veremos los cambios realizados en la legislación en comparación con reformas anteriores:

Cuadro 15

Ley 25.250	Ley 25.877
<p><i>Período de Prueba:</i></p> <p>Establecía una duración de tres meses, pero que a través de convenios colectivos de trabajo (CCT) podía extenderse a seis. En el caso de las PYMES duraba seis meses y podía prorrogarse a un año.</p>	<p><i>Período de Prueba:</i></p> <p>Establece un máximo de tres meses improrrogables por CCT. La extinción del período de prueba no genera derecho a indemnización, aunque su finalización se deberá preavisar con 15 días de anticipación.</p>
<p><i>Vigencia de los Convenios Colectivos de Trabajo:</i></p> <p>Salvo que el CCT hubiera previsto la ultraactividad, una vez vencido el plazo de vigencia original del convenio, este caducaba a los dos años de denunciado por alguna de las partes. Establecía un procedimiento obligatorio de renegociación de los convenios colectivos ultraactivos.</p>	<p><i>Vigencia de los Convenios Colectivos de Trabajo:</i></p> <p>Salvo que el CCT disponga lo contrario, una vez vencido el plazo original, el convenio seguirá ultraactivo hasta que otro lo reemplace. Se establece un mecanismo voluntario de mediación para avenirse las partes a renovar aquellos convenios que se encuentren vigentes por ultraactividad.</p>
<p><i>Reducción de Cargas Sociales:</i></p> <p>Régimen de reducciones permanentes para cualquier empleador que incorporara un nuevo trabajador que implicara un aumento de la plantilla preexistente. La reducción era de un tercio de las cargas sociales y llegaba a la mitad si el trabajador era un hombre mayor de 45 años o una jefa de familia de cualquier edad, o un hombre o mujer de hasta 24 años.</p>	<p><i>Reducción de Cargas Sociales:</i></p> <p>Régimen de reducciones de las contribuciones por doce meses para las empresas de hasta 80 trabajadores con una facturación máxima que incorporen un nuevo trabajador que aumente la plantilla preexistente. La reducción será de un tercio de las cargas sociales y llegará a la mitad si el trabajador es beneficiario del Plan Jefes y Jefes de Hogar. El régimen promocional estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2004 y podrá ser prorrogado por el Poder Ejecutivo, conforme la evolución del empleo.</p>
<p><i>Preaviso:</i></p> <p>Esta ley no reguló el tema. De acuerdo con la ley de contrato de trabajo vigente (Ley 20.744), para los trabajadores ingresados antes de octubre de 1998, el empleador debía preavisar 30 días antes a los trabajadores de hasta 5 años de antigüedad y 2 meses a los de más de 5 años. Para los ingresados después de octubre de 1998, el preaviso debía ser de 15 días para los que tenían una antigüedad de menos de 3 meses, de 30 días para una antigüedad de hasta 5 años y de 2 meses para los de más de 5 años.</p>	<p><i>Preaviso:</i></p> <p>Establece un régimen único para todos los trabajadores. El plazo corre a partir del día siguiente al de la notificación. El empleador deberá preavisar con 15 días de antelación a los que se encuentren en periodo de prueba. Con 30 días a los que tengan entre 3 meses y 5 años de antigüedad y con dos meses a los que superen ese lapso.</p>
<p><i>Indemnización por despido:</i> En caso de despido injustificado</p>	<p><i>Indemnización por despido:</i> En caso de despido injustificado</p>

<p>Esta ley no reguló el tema. A los trabajadores ingresados antes de octubre de 1998 se les aplicaba lo previsto en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744. Un mes de sueldo por cada año de antigüedad o fracción mayor que tres meses.</p>	<p>Establece un régimen único. Un mes de sueldo por cada año de antigüedad o fracción mayor que tres meses. La remuneración base de cálculo no puede superar el importe de tres veces el salario promedio del CCT vigente. La indemnización no puede ser inferior a un mes de sueldo.</p>
---	---

Fuente: www.infoeconomicas.com.ar

Elaboración: propia

En **Chile** se realizaron varias reformas laborales a partir del año 2001, con la Ley No. 19.759, la cual introdujo medidas para proteger a los trabajadores; es importante destacar que el sector sindical criticó seriamente estas reformas, en razón de que no resolvieron del todo los vicios del modelo anterior. Estos cambios se materializaron en varias modificaciones al Código del Trabajo chileno, entre ellas:

- La no discriminación en la contratación y en el trabajo propiamente tal.
- Nuevos contratos y normas que promueven el empleo, con mejores condiciones de seguridad. Se contempla el contrato a tiempo parcial, como un mecanismo que permite emplear a trabajadores por una jornada laboral de 32 horas semanales como máximo.

Por otro lado, la Ley No. 20.123, que entró en vigencia el 14 de enero del 2007, reguló el trabajo en régimen de subcontratación, principalmente el suministro de trabajo personal que se utiliza como medida de excepción; así, las denominadas *empresas de servicios transitorios* (EST), pueden poner a disposición de empresas usuarias, trabajadores que realicen actividades específicas solo en casos de reemplazo, realización de eventos extraordinarios, ejecución de proyectos nuevos o trabajos urgentes, entre otros. Es importante destacar que las empresas usuarias no podrán requerir trabajadores en casos de huelga y negociación colectiva. Además, el giro exclusivo de este tipo de empresas será la puesta a disposición de trabajadores y otras actividades propias del manejo de recursos humanos, como la selección y capacitación. No podrán tener ninguna vinculación con las empresas usuarias y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, deberán registrarse en la Dirección del Trabajo y pagar una garantía cuyo monto dependerá del número de trabajadores que tienen bajo contrato.

En Uruguay, la reforma laboral del año 2005, tenía como propósito la reducción de la temporalidad en la contratación, el fomento de la contratación indefinida, mejorar la seguridad jurídica de las contrataciones y subcontratas, así como promover la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral.

En **Ecuador**, según analizamos en el capítulo tercero, a través del Mandato Constituyente³⁷² No. 8 se eliminó la intermediación laboral y la contratación por horas, que significó en su momento un importante avance para la organización sindical en la defensa de sus derechos, ya que los abusos a los trabajadores se realizaban principalmente a través de las modalidades de intermediación y tercerización; sin embargo, esta eliminación también limitó la adaptación de las empresas a las condiciones que demanda el mercado global, creando un desequilibrio en las relaciones de trabajo.

En **México**, aunque la Ley Federal del Trabajo mantiene el modelo protector característico de la etapa de su expedición (1931), en la práctica las medidas flexibilizadoras se adoptaron por la vía de los hechos, lo cual ha generado una condición de precariedad laboral y violación constante de la Ley. No se cumplen con las disposiciones mínimas de la norma laboral o se ejercen de manera distorsionada³⁷³; incluso para algunos autores, la generalidad y/o vacíos de la ley han provocado que se generen condiciones simuladas que permiten el fraude a la ley y se deja totalmente desprotegidos a los trabajadores. Este es el caso de la subcontratación laboral, principalmente referido a los mecanismos de intermediación o suministro de personal, que revisamos en el capítulo anterior³⁷⁴.

Finalmente, vemos que la intención de algunos países de la región ha sido retomar un modelo que se centre en la protección del trabajador y se desvincule de la tendencia de fuerte flexibilización, en razón de las graves consecuencias que estas modalidades causaron en años anteriores; ahora bien, las necesidades del mercado laboral no han

³⁷² Véase nota 308 de este capítulo.

³⁷³ Véase el caso de la fracción I del Art. 47 de la Ley Federal del Trabajo, que para varios empresarios se interpreta como el “período de prueba” (30 días) que tiene el trabajador para demostrar la “veracidad” de los documentos presentados a la empresa, luego del cual el empleador “podría” dar por concluido el contrato de trabajo, si considera que el trabajador no cumple con la capacidad, aptitudes o facultades que requiere. Es importante señalar que este no es un período de prueba sino una causal de rescisión que tendrá que ser verificada por el juez.

³⁷⁴ Véase numerales 4.1.1.4.2 y 4.1.1.4.7 del capítulo tercero.

cambiado y por ello se requiere de modalidades flexibles que se adecuen a las condiciones actuales. En este sentido varios países han permitido el funcionamiento de algunos mecanismos de flexibilidad, pero con específicas restricciones para evitar abusos. Este es el caso de Chile, Argentina y Uruguay que han regulado su mercado de trabajo con figuras más flexibles, aunque limitadas a casos excepcionales.

El problema, entonces, se centra en el hecho de que es necesario incorporar contrataciones atípicas y otras formas de flexibilidad en el mercado laboral latinoamericano, pero queda pendiente la creación de medidas de contingencia que procuren solucionar la problemática del elevado número de trabajadores que tiende a rotar de un empleo a otro y que tiene largos periodos de desempleo. La respuesta a esta problemática no depende exclusivamente de la reforma laboral sino de un cambio estructural en el sistema fiscal y previsional como veremos más adelante.

En **México** la iniciativa de reforma laboral presentada en 2010, promueve la flexibilización de la norma laboral considerada restrictiva y en “extremo” protectora; si bien por la vía de los hechos, y a través de la contratación colectiva y la jurisprudencia³⁷⁵ se incorporó la flexibilidad en los años ochenta y noventa, en la actualidad se considera necesaria la regulación de estas modalidades en la norma, para evitar excesos. Para algunos autores, la importancia de esta reforma reside en la necesidad de renovar la ley frente a los cambios ocasionados por la globalización y la apertura comercial, pero se mantiene la preocupación en cuanto a la falta de mecanismos de contingencia para los trabajadores durante la etapa de desempleo³⁷⁶.

La iniciativa de reforma propone los siguientes cambios con tendencias flexibilizadoras:

1. *Facilitar el acceso al mercado laboral y la creación de empleos.* Para ello, se propone:

i. Incluir nuevas modalidades de contratación individual: Entre estas nuevas formas tenemos las siguientes:

³⁷⁵ Amparo directo 1902/80, Segundo Tribunal Colegiado en materia de trabajo del primer circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, pp. 145 – 150 sexta parte, registro No. 250805.

³⁷⁶ Véase las propuestas presentada por Reynoso Castillo, Carlos, “Reflexiones sobre la reforma laboral”, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, Vol. 5, Número 8, Enero – Junio de 2009, pp. 291 – 306.

- 2.3. Contratos sujetos a prueba, que podrán tener una vigencia de treinta días y que podrá extenderse a 180 días cuando se trate de puestos de dirección, y tendrán como fin que el patrón constate que el trabajador tiene los conocimientos necesarios para la labor que solicita.

Esta modalidad es muy utilizada en la mayoría de países de Latinoamérica, sin embargo ha sido limitada en la norma por los abusos ocasionados a través de esta figura³⁷⁷. Debería determinarse que este lapso de tiempo va inexorablemente vinculado con el contrato a tiempo indefinido para garantizar la estabilidad del trabajador; es decir que no se trata de un contrato a prueba por sí mismo sino de un período que posteriormente asegura la contratación definitiva. Además se deben señalar claramente los parámetros que el empleador tomará en cuenta para escoger a un trabajador, ya que se desequilibraría la relación laboral. Incluso podría caerse en un abuso indiscriminado de esta figura para justificar mecanismos de discriminación en el empleo.

- 2.4. Los contratos de capacitación inicial, que podrán durar de 3 hasta 6 meses cuando se trate de puestos de dirección, y su objeto será que el trabajador adquiera los conocimientos necesarios para la actividad que se requiere. En estos supuestos, si al término del contrato el trabajador no acredita la competencia o la habilidad requerida, se podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón. A fin de evitar abusos en el uso de estos contratos, se establece que serán improrrogables, no podrán ser sucesivos, ni celebrarse en más de una ocasión. Asimismo, en caso de que sea contratado de manera definitiva la antigüedad será reconocida desde el inicio del período de prueba o de capacitación inicial.

Esta modalidad contractual, tiene las mismas deficiencias que el contrato a prueba por lo cual debe analizarse con detenimiento, los beneficios y perjuicios que pudiera traer esta modalidad contractual al manejo de las relaciones laborales.

³⁷⁷ Véase el caso de Argentina con la expedición de la Ley 25.877 de 2004.

2.5. Se regulan expresamente los contratos de temporada para actividades discontinuas o que no exijan la prestación de servicios toda la semana, mes o año. Asimismo, la reforma contempla la posibilidad del trabajo por hora. En todas las modalidades el trabajador disfrutará el salario y prestaciones que corresponde al puesto. Esta modalidad podría beneficiar a ciertas actividades económicas como turismo y comercio, sin embargo no se reconoce la estabilidad del trabajador que fuera llamado en varias temporadas³⁷⁸.

ii. Limitar la generación de salarios caídos según lo dispuesto en el Art. 50 de la LFT, que determina en su numeral III, que los salarios vencidos se pagarán desde la fecha de despido hasta el pago de las indemnizaciones. La reforma limita la generación de salarios vencidos por un período máximo de seis meses, y prevé que si, transcurrido dicho plazo no ha concluido el procedimiento o no se ha dado cumplimiento al laudo, se pagarán también al trabajador los intereses generados sobre el importe de nueve meses de salario, a razón del dos por ciento mensual.

iii. Eximir al patrón de la obligación de reinstalar al trabajador cuando este tenga una antigüedad menor a tres años al momento del despido. En este caso, se relativiza la estabilidad característica de la norma mexicana.

iv. Suprimir el escalafón ciego, a efecto de privilegiar la productividad: De conformidad con la legislación actual, los puestos vacantes se otorgan al trabajador de mayor antigüedad, sin que necesariamente sea el más apto o el mejor candidato para ocupar la plaza, lo que desalienta a los trabajadores para recibir capacitación. La reforma establece una nueva prelación en base a los siguientes criterios: la productividad, capacitación o aptitud, puntualidad y antigüedad. Con esta propuesta no queda clara la evaluación del criterio “productividad” que como vimos no depende de cada trabajador sino de factores conjuntos³⁷⁹; también el criterio “aptitud” no se ubica en un rango objetivo sino subjetivo y posiblemente arbitrario.

v. Incorporar la multihabilidad obligatoria, como mecanismo para incrementar la productividad y los ingresos de los trabajadores: La reforma establece que los

³⁷⁸ Véase el caso de la legislación ecuatoriana

³⁷⁹ Cfr. numeral 1.1 del presente capítulo. .

trabajadores deberán realizar otras labores conexas o complementarias a sus actividades principales, con la compensación salarial correspondiente. La propuesta incluye mecanismos para medir e incrementar la productividad y la forma de distribuir equitativamente sus beneficios. Según analizamos en el capítulo tercero³⁸⁰, las modalidades polifuncionales sólo serán efectivas si existe una participación activa de los trabajadores en la rotación de puestos y de funciones, así como la capacitación constante y posibilidad de crecimiento personal y profesional.

vi. Vincular la capacitación y el adiestramiento con la productividad: Se propone definir a la productividad como el resultado de optimizar los factores humanos, materiales, financieros y tecnológicos que concurren en la empresa, para la elaboración de bienes o la prestación de servicios, con el fin de promover su competitividad y sustentabilidad e incrementar los ingresos y el bienestar de los trabajadores³⁸¹. No se considera la definición “productividad” conforme los parámetros señalados por la OIT, la cual es más completa y abarca todos los componentes de esta acepción.

5. *Fortalecer las facultades normativas, de vigilancia y sancionadoras de las autoridades del trabajo*, para lo cual se requiere:

ii. *Regular la subcontratación, tercerización u outsourcing*: La iniciativa propone incorporar disposiciones para evitar los abusos, fraudes y simulaciones en perjuicio de los trabajadores que laboran para empresas que prestan servicios a otras mediante contratos de carácter mercantil. Estas disposiciones permitirían regular adecuadamente el denominado trabajo en régimen de subcontratación, tercerización u *outsourcing*, a través de obligaciones específicas tanto para las empresas prestadoras de servicios, como para las beneficiarias de los mismos, a la par que evitarían abusos en detrimento de los derechos de los trabajadores. En esta propuesta no se evalúa las distintas modalidades de subcontratación, según analizamos en el capítulo tercero, lo cual podría traer serias consecuencias a la responsabilidad patronal.

³⁸⁰ Caso de Zulia – Venezuela, literal b), Apartado A, título IV.

³⁸¹ Es importante destacar que en esta reforma se proponen importantes cambios sobre el ejercicio de huelga, principalmente lo referido al arbitraje obligatorio, que es un tema fundamental por sus posibles repercusiones en los derechos que consagra el Art. 123 Constitucional.

Las consecuencias de las reformas deberían evaluarse conforme a las reales necesidades del mercado laboral en México y de la posibilidad de adaptación que tendrían las empresas en su caso. Esto en razón de que la mayoría de reformas laborales en la región, según vimos en el capítulo tercero, no cumplieron con la finalidad propuesta y por el contrario promovieron condiciones precarias para los trabajadores. Además, si consideramos que una reforma normativa por sí misma no genera empleo o mejora las condiciones de los trabajadores subempleados, sería conveniente que se analicen las posibles repercusiones que podrían tener en la condición laboral y social de los trabajadores con la implementación de estas propuestas.

