

DERECHO DEL TRABAJO EN EL POSFORDISMO

El proyecto de regulación universal en la globalización económica

Iván Daniel Jaramillo Jassir



Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Derecho del trabajo en el posfordismo

**El proyecto de regulación universal
en la globalización económica**

Jaramillo Jassir, Iván Daniel

Derecho del trabajo en el posfordismo: el proyecto de regulación universal en la globalización económica / Iván Daniel Jaramillo Jassir. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015. xxv, 340 páginas. – (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-571-7 (rústica)

ISBN: 978-958-738-572-4 (digital)

Derecho al trabajo / Derechos humanos / Derecho laboral / Empleo / Globalización / Sindicalismo / I. Título / II. Serie.

341.481

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Enero 30 de 2015

Derecho del trabajo en el posfordismo

**El proyecto de regulación universal
en la globalización económica**

Iván Daniel Jaramillo Jassir



Colección Textos de Jurisprudencia

© Editorial Universidad del Rosario
© Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© Iván Daniel Jaramillo Jassir
© Amparo Merino, por el Prólogo

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2015

ISBN: 978-958-738-571-7 (rústica)
ISBN: 978-958-738-572-4 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Leonardo Holguín Rincón
Diseño de cubierta: Kelly Narváez
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Fecha de evaluación: 15 de agosto de 2014
Fecha de aceptación: 08 de septiembre de 2014

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

Prólogo	xxi
Introducción	1
Capítulo 1	
Globalización económica y la necesaria articulación entre libertades empresariales y derechos laborales	7
1. Deslocalización productiva	8
1.1. Clasificación	10
1.2. Causas	13
1.3. Consecuencias	14
1.4. La experiencia latinoamericana	17
1.4.1. Maquilas	17
1.4.2. Zonas francas	21
1.4.3. Tratados de libre comercio.....	23
2. El contexto: globalización económica	28
2.1. El Consenso de Washington	32
2.2. La Organización Mundial del Comercio.....	34
2.3. El Fondo Monetario Internacional.....	37
2.4. El Banco Mundial	39
2.5. El Banco Central Europeo	41
2.6. El G-20	42
2.7. Crisis económica mundial	45
2.8. Incidencia de la crisis en América Latina	52
3. Libertad de iniciativa económica	53
3.1. Libertad de establecimiento	55
3.1.1. El caso Centros Ltda.....	56
3.1.2. El caso Cartesio	57
3.1.3. El caso Überseering	59
3.2. Traspaso de empresas.....	60

3.2.1. El caso Temco	61
3.2.2. Fusión y escisión de empresas en el contexto colombiano.....	63

Capítulo 2

Sujetos que participan en la globalización y su influencia

en el ámbito de las relaciones de trabajo 67

1. La Organización Internacional del Trabajo.....	68
1.1. Mecanismos de intervención normativa internacional	70
1.2. <i>Hard law</i> : los convenios internacionales del trabajo.....	72
1.3. El <i>soft law</i> : las recomendaciones	77
1.4. Los principios de Bangalore	77
1.5. Los mecanismos de control	79
1.5.1. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.....	79
1.5.2. El Comité de Libertad Sindical	80
1.5.3. Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT	83
2. Las empresas multinacionales	84
2.1. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social	85
2.2. La (in)disciplina de la unidad de empresa.....	88
2.3. La efectividad de las garantías laborales en las multinacionales	92
2.4. El sistema de producción normativa descentralizado	96
2.4.1. Responsabilidad social empresarial (RSE)	97
2.4.1.1. <i>Pacto Global de 1999</i>	101
2.4.1.2. <i>Norma Global Reporting Initiative de 2006</i>	102
2.4.1.3. <i>Norma SGE21 2008</i>	102
2.4.1.4. <i>Norma SA 8000: 2008</i>	103
2.4.1.5. <i>La norma ISO 26000: 2010</i>	103
2.4.1.6. <i>Los principios de Ruggie del 2011</i>	104
2.4.1.7. <i>Líneas directrices de la OCDE del 2011</i>	107
2.5. Los tribunales de opinión	109
3. El proyecto de sindicalismo global	110

3.1. Negociación colectiva transnacional	113
3.2. La Confederación Sindical Internacional.....	115
3.3. Confederaciones sindicales en el ámbito continental.....	117
3.3.1. La Confederación Europea de Sindicatos	118
3.3.2. La Confederación Sindical de las Américas	121

Capítulo 3

Respuesta jurídica a la globalización y a la deslocalización como una de sus manifestaciones: un paso adelante hacia

la universalización de derechos	125
1. Trabajo decente	126
1.1. Promoción de derechos en el trabajo	129
1.2. Empleabilidad	135
1.3. Protección social	138
1.4. Diálogo social	139
2. Gobernanza global laboral	141
2.1. Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo	146
2.1.1. Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios 87 y 98 de la OIT).....	149
2.1.2. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso (Convenios 29 y 105 de la OIT)	154
2.1.3. Abolición del trabajo infantil (Convenios 138 y 182 de la OIT).....	156
2.1.4. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios 100 y 111 de la OIT).....	160
2.2. Convenios de gobernanza (prioritarios).....	163
2.2.1. Inspección de trabajo (Convenio 81 de la OIT)	166
2.2.2. Política de empleo –El Programa Global de Empleo– (Convenio 122 de la OIT)	169
2.2.3. Inspección de trabajo –agricultura– (Convenio 129 de la OIT).....	180
2.2.4. Consulta tripartita (Convenio 144 de la OIT)	181
3. Cartas sociales continentales.....	183

3.1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Europeo.....	183
3.2. Carta Social Europea.....	185
3.3. Convención Americana de Derechos Humanos.....	187
3.4. Carta Social Andina	190
3.5. Declaración Sociolaboral del Mercosur	192

Capítulo 4

El proyecto político europeo de (des)regulación laboral, su exportación a América Latina y la subordinación del derecho del trabajo al orden económico de adecuación a la globalización neoliberal	195
1. La flexiseguridad.....	196
1.1. El informe Wim Kok	198
1.2. El libro verde de la UE y el libro blanco en el mercado de trabajo en Italia	199
1.3. Principios comunes de la flexiseguridad.....	202
1.4. Prospectiva en Europa y América Latina	206
2. Debilitamiento del principio de estabilidad	208
2.1. El principio de estabilidad y su prospectiva a la precariedad	209
2.2. El contrato único	212
2.3. La flexiseguridad y la contradicción del Convenio 158 de la ort	214
2.4. El efecto placebo de las reformas a los sistemas de protección del empleo	218
2.4.1. Reforma en España.....	221
2.4.1.1. <i>La Ley 35 del 2010</i>	221
2.4.1.2. <i>La ley 3.ª de 2012</i>	223
2.4.2. Reforma en Italia	231
2.4.3. Reforma en Grecia	234
2.4.4. Reforma en Portugal	235
2.4.5. Reforma en Francia.....	237
2.4.6. El modelo alemán (<i>La Kurzarbeit</i>)	240
2.4.7. La importación de modelo derivado de acento flexibilizador al sistema colombiano	242
3. La (in)seguridad en las transiciones laborales.....	249

Capítulo 5

Hacia un derecho del trabajo universal.....	251
1. El principio de territorialidad	251
1.1. Formulación clásica	252
1.2. La experiencia europea. La Directiva Bolkestein: Del principio del país de origen al principio de mutuo reconocimiento	255
1.3. Rediseño del principio de territorialidad y libertad de circulación	258
1.3.1. El caso Viking	259
1.3.2. El caso Laval	262
1.3.3. El caso Rüffert	263
1.3.4. El caso del Gran Ducado de Luxemburgo	265
2. Hacia un esquema de relación de trabajo universal	267
2.1. Antecedentes del esquema de regulación.....	267
2.1.1. El ámbito de la relación de trabajo de 2003.....	268
2.1.2. El informe fundamento de la recomendación sobre la Relación de Trabajo del año 2005.....	270
2.2. La Recomendación 198 de la oit	273
2.3. Regulación de las relaciones triangulares de trabajo.....	279
2.3.1. Contratación de obras y servicios	280
2.3.1.1. <i>Contratistas</i>	280
2.3.1.2. <i>Cooperativas</i>	285
2.3.2. Suministro de trabajadores.....	288
3. Neolaboralismo.....	292
3.1. Financiarización de las relaciones laborales	293
3.2. Disciplina del (des)orden transnacional de las relaciones laborales.....	297
3.3. La estrategia de crecimiento Europa 2020.....	299
3.4. La gran transformación	304
3.5. Metarreglamentación de las relaciones laborales	306
3.5.1. La propuesta de Reglamento “Monti II”.....	308
Epílogo	311
Bibliografía	321

*A Juan Sebastián, quien desde el vientre de Diana y con ella
me acompaña regalándome la felicidad de estar a su lado*

*A mis padres, Mau, Dianne y Ana por demostrarme la
inexistencia de lo imposible*

Agradecimientos

El infinito apoyo y entendimiento en el sacrificio de tiempo de Juan Sebastián y Diana son la base de este trabajo y mi existencia que cobra sentido con su presencia.

De igual forma, sin la complicidad permanente de mis padres Jairo y Gilda, así como su constante preocupación por mi bienestar, este trabajo no hubiera podido realizarse. Mau, Dianne y Ana recorrieron conmigo el camino de esta aventura llevándome siempre de la mano para no caer. Al lado de ellos, mi abuela Alicia sigue presente en mi corazón para recordarme constantemente la justa y heroica lucha del pueblo palestino.

Eternamente gracias a la profesora Amparo Merino Segovia por su afortunada guía para la realización de esta investigación, que no hubiera sido posible sin sus constantes e imprescindibles aportes en los que encontré un invaluable apoyo académico que se materializó en una sincera amistad.

Debo reconocer una deuda académica impagable con los profesores Joaquín Aparicio Tovar, Antonio Baylos Grau y María José Romero, quienes orientaron mi formación doctoral con inagotable paciencia y generosidad.

El profesor Umberto Romagnoli abrió las puertas de la Universidad de Bologna y su estudio personal para acompañar esta investigación recibiendo mis inquietudes y guiando la aproximación a las temáticas con la inagotable producción académica y sus constantes aportes.

Debo destacar el apoyo brindado por el profesor Federico Martelloni, quien desde la Universidad de Bologna supo transmitir y encauzar las dimensiones de la problemática italiana a la presente investigación.