2.2.2. El sistema de seguridad social

En América Latina, el modelo tradicional de seguridad social es, según algunos autores, un sistema ocupacional³⁸², que está prácticamente sujeto al comportamiento del mercado de trabajo y de la actividad económica, lo cual ha segmentado la protección social y dividido al sistema en dos mundos: por un lado la legislación que protege a los asalariados y por el otro los programas asistenciales que protegen a los no asalariados³⁸³; actualmente se considera que las condiciones en el mercado laboral, han generado tres tipos de trabajadores: a) los trabajadores ocupados en la economía formal bajo relaciones asalariadas con alta permanencia en el empleo; b) los desocupados y los trabajadores informales sin relaciones asalariadas, generalmente subocupados y con muy bajos ingresos; y, c) un grupo intermedio que alterna por diversos motivos (demográficos y sociales), entre empleos asalariados de bajo ingreso, empleos en forma independiente también con bajos ingresos y desempleo.

De estos tres tipos de trabajadores, sólo aquellos que se encuentran bajo relaciones formales de dependencia pueden acceder a la protección social y previsional; incluso en este grupo solo quienes tengan el registro de la relación asalariada formal (contrato de trabajo) y la regularidad en el empleo, que sea de baja tasa de rotación y alta densidad de contribución, podrán acceder a los beneficios previsionales. El segundo y tercer grupo de trabajadores, por lo general se encuentra excluido de la seguridad social y en

³⁸² Ochoa León Sara María, *Panorama mundial de las pensiones no contributivas*, Centro de Estudios sociales y de Opinión Pública, Documento de Trabajo número 2, Cámara de Diputados LX Legislatura, septiembre 2006, p. 2

³⁸³ Besunsan Graciela, *op. cit.*, nota 267.

contadas excepciones cuentan con modalidades de contingencia, aunque con niveles muy bajos.

Dentro de este modelo, los *seguros de desempleo*, o aquellos que protegen a los asalariados mientras se encuentran cesantes, son escasos en América Latina. Según datos de la OIT, los países que cuentan con políticas de seguro de desempleo son los siguientes:

Cuadro 16

País	Tipo de Programa
Argentina	Seguro social de reparto, financiado con cotización de empleadores (1.5%)
Brasil	Seguro social de reparto combinado con cuenta de ahorro, financiado por empleadores (8% anual) e impuesto sobre renta empresas
Chile	Seguro obligatorio mixto (combina cuenta de ahorro con fondo de reparto), financiamiento tripartito
Ecuador	Seguro social de reparto y cuentas individuales de indemnización, financiamiento de empleadores (1% mensual + 8,3% anual) y trabajadores 2% - se lo ejecuta como seguro de cesantía -
Uruguay	Seguro social, financiado con rentas generales y un aporte unificado (tanto para empleadores como trabajadores) para pensiones, salud y desempleo.
Venezuela	Seguro social, financiado por empleadores (1.7%), trabajadores (0.5%) y aportes estatales ³⁸⁴ .

Fuente: OIT, 2004

Elaborado: Fabio Bertranou, Chile

Durante las reformas sustanciales de los años noventa en materia de seguridad social, se priorizaron los cambios en el ámbito de pensiones y los seguros de desempleo tuvieron una importancia secundaria en la agenda de transformaciones de las instituciones públicas. Si analizamos cada caso, veremos que estos programas solo protegen a trabajadores asalariados formales y con contratos de duración indefinida³⁸⁵, por lo cual al existir un elevado número de trabajadores en el sector informal, la cobertura del seguro de desempleo es nula; así, en el caso de Argentina, el seguro de desempleo fue desplazado en la práctica, por la puesta en operación del masivo programa de transferencias de ingresos a jefes y jefas de hogar, que operó durante varios años de la presente década; en Brasil la cobertura se ha caracterizado en general por ser baja, aunque en los últimos años ha presentado un ligero aumento.

³⁸⁴ Bertranou Fabio M., *Seguros de Desempleo en América Latina*, Seminario “Consolidación y Desafíos del Seguro de Cesantía en Chile”, SAEP, Santiago, 30 de septiembre del 2004, OIT.

³⁸⁵ Velásquez Mario, *Seguros de desempleo y reformas recientes en América Latina*, CEPAL, División de Desarrollo Económico, Santiago de Chile, enero de 2010, p. 12

En Chile el reemplazo del subsidio de cesantía por el *seguro de cesantía* iniciado en octubre del 2002, ha tenido una trayectoria ascendente en su cobertura en los primeros años, hasta alcanzar un 19,6% en 2008, lo que está directamente relacionado con el creciente proceso de afiliación de los trabajadores asalariados regidos por el Código del Trabajo. Este seguro de cesantía funciona como un verdadero seguro de desempleo pues el trabajador que es despedido o renuncia a su trabajo, tiene derecho a realizar tantos giros como el saldo de la cuenta del afiliado le permita, mensuales y decrecientes, procurando con ello paliar en parte su carencia de ingresos cuando se ve enfrentado al desempleo³⁸⁶; finalmente, Uruguay registra los niveles más altos de cobertura del seguro de desempleo en proporciones cercanas al 20% de los desocupados.

En México no existe un seguro de desempleo, conforme el modelo de otros países latinoamericanos, sin embargo se han promovido ciertas iniciativas en algunos Estados, que procuran el apoyo monetario temporal para los trabajadores desempleados. En el Distrito Federal, la Secretaría de Trabajo y Fomento de Empleo administra el seguro de desempleo como un sistema de protección a desempleados que reciben el pago de 30 días de salario mínimo durante seis meses. Para poder acceder al seguro de desempleo, los beneficiarios deben cumplir con ciertos requisitos que requiere esa dependencia. Es importante destacar que este seguro no forma parte del sistema de seguridad social. Otro seguro de desempleo similar al existente en el Distrito Federal, se creó en el Estado de Durango en el año 2009, dentro del programa Durango Solidario que organiza el gobierno estatal. Los recursos del seguro proceden de los ajustes al gasto corriente, así como de la reducción del 10% en el sueldo de altos funcionarios. En 2009 estaba previsto que más de diez mil trabajadores en el estado se beneficiaran del seguro.

En el sistema de seguridad social existe el seguro de retiro y cesantía por edad avanzada y vejez por el cual el trabajador asegurado ahorra un monto determinado, a fin de que en su jubilación pueda acceder a una pensión, asistencia médica, asignaciones familiares y ayuda asistencial al cubrir con los requisitos que marca la ley. Sin embargo, esta modalidad no funciona como seguro de desempleo.

³⁸⁶ Administración de Fondos de Cesantía de Chile, <http://www.afcchile.cl/frameset.asp?orden=1>

En **Ecuador**, el *seguro de cesantía* funciona como seguro de desempleo, el cual consiste en la entrega de una suma de dinero al afiliado/a que se encuentra en situación de desempleo. Constituye un fondo común de ahorro forzoso que financia las prestaciones a los afiliados mediante la capitalización colectiva de los aportes patronal (1%) y personal del trabajador (2%) con la tasa de rendimiento fijada por el IESS. En abril del 2009, en razón de la crisis económica, el gobierno central creó un subsidio para el seguro de cesantía, por el cual se entregó USD 1.024 -2 canastas básicas – USD 512 c/u- (un aproximado de 13.085 pesos mexicanos) a los trabajadores que quedaron cesantes por dos meses y que hubieran aportado al sistema en los dos últimos años.

2.2.2.1. Conclusiones

Según vemos el modelo de seguros de desempleo en la región está basado en un régimen contributivo, que no se extiende a los sectores más afectados por los cambios en el mercado de trabajo, es decir aquellos que se encuentran en el sector informal y que son trabajadores no asalariados. Algunos autores han señalado que es necesario alterar los aspectos fundacionales del sistema de seguridad social, para poder crear un modelo de *protección mínimo* que abarque a todos los ciudadanos, tengan o no tengan trabajo asalariado, independientemente de conservar ciertas responsabilidades específicas para los empleadores³⁸⁷; lógicamente este modelo no sólo dependerá del financiamiento del sistema de seguridad social sino también de los aportes del gobierno, que se financian principalmente por ingresos tributarios.

Si hacemos un análisis comparativo entre América Latina y Europa, vemos que existen marcadas diferencias entre ambas regiones, pues mientras la Unión Europea hace frente al problema de continuidad financiera de los sistemas de protección social, América Latina enfrenta el desafío de ensanchar la cobertura de las provisiones de la protección social, por lo cual el dilema parece centrarse en cómo financiar este sistema combinando contribuciones e impuestos³⁸⁸. Tal problema no es menor y resulta complejo si lo analizamos conforme la realidad de cada país. En la región, los programas previsionales no contributivos son escasos y con algunas excepciones en que

³⁸⁷ Besunsan Graciela, *op. cit.*, nota 267.

³⁸⁸ Dra. María Andrea Genoud. *¿Es posible hablar de flexiseguridad en Argentina?*. <http://www.losrecursoshumanos.com/contenidos/3266-es-posible-hablar-de-flexiseguridad-en-argentina.html>

se promueve un universalismo parcial como en Argentina, Chile y Uruguay, que aún son modelos embrionarios.

En **México** desde enero del 2006, entró en operación un modelo no contributivo denominado *Sistema de Pensiones Oportunidades*, el cual tiene dos componentes: un programa de pensiones asistenciales para adultos mayores de 70 años que pertenezcan a familias inscritas en el padrón de Oportunidades y un Sistema de Ahorro para el Retiro dirigido a las personas en pobreza extrema entre 30 y 69 años, incorporadas al programa Oportunidades. En el primer caso se otorga un apoyo mensual de 250 pesos, administrados de forma bimestral (un equivalente a US\$ 19,38). En el segundo, las personas podrán ahorrar 20, 30 o 50 pesos mensuales (un equivalente a US\$ 1,56; US\$ 2,33; US\$ 3,88 respectivamente) y el gobierno federal aportará una cantidad igual en su cuenta individual; al cumplir 70 años podrán ser acreedores de una renta vitalicia.

El sistema de Pensiones Oportunidades es un componente del Sistema de Seguridad Social Popular (SISSP), el cual tiene un mayor alcance, dado que está concebido para atender a la población de menores ingresos y no sólo a los adultos mayores. El SISSP tiene un componente de salud a través del Seguro Popular, un componente de vivienda mediante el Fondo Nacional de Apoyos a la Vivienda (FONAEVI), y uno de pensiones representado por el Sistema de Pensiones Oportunidades³⁸⁹. Ahora bien, en la práctica el sistema de seguro popular ha sido muy criticado ya que no está debidamente financiado por el gobierno federal. En la mayoría de casos, la atención médica depende de la infraestructura del Instituto Mexicano de Seguridad Social, por lo cual su prestación esta supeditada a las contribuciones de este sistema; por ello, además del déficit en su financiamiento, limita la prestación en salud de los cuentahabientes del IMSS. Por tal razón, resulta un sistema que en la práctica sigue siendo contributivo.

En **Ecuador**, el capítulo ocho de la vigente Ley de Seguridad Social, incorpora una *prestación asistencial no contributiva*, en el artículo 205, estableciendo que será beneficiario de la prestación asistencial por vejez o invalidez todo individuo que carezca de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades vitales de subsistencia y tenga 70 o mas años de edad o, cualquiera sea su edad, cuando esté incapacitado en forma absoluta y permanente para todo trabajo remunerado. Se entiende por carecer de

³⁸⁹ Ochoa León Sara María, *Op. cit.*, nota 382, p. 20.

recursos suficientes, la percepción de un ingreso inferior al 50% del salario mínimo de aportación, estar imposibilitado de acreditar derecho a las prestaciones de los seguros sociales administrados por el IESS, y no ser beneficiario del Bono de desarrollo humano³⁹⁰.

Esta prestación asistencial debe ser financiada obligatoriamente con recursos del presupuesto general del Estado, pagaderos en alícuotas mensuales, y su cuantía será igual a la diferencia entre el 50% del salario mínimo de aportación al seguro general obligatorio y el ingreso total que perciba cada beneficiario de esta prestación. Es importante destacar que desde que se incorporó esta norma a la ley no se ha cumplido, seguramente por falta de reglamento.

Actualmente, con la nueva Constitución de la República expedida en 2008, se ha fortalecido el modelo no contributivo dentro del sistema de seguridad Social. El Art. 369 de la Constitución determina que el seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado.

Al analizar ambos sistemas, vemos que los programas no contributivos tanto previsionales como del gobierno central, se dirigen a compensar las graves condiciones de pobreza que existen en ambos países, así como la necesidad de otorgar una pensión mínima a adultos mayores que no cuenten con los recursos básicos para sostenerse. Por tal razón, estos modelos, no han sido creados para favorecer al total de la población, sino a un sector específico que guarda ciertas características (límite de pobreza y falta de recursos mínimos); en este sentido, vemos que hasta el momento México y Ecuador aplica el modelo previsional tradicional a diferencia de los modelos más modernos e inclusivos de Europa.

³⁹⁰ Es una prestación no contributiva otorgada por el gobierno central, que se creó a partir del año 1998 con el nombre de Bono Solidario; su objetivo era dar una transferencia monetaria temporal como compensación para proteger el consumo mínimo de las personas pobres que se verían afectadas por la crisis económica de ese año. En mayo del 2003, el Bono Solidario pasó a denominarse Bono de Desarrollo Humano y pretende alcanzar los siguientes objetivos: a) garantizar a las familias un nivel mínimo de consumo; b) para los niños hasta 5 años, contribuir con la disminución de niveles de desnutrición y enfermedad inmuno prevenible; c) para niños de 6 a 15 años, promover la matriculación y la permanencia en el sistema educativo; y d) cuidar y proteger a los ancianos y discapacitados. En el año 2007 este bono alcanzó el monto de USD\$ 30.00 mensuales.

2.2.3. Política tributaria

Además del modelo previsional es necesario considerar la *política tributaria o fiscal* de cada país, para poder financiar un modelo de seguridad social universal; en América Latina existe una clara heterogeneidad entre naciones; Brasil tiene la carga tributaria más alta (26%), seguido por Argentina (21%), Chile el 18,9% y Costa Rica con el 14,69%; en promedio la carga tributaria en América Latina con respecto al PIB es de 17,8%; si comparamos esta cifra con las de la UE veremos que es considerablemente menor, pues en esta región la carga tributaria ronda entre el 35% y el 45%; Dinamarca tiene el porcentaje más alto (48,9%), seguido de Suecia (48,2%) y Bélgica (44,4%).

En **México**, según datos de la CEPAL³⁹¹ la carga tributaria equivale al 24,4% del PIB, lo cual lo ubica entre los países con niveles más altos en la región latinoamericana; sin embargo, en los hechos – con la ayuda de los regímenes especiales y demás exenciones fiscales- la carga efectiva se reduce a 9,8%. En **Ecuador**, según datos del Ministerio de Coordinación de la Economía Política³⁹², se estima que la carga fiscal está en 11,4% que si lo evaluamos conforme a las cifras reales que señala la CEPAL se ubica en un aproximado de 8,3%, siendo uno de los países con menor carga fiscal.

Los bajos niveles de carga tributaria interna en ambos países influyen directamente en el acceso a un sistema de seguridad social universal que combina un modelo contributivo y no contributivo; los niveles de inversión anual en los subsidios estatales a cotizaciones sociales en América Latina están entre el 1% y 2% del PIB³⁹³, lo cual podría significar un alto porcentaje para los dos países que tienen bajos ingresos fiscales.

2.2.4. El modelo de Estado de Bienestar en la región

Según hemos visto, el modelo de estado de bienestar en la región es bastante limitado en comparación con los países de la Unión Europea, lo cual es evidente en México y en Ecuador. En México, el modelo es corporativo, con una cobertura restringida de protección, altamente segmentado (un sector minoritario tiene protección, mientras que una mayoría está desprotegida), y existen pocas políticas de universalización según

³⁹¹ CEPAL, *Evasión y equidad en América Latina*: enero 2010.

³⁹² MCEP, Taller “Evaluación y áreas prioritarias en política tributaria en Ecuador”, 2009.

³⁹³ Durán Fabio, “Opciones de financiamiento para universalizar la cobertura del sistema de pensiones de Costa Rica, *Serie estudios y perspectivas*, Sede subregional de la CEPAL en México, agosto 2006.

vimos. En el Ecuador el modelo de bienestar que existía a mediados del siglo XX, prácticamente perdió su hegemonía al incorporarse el modelo neoliberal en los años ochenta, con ciertos rezagos en el sector previsional (aún funciona el componente solidario intergeneracional); si bien no maneja un modelo corporativo, las decisiones gubernamentales han estado siempre limitadas por condiciones coyunturales que muestran una seria inestabilidad política. A partir del 2008, se procuró retomar un modelo de Estado de bienestar en base a los postulados de “socialismo del siglo XXI”, que tiene ciertos problemas de carácter económico y político que lo hacen un modelo inequitativo con tendencia a convertirse en un modelo corporativo.

2.2.5. Políticas de empleo y formación

Según José Wurgaft³⁹⁴, en América Latina las políticas de empleo no son estructurales ni se programan para el largo plazo; según este autor, en la región aún se aplican programas especiales de empleo como en los años setenta y en la década perdida de los ochenta, con la finalidad de erradicar a corto plazo la desocupación abierta; estas políticas se enfocan principalmente a generar empleo transitorio de poca productividad en sectores que agrupan la mayor parte del empleo de la región: el sector rural tradicional, el sector informal urbano y el segmento de las micro y pequeñas empresas. Por lo general se utilizan para adaptarse a condiciones apremiantes entre las que destaca crisis externa, políticas de ajuste, cambios tecnológicos y desastres naturales. Tales políticas permiten que con poco gasto por trabajador y con esquemas organizativos relativamente simples, darles rápidamente trabajo a muchas personas.

Por más de dos década la reforma normativa laboral sirvió como un mecanismo de política de empleo para facilitar la generación de puestos de trabajo, lo cual no tuvo el resultado esperado según analizamos en el capítulo tercero. En **México** el programa sectorial de trabajo y previsión social 2007 – 2012 constituye la política de empleo implementada a nivel nacional, la cual se basa en los siguientes objetivos:

- Paz Laboral;
- Productividad y Competitividad;

³⁹⁴ Wurgaft José, “Lecciones y desafíos de las políticas de corto plazo”, en *Políticas de empleo en Chile y América Latina*, seminario en honor de Víctor E. Tokman, OIT, Chile, 2003, p. 121

- Previsión Social;
- Transparencia;
- Gestión y Administración de recursos;
- Actividades transversales.

En materia de productividad y competitividad se propusieron varios programas para mejorar las condiciones de empleo. En el siguiente cuadro analizamos los avances alcanzados en el 2009:

Cuadro 17

Programa	Contenido	Resultados 2009
Movilidad laboral interna (sector agrícola)	Apoyo a los jornaleros agrícolas para colocarse en un empleo formal.	54.649 jornaleros fueron ubicados
Programa de Apoyo al Empleo	Este Programa proporciona a la población desempleada y subempleada becas de capacitación, información, asistencia técnica y apoyos económicos. También ofrece Apoyo a la movilidad laboral.	471.106 personas atendidas 267.163 en ocupación temporal, colocación o preservación del empleo
Bécate	Apoya a la población desempleada y subempleada para que obtenga la calificación requerida cursos de capacitación de corto plazo.	14.155 cursos (272.426 personas) 159.008 consiguieron un empleo.
Programa de Empleo Temporal	Abatir el rezago social de la población afectada por baja demanda de mano de obra o por una emergencia originada por fenómenos naturales, mediante la entrega de apoyos económicos temporales por su participación en proyectos de beneficio familiar y comunitario.	505.808 beneficiarios mediante 13.084 proyectos de beneficio comunitario
Programa de Fomento al Empleo y Programa de Apoyo Emergente a Trabajadores del sector servicios	Realizar acciones inmediatas de capacitación, apoyos económicos y/o vinculación de información laboral, para reactivar el empleo en las zonas urbanas y rurales que se encuentren en situación de contingencia laboral.	58.000 beneficiados
Portal Empleo	Página web y teléfono gratuito para la información sobre vacantes de empleo	26.625.677 visitas

Fuente: Secretaría de Trabajo y previsión Social, sitio web

Elaboración: propia

En **Ecuador**, durante los años 2008, 2009 y 2010 se implementaron los siguientes programas dentro de la Política de Empleo:

Año	Política pública	Contenido	Avances
2010	Programa Mi Primer Empleo (desde 2007)	Pasantías de trabajo pagadas para jóvenes en entidades del sector público. Se entrega un ingreso mensual que representa el 60% de la remuneración básica mínima, lo que en 2008 equivalió a USD 120	2.150 pasantes en 2010
2008	Proyecto de Promoción de Empleo a través de MYPES	Se apoya a la creación de unidades productivas a pequeña escala, mediante la implementación de centros de capacitación-producción, asistencia técnica y comercialización.	En 2008, el MTE suscribió 9 convenios de cooperación interinstitucional con ONGs e Instituciones Públicas. Aproximadamente 288 personas se beneficiaron y se invirtió USD 895.061,76
2008	Sistema de compras públicas (SCP)	Permite a los pequeños productores a ofertar sus bienes y servicios por el Estado. Se implementaron Centros Asociativos de Proveedores vinculados con el SCP	
2008	Sistema Nacional de Formación Profesional (SNFP)	El MTE en conjunto con otras Secretarías de Estado, elaboró el SNFP para mejorar la relación entre oferta y demanda del mercado laboral, promover mejoras en producción, productividad, empleabilidad y beneficiar a trabajadores con o sin relación de dependencia.	
2008	Programa de Formación y capacitación profesional para el sector formal	Mediante el programa “Formación Profesional APRA para el Desarrollo” se capacita a trabajadores en relación de dependencia, empresarios y población en capacidad de insertarse al mercado laboral como asalariado o por cuenta propia	Se capacitó a 52.784 trabajadores en relación de dependencia; se dictaron 3.684 cursos y se invirtieron USD 6.870.429,73
2009	Subsidio al seguro de cesantía	Lo recibieron trabajadores que aportaron los 2 últimos años al IESS y que quedaron cesantes por 2 meses. Monto mínimo: USD 1.024 (2 canastas básicas; USD 512 c/u)	El pago del subsidio inició en el mes de abril del 2009

Fuente: Ministerio de Relaciones Laborales, rendición de cuentas 2008 – 2009

Elaboración: propia

Como vemos, las políticas de empleo aplicadas en ambos países continúan con el modelo tradicional de América Latina, que no ha traído buenos resultados a largo plazo.

En cuanto a la *formación*, la región sigue operando sobre la base de institutos tradicionales de educación, organización y capacitación, por lo que no se han desarrollado sistemas institucionales ni metodologías que se dirijan a sectores emergentes como los informales. En **México** el Programa de Empleo, Capacitación y Defensa de los Derechos Laborales (1995-2000), procuró dar continuidad a los programas y acciones orientados al impulso de la capacitación, al mejoramiento de la competitividad a través de la elevación de la productividad y calidad en los centros de trabajo, el desarrollo de los mercados de trabajo regionales y la vinculación de los agentes productivos³⁹⁵. Para Alejandro Jiménez, los programas gubernamentales en México, no se orientan a promover crecimiento económico con empleo digno y productivo, sino responden a las demandas y conflictos cotidianos en aquellos lugares donde hay proveedores de capacitación, es decir en las grandes ciudades. No es que los programas funcionen mal, sino que estos programas no constituyen políticas laborales en sentido estricto; en la práctica, las entidades federativas no implementan una política de empleo específica o independiente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Si hacemos un análisis comparativo respecto a la inversión en capacitación y políticas en el mercado de trabajo, veremos que México gasta menos del 0,05% respecto al PIB, mientras que Ecuador gasta el 0,06% (2008). El promedio de la región no supera este porcentaje, si analizamos los datos de otros países de la región, como por ejemplo Chile³⁹⁶ que en el año 2005 invirtió el 0,14% del PIB para capacitación. Esta situación mantiene rezagada a Latinoamérica en comparación con otras regiones y países, principalmente aquellas que tienen altos niveles de productividad como Alemania (2,5%), Suecia (3,5%) y Dinamarca (4%) que además han alcanzado buenos niveles de bienestar social. Estas deficiencias han limitado la articulación políticas de empleo integral que incluyan programas activos y pasivos que mejoren las condiciones de empleabilidad de los trabajadores.

³⁹⁵ Jiménez Jiménez, José Alejandro, *Op. cit.*, nota 86, p. 36

³⁹⁶ Velásquez Pinto, Mario, *Flexibilidad, protección y políticas activas*, CEPAL, Taller, Santiago de Chile 4 – 5 de agosto 2008.

2.2.6. ¿Es posible aplicar un modelo de flexiseguridad en América Latina?

Para plantear un modelo de flexiseguridad en la región, es necesario estructurar una política de empleo que reconozca las reales condiciones de los trabajadores en cada país, crear un seguro de desempleo más inclusivo que combine aportaciones previsionales y fiscales, incentivar programas de formación y capacitación en aquellos sectores con mayor productividad y con mayor valor agregado así como crear programas de autoempleo y de microempresas que han sido las más exitosas en la región, con apoyo gubernamental.

Por ello, las perspectivas de aplicar este modelo aún son lejanas para la región; incluso con las iniciativas emprendidas en algunos países se podría alcanzar modelos de bienestar consolidados aunque requieren saldar antiguas deficiencias. Ahora bien, no hay que olvidar la importancia que reviste para cada nación incorporarse al mercado internacional con ventajas competitivas en el marco de la globalización. Para lograrlo es necesario transformar las bases del modelo productivo, laboral, fiscal, previsional y de políticas de empleo. Estas son asignaturas pendientes para toda la región.

Por otro lado, es fundamental evaluar con detenimiento los beneficios que traería a cada país la implementación de una modalidad de flexiseguridad, en lo referido a las instituciones jurídicas laborales. Así un sistema de *job rotation* promovería mayor inestabilidad y volatilidad en los mercados latinoamericanos, lo cual en experiencias anteriores ha demostrado ser una limitante para el crecimiento de la productividad, ya que impide la vinculación del trabajador con el aprendizaje organizacional y con las estrategias a largo plazo que supongan aumento de valor añadido³⁹⁷.

En el caso de despido libre o de la reducción de indemnizaciones por despido intempestivo, es necesario evaluar su conveniencia en cada país. Si vemos el caso de los países europeos más competitivos y cohesionados, que tienen una figura de despido individual y colectivo con indemnizaciones más baratas, en su mayoría los despidos son infrecuentes y en ellos intervienen activamente las organizaciones de trabajadores; además existe mayor dificultad en la norma para que un juez declare un despido socialmente justificado y las empresas optan por reducir la jornada en lugar de

³⁹⁷ Zufiaur José María, *La flexi-inseguridad contraproduktiva*, Ponencia de la UGT ante el Comité Económico y social Europeo, 19 de julio del 2010, p. 2

despedir³⁹⁸. Todos estos puntos hay que considerar previo a realizar una reforma hacia la flexiseguridad en los países latinoamericanos.

3.- Perspectivas normativas

La necesidad de cambio en la norma ha sido evidente en los últimos años en la región. Las medidas flexibilizadoras “radicales” no tuvieron buen resultado en la mayoría de países, por lo cual se empezaron a buscar medidas alternativas que procuren la modernización del derecho del trabajo pero con seguridad para el trabajador. A continuación analizaremos algunas modalidades que pudieran contrarrestar los resultados negativos de la flexibilidad radical.

3.1 Cambios en la jornada de trabajo

Una de las modalidades más utilizadas y que ha tenido buenos resultados tanto en la Unión Europea como en otras regiones, es la *reducción de horas de trabajo* y la *jornada a tiempo parcial*. Estas modalidades fueron utilizadas en varios países de Latinoamérica, sin que tuvieran buenos resultados, ya que en su momento no se conjugaron las regulaciones adicionales como la laboral y la de seguridad social; sin embargo, es una buena expectativa que debería evaluarse en cada nación.

En el caso de **México**, existen buenas perspectivas para el año 2010, en el aumento de contrataciones a jornada parcial de técnicos y profesionales. En **Ecuador**, el mandato constituyente 8 promueve la contratación a jornada parcial permanente como una modalidad que promueve la estabilidad de los trabajadores. Por tal razón, se podría incentivar una reforma laboral que regule este tipo de contrato, siempre y cuando se reconozca los derechos laborales de los trabajadores como salario digno y el pago de las prestaciones a la seguridad social.

³⁹⁸ *Ibíd*em, p. 3

3.2 *Los Contratos atípicos*

En materia de contratación, es importante revisar la necesidad de utilizar contratos atípicos conforme a los requerimientos del mercado de trabajo, si cumplen con la finalidad propuesta y si en la práctica se van a utilizar para esos objetivos. En este sentido, varias legislaciones laborales en la región, señalan expresas excepciones para la utilización de *contratos temporales*, hasta integrar un modelo de contingencia que alterne entre el manejo de un seguro de desempleo y políticas activas de empleo.

Ahora bien, mantener un sistema de restricciones como es la tendencia actual (véase el caso de Chile y Argentina) limitaría nuevamente la posibilidad de hacer más flexible y eficaces a los mercados laborales; pero tales excepciones no pueden desconocerse en la norma, ya que se perpetuarían la condición de alta precariedad que se vivió en algunos países de la región durante los años ochenta y noventa³⁹⁹. Ante esta situación, es necesario que cada país evalúe detenidamente la necesidad de la utilización de estos contratos, en sectores y actividades determinadas, con las limitaciones de tiempo necesarias, a fin de que puedan ser eficaces para la adaptabilidad de las empresas.

En este sentido, considero que mientras se consolide un mejor sistema de seguridad social (modelo previsional universal, contributivo y no contributivo, con alta inversión estatal y un seguro de desempleo amplio), será necesario utilizar políticas activas de empleo complementadas con algunas figuras contractuales que permitan incrementar los empleos y alcanzar altos niveles de productividad y competitividad. Para ello es necesario focalizar medidas en ciertos sectores con mayores dificultades de inserción y permanencia, así como aquellos sectores con expectativas de crear empleo y de alcanzar buenos niveles de productividad. En este caso sería conveniente utilizar *contratos de formación*, siempre y cuando resulten necesarios para la inserción de trabajadores jóvenes y conlleven la contratación por tiempo indefinido. De igual forma, la iniciativa del teletrabajo⁴⁰⁰ es una buena opción para conciliar la vida familiar con el empleo, principalmente para las mujeres. No debemos olvidar que todas estas iniciativas no cumplirían con su finalidad, sino se promueve una verdadera fiscalización por parte de

³⁹⁹ Cfr. numeral 4.1.1.1. del capítulo tercero.

⁴⁰⁰ Véase numeral 2.5.2.3.4 del capítulo tercero.

la Inspectoría de Trabajo, a fin de que la autoridad verifique que existen las condiciones mínimas en las empresas y en los lugares de trabajo.

3.3 La Polifuncionalidad

En Europa la flexibilidad interna ha sido una modalidad muy utilizada y que ha tenido mucho éxito en la protección a los trabajadores. Por ello, la flexibilidad funcional puede resultar beneficiosa en la región siempre y cuando se interactúe con los representantes sindicales para determinar las necesidades de los trabajadores; en el caso de las empresas de telefonía fija de Zulia – Venezuela⁴⁰¹, se comprobó que las empresas de telecomunicaciones no consideraron las expectativas laborales de los empleados, lo cual a la larga generó descontento y desaliento en el trabajo. Por ello se recomendaría que la flexibilidad funcional se combine con un adecuado plan de carrera para garantizar la permanencia del trabajador y una adecuada interacción entre los trabajadores y empleadores⁴⁰². Para ello es necesaria la presencia de sindicatos fuertes y representativos que reclamen los derechos de los trabajadores.

3.4 La Subcontratación Laboral

La subcontratación laboral en el actual contexto de globalización y mercado abierto, es un mecanismo muy utilizado, según lo constatamos en el capítulo tercero⁴⁰³; ahora bien, es necesario que en las legislaciones laborales de la región se regule las diversas modalidades de subcontratación laboral, para distinguir las actividades que se autorizan a unas y otras. Esta reglamentación es necesaria pues la generalidad para estos casos ha sido un medio que perpetúa la simulación de las relaciones laborales; en específico es importante determinar las funciones de las empresas intermediadoras (relacionadas por lo general con las agencias de colocación o de búsqueda de empleo), las empresas de suministro de personal (empresas de trabajo temporal entre otras) así como las empresas tercerizadoras o outsourcing (aquellas encargadas de la prestación de servicios u obra) en razón de que cada una tiene su regulación específica. Por ejemplo, las empresas de

⁴⁰¹ Cfr. numeral 4.1.2.2. capítulo tercero.

⁴⁰² Useche, et al, op cit, nota 328 , p. 78

⁴⁰³ Cfr. numeral 2.6 del capítulo segundo y numeral 4.1.1.4 del capítulo tercero.

suministro de personal se utilizan como un mecanismo de excepción para la provisión de trabajadores temporales como en el caso de Chile, Perú, Colombia.

Esta recomendación la hacemos en razón de que durante muchos años en el Ecuador se permitió que cualquier empresa realice las actividades de intermediación, subcontratación o tercerización sin distinción alguna, lo cual convirtió a estas modalidades en instrumentos para el fraude laboral. Además es importante que se incluya en la norma una recomposición dogmática de la noción de empleador, que se adecue a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las forma de organización empresarial; en este sentido se requiere interpretar que el verdadero patrono es el destinatario final del trabajo prestado, y por ello el que en última instancia se beneficia del mismo, de manera que *todos los trabajadores* que directa o indirectamente trabajan para él son sus empleados. Al existir esta clara definición quedaría superado el riesgo de insolvencia del contratista, intermediario o suministrador.

También resulta necesario regular las condiciones en que se manejará la relación civil o comercial entre la empresa usuaria y la empresa subcontratista para prever las obligaciones específicas de cada una de ellas. Algunas experiencias han demostrado buenos resultados como el caso de Chile que ha mejorado las condiciones de los trabajadores al determinar ciertas obligaciones de la empresa subcontratista y de la usuaria en relación con el manejo del personal y del cumplimiento de sus derechos⁴⁰⁴.

Otro punto importante a señalar en la norma, es la *responsabilidad solidaria* de todo patrono o empresario que subcontrate, con lo cual se reconoce que tanto el empleador interpuesto como el empleador final son responsables del pago de los créditos laborales. Los trabajadores podrán exigir el pago a cualquiera de ellos o a ambos. Finalmente, la eficacia de las reformas dependerá siempre de la intervención oportuna de las autoridades laborales, principalmente de la inspectoría de trabajo respecto a las sanciones, restricciones y garantías que señale la ley.

⁴⁰⁴ Cfr. p. 15 de este capítulo.