Esta investigación no hubiera sido viable sin el apoyo y credibilidad ilimitados que los doctores Alejandro Venegas, Antonio Aljure, José Roberto Herrera y Germán Valdés han brindado a esta y tantas iniciativas para el desarrollo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad del Rosario.

En el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario siempre hubo tiempo para un café y la disertación académica con mis compañeros de historia Fabián Hernández y Andrés Dacosta.

Debo destacar el infinito apoyo académico y de amistad de los profesores Edgar Iván León, Andrea Padilla y Yira López.

En Madrid, siempre encontré las puertas abiertas de la casa de Catalina Mejía con quien contraí innumerables deudas que dan cuenta de su inagotable generosidad.

Finalmente, quisiera agradecer a cada uno de mis estudiantes por las convergencias y divergencias de los debates que supieron propiciar para nutrir gran parte de las ideas que integran la presente investigación.

Índice de abreviaturas

- [AMI] Acuerdo Marco Internacional
- [BOE] Boletín Oficial del Estado de España
- [BWJ] Better Work Jordania
- [CAN] Comunidad Andina de Naciones
- [CCOO] Comisiones Obreras de España
- [CEPAL] Comisión Económica para América Latina y el Caribe
- [CETCOIT] Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT
- [CGT] Confédération Générale du Travail (Confederación General del Trabajo de Francia)
- [Corte IDH] Corte Interamericana de Derechos Humanos
- [CLS] Comité de Libertad Sindical de la OIT
- [CPCPSL] Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales
- [CSA] Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas
- [CST] Código Sustantivo del Trabajo de Colombia
- [CTA] Cooperativa de Trabajo Asociado
- [DANE] Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia
- [Declaración EMN] Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social
- [DELP] Documentos de Estrategia de Lucha contra la Pobreza
- [DIRECCTE] Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (Dirección Regional de Empresas, Competencia, el Consumo y el Empleo).
- [DRAE] Diccionario de la Real Academia Española
- [ENTI] Encuesta Nacional de Trabajo Infantil de Colombia
- [EPL] Employment Protection Legislation (Legislación de protección del empleo)
- [ET] Estatuto de los Trabajadores de España

- [ETUC/ CES] European Trade Union Confederation/ Confederación Europea de Sindicatos
- [FMI] Fondo Monetario Internacional
- [FO] Force Ouvrière (Fuerza Obrera de Francia)
- [FORLAC] Programa de la OIT para la formalización de la informalidad
- [FSU] Unión Finlandesa de Marineros
- [G-20] Grupo de los veinte países industrializados y emergentes del mundo
- [IED] Inversión Extranjera Directa
- [ITF] Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (International Transport Worker's Federation)
- [IPEC] International Programme on the Elimination of Child Labour (Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil)
- [ISO] International Organization for Standardization (Organización Internacional de Estandarización)
- [KILM] Key indicators of the Labour Market (Indicadores clave para el mercado de trabajo)
- [MAC] Método Abierto de Coordinación
- [MERCOSUR] Mercado Común del Sur
- [NIT] Normas Internacionales de Trabajo
- [OCDE] Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
- [OIT] Organización Internacional del Trabajo
- [OMC] Organización Mundial del Comercio
- [OMS] Organización Mundial de la Salud
- [ONU] Organización de Naciones Unidas
- [PLA] Plataforma Laboral de las Américas
- [RES] Responsabilidad Social Empresarial
- [RPI] Regimi di Protezione dell'Impiego (Regímenes de protección del empleo)
- [SAI] Sistema Andino de Integración
- [SGB] Sozialgesetzbuch [Código Social Alemán]
- [St. lav.] Statuto dei lavoratori (Estatuto de los trabajadores de Italia)
- [STC] Sentencia del Tribunal Constitucional de España
- [TEDH] Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- [TLC] Tratado de Libre Comercio
- [TJUE] Tribunal de Justicia de la UE
- [TPP] Tribunal Permanente de los Pueblos

[UE] Unión Europea

[UGT] Unión General de Trabajadores de España

[ZIC] Zonas Industriales Calificadas de Jordania

[ZFI] Zonas Francas Industriales

Prólogo

La dimensión social en los procesos de integración mundial abarca ámbitos distintos, de naturaleza económica, política y cultural. La integración mundial de los mercados, el papel del Estado-nación y el mantenimiento de regímenes democráticos, que reclaman la participación activa de una ciudadanía cada vez más comunitaria y global, impactan en el espacio sociolaboral, condicionado por los procesos de internacionalización de las economías nacionales y la transnacionalización de las empresas.

Los aspectos sociales de la globalización guardan estrecha conexión con los niveles y la conformación del empleo, con los dispositivos de flexibilización de los mercados de trabajo y de las condiciones en que se desarrolla, sin olvidar, naturalmente, los cambios estructurales de los sistemas de seguridad y protección social. Las dificultades para absorber de manera productiva una fuerza de trabajo cada vez más heterogénea, que reclama en su condición de clase social que le sea reconocida en su plenitud la titularidad de sus derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, obliga a integrar en los procesos de reconstrucción democrática políticas sociales que identifiquen los sectores de población más debilitados y vulnerables por la exclusión, con estrategias e instrumentos que garanticen un acceso universal a los derechos básicos, reorientando la participación de los actores sociales en condiciones de viabilidad. La cohesión social debe ser leída en términos de solidaridad e inclusión, con sistemas universales de protección social y de diálogo social, que corrijan las disfunciones del mercado, y superen las desigualdades en el acceso al empleo y los desequilibrios en la distribución de los ingresos y las rentas del capital.

La liberalización de las economías nacionales y su integración en la economía mundial han hecho emerger mercados de trabajo que, definidos en términos de competitividad, aplican bajos salarios y reclaman normas laborales *soft*, con estándares de protección inasumibles para garantizar de forma adecuada y suficiente el ejercicio de los derechos laborales básicos. En el contexto actual de la globalización, la capacidad de decisión de los Estados

soberanos ha quedado seriamente comprometida por factores externos. La interdependencia económica, cada vez más fuerte, la posición estratégica del capital transnacional, así como los compromisos jurídicos adquiridos a escala internacional, atenúan las capacidades de los Estados soberanos, y acrecientan los dominios de las instituciones internacionales y supranacionales, con un poder de decisión tan amplio que les permite extender sus redes y abarcar todos los sectores de población, afectando sus condiciones de vida y trabajo.

El impulso de la globalización económica con opciones neoliberales, que valoran la capacidad de aquella como fuente de riqueza y de estímulo de la competitividad, ha forzado a los Estados-nación a desarrollar políticas de atracción del capital transnacional a cambio de sacrificar las políticas sociales, compensatorias y redistributivas de la renta, inherentes al Estado de bienestar, cuyo referente —el Estado social—, paradigma de la intervención pública en la actividad económica y en las garantías de los derechos y obligaciones políticos y sociales, e inclusivo de la participación social en el espacio institucional y en las empresas, configura el trabajo como un valor central y social que permite hacer efectivos los principios democráticos y el ejercicio de los derechos de ciudadanía.

Son conocidas las consecuencias del ejercicio de las tendencias y propuestas neoliberales, instaladas bajo el ropaje del régimen de la Organización Mundial del Comercio (omc); la segmentación de la riqueza, la disminución de las rentas del trabajo y el aumento de las rentas del capital, actúan como contrapunto de otras alternativas más proteccionistas que, primando la soberanía nacional y el Estado del bienestar, defienden la adopción de medidas eficaces para combatir el *dumping* social.

La viabilidad de una sociedad del bienestar, construida sobre pilares de derechos sociales públicos y universales, ha sido cuestionada desde posiciones globalizadoras, que instaladas en la desregulación y flexibilización de los mercados de trabajo, abogan por la polarización de la riqueza a través de un incremento de las rentas del capital y un correlativo descenso de las rentas del trabajo. El desempleo, próximo a ser estructural, la pobreza, la exclusión social y las políticas nacionales de reducción del gasto público han quebrado el Estado de bienestar como arquitectura política, económica y social.

La obra de Iván Daniel Jaramillo Jassir apuesta por la promoción de políticas sociales a nivel mundial que, afrontando los retos de la globalización, actúen como elemento corrector de las deficiencias que expresa el mercado mundial, aportando dispositivos de estímulo de un desarrollo sostenible y de

redistribución de la riqueza. Las alternativas que ofrece este libro, que tengo el enorme placer de prologar, van acompañadas de instrumentos de cooperación internacional orientados a la elevación de los estándares sociales y a la promoción del progreso social, haciendo del empleo de calidad un mecanismo internacional que, tal como afirma el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, impulse “el progreso económico y social de todos los pueblos”, con “niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social” (capítulo ix de la Carta), garantizando que el ser humano sea el eje central y prioritario de actuación.

En este libro, Iván Daniel analiza los múltiples problemas y retos que se plantean en la actualidad, con un llamamiento a una sociedad civil cada vez más crítica con el modelo vigente de globalización. La Declaración del Milenio, aprobada el 8 de septiembre de 2000 por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 55/2), pone el acento en la necesidad de conseguir que el proceso de globalización económica redunde en beneficio de todos los países y contribuya de manera efectiva a la erradicación de la pobreza, estableciendo al efecto un conjunto de objetivos de desarrollo para 2015.

La crisis económica y financiera que se da en la actualidad ha mostrado las deficiencias y debilidades de un sistema capitalista salvaje, que ha sido acuñado sin responder a las demandas y necesidades de amplias capas de población. Con gran acierto y un enfoque crítico, Iván Daniel ejemplifica los efectos de la deslocalización y traslado transfronterizo de la actividad económica, con deslizamiento de una mano de obra que es pieza esencial para la integración de la empresa en el mercado mundial; como bien dice Iván Daniel, la afectación del empleo y del tejido productivo, así como los riesgos ciertos de *dumping social* fuerzan a la baja las demandas de la clase trabajadora.

De este fenómeno se ha defendido su inevitabilidad y sus aspectos positivos ligados a la especialización, eficacia y bienestar social. Esta orientación contrasta, como acertadamente relata Iván Daniel, con la posición de quienes ven en la deslocalización internacional un proceso multidireccional que en el medio o el largo plazo no tiene por qué fortalecer las economías nacionales, al darse cita otros elementos que, a la postre, determinarán los impactos positivos o negativos de la deslocalización.

En este itinerario, parece haberse olvidado la trascendencia del derecho y de los sistemas normativos para redirigir los procesos económicos; tampoco se tiene en cuenta que el tránsito de la autorregulación a la regulación legal es

necesario para dotar a las relaciones empresariales de un adecuado grado de imperatividad que tan solo el derecho puede garantizar. Por el contrario, en la arquitectura empresarial hay tendencias y orientaciones que pretenden sortear el sometimiento a normas imperativas y privatizar los derechos sociales. La responsabilidad social corporativa –RSC– ejemplifica los modos de actuación de las empresas de dimensión transnacional, urgidos por la internacionalización de los mercados y los cambios sociales que ella impone. Su definición más aceptada la sitúa en la lógica de la voluntariedad, la autorregulación y la no exigibilidad jurídica, con repercusiones interesantes en el binomio derechos/obligaciones y en sus fuentes de ordenación. La RSC quiere demostrar la incapacidad del derecho para afrontar los cambios impuestos por la globalización.

Con la revalorización del *soft law* a través de políticas y estrategias de RSC se pretende ofrecer una nueva imagen de la empresa global, como institución económica y financiera, pero también como entidad social. La empresa de hoy actúa libremente en el mercado –precisamente porque el mercado es cada vez más libre– y modifica su apariencia, mostrándose como actor social, como empresa ciudadana, capaz de generar la necesaria confianza para gestionar sin controles públicos, además del capital económico, otros ámbitos directamente conectados con lo social, lo humano y lo medioambiental.

La progresiva degradación de los derechos sociales responde a causas muy variadas: escasez de ofertas de empleo, inseguridad política, jurídica y económica del país receptor, competencia entre los Estados soberanos para atraer las inversiones, etcétera. La empresa transnacional se deslocaliza a países donde los salarios son más bajos, obteniendo ventajas competitivas cada vez más evidentes. Externalización y terciarización son realidades que vienen acompañadas de precarización y devaluación de las condiciones laborales. En este espacio, donde es frecuente la vulneración de derechos que conduce a la intolerancia, la discriminación y la exclusión social y política, la empresa de gran dimensión mantiene su posición dominante en el mercado.

La obra de Iván Daniel Jaramillo Jassir reclama la creación de instrumentos jurídicos que establezcan normas universales que garanticen a sus titulares el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y la constitución de tribunales internacionales con jurisdicción para juzgar la vulneración de los derechos económicos y sociales, haciendo efectiva una política que respete de manera prioritaria el derecho internacional de los derechos humanos. Propone, en fin,

el sometimiento de las relaciones internacionales y de las decisiones de política económica y de cooperación internacional a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, así como la adopción de instrumentos que garanticen a todas las víctimas el acceso a espacios de protección para la restitución de sus derechos.

Este libro merece ser leído, no solo por la interesante orientación que su autor ofrece de la globalización y sus consecuencias, sino ante todo por sus aportaciones novedosas en un campo que, aunque explorado, merece de la doctrina científica laboral mayor detenimiento, atención y reflexión. Tengo el privilegio de prologar un trabajo de gran calidad, que gustosamente dirigí, en su primera versión, como tesis doctoral presentada y espléndidamente defendida en junio de 2014, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), por Iván Daniel Jaramillo Jassir, ante un tribunal de prestigio y de reconocida calidad científica, presidido por el catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, D. Joaquín Aparicio, de la Universidad de Castilla-La Mancha, y del que además formaron parte la profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Belén Cardona, y el profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad del País Vasco, Mikel de la Fuente. La profundidad y el rigor científico de sus aportaciones hicieron que la tesis doctoral de Iván Daniel fuera merecedora de la máxima calificación que otorga la Universidad de Castilla-La Mancha: sobresaliente *cum laude*.

Quien busque en este libro una mera descripción de situaciones ligadas a la globalización y a sus efectos en el marco de las relaciones de trabajo, no verá satisfechas sus expectativas. Quien, sin embargo, quiera conocer desde un enfoque crítico y muy actual los grandes problemas del derecho del trabajo en su dimensión transnacional, y hallar soluciones desde el plano dogmático y propuestas novedosas, podrá encontrar en esta publicación un referente de valor, en la que late el tesón, la personalidad y rigor de Iván Daniel, gran compañero y buen amigo, pero ante todo una persona inquieta, sensible y pegada a la realidad; un ‘hombre bueno’, seriamente comprometido con la verdad y con la situación política y social de su bello y maravilloso país, Colombia.

Amparo Merino

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha
Cuenca, España, septiembre de 2014

Introducción

*¿Por qué habríamos de rogar una limosna al tiempo?
¡Nosotros,
cada uno de nosotros,
sostenemos en nuestras manos
las correas de transmisión del mundo!
La Nube en Pantalones (1915)
Vladimir Maiakovski*

Este libro es el resultado del trabajo de investigación desarrollado en el marco del programa de doctorado en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de la Universidad de Castilla-La Mancha bajo la dirección de la profesora Amparo Merino Segovia, con la pretensión principal de encontrar luces sobre el devenir del derecho del trabajo y las necesarias adaptaciones que demanda la erosión de las fronteras nacionales y comerciales en el siglo XXI.

Contiene una reflexión encaminada a identificar y evaluar las principales claves de la redefinición de la disciplina jurídica que toma por nombre y se ocupa del trabajo en un contexto económico adverso que demanda la reformulación de las categorías esbozadas para un esquema de producción fordista nacional. Se enmarca en la adopción de políticas que privilegian la libertad de mercado, destruyendo los pilares del Estado de bienestar sobre el que se edificó la promesa de la segunda posguerra mundial, que pretendía introducir límites sociales al sistema capitalista de producción.

Así, el contexto enseña políticas de austeridad económica de matriz supranacional sin contenidos democráticos que derivan en la restricción de los derechos que emanan de la relación de trabajo como fórmula para aumentar los niveles de empleabilidad sin consideración a la calidad de los trabajos.

La construcción de la dogmática laboral enfrenta la sustitución del modelo protector por un esquema de desregulación en función del mercado debilitando el sistema de garantías que acompaña el trabajo.

En efecto, el título resulta ilustrativo de la tesis principal que fue defendida en la investigación: en un contexto productivo globalizado y deslocalizado resulta necesario universalizar el derecho del trabajo como sistema de corrección de las desviaciones sociales del mercado.

La crisis económica mundial deriva en respuestas sociales frente a sus efectos que han fundamentado, entre otras, la primavera árabe iniciada en Túnez en el año 2011, como consecuencia de la negación del derecho del trabajo de un ciudadano (Mohamed Bouazizi) quien, frente a la imposibilidad de acceso a una actividad de la cual podía obtener los bienes y servicios básicos, optó por inmolarse dando inicio a la revuelta social que depuso al dictador Ben Alí en aquella nación.

Las réplicas del movimiento de resistencia social a los efectos de la globalización se han extendido por Europa y Latinoamérica hasta llegar a Bosnia-Herzegovina en el año 2014, en un contexto de privatizaciones que incorpora tasas de desempleo del 27,5% detonantes de revueltas sociales en las calles de Sarajevo.

El contexto en que se desarrolló la investigación evidencia, asimismo, la respuesta social latinoamericana frente a los efectos de la liberalización comercial y el gobierno financiero de privilegio de la libertad de mercado y el crecimiento económico sin consideración de las políticas de bienestar social.

La aproximación universal de las relaciones laborales constituye el principal desafío para los juristas del trabajo, formados bajo las categorías nacionales de matriz fordista que resultan incapaces de asegurar estándares mínimos de dignidad del trabajo y acceso consecuente al estatus de ciudadanía en el siglo XXI.

El desafío del estado de la evolución de la disciplina comporta la adecuación a la desaparición de las fronteras que antaño constituían los conductos por los que fluían las relaciones de trabajo bajo el gobierno y control de los Estados.

Las constantes referencias a los estudios realizados por la Universidad de Bologna y la Universidad de Castilla-La Mancha se explican por la generosidad intelectual de los profesores que integran los respectivos departamentos de Derecho del Trabajo, y la profundidad de los análisis con que han abordado la problemática de la deslocalización y universalización de las relaciones de trabajo que sirvieron de fundamento a la investigación.

La perspectiva jurídica que informa este libro pretende brindar elementos de juicio para articular las diversas formas de intervención que el derecho del trabajo ha desarrollado para regular la relación capital-trabajo en el posfordismo.

Así, el objetivo de la investigación estuvo dirigido a encontrar las claves de redefinición del derecho del trabajo en la disyuntiva de privilegio del poder empresarial que propone la financiarización de las relaciones sociales que sustituye las categorías sociales de protección por las libertades económicas al servicio del mercado.

El eurocentrismo que acompaña la formación de la disciplina laboral constituye el centro de gravedad de la crisis económica mundial, que replantea su viabilidad y supervivencia, y enmarca la problemática fundamental abordada en la investigación.

El objetivo principal planteado aquí está determinado por la elaboración de una propuesta de aproximación a la construcción de una estructura de gobernanza global de un derecho de fronteras, como la define el profesor Romagnoli, ilustrando la reformulación del iuslaboralismo hacia nuevos instrumentos de regulación, nuevos sujetos y nuevas formas de justiciabilidad de los derechos laborales.

La movilidad del capital, una consecuencia de la globalización económica, plantea fugas de la regulación de matriz nacional que pretenden ser identificadas y corregidas mediante métodos de intervención que superan las limitaciones territoriales de las categorías jurídicas clásicas.

En este orden de ideas, el postulado base de la investigación consistió en verificar la ruptura del sistema de producción fordista empresarial derivada de un modelo de competencia en la globalización económica y la demanda de redefinición de esquemas de regulación capaces de universalizar las garantías que emanan de la prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades.

La evidencia del ataque del sistema financiero por apropiarse de los sistemas que regulan las relaciones sociales, incorporando principios de favor hacia el mercado, pretende ser demostrada como el principal desafío del derecho del trabajo que intenta ser reducido a través de la flexibilización y destrucción de las garantías en detrimento de la construcción de trabajo decente.

La inserción de categorías universales de protección dirigidas a sujetos universales –empresas multinacionales, los proyectos de confederaciones internacionales sindicales y la OIT– se aborda como demostración del cambio de paradigma de las relaciones laborales en el posfordismo.

Así las cosas, el problema jurídico que se estudia en este libro tiene por objeto la reformulación de las categorías clásicas tuitivas laborales en la deslocalización productiva que emerge de los principios fundamentales de los

sistemas de integración económica: libertad de empresa, libertad de circulación y de establecimiento.