4. La perspectiva constitucional y judicial

Según estudiamos en el capítulo tercero, la incorporación de medidas flexibles al mercado laboral durante los años ochenta y noventa se realizaron mediante reformas normativas, que tenían como base los lineamientos del Consenso de Washington y las necesidades internas de renovación⁴⁰⁵. En este sentido, las justificaciones para la reforma laboral fueron de tipo económico (crisis, productividad, competitividad), social (altas tasas de desempleo y nuevos actores sociales) y de organización de trabajo (cambio en el paradigma Taylor-fordista y nuevas tecnologías).

En la actualidad, la necesidad de mantener un mercado laboral flexible persiste, aunque con diversos matices que en años anteriores, ya que las reformas legales en materia laboral no pueden obedecer únicamente a las necesidades económicas y políticas, sino que deben partir desde premisas jurídicas que se fundan en la Constitución como la base de todo ordenamiento jurídico. Tampoco pueden sostener un modelo en extremo protector, porque los fenómenos sociales y económicos requieren de cambios constantes que se dirigen a una mayor flexibilidad. Por ello, las relaciones de trabajo y en general el ordenamiento normativo laboral deben propender a un nuevo modelo más equilibrado e inclusivo que es la tendencia del derecho actual.

Esta nueva visión proviene de los diversos fenómenos políticos, económicos y sociales sucedidos a finales del siglo XX que caracterizaron la estructuración de una nueva sociedad, más pluralista, marcada por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes que conviven entre sí. En este sentido, la existencia de una gran variedad de propuestas y de tendencias que deben coexistir, obligan al derecho a transformarse en un instrumento más inclusivo, no solo como un mecanismo que determine un proyecto de vida en común, sino como una propuesta que plantee diversas opciones, dependiendo de cada necesidad social. No queremos decir que el derecho ha perdido su imperatividad, sino que ha evolucionado en un mecanismo de equilibrio.

⁴⁰⁵ Cfr. apartado II del capítulo tercero.

En este contexto la Constitución se convierte en una plataforma de partida, que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales diversos, pues establece una gama de criterios de acción o juicios para la praxis, que permiten la convivencia social⁴⁰⁶; la Constitución muestra una imagen de *ductilidad* en la que deben coexistir valores y principios que no tienen un carácter absoluto sino que deben ser compatibles con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)⁴⁰⁷.

En materia laboral, hoy más que nunca, estos postulados asumen relevancia, en razón de la importancia que tiene para el mercado laboral la presencia de modalidades que compatibilicen los cambios relativos a la globalización y al nuevo modelo económico con la protección mínima de los derechos laborales. En este sentido, vamos a analizar las perspectivas que en materia de derechos se presentan en el nuevo modelo de Estado Constitucional para proponer un modelo de flexibilidad que cumpla con el marco constitucional y legal laboral en México y Ecuador. Es importante considerar que en este marco se incorpora a los tratados internacionales ratificados por cada país, ya que forman parte de su sistema legal.

4.1. Perspectivas conforme la constitucionalización de los derechos laborales

4.1.1. El nuevo Estado Constitucional de Derecho

Actualmente, la Constitución aparece como un filtro bajo el cual debe leerse todo el derecho, en virtud de la importancia que se da a la dignidad humana; esta tendencia se denomina como “constitucionalización” del derecho, la cual tiene como característica especial la reinterpretación de los institutos infraconstitucionales bajo una nueva óptica constitucional⁴⁰⁸. Tal concepción parte del *neoconstitucionalismo* que es una nueva

⁴⁰⁶ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, quinta edición, Traducción Marina Gascón, Madrid, 2003, p. 14

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, pp. 40 y 41

teoría que considera al Estado Constitucional de Derecho como la mejor y más justa forma de organización política⁴⁰⁹.

El Estado Constitucional, que es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales⁴¹⁰ centra a la Carta Magna en la base de todo ordenamiento jurídico, con nuevas características impensables en el contexto decimonónico del modelo liberal de Estado de Derecho; actualmente la Constitución tiene una omnipresencia en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos jurídicos, por cuanto ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos. La noción de dignidad humana y los derechos fundamentales se convierten en premisas del Estado constitucional, de manera que ni siquiera las mayorías representadas en asambleas legislativas pueden ir en contra de esas premisas.

Es por ello que este nuevo fenómeno de constitucionalización del derecho, incide directamente en las relaciones jurídicas reguladas por el derecho del trabajo, ya que en todo gran problema que se presente en materia laboral se debe considerar todos los derechos fundamentales involucrados; tal presencia es básica porque actualmente el neoconstitucionalismo es el instrumento más viable para encontrar respuestas equilibradas ante muchos de los problemas contemporáneos del derecho del trabajo, en tanto es su vocación buscar este tipo de respuestas frente a los problemas de sociedades complejas y heterogéneas.

La Constitución para poder legitimar la garantía de coexistencia y compromiso social, cumple con ciertas medidas que procuran el equilibrio de las condiciones fácticas; entre ellas: a) limita al legislador no solo respecto al modo de producir el derecho, sino también de predeterminar amplias esferas de regulación jurídica. En este sentido la nueva visión constitucional de los derechos laborales⁴¹¹ impone ciertos límites al poder decisorio del legislador ordinario; b) existe una omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; en la actualidad las responsabilidades y facultades de los jueces son mayores, siendo estos los garantes de los valores y fines previstos en

⁴⁰⁹ Prieto Sanchís Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Editorial Palestra, 2007, p. 110.

⁴¹⁰ Idem

⁴¹¹ Véase un amplio estudio sobre el tema en Canessa Montejó Miguel, *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT*, PLADES, 2008.

la Constitución y tutelados por los derechos fundamentales; y c) coexisten una constelación plural de valores, a veces *tendencialmente contradictorios*, en lugar de homogeneidad ideológica en torno de un puñado de principios coherentes entre sí⁴¹².

4.1.2. Los principios jurídicos como base del neoconstitucionalismo

La teoría del neoconstitucionalismo procura que en la Constitución se positivice el listado de derechos fundamentales y exista una mayor presencia de principios, a fin de que el ordenamiento jurídico se cimiente en un mínimo de valores. Los derechos fundamentales tienen una multiplicidad de definiciones según diversas perspectivas, entre ellas las señaladas por Luigi Ferrajoli⁴¹³ y Robert Alexy⁴¹⁴ que han sido las más estudiadas en Latinoamérica. Para Ferrajoli los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; se entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁴¹⁵.

Para Alexy los derechos fundamentales se definen como todo un haz de posiciones definitivas *prima facie* vinculadas en forma recíproca, que están recogidas en una disposición iusfundamental⁴¹⁶. Por tal razón, todo derecho fundamental está determinado en una disposición de derecho fundamental, la cual es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que los tipifican. En México y Ecuador se han ratificado varios convenios internacionales que recogen derechos fundamentales en el trabajo, según lo analizamos en el capítulo primero, y que se incorporan al derecho interno, conforme a la jerarquía normativa que ha sido reconocida para el efecto⁴¹⁷.

⁴¹² Prieto Sanchís Luis, “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 422.

⁴¹³ Ferrajoli, Luigi, *Op. cit.*, nota 90, p. 40.

⁴¹⁴ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, traducción Ernesto Garzón Valdés, tercera reimpresión., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432.

⁴¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, nota 92, p. 37

⁴¹⁶ Alexy Robert, *op.cit.*, nota 414, p. 244

⁴¹⁷ Cfr. numeral 3.3. del capítulo primero.

La mayoría de normas de derecho fundamental son preponderantemente principios, lo cual conlleva a ciertas consecuencias sobre todo al momento de su aplicación. En este sentido, bajo la teoría del neoconstitucionalismo se destaca la presencia de más principios que reglas, los cuales retoman relevancia⁴¹⁸ luego de que durante muchos años se los dejó en una especie de olvido. En la actualidad, la distinción entre principios y reglas es un tema clave de la hermenéutica jurídica, en general, y del constitucionalismo moderno, en particular⁴¹⁹. Se conocen como *reglas* aquel tipo de normas jurídicas a las que se obedece, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas⁴²⁰; el modo de aplicar las reglas es la subsunción.

Por su parte, los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁴²¹. Partimos del hecho de que actualmente se considera que en la Constitución todos los principios son normas, y que por tanto todas tienen la misma jerarquía⁴²². Esto en razón de que la tradición constitucional de los países latinoamericanos consideraba que ciertos principios, principalmente aquellos de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa ya que tradicionalmente han sido considerados como decisiones políticas fundamentales⁴²³, según lo analizamos en el numeral 2.3 del primer capítulo. Sin embargo, en la actualidad consideramos que todas las normas de la Constitución son verdaderas normas jurídicas, jerárquicamente superiores al resto del ordenamiento e irreformables bajo los procedimientos normales de reforma de leyes⁴²⁴. En este sentido hay que recordar que el hecho de que algunos principios o derechos fundamentales en materia laboral no tengan garantías específicas, no les resta su contenido normativo; esto genera únicamente ciertas lagunas que deben ser colmadas por la misma ley⁴²⁵.

⁴¹⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5ta reimp. Aire, 2002, p. 72.

⁴¹⁹ De la Parra Eduardo, "La ponderación en Robert Alexy", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 4, núm. 7, julio-diciembre 2008, p. 34

⁴²⁰ Prieto Sanchís Luis, *Op. cit.*, nota 409, p. 109.

⁴²¹ Zagrebelsky Gustavo, *Op. cit.*, nota 406, p. 86.

⁴²² La Suprema Corte ha sostenido la siguiente tesis: CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª época, t. V, primera parte, pleno, p. 17.

⁴²³ Véase el análisis que realiza sobre el tema Cossío José Ramón, en *Dogmática Constitucional y Régimen autoritario*, Biblioteca de Ética, filosofía del derecho y política, México, 2da edición, 2000, p. 75

⁴²⁴ Carbonell Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y fuentes del Derecho en México*, Editorial Porrúa, México 2004, p. 146

⁴²⁵ Cfr. Ferrajoli Luigi, *Op. cit.*, nota 92, p. 64

Robert Alexy considera a los principios como *mandatos de optimización*, que revisten una particular forma de solucionar las colisiones entre dos principios, pues no se invalida uno de aquellos ni se introducen una cláusula de excepción, sino que un principio cederá ante el otro bajo ciertas circunstancias, pero en otra circunstancia la precedencia puede ser al revés. Para la solución de conflictos entre los principios jurídicos es necesario considerar el peso que tiene cada principio en el caso concreto y prevalecerá aquel con mayor peso; de ahí que se diga que, mientras los conflictos de reglas se resuelven en la dimensión de la validez, la colisión entre principios se resuelve a través de una dimensión del peso⁴²⁶.

En materia laboral el peso de ciertos principios prevalece frente a otros por su propio contenido. Tal es el caso del principio protector y las tres reglas que emanan de él: a) In dubio, pro operario, b) Regla de aplicación de la norma más favorable, c) Regla de la condición más beneficiosa, por lo cual al colisionar con otros principios, puede llegar a prevalecer en ciertos casos concretos, conforme analizaremos más adelante.

Cuando los bienes jurídicos tienen una dimensión axiológica, en especial los protegidos por los derechos fundamentales, la solución de sus conflictos también se inscribe en una dinámica valorativa; es decir, si los bienes jurídicos son valores, su apreciación se lleva a cabo por una determinada apreciación que se basaría en una de las siguientes alternativas: 1) una jerarquía de valores jurídicos objetiva y *a priori*; 2) una simple ponderación en cada caso de los bienes o derechos en conflicto prácticamente subjetiva y “al tanteo”, sin parámetros que deban satisfacerse en ella, y 3) una apreciación prudencial de esos bienes en pugna, basada en su teleología y su funcionalidad en el orden jurídico⁴²⁷. Esta es precisamente la alternativa que conjuga un modelo equilibrado para la incorporación de medidas más justas.

A esta actividad se le llama *ponderación* que, según Giancarlo Rolla, puede clasificarse en dos tipos: a) la ponderación para solucionar un caso (*ad hoc balancing*) y, b) la

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁴²⁷ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, la Ley, 2000, pp. 7-11, 26, 41, 56 y 57, citado por Sánchez Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 25

realizada por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales (*definitional balancing*)⁴²⁸. Para nuestro estudio es importante considerar ambos modelos de ponderación, pues existe una importante presencia del legislador en los cambios que requiere el mercado de trabajo vía flexibilidad normativa, así como la labor de los jueces ha sido determinante en los cambios fácticos de la norma laboral. Ahora bien, es importante considerar que la ponderación legislativa siempre estará sujeta al control judicial de constitucionalidad de leyes, en donde los tribunales revisarán, también mediante una ponderación, lo fundada o no que haya sido la ponderación legislativa desde un punto de vista constitucional; amén de los casos en que los tribunales ponderan principios en situaciones diversas al control constitucional de leyes⁴²⁹.

La ley de la ponderación⁴³⁰ se puede dividir en tres pasos:

- a) Definir el grado de la afectación o no satisfacción de uno de los principios;
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego;
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero.

La ley de la ponderación se relaciona con el principio de proporcionalidad que permite dar una solución prudencial a los conflictos entre bienes y valores jurídicos especialmente cuando tocan alguno de carácter constitucional⁴³¹; el principio de proporcionalidad da pautas objetivas y precisas para calificar la justificación de la intervención legislativa en algún derecho fundamental mediante el examen de los aspectos relativos a los tres subprincipios que lo componen: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para estimar lícita una medida legislativa que intervenga algún derecho fundamental, ésta tiene que aprobar el examen de cada uno de los indicados subprincipios, basta que repruebe alguno de ellos para tenerla por

⁴²⁸ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 82.

⁴²⁹ Barroso, Luís Roberto, *Op. cit.*, nota 408, p. 41

⁴³⁰ En términos generales la ponderación es un método para tomar decisiones que implica la contemplación del peso o importancia relativa de dos o más consideraciones a favor o en contra de cierta acción a tomar. Porat, Iddo, "The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law", *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006, p. 1398.

⁴³¹ Sánchez Gil, *Op. cit.*, nota 427, p. 26

desproporcionada y por consiguiente ilegítima⁴³². A continuación haremos un análisis de los tres subprincipios:

- a) **Idoneidad y Adecuación:** Este subprincipio se desarrolla en dos vertientes para determinar la licitud de una intervención: 1) aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo; 2) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve⁴³³.

- b) **Necesidad o indispensabilidad:** Este subprincipio dispone que la medida legislativa, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idónea para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo⁴³⁴.

- c) **La ponderación:** Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos. Lo anterior es lo que se conoce como ponderación en sentido estricto, que Alexy hace consistir en determinar “cuál de los intereses (en conflicto), de igual jerarquía que en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto⁴³⁵”.

En este punto es importante destacar que la teoría del neoconstitucionalismo, procura armonizar los principios que se encuentran en la Constitución, es decir que crea

⁴³² *Ibidem*, p. 39

⁴³³ *Ibidem*, p. 44

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 46

⁴³⁵ *Idem*

mecanismos de convivencia para las normas constitucionales que se encuentran en conflicto; esto es precisamente lo que hace el principio de proporcionalidad, valora el peso de los derechos en conflicto según el caso específico. Ahora bien, ¿que pasa con el derecho restringido, puede eliminarse totalmente o prevalece un derecho frente a otro de la misma jerarquía?. Cada principio o derecho fundamental tiene un contenido esencial que no puede ser restringido; este contenido es la base del derecho, que en ningún caso puede desconocerse. Su propósito es evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales y que tales restricciones vacíen el contenido normativo dichos derechos⁴³⁶, es decir, es una garantía institucional que sirve para evitar abusos⁴³⁷.

En la doctrina constitucional se han creado varias teorías para justificar el contenido esencial de un derecho fundamental⁴³⁸, en el que se destaca el papel que tiene el principio de proporcionalidad; esto en razón de que al ser intervenido un derecho, tanto más resistente se vuelve. Esto quiere decir que los argumentos o razones opuestas deben aumentar desproporcionadamente para desplazarlo.

Si analizamos el texto de la Constitución mexicana, no encontraremos cláusula expresa que establezca la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales; sin embargo, eso no significa que dicha garantía no exista en este sistema constitucional y que no pueda aplicarse. El profesor Häberle, explica que no se requiere de formulación expresa de la garantía del contenido esencial, en tanto es una declaración complementaria y superflua de principios que ya están expresados en la Constitución.

Por otro lado, es importante destacar que la labor interpretativa no queda exclusivamente en los principios sino que debe combinarse con la interpretación de reglas jurídicas, que al guardar relación con el contenido constitucional, tienen la suficiente validez y vigencia para su aplicación; en este sentido, la concepción del ordenamiento jurídico como una combinación (en distintas dosis según sectores o ramas del derecho) de reglas y principios permite alcanzar, de acuerdo con la tesis de

⁴³⁶ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 409.

⁴³⁷ Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003, p. 222.

⁴³⁸ Alexy Robert, *Op. cit.*, nota 414, p. 291

Alexy⁴³⁹, mejores resultados en la armonización de los valores de justicia y seguridad que deben regir la vida social.