La hipótesis central consiste en la verificación de la demanda, en los albores del siglo XXI, de universalización del derecho del trabajo que deriva de la ineficiencia de la construcción nacional para atemperar los efectos de la globalización económica.

Conviene advertir que el enfoque preponderantemente jurídico de las problemáticas descritas no pretende constituir un estudio económico ni sociológico, cuyos pilares epistemológicos se toman en préstamo para la contextualización y fundamentación de las ideas que se plantean a lo largo de los capítulos.

Estructurado en cinco capítulos, el primero aborda las principales precisiones conceptuales sobre la deslocalización productiva, el contexto de globalización económica en que se desarrolla y las categorías jurídicas que lo fundamentan, con soporte en el principio de libertad empresarial, principales elementos que constituye el escenario en que se desarrolla la problemática analizada.

El segundo capítulo analiza la redefinición de los sujetos clásicos de las relaciones laborales, que profundiza la importancia de la estructura normativa originada en la OIT, la disciplina de las unidades productivas multinacionales en procura de la superación de los esquemas autorreferenciales de regulación y el proyecto de adaptación de las organizaciones sindicales al espacio global de acción.

El tercer capítulo se ocupa de la estructura jurídico-laboral de respuesta a la movilidad del capital basada en la articulación del trabajo decente como modelo de regulación universal y los instrumentos de regulación de *hard law* y *soft law* y sus manifestaciones regionales que construyen el acervo regulatorio de la globalización del derecho del trabajo.

El cuarto capítulo está destinado al análisis de la fórmula europea de debilitamiento del esquema tuitivo laboral, denominada flexiseguridad, que pretende permear los sistemas laborales en Europa, no obstante su ineficiencia macroeconómica, relajando el esquema de garantías de la relación de trabajo para profundizar, en teoría, los mecanismos de movilidad laboral.

El quinto capítulo contiene una propuesta de regulación universal a partir de la ruptura del principio de territorialidad clásico y las propuestas de

adecuación de la estructura dogmática hacia el neolaboralismo, que construya respuestas frente a las perspectivas de financiarización de la disciplina laboral.

Por último, el lector encontrará en este libro la demostración de las tesis que estructuran una propuesta de remodelación de la disciplina laboral como sistema de respuesta social al contexto productivo deslocalizado en el marco de la globalización neoliberal.

Capítulo 1

Globalización económica y la necesaria articulación entre libertades empresariales y derechos laborales

El presente capítulo se ocupará de la descentralización productiva en clave territorial, uno de los mayores retos para el derecho del trabajo que, concebido en los límites de cada país, debe ser rediseñado para adecuarse al sistema de producción que en el contexto de la globalización supera las fronteras nacionales.

La delimitación conceptual de la deslocalización productiva se alimenta de aproximaciones semánticas, económicas y jurídicas que determinan la materia que analizaremos. Al mismo tiempo, la globalización económica –sustrato contextual de la deslocalización– cobija organizaciones internacionales que han privilegiado el gobierno financiero de las relaciones económicas del siglo XXI, que en la actualidad afrontan una crisis económica global que demanda respuestas de intervención global.

La libertad empresarial fundamenta –en el marco de la globalización– el rediseño del sistema productivo soportado en unidades de explotación que se trasladan en el espacio para buscar maximizar el rédito en un mundo sin fronteras.

El derecho del trabajo se muestra incapaz de realizar su misión fundacional de equilibrio en la ecuación capital-trabajo, en un mundo en que la empresa se deslocaliza y escapa a las fronteras del ordenamiento laboral clásico.

El análisis del panorama general demostrará el cambio contextual que acompaña al sistema de producción posfordista, en el que debe rediseñarse la disciplina que se ocupa del trabajo, cuyo carácter tuitivo demanda una intervención global.¹

¹ “Así, de un derecho de frontera, el del trabajo está llegando a ser también un derecho sin fronteras, pero con la angustia de no saber si la desnacionalización será la salida a un proceso de adaptación transnacional orientado a la conservación del núcleo duro de los valores que ha metabolizado y juzga

1. Deslocalización productiva

Tradicionalmente, el trabajo está regulado en el territorio de cada país bajo el esquema clásico capital-trabajo de la sociedad industrial² en el ámbito estatal. Las cartas constitucionales de corte liberal consagran el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas,³ al mismo tiempo que reconocen el principio de libertad de empresa, en desarrollo del cual las unidades productivas están habilitadas para la toma de decisiones –como la descentralización territorial– en la búsqueda legítima del aumento de la utilidad que arroja el ejercicio productivo que emprenden (véase numeral 3).

No obstante, como cualquier facultad, la libertad de empresa está limitada por el respeto de bienes jurídicos que puedan resultar en colisión con estos derechos, como el trabajo digno y justo, que no puede ser erosionado privilegiando el desarrollo del capital, para lo cual esta investigación contiene una propuesta de extensión territorial de los esquemas de garantía que realizan el trabajo decente como proyecto de regulación universal.

El contexto genérico aludido debe complementarse en el ámbito comunitario europeo con el reconocimiento de los principios fundacionales de libertad de establecimiento y circulación de capitales contemplados en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (véase numeral 3.1, y numeral 1.3 del capítulo 5).⁴

irrenunciables o, al contrario, la salida a una ruinosa concurrencia entre los derechos nacionales hacia el relajamiento”. Umberto Romagnoli. “Globalización y derecho del trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 5. Albacete, España: Ediciones Bomarzo, 1999, p. 9.

² Giorgio Ghezzi y Umberto Romagnoli. *Il Rapporto di Lavoro*. Zanichelli, Bologna: Terza Edizione, 1995.

³ En este sentido, el reconocimiento del derecho del trabajo ha sido una constante en las cartas constitucionales del modelo de Estado bienestar, como la Constitución italiana de 1948, que establece en el artículo 4: “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho”.

La Constitución española de 1978, en el artículo 35, establece: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Por su parte, la Constitución colombiana establece en el artículo 25: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

⁴ “Ese mercado común se concibió como algo más que una zona de libre comercio sin aranceles aduaneros, puesto que, además de basarse en el reconocimiento de las cuatro libertades –libertad de circu-

Los esquemas clásicos de relaciones laborales fordistas, en que una empresa localizada en un territorio nacional específico producía y comercializaba bienes o servicios, han ido cambiando paulatinamente de forma que, en los albores del siglo XXI, se verifica, en el marco de la libertad de iniciativa económica, la transferencia de la actividad productiva de un número considerable de empresas a otro país, escindiendo así los espacios geográficos de producción del lugar de consumo.

La visión clásica de un derecho del trabajo nacional ha dado paso a esquemas de regulación universal, que estructuran un nuevo sistema de regulación más allá de las fronteras (véase numeral 2 del capítulo 3).⁵

Este contexto enmarca la incorporación de un nuevo concepto dogmático que ha sido denominado *offshoring*,⁶ o deslocalización productiva, que implica el traslado de la unidad de producción o parte de esta a un espacio nacional o internacional diverso con regímenes de protección laboral de inferior grado.⁷

En este orden de ideas, el factor territorial constituye un elemento de competencia y reducción de costos de producción para las empresas, que encuentran en el traslado de la producción a un país con estándares laborales inferiores, y que el derecho del trabajo ideado en las fronteras de los Estados nacionales no conocía.

La necesidad de reformular las reglas que articulan las relaciones laborales deriva de la incapacidad del derecho del trabajo –pensado en clave fordista–

lación de personas (por tanto de trabajadores), de circulación de mercancías, de circulación de servicios y establecimiento y de circulación de capitales–, se articuló una protección común frente a los mercados exteriores y se pusieron en práctica políticas comunes sectoriales, como en agricultura y pesca o transportes”. Joaquín Aparicio Tovar. *Introducción al derecho social de la UE*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005, p. 27.

⁵ “La estatalidad del derecho del trabajo en cuanto a su dimensión territorial ha contrastado con su conexión a fuentes extra-estatales sobre las que surgió, precisamente, esta rama del derecho”. Rodríguez-Piñero y Miguel Bravo-Ferrer. “El derecho del trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales”. *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Sevilla, España, 21-23 de septiembre de 2011, p. 20.

⁶ La expresión deslocalización se incluye semánticamente en la vigesimotercera edición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE) que lo define como “acción y efecto de deslocalizar”; la misma edición define esta última expresión como: “Trasladar una producción industrial de una región a otra o de un país a otro, normalmente buscando menores costes empresariales”.

⁷ “En sentido estricto, una deslocalización es una transferencia de actividades de un país de origen a un país extranjero, sin que la destinación de la producción (local o de exportación) cambie. De otra parte, una deslocalización consiste en separar los lugares de producción y de consumo”. Sylvain Allemand. *Délocalisations, La catastrophe n'aura pas lieu*. París: Le Carnets de l'Info, 2007.

de intervenir en este tipo de descentralización que supera las fronteras del ordenamiento laboral nacional.⁸

Así las cosas, resulta complejo encauzar la deslocalización en el marco jurídico laboral clásico; no obstante, en el concepto clásico, está ligada a la figura del *cierre de empresas* con sus correspondientes efectos y el consecuente traslado a un espacio geográfico gobernado por normas laborales menos benéficas para los trabajadores.⁹

En este orden de ideas, entenderemos por deslocalización productiva la descentralización territorial de la empresa que decide trasladar todo o parte de su ejercicio productivo a un espacio geográfico gobernado por normas laborales que consagran niveles de menor intensidad de protección a los trabajadores, en comparación con el país de origen de la misma empresa.

1.1. Clasificación

Entre las clasificaciones propuestas por la doctrina se destacan las clasificaciones con matriz económica del profesor El Mouhoub Mohoud,¹⁰ quien considera que la deslocalización puede clasificarse en defensiva; de margen; de eficiencia (ofensiva); reorientación del negocio principal; derivada o itinerante.

⁸ “Las normas de derecho del trabajo vigentes en el país en que se sitúa la empresa que pretende deslocalizarse pueden muy poco proteger al trabajador. De hecho, el principio de la libertad de iniciativa económica privada, típico de todas las cartas constitucionales liberales, habilita al empresario a realizar la movilidad del capital propio e identifica la cesación de la actividad empresarial como causa justificante del despido”. Luisa Galantino. *Globalización*. “Deslocalización y nuevas técnicas de protección del trabajador”. Conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional y II Suramericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 26 de febrero de 2011, p. 2.

⁹ “[La deslocalización se define, desde el punto de vista jurídico, como] cualquier cierre total o parcial de la empresa seguido o acompañado de la ubicación de toda o parte de la misma en otro lugar. Aquí lo central, desde el punto de vista jurídico, parece ser no tanto que el cambio se produzca de un país desarrollado a uno subdesarrollado —aunque esto se da en más del 90% de los casos y está en la motivación—, sino simplemente la localización de una actividad productiva, en sentido lato, en otra parte. Esta es su esencia; y la esencia es, a su vez, que esta otra parte tenga un régimen jurídico distinto —y además, probablemente, desde el punto de vista social, en lo que nos interesa a nosotros, menos favorable”. Oscar Ermda Uriarte. “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”. *IUS Labor*, núm. 1. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2007, p. 2.

¹⁰ El Mouhoub Mouhoud, *Mondialisation et Délocalisation des Entreprises*. 3.^{ème} éd. Paris: La Découverte, 2011.

- a. Defensiva: la empresa decide deslocalizarse como respuesta a la amenaza que representan las condiciones ofrecidas por la competencia basadas en precios bajos.
- b. De margen: en este caso la deslocalización consiste en una estrategia de integración de marcas basada en productos subprocesados por empresas independientes del país que tiene condiciones salariales más bajas como estrategia para recuperar un margen del mercado.
- c. De eficiencia (ofensiva): el objeto de esta tipología consiste en buscar en otros países mano de obra, que no está disponible en el país de origen, a un costo moderado para obtener una productividad elevada.
- d. Reorientación del negocio principal: la deslocalización está ligada a motivos de racionalización del ejercicio productivo, esto es, de limitación del objeto social de la empresa.
- e. Derivadas o itinerantes: se verifica en eventos de deslocalización por cualquiera de las situaciones descritas, en las que las empresas recurren a nuevas deslocalizaciones en países vecinos con salarios más bajos.¹¹
- f. A la inversa: existen evidencias de procesos de devolución de la deslocalización inicial, en función del aumento de los costos laborales en el país receptor del proceso productivo.

Tal es el caso de Haier, una empresa que produce y comercializa electrodomésticos, que había adelantado el proceso de externalización territorial hacia China, el cual ha reversado para retornar a Europa por causa del aumento del costo laboral, de traslado y de tasa de cambio en China (devaluación del 30% del yuan en cuatro años), factores que han llevado a la empresa a rediseñar el esquema para reimplantar la producción local con mayor utilidad.¹²

¹¹ Existen propuestas de clasificación desde perspectivas jurídicas, como la propuesta por el profesor Ermida: “En efecto, la deslocalización puede ser total o parcial, puede ser interna o externa a la empresa, se puede producir dentro de una misma empresa multinacional o entre empresas diferentes, puede ser nacional o internacional (ya que en muchos países se ha dado, y podría inclusive haberse dado en algún momento en España, la deslocalización de una región a otra dentro del mismo país). Incluso cuando la deslocalización es internacional, que es la que aquí más nos interesa, realizándose hacia otro país, todavía hay que distinguir según que ese otro país, el relocalizado o localizado, el país de destino, pertenezca a un mismo bloque regional (UE, por ejemplo) o no”. Oscar Ermida Uriarte, ob. cit.

¹² Ángel Villarino. “La deslocalización a la inversa: China quiere fabricar en Europa”. *Cotizalia*, 10 de junio de 2012.

La clasificación de tipo jurídico adoptada aquí recoge diversos criterios doctrinales que permiten articular las razones económicas que acompañan a los procesos de deslocalización y los efectos consecuentes de regulación *a la baja* que escapan al derecho del trabajo territorial. Tal clasificación es la que se muestra a continuación:

- a. Deslocalización absoluta primaria: corresponde a supuestos en que la decisión empresarial comporta localizar la compañía en un territorio que supone menores costos desde el inicio del desarrollo de la actividad productiva. La decisión empresarial de deslocalizar se da desde que se estructura la unidad de explotación económica. Los efectos jurídicos en este caso se analizan desde la perspectiva del principio de territorialidad y la unidad de empresa.
- b. Deslocalización absoluta secundaria: corresponde a las empresas constituidas en un territorio determinado que deciden trasladarse a una zona que ofrece menores costos de producción para aumentar el margen de utilidad. Los efectos jurídicos de esta decisión se enmarcan en el cierre de empresas, despidos colectivos, indemnizaciones por despido y seguros de desempleo.
- c. Deslocalización relativa: se trata de procesos de externalización –subcontratas– parciales de la actividad productiva a una zona que ofrece menores costos para la compañía. Los efectos jurídicos de este tipo de deslocalización corresponden al régimen de las contratas o contratistas independientes y la unidad de empresa.
- d. Deslocalización nacional: la decisión de traslado de la empresa absoluta o relativa se enmarca en el territorio de un país, de forma que el traslado responde a la obtención de ventajas de las denominadas maquilas o zonas francas (véase numeral 1.4 de este capítulo).
- e. Deslocalización internacional: la empresa traslada la totalidad o parte de la producción al de otro país para obtener ventajas comparativas que ofrece el régimen del Estado de destino; este supuesto enmarca de manera particular el rediseño del principio de territorialidad clásico laboral (véase numeral 1 del capítulo 5).

1.2. Causas

La globalización de la economía y la superación del industrialismo clásico suponen en la economía posfordista esquemas de producción que permiten la separación del proceso productivo de la distribución y comercialización de bienes y servicios.

Las principales causas que determinan la deslocalización pueden agruparse en razones (i) Económicas: conquista de nuevos mercados, reducción del precio del bien final, reorganización empresarial y maximización de la utilidad; (ii) Laborales: los niveles tuitivos del ordenamiento laboral son efectivamente disímiles en cada país; ello condiciona la decisión de deslocalizar hacia países con estructuras salariales y prestacionales significativamente menores, situación que escapa al derecho del trabajo clásico nacional; y (iii) Jurídicas extra-laborales: aun cuando el presente estudio se centra en el impacto laboral de este tipo de descentralización productiva, existen otras razones que acompañan la decisión empresarial de deslocalizarse, tales como la carga fiscal, las obligaciones derivadas del respeto de los estándares ambientales y la efectividad del control jurisdiccional.¹³

La carga fiscal, la normativa ambiental, el mercado cambiario, las restricciones arancelarias y la seguridad jurídica integran, pues, el bloque extralaboral que condiciona la deslocalización de la empresa en un territorio que condensa condiciones que aumentan el margen de utilidad.¹⁴

¹³ “La industria que prosperaba en el occidente europeo, aunque sigue siendo esencial, ha perdido su centralidad en beneficio del capitalismo financiero y ha aprendido a preferir a las reglas del mercado, el mercado de las reglas. Por eso se deslocaliza donde el beneficio es más corpulento y está mejor garantizado por el bajo coste del trabajo y por un amplio abanico de factores de diferente naturaleza”. Umberto Romagnoli. “El Derecho del Trabajo ante la Crisis”. En: *Revista de Derecho Social*, núm. 58. Albacete: Ediciones Bomarzo: abril-junio de 2012, p. 13.

¹⁴ “Entre las causas están los costos, sin duda, que es en lo que todos pensamos y de lo que todos hablamos; pero no son sólo costos la causa de la deslocalización. La prueba está en que los países más costosos, más ‘caros’, siguen siendo los países privilegiados para la recepción de IED. La mayor parte de la IED en el mundo sigue yendo a Estados Unidos, Europa occidental y Japón, en ese orden. Inclusive dentro de América Latina el país más receptor de IED es Brasil, que no es, ni mucho menos, el más atrasado ni uno de los que tienen menor legislación industrial, ni menor legislación laboral; todo lo contrario. Esto quiere decir que el costo laboral (y el costo en general) no es el único factor.

Hay otros factores que causan, provocan, estimulan, la deslocalización. Juegan en ese sentido, las reglamentaciones en general, tanto las reglamentaciones laborales, como —más aún—, las fiscales, cambiarias, ambientales, industriales, etc.”. Oscar Ermida Uriarte, ob. cit., p. 3.

1.3. Consecuencias

Los principales efectos de la deslocalización productiva se centran en la *competencia a la baja*, derivada de las asimetrías entre los sistemas de relaciones laborales que ofrecen diversos grados de protección.¹⁵

La destrucción del empleo en los países de los que emergen los procesos deslocalizadores de la producción condiciona la estructura laboral, estimulando la centralidad de la disciplina como elemento del sistema económico al servicio del aumento de las tasas de empleabilidad. Así, el país de origen del proceso de deslocalización ve disminuidas sus tasas de empleabilidad, que son exportadas a un tercer país que recibe los puestos de trabajo en relación con el sistema tuitivo de escaso desarrollo que permite el aumento de los niveles de utilidad que derivan del ejercicio productivo.

El incremento de las tasas de empleo en los países receptores los induce a mantener esquemas desregularizados y flexibles de las relaciones de trabajo, contaminando de elementos espurios a las tasas de empleabilidad, que redundan en perjuicio de los países involucrados en el proceso deslocalizador.¹⁶

La ruptura de fronteras derivada de la deslocalización en los términos referidos marca el punto de quiebre de los sistemas nacionales de regulación

¹⁵ “Lo que ocurre es que hoy España, como resultado del proceso de desarrollo económico y social en que se ha visto inmersa en las últimas dos décadas, ha terminado por perder –o, en todo caso, ver sumamente mermada– esa ventaja comparativa. En la actualidad, si bien el coste laboral por hora trabajada es todavía en España casi la mitad que en Alemania (aproximadamente 15 euros frente a 29), resulta casi el doble del correspondiente al país más caro de Europa del Este (Eslovaquia, con 9 euros), pudiendo llegar a ser cinco veces superior al menos caro (Lituania, con 3), o incluso diez, si se lo compara con China (donde es apenas de 1,5). (...) La concurrencia de todos estos factores induce a los expertos a pronosticar que, por ejemplo, China está en condiciones de concentrar dentro los próximos veinte años nada menos que el 40% de la producción mundial. Es decir, de convertirse, literalmente, en “la factoría del mundo”. Wilfredo Sanguinetti Raymond. “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”. *Revista Temas Laborales*, núm. 84, 2006, p. 3.