4.1.2.1. *Los principios de los tratados internacionales*

Los principios y derechos fundamentales de los tratados internacionales seguirán el sistema antes mencionado cuando no contradigan a lo determinado en la Constitución; en **México**, la propia Constitución establece expresamente que los tratados internacionales para ser válidos, no deben contrariar el espíritu de la Constitución y deben ser aprobados y ratificados en los términos del Art. 133 Constitucional que determina “... *todos los tratados que estén de acuerdo con la misma...*”. Es decir, la Constitución establece que para que los Tratados Internacionales puedan incorporarse al sistema jurídico positivo mexicano, deben ser congruentes con los preceptos de la carta Magna. Ahora bien, según criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa, existe la posibilidad de que un tratado internacional amplíe la regulación Constitucional en materia de derechos fundamentales⁴⁴⁰. Desde luego esta tesis sólo permite la ampliación de un derecho como función reglamentaria, lo que no significa que se amplíe el texto Constitucional⁴⁴¹.

En **Ecuador**, el sistema jurídico interno reconoce a los tratados internacionales como parte de la legislación interna, cuando han sido ratificados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional (Art. 417 CRE). Para evitar que una norma internacional entre en conflicto con una norma constitucional, el Art. 438 de la CRE establece el control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales por la Corte Constitucional. Ahora bien, los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen rango constitucional, a fin de que sean directamente aplicables sin necesidad de que alguna ley los convierta en derecho interno. Por ello, el segundo párrafo del Art. 417 de la CRE, señala que para el caso de los tratados internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derecho, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta.

⁴³⁹ *Idem*

⁴⁴⁰ Amparo en revisión 799/2003, Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito, Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre del 2004, p. 1896. Tratados internacionales. Su aplicación cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales.

⁴⁴¹ Walss Auriolos Rodolfo, *Op. cit.*, nota 106, pp. 231 – 215.

4.1.3. Los principios laborales en base a la teoría del neoconstitucionalismo

La relación que nace de la nueva teoría constitucional con el Derecho Laboral, se centra en la relevancia que a través de esta nueva teoría se da a los principios constitucionales laborales y a los derechos fundamentales del trabajador, que superan su papel meramente interpretativo e integrador para convertirse en verdaderos valores normativos cuyo contenido prevalece dentro de la Constitución. Ya no se trata de meras normas programáticas sino de verdaderos derechos, porque en la actualidad todas las normas constitucionales –sin distinción- tienen plena eficacia vinculante, incluidas especialmente las que estipulan los derechos fundamentales de las personas, y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo⁴⁴².

En materia laboral este punto es fundamental porque la eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, afecta a las relaciones entre particulares (eficacia horizontal) que es la característica de las relaciones laborales. Ahora bien, en América Latina la tradición jurídica, construida como una concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, procura limitar la incorporación de esta nueva tendencia, ya que considera a las cartas de derechos como meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requieren de desarrollo y configuración legal⁴⁴³.

Sin embargo, en los últimos años se han visto importantes avances en la región, que nos han conducido hacia una nueva aplicación de los derechos laborales constitucionales; tal es el caso de Chile que ha recepcionado plenamente la eficacia horizontal, principalmente la relacionada con la eficacia directa o normativa, reconocida bajo la denominación de “principio de vinculación directa de la Constitución” conforme el art. 6 inciso segundo de la Carta Magna. Esta eficacia directa fue recogida más tarde en el art. 5 del Código del trabajo al siguiente tenor: *el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales*

⁴⁴² Ugarte Cataldo José Luis, “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm 7, julio-diciembre de 2008, p. 255.

⁴⁴³ Cfr. numeral 2 y numeral 4 capítulo primero.

de los trabajadores; de igual forma, se crearon las garantías para efectivizar este mecanismo con la reforma laboral implementada por la Ley 20.087 de 3 de enero del 2006, en particular el procedimiento de tutela de derechos fundamentales⁴⁴⁴.

Por último, si analizamos la lógica propia del Derecho del Trabajo, su objetivo no es proteger espacios de autonomía de los privados sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia, y que es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales⁴⁴⁵. Por ello en este momento, nadie duda del contenido axiológico de los derechos laborales incorporados en la Constitución y de la importancia de los principios constitucionales.

4.1.4. El principio de proporcionalidad en materia laboral

Para resolver cuestiones de efectividad de los derechos sociales en las relaciones de trabajo, es importante considerar la necesidad de limitar el exceso a través del principio de proporcionalidad. Este principio procura impedir, por medio del control de constitucionalidad, los excesos eventuales cometidos por el legislador. Según señalamos en el capítulo primero, la intención de los principios laborales según la teoría tradicional, era inspirar el sentido de las normas, con arreglo a diversos criterios de los que pueden darse en otras ramas de Derecho, siendo su columna vertebral la protección de la parte más débil de la relación laboral, a fin de limitar la libre contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica. En este sentido, el principio protector ha constituido la base de los derechos laborales y las reglas para su interpretación, aunque no conste en forma explícita en algunas constituciones nacionales o en los tratados internacionales⁴⁴⁶.

Ahora bien, según analizamos en el segundo y tercer capítulo, las cambiantes condiciones económicas, políticas y sociales así como los nuevos paradigmas presentados en la década de los ochenta en todo el mundo, procuraron una radical transformación en el derecho del trabajo, etapa en la cual se preponderó la amplia

⁴⁴⁴ Ugarte Cataldo José Luis, *op. cit.*, nota 442, pp. 264 a 266.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 260

⁴⁴⁶ Los principios implícitos son aquellos considerados como premisas o consecuencias de normas, que en el primer caso se llegan por un razonamiento deductivo y el segundo por una deducción. Véase, Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, México, traducción Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, colección Doctrina jurídica contemporánea, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 207.

reglamentación de las condiciones laborales, en contradicción con lo regulado por la norma constitucional (tal fue el caso de varios países de Latinoamérica según lo analizamos en el capítulo tres). Efectivamente, en las nuevas normas laborales ya no se trataron sólo de la defensa de la persona del trabajador o de la compensación a nivel colectivo del poder negociador de empresarios y trabajadores, sino de flexibilizar el ordenamiento laboral para prestar especial atención a la productividad y la buena organización de los recursos de las empresas; esto significó reajustar y aligerar el acuerdo previamente acumulado de normas protectoras del trabajador.

Ante ello, entonces cabe la pregunta ¿en esta etapa de flexibilidad, qué sucede con el principio protector, y con los demás principios que emanan de él? Para algunos autores, estos principios cayeron en desuso y se percibe como si hubieran perdido vigor, principalmente aquel relacionado con la estabilidad en el empleo o la propia regla *in dubio pro operario*⁴⁴⁷. Para otros, en cambio, las funciones del principio protector, le dan una característica especial al derecho laboral, que no pueden desconocerse. “En efecto, si se entiende que sin principio de protección no hay Derecho del Trabajo, él solo – y tal vez sólo él – explica la existencia de la disciplina y le otorga identidad y autonomía”⁴⁴⁸. Concordamos con esta postura, pues si hay algo en común en la doctrina ius laboralista comparada, es que el Derecho del Trabajo nace con la finalidad tutelar a una de las partes de la relación laboral y en ello radica el núcleo de su especialidad.

Ahora bien, si analizamos la condición de los principios laborales a la luz de la teoría neoconstitucional, vemos que el principio de protección como centro del derecho del trabajo, actualmente debe convivir con otros principios (nuevos o tradicionales) que han sido incorporados en algunas constituciones a fin de adecuarse a las condiciones económicas y sociales imperantes en este nuevo siglo. Así, en algunos países han aparecido en el escenario laboral ciertos principios como defensa de la productividad, enunciado en el artículo 38 de la Constitución española⁴⁴⁹ y también el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que en la determinación del ritmo de trabajo el empresario deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona⁴⁵⁰. Otro caso es el principio de rendimiento, el cual está relacionado

⁴⁴⁷ Martín Valverde, *Op. cit.*, nota 62, p. 829

⁴⁴⁸ Plá Rodríguez Américo, *Op. cit.*, nota 61, p. 39

⁴⁴⁹ Martín Valverde, *Op. cit.*, nota 62, p. 827

⁴⁵⁰ Idem

con la cláusula de defensa de la productividad, que es un reflejo de la realidad socioeconómica de la globalización, en que la competencia internacional entre empresas, y la situación de empleo en el interior de los distintos países, se dirimen no solo en el terreno de los precios o de otros factores económicos, sino también en el terreno de la ordenación de las relaciones de trabajo.

En **México** la reforma constitucional no ha sido profunda, por lo cual no se ha modificado el art. 123 Constitucional, que contiene los principios y reglas de trabajo. En este sentido, se mantienen los tradicionales principios laborales que se incorporaron en la Constitución de 1917 y desde la primera Ley Federal del Trabajo de 1931, los cuales por la vía de los hechos han caído prácticamente en desuso y han sido ampliamente cuestionados, en específico el principio de estabilidad. De igual forma el principio referido a los derechos adquiridos ya no tiene un carácter absoluto, por los cambios suscitados en la negociación colectiva, que siguen los márgenes y limitaciones impuestos por la jurisprudencia⁴⁵¹. Por ello vemos que en la realidad, los principios laborales en México conviven con otros principios y con situaciones de hecho que han relegado a los principios laborales, lo cual no significa su pérdida de valor.

En **Ecuador** actualmente los principios tradicionales del derecho laboral conviven con nuevos principios que se han incluido a partir del año 2008 en que se expidió la nueva constitución. El art. 326 reconoce la mayoría de principios laborales tradicionales⁴⁵² mientras que el numeral 2 del Art. 284 de la Carta Magna, incorpora como uno de los objetivos de la política económica, incentivar la productividad y competitividad sistémica.

En este sentido, vemos que en las constituciones de la región conviven varios principios laborales lo cual genera un constante conflicto entre la prevalencia de uno y otro; esto se refleja en la norma, que en ocasiones no guarda congruencia con el mandato constitucional, principalmente aquellas que fueron reformadas en los años ochenta y noventa cuando la reglamentación de las condiciones laborales estaba muy alejada del contenido constitucional⁴⁵³.

⁴⁵¹ Reynoso Castillo, *op. cit.*, nota 376, p. 298

⁴⁵² Véase el numeral 3.2 del primer capítulo.

⁴⁵³ Cfr. numerales 1.1. y 4.1. capítulo tercero.

Por ello, en la actualidad el control de la constitucionalidad de las normas ha sido una de las mayores preocupaciones de las cortes constitucionales de la región. A muchos países ha llegado la inquietud de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar cualquier reforma normativa, de un acuerdo contractual o incluso para la aplicación de una política pública. Así tenemos el caso de Chile, que el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 30 de agosto 2006, realizó el control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios (actual Ley 20.123), en específico los artículos 183-H, 183-I, inciso tercero, 183-K, incisos tercero y cuarto, 183-L y 183-M, inciso tercero.

En Brasil, el numeral 2 del Art. 114 de la Constitución (enmienda constitucional No. 45 de 30 de diciembre del 2004) reconoce la aplicación del principio de proporcionalidad para el control de constitucionalidad de los contratos colectivos; esta disposición señala la competencia de la justicia de trabajo para resolver o decidir en los conflictos colectivos que se presentaren dentro de una negociación colectiva de naturaleza económica, cuando cualquiera de las partes se negare a negociar colectivamente o someterse a arbitraje. Si se analizan las disposiciones determinadas por el constituyente brasileño, veremos que los sindicatos y la empresa tienen amplia capacidad de negociación, por lo cual las cláusulas acordadas en el contrato colectivo tienen pleno efecto normativo; pero conforme lo señalado por el numeral 2 del artículo 114 de la CRB/88 por enmienda constitucional No. 45, un juez puede revisar la constitucionalidad del convenio y en esta revisión está obligado a aplicar el principio de proporcionalidad. En tal razón, cuando ocurra un conflicto de derechos entre la eficacia normativa conferida por las partes y una disposición constitucional, se aplicará este principio⁴⁵⁴.

Para algunos autores⁴⁵⁵, la aplicación del principio de proporcionalidad nunca será eficaz en el campo del Derecho del Trabajo, ya que al realizar el análisis proporcional no se toma en cuenta el ambiente de desequilibrio estructural de las fuerzas donde ocurren las restricciones de los derechos fundamentales de los trabajadores. En el

⁴⁵⁴ Cavalcante Lobato Marthius Sávio, *O valor constitucional para a efetividade dos directos sociais nas relacoes de trabalho*, Sao Paulo, LTR Editora, 2006, pp. 202- 208

⁴⁵⁵ Furtado Vidal Marcelo, *Ensayo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos de derechos humanos fundamentales laborales*, España, versión electrónica, 2009, p. 13

derecho laboral, la víctima de la violación es casi siempre subordinada a su autor, así que restringir los derechos será siempre un eufemismo o un modo elegante de que se violen derechos; sin embargo, por el contrario, considero que el principio de proporcionalidad es un mecanismo que podría permitir la real aplicación del principio protector, porque le da sustento normativo, reconoce la base jurídica de los principios laborales establecidos en la Constitución y además le reconoce su capacidad protectora; es decir, no se legitima la igualdad entre disparejos sino por el contrario se reconoce el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajo que se avocan a proteger al trabajador frente a los abusos externos.

4.1.5. El principio de proporcionalidad y la flexibilidad laboral

Según hemos visto, la convivencia de principios aparentemente contradictorios es una constante en las constituciones contemporáneas, por lo cual resulta necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. En las relaciones laborales ocurre frecuentemente que se presenten conflictos entre principios, sobre todo aquellos relacionados con el principio de protección y los principios que promueven la productividad y rendimiento, más ahora en la etapa de flexibilidad en que es imperante la reforma normativa para adecuar la legislación laboral a las necesidades del mercado.

Ahora bien, ¿por qué aplicar una medida de control constitucional a una reforma normativa que requiere estrictas evaluaciones del funcionamiento del mercado de trabajo?; precisamente, porque las medidas flexibles que se propongan pueden restringir la aplicación del principio de protección, que constituye el más importante valor constitucional en materia de trabajo, el cual no puede desconocerse ni menoscabarse. Entonces, ¿qué pasaría con la eficacia de esa reforma en la práctica, resultarían inviables o incongruentes con la realidad social? Por el contrario, lo importante de esta modalidad de interpretación es el análisis de las condiciones fácticas (informalidad, desempleo, productividad, crecimiento económico, nuevos actores sociales entre otras) frente a los derechos fundamentales en pugna, para que la medida tomada resulte más proporcionada y justa; Pero en este caso, ¿se restringiría el principio protector o se equipararía un derecho fundamental que nace de una relación entre desiguales con otro que tiene diverso origen?, considero que se está dando un pleno reconocimiento a la

desigualdad entre las partes que es la base de todas las instituciones del derecho del trabajo, para desde este punto resolver la proporcionalidad de las medidas tomadas.

Ahora bien, para aplicar el principio de proporcionalidad, es necesario que se reconozca el nuevo papel de la Constitución dentro del Estado de Derecho y por tanto, la coexistencia de principios y derechos fundamentales con un mismo valor y nivel, ya que si la legislación nacional sigue una línea interpretativa de jerarquía de principios, que otorga mayor valor a un principio que a otro (dígase al principio protector o al principio de productividad), entonces la aplicación del principio de proporcionalidad no cabría; en este caso hablaríamos del establecimiento de una jerarquización de derechos, que reconocerá la norma que sea superior o de mayor rango.

Respecto a este tema, existen posiciones contradictorias, pues hay quienes consideran al principio protector como un principio inmutable, en relación con su vocación de resguardo⁴⁵⁶, y por ello excluye la posibilidad de aplicar un principio de proporcionalidad para adecuar modalidades flexibles. Para otros autores en cambio el valor de los principios del Derecho del Trabajo es relativo⁴⁵⁷, ya que son emanación de la ley y por tanto dependen de aquel; por ello, el principio protector puede ser desatendido por una nueva ley sin que ésta sufra merma en su imperatividad. Para Montoya Melgar, el legislador puede hacer caso omiso del principio protector, - como por ejemplo, dejar de aplicar el principio de estabilidad en el empleo – sin que las normas, leyes o convenios sean considerados inválidos; tal situación se debe a que el principio protector tiene un carácter meramente interpretativo e integrador⁴⁵⁸. Uno de los ejemplos más claros sobre este aspecto, es la regulación de la contratación temporal en algunos países europeos y latinoamericanos.

Entonces, cuál sería el modelo más apropiado para aplicar los principios constitucionales, cuando la doctrina promueve dos alternativas contradictorias (inmutabilidad y relatividad). Ante esta disyuntiva, considero que el neoconstitucionalismo nos da una respuesta equilibrada frente el problema de validez y vigencia de los principios, pues promueve que las normas se regulen bajo el filtro

⁴⁵⁶ Ackerman Mario, *Op. cit.*, nota 63, p.33

⁴⁵⁷ “Son lo que las normas legales quieren, y no al revés (las normas no vienen obligadas a ajustarse a los principios)”. Montoya Melgar Alfredo, “Principios y Valores en el Derecho del Trabajo”, *En torno a los principios del Derecho del Trabajo, homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 23

⁴⁵⁸ Idem

constitucional. Esto no significa que se reste valor al principio de protección, por el contrario, se reconoce su vigor y su contenido axiológico para resolver un caso concreto. Tal ejercicio se realizará a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos en que exista colisión de principios.

En México, el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, se encuentra en los arts. 1 y 16 constitucionales. Rubén Sánchez Gil advierte que existe un mandato de optimización de los derechos fundamentales al interpretar a *contrario sensu* el primer párrafo del a. 1º de la Constitución, ya que los gobernados tienen una posición asegurada por los derechos fundamentales que debe respetarse al máximo posible, y sólo podrá limitarse (no optimizarse) en los casos y con las condiciones que establece la ley suprema⁴⁵⁹. El Pleno de la SCJN también reconoció como fundamento constitucional a la máxima de proporcionalidad el “principio de legalidad”⁴⁶⁰, es decir, el art. 16 de la Constitución.