¹⁶ “Centrándonos en el concreto aspecto del empleo, hablar de deslocalización supone pensar, de modo inmediato, en una pérdida de puestos de trabajo en el país de origen y, correlativamente, en un incremento de los mismos en el país de destino. En ambos supuestos, la cuantificación incluye, naturalmente, tanto las pérdidas –y correlativamente aumentos– de empleos directos o inducidos, ligados estos últimos a empresas auxiliares, proveedoras o subcontratistas. (...) Podría decirse que la deslocalización implica una exportación del empleo de un nuevo tipo pues, a diferencia de lo que sucede con la exportación de mercancías, no genera enriquecimiento del país exportador sino un empobrecimiento, por lo que supone de disminución del PIB y de las cotizaciones al sistema de seguridad social”. Rafael Sastre Ibarreche. “Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)”. *Revista de Derecho Social*, núm. 44. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2005, p. 18.

clásicos, que demandan la estructuración progresiva de sistemas universales de regulación (véase capítulo 3) que contengan los procesos de “fuga” protectores de la imputación de los esquemas de regulación laboral.

En consecuencia, el aumento del nivel de empleabilidad en los países receptores de los procesos deslocalizadores está matizado por cuestionamientos en el cumplimiento de los estándares de trabajado decente (véase numeral 1 del capítulo 3), no siempre efectivos¹⁷ como factor de atracción de la inversión y *dumping* social.

La problemática suscitada se presenta, a manera de ejemplo, como manifestación específica en el marco de las empresas cárnicas belgas que se trasladan a Alemania para desarrollar allí el proceso de producción de la carne. En el país receptor el proceso productivo se lleva a cabo con trabajadores inmigrantes de Europa del Este, con parámetros que desconocen las categorías de trabajo decente (numeral 1 del capítulo 3); esta situación evidencia dentro de la UE una deslocalización de tendencia de igualación “a la baja”.¹⁸

La principal consecuencia la constituye el énfasis en la “culpa” que se atribuye al Derecho del Trabajo¹⁹ por el aumento del desempleo en los países en

¹⁷ “Por ejemplo, en Uruguay, en la década de los 90, se adoptó una ley de promoción de las inversiones que incluía medidas de flexibilización o desregulación laboral. La ley no fue eficaz para generar inversiones, pero las normas de disminución de derechos laborales surtieron plenamente sus efectos durante casi diez años, hasta que fueron modificadas. Puede decirse que éstas fueron las únicas disposiciones plenamente eficaces de la ley”. Oscar Ermida Uriarte, ob. cit., p. 7.

¹⁸ “En Alemania, trabajadores procedentes de Europa del Este, en su mayoría de Rumania y Bulgaria, trabajan en toda legalidad por salarios de hambre, es decir, por menos de cinco euros la hora, más de diez horas al día, en los mataderos. No están cubiertos por la seguridad social ni por el sistema de seguro médico.

Johan Vande Lanotte [Ministro de Economía belga] explicó al diario belga *Le Soir* del 19 de marzo que ‘Una de ellas (empresas cárnicas) ya no corta la carne en Bélgica, solamente corta las carcasas en cuatro y las envía a Alemania. Allí la cortan trabajadores con salarios muy bajos, lo que resulta mucho más rentable. Estas prácticas son inaceptables’. Mathieu Debroux. “Alemania: El *dumping* social de carne y hueso”. *Equal Times, News at Work*, 25 de marzo de 2013.

¹⁹ “El sistema jurídico laboral español incorporó desde la primera etapa de construcción democrática, tras la promulgación de la Constitución de 1978, una relación directa entre el mercado de trabajo y el derecho laboral como el elemento central de su estructura dinámica normativa. Al coincidir la implantación del sistema democrático de relaciones laborales con la crisis económica de mediados de los años setenta, y la consiguiente repercusión en las diferentes economías nacionales europeas en términos de destrucción de empleo, en el sistema español se produjo una relación de causa-efecto entre el sistema de garantías que preveía el derecho del trabajo y estos procesos de pérdida acelerada de puestos de trabajo, culpando de tal pérdida al Derecho del Trabajo. Ciertamente, la atribución de la culpa al derecho del trabajo se produce en un contexto de cambio de modelo político en el que se puede teñir de “antiguo régimen”—es decir, de

los que se originan los procesos de deslocalización, sustituyendo la disciplina protectora por un elemento de mercado que desconoce el postulado fundacional de la OIT, según el cual “el trabajo no es una mercancía”.

Las evidencias de precarización de las condiciones laborales derivadas de los procesos de deslocalización demuestran la complejidad del problema, principalmente en lo que tiene que ver con seguridad en el trabajo y las condiciones de prestación de los servicios. Tal es el caso del desplome del edificio Rana Plaza en Bangladesh, donde funcionaba un centro de producción de prendas de vestir destinado a marcas occidentales, que causó la muerte a más de mil ciento treinta y dos trabajadores; finalmente se pudo determinar la ausencia de medidas básicas de seguridad en el trabajo y de respeto de las garantías laborales.²⁰

La oposición social, a través de campañas mediáticas de desprestigio en respuesta a los procesos de producción de las marcas involucradas, resulta ser un indicador de la poca importancia que prestan las empresas implicadas en aplicar correctivos, por cuanto la presión ejercida por tal oposición no es permanente en el tiempo y las empresas buscan contrarrestarla con acuerdos transnacionales con las organizaciones sindicales (véase numeral 3.1 del capítulo 2).

No obstante, la demanda de intervención extraterritorial en toda la cadena de producción quedó demostrada, dada la insuficiencia en el “cumplimiento” del marco regulador en el país destino (Bangladesh) en el que las multinacionales textiles pretendieron fundamentar su ausencia de responsabilidad.²¹

elementos propios de las situaciones de autoritarismo social que el franquismo consolidó— a algunas de las garantías que la norma estatal y la actuación de la administración laboral habían impuesto en materia de condiciones de trabajo tanto a nivel general como sectorial. De esta manera, una parte de la culpa del derecho del trabajo —de lo que se denominaba su regulación rígida y estatista de las condiciones de trabajo— se endosaba al conjunto de significados que habían perdido vigencia en la modernidad democrática por estar indisolublemente unidos a un mundo superado autocrático e incompatible con las nuevas exigencias de la economía libre. Antonio Baylos Grau. *Blog Según Antonio Baylos*, Disponible en http://baylos.blogspot.com/2007_11_01_archive.html. 10 de noviembre de 2007.

²⁰ Como parte de la investigación se logró determinar que el salario mínimo desde el año 2010 equivale a 38 dólares por mes. “El derrumbe que desnudó la miseria laboral en la industria de la ropa”, *BBC Mundo*, 27 de abril de 2013.

²¹ “Los homicidios de Bangladesh se producen en este contexto y El Corte Inglés y Mango participan de esta lógica. Además, se niegan a extender la responsabilidad de la empresa matriz a lo largo de la cadena de producción con las filiales, proveedoras, contratistas y subcontratistas. Es más, la representación internacional empresarial en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se opuso frontalmente a cualquier norma internacional que regulara su responsabilidad a lo largo de la cadena de producción. Se

1.4. La experiencia latinoamericana

Los países de América Latina han sido, en general, receptores de procesos deslocalizadores empresariales en el marco de las denominadas maquilas, que suelen estar ubicadas en zonas francas. Así pues, para entender los conceptos de maquila y de zona franca, a continuación se presenta el marco estructural de los procesos de deslocalización en Latinoamérica basados en dichas modalidades de contrato.

1.4.1. Maquilas

La historia del contrato de maquila y su inclusión en los ordenamientos jurídicos latinos, herederos del Derecho Civil francés, está marcada por una resistencia inicial debida al monopolio que suponía la figura, ideada para regular los acuerdos entre el viñatero que entregaba la uva para la elaboración del vino y el bodeguero que se comprometía a devolver una determinada cantidad de vino.

El contrato de maquila conlleva pues la entrega, elaboración y depósito de determinados bienes, dando estructura a la idea de un contrato de integración y cooperación, que fue rechazado inicialmente por los ordenamientos latinoamericanos.²² Hoy este modelo implica el supuesto de que una empresa que se

han negado radicalmente a transformar sus llamamientos retóricos y vacíos a la responsabilidad ética en la cadena de externalización, en exigibilidad jurídica. En otras palabras, mientras la tasa de beneficio sea suculenta, que el trabajo sucio lo hagan los proveedores de Bangladesh.

Por otra parte, las empresas transnacionales se oponen a discutir –y más a aprobar– cualquier tratado internacional que regule sus prácticas de manera vinculante en el seno de las Naciones Unidas; no aceptan constituir un tribunal internacional que tutele los derechos de las mayorías sociales frente al poder transnacional, ni tan siquiera aceptan crear un Centro de Empresas Transnacionales que fiscalice sus prácticas, inspeccione sus incumplimientos y articule las denuncias de las víctimas. Resulta evidente que prefieren definir los contornos de su responsabilidad, al margen de cualquier injerencia externa de control”. Juan Hernández Zubizaretta. “Bangladesh. Mango y El Corte Inglés”. *Portal Rebelión*, 18 de mayo de 2013.

²² “El contrato de maquila, en sus orígenes históricos, estuvo vinculado a los conceptos de gabela o de tributo. Fue sinónimo de abuso señorial y de monopolio; estuvo signado por la compulsión y por la arbitrariedad. Probablemente, una de las razones por las cuales Vélez no lo legisló, haya sido el desprestigio de la figura en el derecho francés, fuente directa de nuestro Código Civil. Lo curioso es que la figura aparece en nuestra legislación en la Ley 17.662 del año 1968, y como muchas otras normas en nuestro derecho, surgió para regular una situación de emergencia de ciertas economías regionales. Consistía en un aumento importante de la oferta debido a dos factores esenciales: dos buenas cosechas (mayor producción) y plantación de nuevos viñedos (nueva producción). Según la nota de elevación al Poder Ejecutivo, la ley se proponía ‘resguardar al viñatero carente de bodega propia, de todo tipo de abusos que puedan suscitarse a raíz de tales contratos de elaboración’. María Josefina Tavano. “Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia”. *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006, p. 59.

asienta en un país determinado exporta los insumos correspondientes al proceso manufacturero a otro país con condiciones favorables de producción para, una vez se ha cumplido el proceso productivo, importar el producto final.²³

En Centroamérica la maquila constituye una de las principales fuentes de empleo, particularmente en la industria textil. El desarrollo de la industria maquiladora se dio como resultado de programas desarrollados por Estados Unidos a través de la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (Caribbean Basin Initiative),²⁴ que desde 1984 exonera de impuestos de entrada a los productos provenientes de países que conforman esta zona. En el caso tanto de productos como de países que no están incluidos en la iniciativa, el desarrollo de la maquila se basa en la regla del pago de la nación más favorecida.²⁵

Por otra parte, los datos empíricos demuestran que la maquila centroamericana corresponde a procesos de subcontratación o externalización de empresas estadounidenses y asiáticas.²⁶ Estados Unidos enmarca este modelo de producción en la categoría *production sharing* o producción compartida, y presenta indicadores que dan cuenta de la importancia de este esquema en el régimen de importaciones.²⁷ Aunque los beneficios fiscales se legitiman en función de la creación de empleo mediante esta modalidad de producción,

²³ “Actualmente, maquila significa cualquier manufactura parcial, ensamble o empaque, llevado a cabo por alguna empresa que no sea el fabricante original”. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) de México. *Revista Comercio Exterior*, vol. 9. México: Banco Nacional de Comercio Exterior, septiembre de 1999.