Actualmente, la aplicación del principio de proporcionalidad es obligatoria en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en razón de que la Primera Sala sentó jurisprudencia⁴⁶¹, en la aplicación de este principio. En materia laboral, se ha aplicado este principio en varias ocasiones, una de ellas quedó determinada en la tesis aislada LXIV/2008 cuyo rubro dice: RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VALIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS⁴⁶².

También se ha reconocido a través de la jurisprudencia que el legislador debe cumplir con una actividad previa de análisis de la constitucionalidad a través de la aplicación del principio de proporcionalidad; esto en razón de que tal principio se expande a todas las actividades de deliberación política poniendo un límite a la actuación del legislador. En

⁴⁵⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 427, p. 62.

⁴⁶⁰ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴⁶¹ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴⁶² Amparo en revisión 173/2008, 30 de abril del 2008.

tal razón impone realizar un fino examen, frecuentemente profundo y sutilísimo, sobre la relación entre un determinado interés público u otro principio – no sólo tutelado sino exigido constitucionalmente – que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad este último⁴⁶³.

Siguiendo el criterio señalado por Sánchez Gil, en **Ecuador** el fundamento para la aplicación del principio de proporcionalidad lo encontraríamos en el literal l), numeral 7, Artículo 76⁴⁶⁴ de la Constitución de la República. En la jurisprudencia aún no se ha aplicado el principio de proporcionalidad.

A continuación vamos a analizar algunos de los posibles casos de colisión entre principios constitucionales, en los cuales podría aplicarse el principio de proporcionalidad en materia laboral.

En lo referido a la **flexibilidad externa**, el principio protector y el principio de productividad podrían llegar a una clara colisión, cuando por un lado la protección promueve la estabilidad del trabajador y por otro la productividad busca más flexibilidad para adaptarse a los cambios drásticos de la economía (competitividad). Si analizamos bajo los parámetros de los subprincipios de proporcionalidad veremos que el primer filtro constitucional (idoneidad) reconocería que los contratos temporales apoyan a una mayor productividad y son el instrumento legítimo para alcanzarlo; en esta primera etapa seguramente se descubrirían algunos *mitos* de la reforma laboral, que justifican la ampliación de contrataciones atípicas para “disminuir el desempleo”.

Al analizar el proyecto conforme al segundo subprincipio (necesidad) se constataría que los contratos temporales promueven una mayor productividad, aunque para ratificar este argumento deberán analizarse otras variantes (condiciones fácticas) para determinar si alcanzarán el objetivo esperado; en este segundo paso, se coteja la medida con el principio de protección para determinar su nivel de intervención, y en la mayoría de casos determinará cómo tales medidas pueden restringir este principio (estabilidad), por

⁴⁶³ SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 1110/2005, voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, 7 de diciembre de 2005, p. 1 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁴⁶⁴ Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos.

lo cual será necesario plantear ciertas excepciones para su utilización, a fin de que sean medidas legítimas (exigencia de causas objetivas que justifiquen la temporalidad, duración limitada, prohibición de prórrogas y contratos sucesivos). Incluso en esta etapa se discutirá la necesidad de crear medidas de contingencia (que dependen de políticas públicas en seguridad social- seguro de desempleo-) para permitir la amplia utilización de estas modalidades.

En cuanto al **despido** relacionado con el principio de *derecho al trabajo*⁴⁶⁵, el principio protector podría constituir una barrera frente a los despidos carentes de motivación o *ad nutum*, que son los postulados más requeridos por la flexibilidad laboral. El principio protector frente al principio de productividad podría restringir que en el despido disciplinario, la decisión empresarial tenga su raíz en un comportamiento laboral sancionable o, lo que es lo mismo, en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Para las demás situaciones extintivas de la relación de trabajo, aunque su etiología sea diversa (**despidos colectivos**), siempre deberán guardar relación con un hecho o dato objetivo susceptible de ser configurado como causa justa o suficiente, que provendrá de la decisión del legislador ordinario, también susceptible de adecuarse a las circunstancias de cada momento⁴⁶⁶.

Ahora bien, los resultados presentados podrían variar al aplicarse el tercer subprincipio (ponderación o proporcionalidad) en el cual se analizarán tanto las condiciones fácticas como el contenido interno de cada derecho (peso).

En el caso de **México** tenemos por ejemplo la disposición “el trabajo es un derecho y deber social” que conmina al legislador a crear una normativa laboral que favorezca la creación y conservación de puestos de trabajo, la cual se complementa con la intervención del gobierno central, en la organización de políticas públicas que apoyen esta vocación tanto cuantitativa como cualitativamente; esta disposición se complementa con el Art. 25 constitucional que obliga al Estado la rectoría del desarrollo nacional mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo.

⁴⁶⁵ Pedrajas Moreno Abdón, *Despido y derechos fundamentales, estudio especial de presunción de inocencia*, Madrid, Ed. Trotta, 1992, p. 139

⁴⁶⁶ *Ibídem*, p. 141

El elemento cualitativo, se relaciona con el derecho a un trabajo digno que señala el primer párrafo del art. 123 Constitucional, el cual tiene rango de principio laboral. Al relacionar ambos principios vemos que el contenido axiológico del derecho al trabajo, es precisamente el acceder y conservar un empleo digno. Así entonces se entiende que el límite que ponen ambas disposiciones es la dignidad humana, punto que deberá ser considerado tanto legislativa como administrativamente.

Ahora bien, este principio podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el 6to párrafo del Art. 35 Constitucional que señala que bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, lo que podría justificar en algún momento el promover mecanismos de flexibilidad laboral a través de la norma. Un caso muy puntual es la propuesta de reforma del Partido Acción Nacional⁴⁶⁷, que busca incorporar nuevas modalidades contractuales en la norma, medidas de polifuncionalidad y regulación de empresas subcontratistas; si bien son medidas que en gran medida pueden apoyar al mejoramiento de la productividad de las empresas privadas, no es menos cierto que podrían condicionar el pleno ejercicio de un trabajo digno conforme a lo determinado en el Art. 123 Constitucional.

Al existir una clara controversia social y política para que esta reforma se incluya en la norma, el principio de proporcionalidad podría funcionar como un catalizador que permita, a través de la legitimación constitucional, garantizar una reforma equilibrada y justa. Para ello debe analizarse objetivamente la incorporación de estas medidas según las necesidades fácticas y la ponderación entre principios.

Así por ejemplo, tomaremos el caso del *período de prueba*. Si evaluamos esta figura, veremos que incide en dos principios: el primero relacionado con la libertad de contratación que regula el Art. 5 Constitucional⁴⁶⁸ por cuanto el empleador tiene plena

⁴⁶⁷ El incentivo a la productividad de las relaciones laborales y la competitividad de la economía del país, consta en el primer párrafo de la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional a la LXI Legislatura del H. Congreso de la Unión para reformar a la Ley Federal del Trabajo.

⁴⁶⁸ La suprema Corte de Justicia de la nación a través de la jurisprudencia, reconoce que el Art. 5 de la Constitución regula la libertad de contratación. Según la SCJN, esta libertad tiene dos principios básicos: 1. Libertad de contratar, que existe cuando se tiene la facultad para celebrar o no celebrar el contrato, así como para escoger a la persona con la que se celebrará; y, 2. Libertad contractual, que se refiere a la facultad de las partes para convenir en cuanto a la forma y contenido del contrato. Véase Ejecutoria Amparo en Revisión 1122/2006, novena época, 2da sala, S.J.F y su Gaceta, XXVII, Abril 2008, p. 387.

facultad para escoger a quién contrata; y, por otro lado el principio relacionado con la estabilidad en el empleo, regulado en la fracción XXII del apartado A y fracción IX del apartado B del Art. 123 Constitucional, en cuanto el empleador tiene la obligación de justificar la terminación de la relación laboral -en todos los casos- ya que este principio pone resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.

Si analizamos esta figura conforme al *subprincipio de idoneidad* veremos que constituye el medio idóneo para cumplir con la finalidad de libertad contractual, ya que permitirá al patrón verificar el perfil y habilidades del trabajador contratado, contar con un tiempo prudencial para constatar sus capacidades y escoger al candidato más idóneo.

Ahora si analizamos conforme al *subprincipio de necesidad o indispensabilidad* veremos que el período a prueba constituye un mecanismo para que el empresario aprecie en la práctica la capacidad profesional del contratado, la adaptación a la tarea por parte del trabajador así como descubrir sus cualidades personales; sin embargo, no constituye la medida menos gravosa entre las existentes para la aplicación del principio de estabilidad, ya que lo limita considerablemente al otorgar plena libertad al empleador para dar por terminada la relación laboral sin una justificación detallada.

Además no quedan claros los parámetros que el empleador tomará al momento de que el período a prueba concluya para mantener a un trabajador en el puesto de trabajo o para terminar la relación laboral; en este sentido queda al arbitrio del empleador el aceptar o rechazar a un trabajador, sin que aquel pueda conocer las razones para ello. Con esto se abriría una puerta para “invisibilizar” las posibles acciones discriminatorias en un empleo, que en la práctica son muy comunes. Una de las soluciones podría ser la creación en todas las empresas de un sistema de verificación objetivo para valorar el trabajo realizado durante el período de prueba a fin de justificar su permanencia o salida, lo cual sería una medida novedosa en este tipo de figuras, pues en la doctrina comparada no se ha presentado un caso similar.

Por otro lado, si analizamos las condiciones fácticas que se han desarrollado en los últimos años en el mercado laboral en México⁴⁶⁹, advertimos que la utilización de los

⁴⁶⁹ Véase p. 7 de la iniciativa de reforma.

períodos de prueba podrían convertirse en medios de fraude, lo que obliga a la incorporación de ciertas restricciones a su manejo, a fin de que no se transgreda el principio de estabilidad relativa; así, es conveniente la prohibición de prórrogas y la limitación de su duración (en varios países como en Argentina y Ecuador, el período de prueba es de tres meses⁴⁷⁰ o noventa días).

Finalmente, para aplicar el *subprincipio de ponderación* se debe analizar el contenido axiológico de cada derecho y determinar el peso que tiene cada uno, porque a través de las fórmulas de valor que se apliquen en este paso, se podrá determinar si la medida tomada ha sido excesiva o equilibrada⁴⁷¹.

Este mismo procedimiento podría utilizarse para evaluar la constitucionalidad de las propuestas de limitación a los salarios vencidos (caídos), eximir al patrón de la obligación de reinstalar al trabajador con una antigüedad menor de tres años, la incorporación de la multihabilidad obligatoria y la fijación de salarios en base a la productividad y competitividad. Todas estas son modalidades flexibles que no quedan al arbitrio del legislador, ni a las discusiones del Congreso de la Unión y del Senado, sino que deben pasar por el filtro constitucional que en su momento tendrá que realizar la Suprema Corte de Justicia.

Otro tema importante a destacar es el arbitraje obligatorio en los conflictos de huelga que es un punto que ha causado preocupación al sector laboral y que generan un intenso debate. Al procurar estas disposiciones la restricción al derecho de huelga y el derecho a la contratación colectiva, será necesario realizar un ejercicio de control constitucional para determinar si resulta excesiva o equilibrada esta medida. Si se aplica el *subprincipio de idoneidad* veríamos que el arbitraje obligatorio sería una medida legítima para evitar que los movimientos de huelga se prolonguen injustificadamente.

Sin embargo, al aplicar el *subprincipio de necesidad*, encontraríamos dificultades para sostener esta medida, puesto que al condicionar que el arbitraje obligatorio se lleve a cabo sesenta días posteriores de estallada la huelga, se limitaría la facultad exclusiva de

⁴⁷⁰ En Argentina con la ley 25.877 de 2004, se retomó el período de prueba de tres meses, que en reformas anteriores se podía prolongar hasta por seis meses a través de convenio colectivo y en el caso de las PYMES..

⁴⁷¹ Para una mayor explicación sobre la estructura de la ponderación véase De la Parra Eduardo *op. cit.*, nota 418, pp.42-53.

los trabajadores de someter el conflicto a arbitraje según lo dispuesto en los arts. 469, apartado IV y 937 de la LFT, que reglamentan el Art. 123 Constitucional; de igual forma se obviaría otros mecanismos para alcanzar un acuerdo razonable durante las negociaciones. En este sentido, si bien estas normas podrían limitar la procedencia de la propuesta, no es menos cierto que la legitimidad del supuesto obliga a que se evalúe todas las posibilidades (las más viables) a través del filtro constitucional para determinar si esta medida es excesiva o es proporcionada.

En **Ecuador**, es necesario evaluar el conflicto que pudiera existir entre lo dispuesto en el Art. 327 de la Constitución que prohíbe la intermediación laboral frente a lo dispuesto en el Art. 284 numeral 2, referido al incentivo de la producción nacional, productividad y competitividad sistémicas. En este sentido será necesario que a través del principio de proporcionalidad se analice si existió un exceso en cuanto a la limitación del principio constitucional (eliminación de intermediación), si resultó una medida necesaria en razón de las condiciones fácticas existentes -principalmente las sociales- de cuyo resultado se podrá desprender la racionalidad de la medida o en su defecto considerar el restablecimiento de esta modalidad en la norma, con las excepciones y restricciones necesarias que garanticen en general el contenido esencial del derecho de protección; esto dependerá del resultado de la evaluación realizada a través de los tres subprincipios de proporcionalidad.

5. Otras medidas alternativas

Según hemos analizado a lo largo de este capítulo, las perspectivas para una flexibilización laboral, son variadas y requieren de la creación de mecanismos alternos a los existentes, tanto en políticas públicas como en materia jurídica. Es importante considerar el actual concepto de Estado de Derecho que amplía las posibilidades de acceder a medios que equilibren las relaciones de trabajo, ya no exclusivamente desde la perspectiva de la norma, sino a partir de la directa participación de los jueces y de los actores sociales en el ejercicio de sus derechos fundamentales (sea a través de la eficacia directa o de la obligación del Estado en generar políticas públicas que alcancen tales objetivos).

En este sentido el derecho laboral, ya no se encierra en el plano de las relaciones particulares (trabajador-empendedor) sino que se amplía a un ejercicio pleno de derecho ciudadano, en el que aún queda un saldo pendiente por el altísimo número de trabajadores informales y autónomos que se alejan de la protección del marco legal. Es así que además del cambio de concepción en el aspecto normativo, se requiere de la creación de vías alternativas para procurar una real condición de protección dentro de una etapa de alta flexibilidad. A continuación analizaremos otras posibles medidas a tomar para cumplir con el marco normativo constitucional y legal a fin de garantizar condiciones dignas de trabajo.

5.1. **Extensión del derecho del trabajo**

Una de las consecuencias de los cambios drásticos en el mercado laboral y de las limitadas posibilidades de generar más empleos, es que un gran número de trabajadores se encuentran en el sector informal o que prestan sus servicios en calidad de trabajadores autónomos, independientes o con contratos de carácter civil; en este último caso nos referimos a los trabajadores que, a pesar de realizar tareas de naturaleza estrictamente laboral, han sido contratados bajo distintas modalidades jurídicas con la finalidad de simular figuras civiles o mercantiles para evitar el vínculo laboral. Estas nuevas “modalidades” son en su mayoría consecuencia de la flexibilización normativa, aunque en ciertos casos han dependido de los cambios en el mercado de trabajo.

Por ello, uno de los objetivos que busca el derecho del trabajo es crear mecanismos de protección para aquellos trabajadores desplazados, que se encuentran en los sectores frontera. Presentar propuestas en este sentido no es una situación fácil de resolver porque al crear en la norma un sistema de niveles y umbrales, se estaría generando diversas categorías de trabajadores, con lo cual se caería en la grave situación de distinguir entre ellos (los de primera, segunda y tercera). De igual forma se necesitaría de un cambio legislativo de proporciones, que en ciertos países no se ha buscado por el desgaste que significó la exacerbada reglamentación de los ochenta y noventa.

Por ello, hoy más que nunca es necesario reconocer el papel de los jueces en la resolución de conflictos en los casos frontera; además la presencia de los principios es fundamental para considerar el verdadero contenido de cada derecho (definición de

trabajador) y señalar la respuesta adecuada cuando pueda existir una colisión entre un derecho fundamental y otro.

5.2 Sindicatos y negociación colectiva

Como hemos analizado, las modalidades para incorporar la flexibilización laboral en algunos países ha sido la negociación colectiva, donde los sindicatos han jugado un papel fundamental. El problema central es que durante los últimos años, los cambios en el sector industrial (aparecimiento de micro, pequeñas y medianas empresas) y las modalidades de negociación colectiva (acuerdo descentralizado), ha promovido el debilitamiento de la organización de trabajadores y con ello el poder de negociación, lo que en su momento permitió incorporar modalidades flexibles “extremas” en la contratación colectiva.