²⁴ Actualmente los países beneficiarios de la iniciativa son: Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Islas Vírgenes Británicas, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Panamá, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago.

²⁵ Esta regla comporta la extensión a las demás partes de cualquier tipo de mejora en el tratamiento que sea concedida a una parte en un acuerdo de comercio internacional.

²⁶ “La industria de la maquila en Centroamérica se ha desarrollado en años relativamente recientes, a fines de los años 1980: por ejemplo, la empresa maquiladora promedio en Guatemala tiene menos de 12 años y en Nicaragua la maquila comenzó en 1992. El origen del capital invertido es variable en cada país. En Honduras, Guatemala y Nicaragua, casi todas las inversiones son asiáticas, en su mayoría coreanas (por ejemplo, 66% en Guatemala, según Anónimo [2004]). Sin embargo, en Costa Rica las inversiones son principalmente estadounidenses, y en El Salvador casi dos tercios de las inversiones proceden de fuentes nacionales”. Hans G.P. Jansen et ál. “El impacto del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica en la Industria Centroamericana de Maquila Textil”. Instituto Internacional sobre Políticas Alimentarias, marzo de 2008, p. 3.

²⁷ “El total de importaciones bajo las disposiciones aduaneras correspondientes a la producción compartida en Estados Unidos, procedentes de todo el mundo, oscila en los años noventa entre un 9 y un 10 por ciento.

en la mayoría de los casos se trata de trabajos precarios, esto es, a jornada parcial, a destajo y por tiempo definido.

La ausencia de estabilidad, traducida en la constante amenaza de despido; la remuneración usualmente fijada por la combinación de tiempo disponible y resultados; las jornadas de trabajo que en promedio abarcan diez horas (7:00 a.m. a 5:00 p.m.) y que en algunas empresas se extiende hasta las 10:00 p.m., incluidos los fines de semana; los despidos violatorios de la libertad sindical, constituyen las principales razones para considerar este tipo de empleo fuera de las categorías básicas del trabajo decente.²⁸ A lo anterior se suman las dificultades para identificar al empleador, hecho que redundo en limitaciones del derecho de libertad sindical y negociación colectiva. En materia de género, la mayoría de quienes trabajan en las maquilas son mujeres, que no encuentran opciones distintas para acceder a un rédito que les permita satisfacer sus necesidades.²⁹

En suma, el sistema de producción regido por el principio “cero defectos y entrega justo a tiempo” contiene importantes obstáculos para generar empleo con estándares mínimos admisibles a la luz de los lineamientos de la OIT sobre calidad del trabajo, aunado a las dificultades para la efectividad de los

En el caso particular de los productos de la confección, en 1990 un 9,5 por ciento de las importaciones de Estados Unidos provenientes de todo el mundo representaban arreglos de producción compartida. En 1995 el porcentaje de participación llegaba a superar el 20 por ciento, y sigue en ascenso. Para los productos provenientes de los países centroamericanos, esta proporción se elevó al 79 por ciento en 1995.

El 80 por ciento de las importaciones industriales totales provenientes de los países centroamericanos corresponden a productos de la confección. De esta manera, no es muy erróneo suponer que cerca del 80 por ciento de los productos industriales que ingresan desde los países del istmo a Estados Unidos lo hacen bajo el régimen de producción compartida”. Eduardo Gitli. *La industria de la maquila en Centroamérica. Informe para el seminario subregional de empleadores de Centroamérica y República Dominicana*. Guatemala: Organización Internacional del Trabajo, abril de 1997, p. 3.

²⁸ Datos tomados de: Laís Abramo et ál. *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*. Organización Internacional del Trabajo, 2006, p. 171.

²⁹ “La industria de la maquila en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana generó en total 585.138 empleos directos hasta mediados del 2001; éstos, a su vez, son ocupados desde un 56% a un 87% por mujeres.

La participación por sexo en las empresas de vestuario y textiles es mayoritariamente femenina y el nivel educativo corresponde al ciclo de primaria (completa o incompleta)”. *Ibíd.*, p. 154.

controles por parte de la administración de trabajo que permitan adelantar procedimientos correctivos.³⁰

En el caso de México, el desarrollo de la industria maquiladora es considerable, gracias a la proximidad geográfica con Estados Unidos y al impulso que desde 1965 se dio a esta industria como respuesta a la cancelación del programa de braceros suscrito con esa nación. El programa de la Industria Maquiladora de Exportación eliminaba los aranceles en la frontera norte, lo que permitió el crecimiento de la maquila como fuente de empleo e industrialización en dicha zona. Sin embargo, dicho programa concluyó en el año 2001, como parte de lo estipulado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por lo que a partir de ese momento la maquila pasó a regirse por la política fiscal general mexicana.

Es bien sabido que el impacto de la maquila en el norte del país resultó fundamental para el desarrollo de esa región.³¹ No obstante, como ocurre en el caso centroamericano, la importancia de la industria maquiladora en México como fuente de empleo y desde el punto de vista económico contrasta con

³⁰ “A juicio de las trabajadoras, dirigentes sindicales y del movimiento de mujeres, la calidad de este empleo es precaria, ya que las condiciones y relaciones de trabajo se caracterizan por frecuentes violaciones a los derechos laborales y humanos. Los sindicatos, en términos generales, califican de negligente la acción de los Ministerios del Trabajo y señalan que los gobiernos ‘sacrifican’ la exigencia de que se respeten los derechos laborales básicos a la disminución de las presiones sociales que significa la creación de empleo intensivo. Entre las estrategias utilizadas por las organizaciones sindicales para buscar solución a los problemas figuran acciones individuales y/o colectivas, procedimientos de negociación bilateral, denuncias ante el Ministerio del Trabajo y, cuando estas vías se consideran agotadas, se recurre al paro de labores.

Los ministerios del trabajo reconocen que, a pesar de los avances, las condiciones laborales no son las óptimas y que existe un porcentaje de empresas con niveles diferenciados de incumplimiento de los estándares laborales básicos, aunque destacan los esfuerzos de todos los interlocutores sociales para mejorar la situación.

Los gerentes de las empresas maquiladoras aseguran que su actuación se ciñe a lo establecido en la legislación nacional, atribuyendo a una ‘propaganda antimquila’ la imagen negativa que algunos perciben de las condiciones y relaciones laborales prevalentes en sus empresas”. Laís Abramo et ál. *Trabajo decente y equidad de género en América Latina...*, ob. cit., p. 169.

³¹ “Con más de un millón de trabajadores y más de 5.000 millones de pesos mensuales en sueldos y salarios, la industria maquiladora es esencial para la economía mexicana, más aún en la frontera norte, donde se concentra el 79% de los trabajadores”, Jim Gerber. “Perspectivas de la maquiladora después del 2001”. *Revista Comercio Exterior*, vol. 9. México: Banco Nacional de Comercio Exterior, septiembre de 1999.

las precarias condiciones laborales y las dificultades de los trabajadores para exigir y reclamar sus derechos.³²

Por su parte, los procesos de deslocalización productiva mediante el modelo de maquila experimentados en Colombia se han concentrado particularmente en Medellín y su área metropolitana, absorbiendo gran parte del segmento de empleo en la región.³³

Los cambios del sistema de producción que explican la deslocalización y la utilización de la maquila como esquema de traslado de puestos de trabajo hacia América Latina, no obstante producir un efecto positivo en cuanto generación de empleo, presenta elementos que excluyen a este último de las categorías de trabajo decente (véase numeral 1 de capítulo 2).³⁴

1.4.2. Zonas francas

Las zonas francas son franjas territoriales de un país con regímenes tributarios, arancelarios, ambientales y laborales especiales fijados a partir de las condiciones de producción favorables que dichos territorios ofrecen para la deslocalización productiva. Se basan en un sistema de incentivos a la inversión implementado a través de ventajas tributarias. Y puesto que en estas zonas un número importante de trabajadores desarrolla su actividad, es necesario

³² “En los inicios de la maquila, especialmente en ciudades como Tijuana, Ciudad Juárez y Matamoros, fue común que se instalaran las llamadas ‘maquilas golondrinas’; es decir, plantas que debido a su escasa solvencia económica cerraban sus puertas de un día a otro, y se instalaban en otros lugares, dejando en el desempleo y sin la indemnización correspondiente a centenares de trabajadores”. María Eugenia de la O et ál. *Globalización, trabajo y maquilas: las viejas y nuevas fronteras*. México: Centro de investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Fundación Friedrich Ebert, 2001, p. 225.

³³ “La importancia de los talleres maquiladores dentro del renglón de las confecciones en Medellín y el área metropolitana es innegable, no hay cifras que puedan determinar claramente el número de micro y pequeños establecimientos dedicados a esta actividad, sin embargo, Tamayo y Sánchez (2003: 17) señalan que en el año 2000 la maquila ocupó la mitad de la mano de obra en el Valle de Aburrá”. Karina Camacho Reyes. “Las confesiones de las confecciones, condiciones laborales y de vida de las confeccionistas de Medellín”. En: *Ensayos Laborales*, 17. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2008, p. 50.