En el caso específico de México, el crecimiento del sector informal ha excluido a un importante número de trabajadores del movimiento organizado, lo que se suma a ciertas condiciones que impiden una real libertad sindical, como por ejemplo: a) restricciones en la norma a la libertad sindical del trabajador (cláusula de exclusión), b) prácticas sindicales que limitan la decisión voluntaria de los trabajadores (voto a mano alzada en las asambleas internas) o c) la limitada participación de los trabajadores en las negociaciones colectivas (contratos de protección). Ante ello, la Suprema Corte de Justicia ha emprendido iniciativas para reconocer el derecho a la libertad de sindicación de los trabajadores como en la jurisprudencia No. 2a./J. 150/2008⁴⁷², que es el primer paso para reconocer la obligatoriedad del voto libre, directo y secreto en el desahogo de la prueba del recuento de trabajadores.

El proyecto de reforma presentado por el Partido Acción Nacional en este año 2010, retoma esta iniciativa, sin embargo, aún determina ciertos límites a la libertad sindical. Así, incluye el arbitraje obligatorio en los conflictos de huelga y reforma la tramitación de las demandas de titularidad del contrato colectivo de trabajo, lo cual podría limitar aún más el ejercicio de la negociación colectiva así como la posibilidad de acordar condiciones equilibradas en las relaciones de trabajo, principalmente las relacionadas

⁴⁷² Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 451.

con la flexibilidad laboral. Por ello será necesario realizar un análisis de ponderación, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad para verificar si existe un exceso en estas disposiciones o por el contrario es equilibrada.

En el caso de Ecuador, los cambios en el mercado de trabajo y la flexibilización de las normas laborales provocaron la caída en los índices sindicales durante gran parte de los años ochenta y noventa, consecuencia de lo cual se debilitó la organización de trabajadores. La principal característica del modelo sindical en el Ecuador es la descentralización de la negociación (por empresa), la baja tasa de afiliación sindical (alrededor del 2,8% al 2008) y el reemplazo de la organización sindical por organizaciones civiles en las cuales participan trabajadores independientes y autónomos.

Ante estas condiciones, se recomienda promover la fijación de los niveles generales mínimos de trabajo en la negociación por rama, sin perjuicio de que sean mejorados en convenios colectivos de empresa; esto permitiría que las medidas de flexibilización propuestas se acuerden con sindicatos fuertes que propongan garantías para la protección a los trabajadores. Se recomienda la reforma del Código del Trabajo para permitir a las Centrales Sindicales (FUT, CEDOCUT, CEOSL, UGTE entre otras) negociar colectivamente, ya que agrupan a la mayoría de trabajadores sindicalizados así como organizaciones autónomas de trabajadores independientes.

5.3. Diálogo y concertación social

Una modalidad que ha resultado exitosa en la incorporación de medidas flexibles es la concertación o diálogo social, principalmente en la Comunidad Europea que cuentan con organizaciones sindicales fuertes, que negocian colectivamente por rama de actividad. Algunas experiencias en Latinoamérica, no han resultado exitosas al momento de lograr acuerdos tripartitos para la flexibilización de las relaciones laborales, pues como vimos en el tercer capítulo, algunos de estos pactos han legitimado modalidades flexibles excesivas o han justificado la presencia de cambios políticos o sociales que no han variado las condiciones existentes⁴⁷³.

⁴⁷³ Cfr. numeral 4.1.4.2 del tercer capítulo.

Desde hace varios años, se ha promovido la institucionalización del diálogo social en algunos países latinoamericanos, a fin de procurar un mayor equilibrio en los acuerdos alcanzados para la procedencia de una reforma normativa (Ecuador y Perú). Sin embargo, los resultados no han sido los esperados por el desbalance que existe en la intervención de los actores sociales, en donde el sector sindical se encuentra debilitado frente a las propuestas del Estado y de los empresarios.

Por ello, la propuesta de diálogo social requiere de ciertas premisas para que resulte exitoso y equitativo: 1) Existencia de libertades sindicales; 2) Entorno democrático; 3) Organizaciones sindicales y empresariales que sean representativas, transparentes, responsables y con voluntad de acción conjunta; 4) Compromiso político de las partes que participan en las instancias de diálogo; 5) Voluntad de las partes para cumplir con los acuerdos; 6) Existencia de un marco político adecuado caracterizado por un gobierno que goce de legitimidad y estabilidad política, y por interlocutores sociales reconocidos por el gobierno y que cuenten con la legitimación de la opinión pública y el conjunto de la sociedad; y 7) Capacidad técnica de los interlocutores para intervenir en distintos temas de agenda.

6. Comentarios finales

Según hemos analizado en esta investigación, la evolución del Derecho del Trabajo ha respondido a una serie de condiciones económicas, políticas y sociales que van muy de la mano con los avances de la humanidad, en donde han tenido un importante peso los cambios en la organización política y económica a nivel mundial.

Desde su origen, el derecho de trabajo se ha avocado a crear un marco protector que busca el equilibrio en las relaciones laborales mediante la creación de figuras de apoyo al sector más débil, en donde la presencia del movimiento organizado de trabajadores y la Organización Internacional del Trabajo ha sido determinante para sentar un cuerpo normativo laboral a nivel nacional e internacional. Su consolidación se vio reflejada en la creación de principios laborales a nivel doctrinal, legal y constitucional, que más tarde se complementarían con su autonomía e independencia administrativa y jurisdiccional.

América Latina creó un modelo de relaciones laborales y una norma laboral propia, con instituciones legales y constitucionales consolidadas, que en cierta medida respondieron a los reclamos del movimiento organizado y a las necesidades sociales de la época. A pesar de las serias deficiencias estructurales, la norma laboral sentó una base mínima de protección a los trabajadores, convirtiéndose en un elemento clave para el equilibrio de las fuerzas de trabajo.

Los severos cambios vividos en la década de los años ochenta y noventa dieron paso a una transformación radical del derecho del trabajo para iniciar una nueva etapa denominada de “flexibilidad laboral”. Esta etapa surgió como consecuencia de los cambios económicos, políticos y sociales de finales del siglo XX que trastocaron las bases de la organización política (Estado de Bienestar) y en consecuencia del Derecho del Trabajo. Varias fueron las razones para flexibilizar la norma, entre ellas la crisis económica, los altos niveles de desempleo y las necesidades de reforma por las

condiciones imperantes (cambios comerciales, tecnológicos, industriales y organizacionales), pero la principal razón se basó en el serio cuestionamiento a las instituciones jurídicas del derecho del trabajo, consideradas en su momento “obsoletas” y “rígidas” para subsanar una serie de deficiencias en materia de empleo.

Nació el *mito de la rigidez normativa* que imputaba a la norma laboral la responsabilidad del alto nivel de desempleo, subempleo, informalidad y freno en la productividad y competitividad; esta idea fue retomada por el Consenso de Washington, cuyas recomendaciones se siguieron en toda la región latinoamericana. A lo largo de la investigación hicimos un recuento de las medidas adoptadas en Europa, América del Norte y América Latina, para analizar comparativamente las modalidades utilizadas y resaltar aquellas que fueron exitosas o perjudiciales en cada región. En algunos países de Europa y América del Norte (Suecia, Dinamarca, Gran Bretaña, Alemania, Canadá, Estados Unidos, entre otros) la flexibilidad laboral tuvo un relativo éxito por la fuerte intervención estatal y sindical en el acuerdo de las medidas adoptadas, que se acompañaron de políticas de apoyo en materia industrial y social; a pesar de este relativo triunfo, no en todos los casos cumplieron con los objetivos planteados, lo que causó el reclamo de los sindicatos que aún eran representativos en algunos países. La medida más aceptada en Europa fue la flexibilidad interna que tuvo buenos resultados en ciertas modalidades como el tiempo compartido y el trabajo a tiempo parcial.

En América Latina, luego de veinte años de aplicar la flexibilidad laboral, quedó demostrado que la norma por si sola no fue la causante de los problemas de empleo, ya que su origen provino de otros factores; así tenemos el caso del alto nivel de desempleo, que fue consecuencia de los cambios constantes del mercado de trabajo, las consecuencias de la crisis económica, la aceleración del cambio tecnológico, la globalización, la creciente competencia por mano de obra más barata y en general por las características propias de cada mercado laboral. Lo mismo sucedió con el subempleo e informalidad que empezaron a gestarse en América Latina desde mediados del siglo XX, problemas que al no ser resueltos oportunamente, generaron serias deficiencias en el mercado de trabajo de la región.

Así entonces la flexibilidad laboral se convirtió en un medio para abaratar costos de mano de obra en una región con serias deficiencias en el mercado de trabajo, lo cual generó altos niveles de precariedad laboral y un severo problema social. El gran

inconveniente fue que en la región se aplicaron modalidades extremas, que prácticamente rompieron con los principios y fundamentos del derecho laboral como la flexibilidad externa que minó las bases de la estabilidad en el trabajo; en la experiencia de otros países quedó demostrada que la utilización de estas modalidades debía ser temporales, relativas y con la aplicación de medidas complementarias, sin embargo en la región se utilizó como el principal mecanismo para flexibilizar, lo que erosionó las relaciones individuales de trabajo e incidió en el debilitamiento de las organizaciones sindicales.

La contratación temporal en la mayoría de los casos no sirvió para reducir el desempleo sino que hizo frente a los cambios surgidos por la crisis económica, principalmente se adoptaron para que las empresas pudieran sostenerse durante esta etapa; tampoco generó mayores fuentes de trabajo sino que relativizó la estabilidad laboral; los subsidios a las contrataciones no incentivaron la creación de mayores empleos, sino que permitieron que ciertas empresas ahorraran en el manejo de mano de obra. De igual manera, la intermediación y la tercerización fueron verdaderas modalidades de fraude legal, por la falta de regulación expresa y por la ineficiente labor de la inspectoría de trabajo. En tal virtud, no se cumplió con los objetivos planteados en la reforma, sino que se facilitó la movilidad de mano obra con serias repercusiones para la condición social de los trabajadores. Tampoco la flexibilidad laboral respondió a las necesidades de innovación tecnológica y organización del personal, sino a las necesidades empresariales de ofrecer condiciones atractivas para la inversión extranjera. Por las propias deficiencias de los mercados laborales latinoamericanos, lo único que se podía ofrecer era mano de obra barata, lo cual se alcanzó mediante el debilitamiento de las instituciones normativas.

Por todo lo resaltado, se considera que la flexibilización laboral en América Latina fracasó, pues no cumplió con los objetivos esperados ni alcanzó el nivel de desarrollo que requería la región; la reforma laboral no permitió el crecimiento en productividad y competitividad, ya que debían tomarse otro tipo de medidas en temas económicos y políticos relacionados con la de innovación tecnológica, inversión social, política industrial, entre otros. Con ello se debilitó el contenido del Derecho del Trabajo y se dejó de lado el principio de protección que era su fundamento. Prácticamente las reformas que flexibilizaron las normas laborales obviaron los principios del trabajo que

constaban en las Constituciones nacionales y tratados internacionales, lo cual aunado a su bajo nivel de cumplimiento y poca confianza en la efectividad normativa, generó una clara fracción entre lo regulado (nuevas instituciones vs bases del Derecho del Trabajo) y la realidad social.

Esto no significa que la flexibilidad laboral sea en si mismo un mecanismo para precarizar las condiciones laborales, sino que deben tomarse medidas que aseguren un trabajo digno. Por tal razón, en los últimos años los cambios en la concepción del Estado de derecho y la crisis económica de 2008, han cuestionado profundamente las medidas adoptadas durante los años ochenta y noventa en el manejo de las relaciones laborales. Se ha considerado nuevamente la importancia de la protección al trabajador, lo cual no sólo depende de la reforma normativa, sino de políticas de empleo y de modernos regímenes de seguridad social. No se ha dejado de lado la necesidad de flexibilizar las normas laborales, pero se reconoce la importancia de proteger al sector más débil de las relaciones laborales: los trabajadores.

Así en Europa se promueve un cambio de concepción en la flexibilidad laboral hacia un nuevo modelo denominado “flexiseguridad” el cual combina la utilización de modalidades contractuales flexibles con políticas activas y pasivas de empleo, en la cual los sistemas de seguridad social desempeñan un papel fundamental para el bienestar de los trabajadores. Las perspectivas de aplicar este modelo en América Latina aún son lejanas, si consideramos que el éxito del nuevo sistema depende de un Estado de Bienestar consolidado, que incluya un sistema de seguridad social sostenido y políticas de empleo activas, lo cual son asignaturas pendientes para la región. Además, consideramos que este tipo de propuestas deben analizarse conforme a las necesidades de cada país, para adoptar lo que mejor se adapte a los mercados laborales internos.

Por otro lado, las propuestas de flexibilidad en la norma no pueden basarse únicamente en las necesidades del mercado de trabajo, sino deben reconocer la existencia de todo el marco jurídico laboral que se ha consolidado en la región. Los principios laborales en la Constitución y en los Tratados internacionales ponen frenos a la flexibilidad extrema por lo cual no deben desconocerse al momento de proponer reformas a la norma. México tendrá que reconocer los principios y reglas establecidos en el Art. 123 Constitucional para que proceda una propuesta de reforma en los próximos años.

Para ello, la intervención de los jueces es fundamental en este nuevo modelo de Estado Social de derecho, a pesar de las dudas que pudieran existir sobre su papel, por las experiencias pasadas que en ciertos países consolidaron el modelo flexible mediante la jurisprudencia. Sin embargo, considero que en la actualidad, el neoconstitucionalismo da una respuesta equilibrada y jurídica a los problemas sociales y económicos de la nueva sociedad, pues reconoce el papel de los principios y derechos fundamentales del trabajo en la Constitución y les da pleno valor; de esta manera al resolver cualquier conflicto laboral, se tomará en cuenta los derechos fundamentales del trabajador, en el que destaca el principio protector. Es importante señalar que al aplicar el principio de proporcionalidad no se resta valor al principio protector, por el contrario, en el análisis constitucional quedará demostrado su mayor peso frente a otros derechos. Sin duda el camino tomado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México se dirige a este objetivo, por lo cual es necesario plantear casos que se procuren reconocer los derechos fundamentales del trabajo y retomar las bases del Derecho del Trabajo frente a los cambios actuales.

En base a estos postulados, la irradiación de la Constitución en la esfera laboral no es una quimera, como así se consideró durante la evolución del derecho laboral, ya que en la actualidad se toman en serio las normas laborales señaladas en la Constitución y en los Tratados Internacionales; claro está que no sólo dependerá de una solución jurisdiccional, sino que requerirá de la aplicación de políticas públicas en materia de empleo, seguridad social, administración de trabajo, para generar condiciones dignas de empleo en la región.

Finalmente, es importante resaltar que las naciones latinoamericanas requieren evolucionar hacia un Estado Constitucional de Derecho que pueda garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo, así como una real democratización de los sistemas nacionales. Esta reflexión no es menor si consideramos que precisamente la Constitución es el instrumento que garantizará un ejercicio equilibrado de relaciones laborales.

Bibliohemerografía

Ackerman Mario:

- “El principio protectorio o de protección”, Pasco Cosmópolis, Mario, (coord.), *En torno a los principios del Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Porrúa, 2005.

- “El Constitucionalismo social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Julio-Diciembre del 2005.

Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, traducción Ernesto Garzón Valdés, tercera reimpresión., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Alonso, Manuel, “Ámbito y alcance de la flexibilidad en el mercado de trabajo”, *Círculo de Empresarios en el umbral de 1987*, España, Boletín 36, Cuarto Trimestre, 1986.

Amartya Kumar Sen, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, 2000.

Ayala Mora Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Biblioteca digital andina.

Báez Martínez Roberto, *Principios básicos del Derecho del Trabajo*, 4a, ed., México, Editorial PAC, 2001.

Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington D.C., 1997

Baquero Marco, *et.al.*, *La maquila en Ecuador, 1990-2002*. Nota Técnica No. 72, Dirección de Investigaciones Económicas, Ecuador, Septiembre 2003

Barajas Montes de Oca, Santiago, “La flexibilidad: nuevo elemento en la relación de trabajo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXIV, Número 70, Enero-Abril, 1991.

Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

Bastian Jean-Pierre, “América Latina 1492-1992, conquista, resistencia y emancipación”, *Cuadernos Constitucionales*, México-Centroamérica, UNAM-III, 1992.

Baylos Antonio, “La “huida” del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización)”, España, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2000.

Bensusán Graciela, “La subcontratación laboral y sus consecuencias, ¿problemas de diseño institucional o de implementación?, en Bronstein Arturo, “La subcontratación laboral”, en Consejo Consultivo Laboral Andino, PLADES e ILA, *La subcontratación laboral, análisis y perspectivas*, Cuadernos de Integración Andina, Perú, 2007

Berg Janine, Ernst Christoph y Auer Peter,

- *Enfrentando el desafío del empleo, Argentina, Brasil y México en una economía globalizada*, Plaza y Valdés Editores, OIT, 2006

- “Seguro de desempleo en tiempos de crisis”, en *Trabajo, revista de la OIT*, No. 67, diciembre 2009.

Bertranou Fabio M., *Seguros de Desempleo en América Latina*, Seminario “Consolidación y Desafíos del Seguro de Cesantía en Chile”, SAFF, Santiago, 30 de septiembre del 2004.

Bianchi Andrés, “América Latina: crisis económica y ajuste interno”, *Estudios Públicos*, CEPAL, No. 24, primavera 1986, Chile

Bollé Patrick, “El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?”, *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 116, número 4, 1997.

Boyer Robert, “La informatización de la producción y la polivalencia”, en Gutiérrez Garza Esthela (coord.), *La ocupación del futuro, flexibilización y desreglamentación laboral*, México, Fundación Friedrich Ebert y Editorial Nueva Sociedad, 1990.

Bronstein Arturo:

- “Reforma Laboral en América latina: entre garantismo y flexibilidad”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, OIT, Vol. 116, 1997.

- “Subcontratación Laboral”, en Alburquerque Rafael y De Buen Néstor (coord), *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, Editorial Porrúa, México 2000.

- “La subcontratación laboral”, en Consejo Consultivo Laboral Andino, PLADES e ILA, *La subcontratación laboral, análisis y perspectivas*, Cuadernos de Integración Andina, Perú, 2007

Cabanellas de Torres Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, actualizado por José N. Gómez Escalantes, Argentina, ed. Helista, 2001, Tomo I.

Caldera Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2da edición, Caracas, Librería el Ateneo, 1960, Tomo I.

Canessa Montejo Miguel, *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT*, PLADES.

Carbonell Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y fuentes del Derecho en México*, Editorial Porrúa, México 2004.

Caroy Martin, *et. al*, “Mercados laborales y formas de empleo en la era de la flexibilidad. Estudio monográfico de Silicon Valley”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, Volumen 116, 1997

Cavalcante Lobato Marthius Sávio, *O valor constitucional para a efetividade dos directos sociais nas relacoes de trabalho*, Sao Paulo, LTR Editora, 2006.

Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL), *Segundo informe sobre condiciones laborales en la industria electrónica de México*, Octubre 2007

CEPAL, *Evasión y equidad en América Latina*: enero 2010.

Chávez Ramírez Paulina, “Flexibilidad en el mercado laboral: orígenes y concepto”, *Revista de la Facultad de Economía de la Universidad de Puebla*, Año VI, No. 17.

Climént Beltrán Juan B., *Ley Federal del Trabajo, comentarios y jurisprudencia*, 27° edición, México, Editorial Esfinge, 2005.

Correa Rafael, *Vulnerabilidad de la economía ecuatoriana, hacia una mejor política económica para la generación de empleo, reducción de la pobreza y desigualdad*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004.

Consejo Consultivo Laboral Andino, *La subcontratación laboral, Análisis y perspectivas*, PLADES, ILA, 2007, Perú

Cossío José Ramón, en *Dogmática Constitucional y Régimen autoritario*, Biblioteca de Ética, filosofía del derecho y política, México, 2da edición, 2000.

Costa, M.T., “Descentramiento productivo y difusión industrial. El modelo de especialización flexible”, *Papeles de Economía Española*, 35, 1988.

Daubler, *Derecho del Trabajo*.

Dávalos José, *Derecho Individual del Trabajo*, 12a ed., México, Porrúa, 2002.

De Buen Lozano, Néstor:

- *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 1979, Tomo I.

- *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 2005, Tomo I.

- “El Sistema Laboral en México”, *Panorama internacional de Derecho Social. Culturas y Sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- “Crisis del Estado de Bienestar”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 22, Año 1993.
- Lucha contra el desempleo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XIX, Número 56, Mayo-Agosto, 1986.

De Ferrari Francisco, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1968.

De la Garza, et al:

- *Modelos de industrialización en México*, México, UAMI, 1998.
- *La situación del trabajo en México, 2003*, Instituto de Estudios del Trabajo, Universidad de Texas, 2003.
- *Los límites de la reestructuración productiva en México II, el cambio en las relaciones de trabajo*, Conferencia en el Primer Seminario de Economía del trabajo y Tecnología, Instituto de Investigaciones Económicas, Agosto-2006.
- “Los límites de la reestructuración productiva en México II, el cambio en las relaciones de Trabajo”, en González Chávez Gerardo (coord.), *Seminario de Economía del Trabajo y de la Tecnología: La flexibilidad laboral y tecnológica: situación actual y perspectivas*, IIE – UNAM, 2008, versión electrónica.

De los Helos Pérez Albela, “La frontera entre el Trabajo subordinado y el trabajo independiente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, número 105, Septiembre-Diciembre 2002.

Egas Peña, Jorge, *El derecho del trabajo a través de las Constituciones Políticas del Ecuador*, Guayaquil-Ecuador, ed. Edino, 2003.

De la Cueva Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 21º edición, México, Porrúa, 2007.

De la Parra Eduardo, “La ponderación en Robert Alexy”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 4, núm. 7, julio-diciembre 2008.

Deveali Mario L, “La pluralidad de las fuentes y el principio de régimen mas favorable para el trabajador”, *Revista de Derecho del Trabajo*, 1962.

Díaz Alvaro, “Flexibilidad productiva en las economías de la región y nuevos modelos de empresa”, *Boletín CINTERFOR*, OIT, No. 137, octubre-diciembre 1996.

Durán Fabio, “Opciones de financiamiento para universalizar la cobertura del sistema de pensiones de Costa Rica, *Serie estudios y perspectivas*, Sede subregional de la CEPAL en México, agosto 2006.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5ta reimp. Aire, 2002, p. 72.

EPISE, *Estado actual y tendencias en la gestión de recursos humanos en México*, 2007.

Ermida Uriarte, et. al., *Descentralización, tercerización, subcontratación*, OIT, Uruguay, 2009.

Etala Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*, 5ta edición, Astrea, Argentina, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfeco Andrés Ibáñez, Trotta, tercera edición, 2002.

Fina Sanglar, Lluís, *El problema del paro y la flexibilidad del empleo, Informes de un debate*, Madrid, Ed. MTSS, Colección Informes, serie Empleo, 1991.

Flores Saborido Ignacio, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España, la creciente flexibilidad en el acceso al empleo*, España, Consejo Económico Social, 1994.

Franco Eliana, *Reforma Económica, Productividad y Mercado Laboral en América Latina: Un estudio comparativo de Argentina, Costa Rica, México y Perú*, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, Perú, 2006.

GomezPeralta Damiron, Manuel, *La Revolución Laboral*, México, Plaza y Valdés, 1996.

Guerra Vilaboy Sergio y Santana Adalberto (comp.), *Benito Juárez en América Latina y el caribe*, México, Cuadernos de cuadernos, 2003

Guerrón, Ayala Santiago, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito-Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala y Corporación Editora Nacional, 2003

Gutiérrez Garza Esthela (coord.), *La ocupación del futuro, flexibilización y desreglamentación laboral*, México, Fundación Friedrich Ebert y Editorial Nueva Sociedad, 1990.

Humeres Magnan Héctor y Humeres Noguera Héctor, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, 12° edición, Santiago de Chile, Editorial jurídica, 1988

Ishikawa, Junko. *Aspectos clave del Diálogo Social Nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

Jaua Milano Elias, “Del Fordismo a la flexibilidad laboral: supuestos, crisis y realidades de la regulación social”, *Foro de Economía Política*, 2004, www.red=vertice.com/fep.

Jiménez Jiménez Alejandro, “Las políticas de empleo en México y el desarrollo regional”, *Revista de la Facultad de Economía*, BUAP, Año IX, Número 29, Mayo-Agosto 2005.

Kok Wim, *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Bruselas, 2003.

Kurczyn Villalobos Patricia:

- *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, UNAM-Porrúa, 1999.

- *Derecho social, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México-UNAM, 2005

- Kurzcyn Villalobos Patricia, (El Constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México), *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, UNAM, Año I, núm 2, julio-diciembre de 2004.

Lastra Lastra José Manuel, *Derecho Sindical*, México, Porrúa, 2003.

Laulom, Sylvaine, “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, España, Colección La Ley, 2008.

Leite, M. *Modernización Tecnológica e relacao de Trabalho no Brasil*, Seminario de la Red Franco Latinoamericana Trabajo y Tecnología, Buenos Aires, 1992

Loyzaga de la Cueva, Octavio:

- *Neoliberalismo y la flexibilización de lo derechos laborales*, México, UAM, Unidad Azcapotzalco, Porrúa, 2002

- “Hacia un nuevo derecho laboral”, en Torres Maldonado y otros (coord.), *Reforma laboral y globalización en México, una visión in dubio pro operario*, México, Porrúa, 2007.

López Diego, “¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 10, No. 1, Maracaibo, Venezuela, 2004.

Lucena Salmoral Manuel, et. al., *Historia de Iberoamérica*, Madrid-España, Ediciones Cátedra, 1992, Tomo III.

Machado Goncalves Da Silva, Luciana, “La reingeniería empresarial del proceso de producción y su reflejo en el derecho del trabajo”, en Cavazos Flores Baltazar, coordinador, *El Derecho del Trabajo en Iberoamérica*, Editorial Trillas, México, 2008.

Mantero Oswaldo, *Negociacion colectiva*, en AAVV, El Derecho Laboral del Mercosur, FCU, Relasur, OIT, Montevideo, 1995.

Márquez Gustavo, *El desempleo en América Latina y el Caribe a mediados de los años 90*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo # 377, agosto 1998.

Marshall Diana, *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.

Marti Philippe, “la activación de los desempleados en el sistema francés “flexiseguridad o welfare to work”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, España, Colección La Ley, 2008.

Martín Valverde, Antonio:

- *Derecho del Trabajo*, 12a. ed., Madrid-España, Tecnos, 2001.

- “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos”, *Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo*, No. 114, noviembre-diciembre, 2002.

- *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, RPS No. 91, 1971.

Marx Ive, “Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 120, No. 1, 2001..

Miranda Esquivel Eduardo, “La reforma laboral en la globalización: retos y perspectivas”, en Torres Maldonado Eduardo y Loyzaga de la Cueva Octavio (coord.), *Reforma Laboral y Globalización en México, una visión in dubio pro operario*, México, Editorial Porrúa, 2007

Molina Ramos, Gustavo, “Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo (Contradiscursio), *Critica Jurídica*”, *Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas, BUAP, 1987.

Montoya Melgar Alfredo, “Principios y Valores en el Derecho del Trabajo”, *En torno a los principios del Derecho del Trabajo, homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Editorial Porrúa, 2005.

Navarro Nieto Federico y Sáez Lara Carmen, *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.

Ochoa León Sara María, *Panorama mundial de las pensiones no contributivas*, Centro de Estudios sociales y de Opinión Pública, Documento de Trabajo número 2, Cámara de Diputados LX Legislatura, septiembre 2006.

OCDE:

- The Jobs Study, Part II The Adjustment Potential of the Labour Market, Paris.
- *Employment Outlook* (París, septiembre de 1984).
- *Employment Outlook 1999*, chapter II, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf>.
- *Flexibilidad y Mercado de trabajo, El debate actual*, Informe Técnico, Madrid, España, Col. Informes OCDE, No. 23, Edición en español: MTSS.

OIT:

- *La empresa y los factores que influyen en su funcionamiento*, Ginebra, 8ª. ed., 1984.
- *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015*, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, mayo 2006.
- *Propuestas para el orden del día de la 100ª reunión (2011) de la Conferencia*, Conferencia Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo No. GB.303/3/2, Ginebra, 2008

Ordóñez Barba Gerardo, “Surgimiento y devenir del Estado de bienestar en las democracias occidentales”, *Agenda para el Desarrollo, Empleo, ingreso y bienestar*, México, Cámara de Diputados, Miguel Ángel Porrúa y UNAM, volumen 11, 2007.

Ordoñez Cifuentes José Emilio Rolando, *Dos ensayos en torno al Derecho Social en Mesoamérica, México-Guatemala*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Pasco Cosmópolis, Mario, “Relaciones Laborales en América Latina”, *Revista Laboral, la práctica jurídico – Administrativa*, Año IV, No. 49, 1996.

Pedrajas Moreno Abdón, *Despido y derechos fundamentales, estudio especial de presunción de inocencia*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.

Pérez Miranda Rafael, *Derecho y Relaciones de Producción*, Plaza y Valdés, editores, México, 1988.

Pita Edgar, *Empleo, Productividad e Ingresos Ecuador (1990-1996)*, Oficina de Área y Equipo técnico multidisciplinarios para los países andinos, OIT, 1997.

Plá Rodríguez Américo:

“Los derechos humanos y el derecho del trabajo”, en *Debate Laboral*, Costa Rica, Año III, No. 6/1990.

“Los principios del Derecho Laboral”, *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo-Uruguay, Biblioteca de Derecho Laboral, 1975.

Pries Ludger y De la Garza Enrique, *Globalización y cambio en las relaciones industriales*, Rayuela Editores y Fundación Friedrich Ebert Stiftung, México.

Prieto Sanchís Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Editorial Palestra, 2007.

Quintar Aida, “Flexibilización laboral ¿Requerimiento de las nuevas tecnologías o fragmentación del movimiento obrero?”, *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, No. 118, Volumen 30, Julio-Septiembre 1990.

Raso Delgue Juan:

- “El Derecho del empleo. La nueva dimensión del trabajo”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Derecho social, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México-UNAM, 2005.

- “Outsourcing”, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000.

Reynoso Castillo, Carlos,

- “Situación de trabajo y protección de los trabajadores. Estudio del caso de México”, Ciudad de México, 1999.
- *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, UAM-Azcapotzalco, Porrúa, 2006.
- “Reflexiones sobre la reforma laboral”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, Vol. 5, Número 8, Enero – Junio de 2009

Rivas Patricio, “La estabilidad laboral que todos dicen defender”, en *Boletín del Programa de Políticas Públicas*, FLACSO, sede Ecuador, octubre 2008.

Rivera Marin Guadalupe, “El Movimiento obrero en México, 50 años de revolución”, *La vida Social México*, 1961.

Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Romero Alberto, “Particularidades de la actual división internacional del trabajo”, *Globalización y pobreza*, Colombia, Universidad de Nariño, Marzo 2002.

<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/arglobal/211.htm>

Russomano Mozart Víctor, *La estabilidad del trabajador en la empresa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.

Sánchez-Castañeda, Alfredo:

- *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- “El derecho del trabajo en constante transformación: de la disminución a la ampliación del estatus del sujeto laboral regulado”, en Kurczyn Villalobos Patricia (coord.), *Derecho social, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México-UNAM, 2005.

- “La nueva era del Derecho del Trabajo, la era de la flexibilidad laboral”, en *Estudios jurídico en homenaje a Don Santiago Bajaras Montes de Oca*, México, IIJ-UNAM, 1995.

Sánchez Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Sappia Jorge, *Empleo y Flexibilidad laboral*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1996.

Sarfati Hedva y Kobrin Caherine (comp.), *La flexibilidad del mercado de trabajo, antología comparada*, España, Colección Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Núm. 29, 1988.

Smith, Chris, “Especialización flexible y producción en serie”, *Revista Sociología del Trabajo*, Madrid-España, Nueva Época, No. 7.

Souza Pablo Renato, *Políticas de empleo en Chile y América Latina*, Santiago de Chile, OIT, 2003.

Szasz Ivonne y Pacheco Edith, “Mercados de trabajo en América Latina”, *Perfiles latinoamericanos*, junio, año/vol. 4, número 006, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Distrito Federal, México, 1995.

Teixeira Da Costa Orlando, “Limitaciones temporales a la facultad patronal de despedir”, en Dávalos José (coord.), *Cuestiones laborales*, México, UNAM, Porrúa, 1988

Treu Tiziano, “La flexibilidad laboral en Europa”, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, Volumen 112, Número 2, 1993

Trueba-Urbina Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978.

Trujillo Julio César, *Derecho del Trabajo*, 2da edición, Quito-Ecuador, PUCE, 1986, Tomo I y II.

Ugarte Cataldo José Luis, “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm 7, julio-diciembre de 2008.

Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

Useche María Cristina y Queipo Beatriz, “Flexibilización interna a través de la multifuncionalidad en empresas de telefonía fija en el estado Zulia”, en *Gaceta Laboral*, Vol 14, No. 1, Enero-Abril del 2008.

Valdés Dal-Ré, Fernando, (Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición), en M.VV., *Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1996.

Velásquez Mario, *Seguros de desempleo y reformas recientes en América Latina*, CEPAL, División de Desarrollo Económico, Santiago de Chile, enero de 2010.

Velásquez Pinto, Mario, *Flexibilidad, protección y políticas activas*, CEPAL, Taller, Santiago de Chile 4 – 5 de agosto 2008.

Verdesoto Salgado, Luis, “Derecho constitucional ecuatoriano y el contrato de trabajo”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México.

Vega Ruiz María Luz, editora, *La Reforma Laboral en América Latina, un análisis comparado*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Lima, 2001.

Viciano Pastor Roberto, “El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Andrade Santiago, *et al*, *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Corporación Editora Nacional, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Universidad Simón Bolívar Ecuador, Universitat De Valencia, Quito, 2004.

Walss Auriolés Rodolfo, *Los Tratados Internacionales y su regulación jurídica en el derecho Internacional y el derecho mexicano*, 2da edición, México, Porrúa, 2006.

World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report, 2009- 2010*,
<http://www.weforum.org/pdf/GCR09/GCR20092010fullreport.pdf>

Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, México, traducción Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverrría, colección Doctrina jurídica contemporánea, Distribuciones Fontamara, 2001

Wurgaft José, “Lecciones y desafíos de las políticas de corto plazo”, en *Políticas de empleo en Chile y América Latina*, seminario en honor de Víctor E. Tokman, OIT, Chile, 2003.

Zachert Ulrich, “La estructura de las relaciones laborales en Alemania”, *AFDUDC*, No. 11, 2007.

Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, quinta edición, Traducción Marina Gascón, Madrid, 2003.

Zufiaur José María, *La flexi-inseguridad contraproductiva*, Ponencia de la UGT ante el Comité Económico y social Europeo, 19 de julio del 2010.