³⁴ “El proceso de externalización implica destrucción de puestos de trabajo, pero a la vez es generador de otros nuevos. Estos nuevos puestos de trabajo son los creados por las maquilas, lo que quiere decir que hay un desplazamiento del sector formal al informal de la economía; en este tránsito, el conjunto de trabajadores(as) de la confección pasan de tener empleos estables, más o menos bien remunerados, con seguridad social y otros ‘beneficios’, a tener trabajos inestables, estacionales, en los cuales la mayoría de las veces no tienen seguridad social, y ni siquiera un salario como tal”. Karina Camacho Reyes. “Las confesiones de las confecciones, condiciones laborales y de vida de las confeccionistas de Medellín”..., ob. cit., p. 69.

rediseñar el derecho del trabajo de forma tal que ofrezca respuestas a la nueva situación de la superación de las fronteras del capital.³⁵

Puesto que las zonas francas suelen albergar a las maquilas, esto determina la atención de la OIT para promover el trabajo decente en ellas. La problemática fue abordada en la 312.^a reunión del Consejo de Administración celebrada en Ginebra, Suiza, en noviembre del 2011:

Las zonas francas industriales (ZFI) son zonas industriales dotadas de incentivos especiales para atraer a los inversores extranjeros, en las que los materiales de importación se someten a cierto grado de elaboración industrial antes de ser de nuevo exportados. Estas zonas existen tanto en las economías industrializadas como en las economías en desarrollo. El nombre con el que se las conoce varía según los países y, en general, constituyen un instrumento de política comúnmente empleado por los gobiernos para promover el comercio y las inversiones extranjeras directas (IED), así como la creación de empleos. Si bien es cierto que las ZFI ofrecen a determinados grupos de trabajadores, como las mujeres jóvenes y los trabajadores poco cualificados, la oportunidad de acceder al empleo en el sector formal, éstas siguen suscitando inquietudes por lo que se refiere a la calidad y la sostenibilidad de los empleos creados y el cumplimiento de las normas del trabajo.

El número de ZFI en todo el mundo sigue en aumento, y algunas de estas zonas siguen suscitando cuestionamientos e inquietudes desde el punto de vista de la creación de empleo y el respeto de los derechos de los trabajadores, especialmente en los ámbitos de la libertad sindical y de asociación, y de la negociación colectiva, la aplicación de la legislación laboral y las condiciones de trabajo.

En el caso colombiano las mercancías que ingresan en estas zonas son consideradas fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los im-

³⁵ “Se calcula que en las zonas francas del mundo trabajan unos 50 millones de personas (Banco Mundial, 2002, y AFL-CIO, 2008). Esta cifra es varias veces mayor que la cantidad absoluta de personas que trabajan en toda la industria manufacturera de los Estados Unidos”. Kurt Loess et ál. “Internacionalización empresarial, salarios, formación y rotación de los trabajadores de las maquilas”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núms. 2-3. Organización Internacional del Trabajo, 2008, p. 277.

puestos a las importaciones y a las exportaciones, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4051 del 2007.

La mayoría de las investigaciones enfocadas en el estudio de las zonas francas dan cuenta de condiciones laborales precarias en los esquemas de maquilas que usualmente se establecen en ellas.³⁶

1.4.3. Tratados de libre comercio

La integración comercial en América Latina se ha articulado a través de acuerdos comerciales regionales consistentes en la ampliación de los mercados de bienes y servicios de los países participantes mediante la rebaja o eliminación de aranceles. A diferencia de la Unión Europea, en materia de tratados de libre comercio, las temáticas relativas a integración social, regional y libertad de movilización generadores de espacios supranacionales se reportan ausentes.

En este orden de ideas, los tratados de libre comercio contienen cláusulas sociales que operan no como conductos de armonización y equiparación de estándares laborales, sino como mecanismos de contención de estrategias de competitividad a través de la reducción de costos laborales en uno de los Estados parte, esto es el denominado *dumping social*. Por tanto, el compromiso de respeto de los derechos laborales en los Estados parte se reduce a una competencia para hacer viable el intercambio comercial de los países implicados.³⁷

³⁶ “Los salarios pueden mantenerse relativamente bajos debido al exceso de oferta de mano de obra. Por ejemplo, en Nicaragua, entre 40 y 50 personas hacen cola cada lunes afuera de las grandes maquiladoras; las empresas más pequeñas que necesitan mano de obra a menudo encuentran trabajadores en zonas grandes que están libres de impuestos (llamadas Zonas Francas). Las maquiladoras nicaragüenses informan que generalmente la mitad de las personas que solicitan trabajo logra asegurar finalmente un trabajo a largo plazo. La experiencia, las pruebas de costura y las pruebas generales de destreza son utilizadas para escoger a los aspirantes. Todos deben presentar su tarjeta de identidad, antecedentes policiales y certificado de salud; estos documentos, aunque cuestan solamente el equivalente a unos cuantos dólares, pueden ser un obstáculo para algunos aspirantes”. Hans G.P. Jansen et ál. “El impacto del...”, ob. cit., p. 3.

³⁷ “La cláusula por la cual a la firma de un tratado comercial un país se obliga a respetar estándares laborales mínimos a favor de sus ciudadanos, pudiéndose imponer sanciones en caso de incumplimiento; es una definición clásica de lo que se entiende por una cláusula social o una cláusula laboral. ¿Y cuáles serían estos derechos? En principio los derechos contenidos en la Declaración de derechos fundamentales de la OIT; sin embargo, en los tratados que está planteando EE UU, dígame Chile, CAFTA, y ahora el TLC Andino, no solamente se han limitado a estos cinco temas sino que adicionalmente han incorporado los temas de condiciones de trabajo, salario mínimo y salud laboral”. José Marcos Sánchez Zegarra. “Integración y desarrollo social en la Comunidad Andina”. En: *El trabajo y el empleo en los tratados de libre comercio*. Lima: OIT, Comunidad Andina, 2004, p. 10.

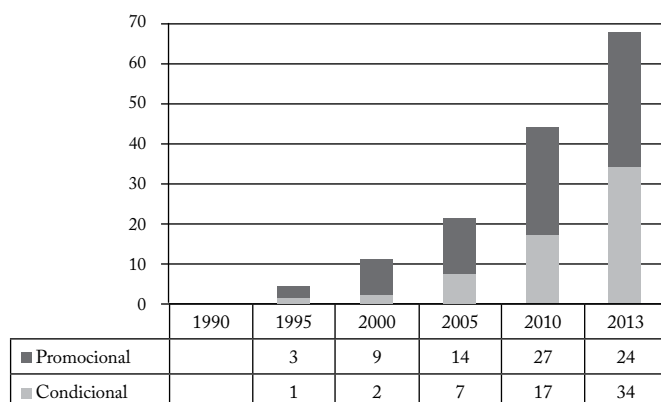
El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) [North American Free Trade Agreement (NAFTA)], que entró en vigencia el 1 de enero de 1994, no preveía las cláusulas sociales; no obstante, sendos acuerdos paralelos contienen el núcleo de compromiso de respeto de derechos laborales como parte del acuerdo comercial.³⁸ Por su parte, los tratados posteriores, como el que Colombia suscribió con Estados Unidos en 2012, ya incorporan en su texto original un capítulo destinado a los asuntos laborales. En efecto, el capítulo 17 se destina a “asuntos laborales”, que entre las normas más relevantes incluye el compromiso de respetar los derechos fundamentales recogidos en la declaración de derechos fundamentales de la OIT; la aplicación de las normas laborales internas “de manera que afecte el comercio entre las partes”; el reconocimiento expreso de que resulta “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna”; el acceso a la administración de justicia para la efectividad de derechos laborales y la difusión de la legislación laboral.

De conformidad con los criterios acogidos por la OIT, las cláusulas sociales que acompañan a los TLC pueden clasificarse, de acuerdo con el criterio jurídico de intervención en función de los sistemas de coercibilidad, en las siguientes categorías:

1. Cláusulas promocionales: referidas a disposiciones para estimular la cooperación dirigida al respeto y control del cumplimiento de las normas que regulan el trabajo.
2. Cláusulas condicionales: enmarcadas en directrices laborales cuya inobservancia trae consigo consecuencias económicas sancionatorias derivadas del incumplimiento.

³⁸ “El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) son los acuerdos paralelos del TLCAN, que constituyen los modelos regulatorios para seguir en Latinoamérica con respecto a cláusulas sociales. Convenios que establecen dos criterios rectores de la relación entre trabajo, medio ambiente y comercio; uno, la cooperación como política regional de protección a los derechos laborales y la legislación ambiental; y un segundo, la obligación de los Estados parte de vigilar la aplicación de la legislación nacional laboral y ambiental”. Jorge Witker. *Cláusulas sociales y los tratados de libre comercio*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 274.

Los datos empíricos de referencia indican que de los doscientos cuarenta y ocho tratados de libre comercio actualmente en vigor en el mundo, cincuenta y ocho contienen cláusulas sociales; este hecho demuestra una tendencia al aumento de la inclusión de dichas cláusulas con una distribución de categorías promocional/condicional reflejada en la gráfica 1).³⁹



Gráfica 1. Cláusulas promocionales y condicionales en los TLC

Fuente: Organización Internacional del Trabajo.

Según el criterio de un sector de la doctrina –que defiende el privilegio del mercado sobre la protección de las garantías sociales–, la inclusión de cláusulas sociales en los tratados de libre comercio no resulta conveniente por constituir un retorno al proteccionismo comercial y, al mismo tiempo, considerar el crecimiento económico como portador *per se* de bienestar social, siendo innecesarias previsiones laborales en este tipo de acuerdos comerciales. No obstante, coincidimos con quienes defienden la tesis contraria, relativa a la pertinencia de las cláusulas sociales como mecanismo de control del cumplimiento de los estándares laborales y la no utilización de la reducción de los niveles tuitivos para la obtención de ventajas comerciales, criterio adoptado por el Congreso de Estados Unidos de acuerdo con el contenido de la ley del 6 de agosto del

³⁹ Organización Internacional del Trabajo. *Social dimensions of free trade agreements*. Ginebra: oit, 2013, p. 19.

2002, que habilitó al Gobierno estadounidense a negociar un tratado de libre comercio con Colombia con la condición de incluir cláusulas sociales.⁴⁰

La redacción de un capítulo relacionado con el aspecto laboral en un acuerdo de libre comercio responde a la tendencia de los tratados posteriores al NAFTA de incluir cláusulas sociales⁴¹ y se explica, en el caso concreto del TLC entre Estados Unidos y Colombia, por la oposición de las organizaciones sindicales en ambos países a la suscripción del acuerdo, fundamentalmente por la ausencia de medidas que garantizaran el respeto de algunas garantías laborales, particularmente la libertad sindical en Colombia. Por ello, en abril de 2011 los presidentes Barack Obama y Juan Manuel Santos firmaron un acuerdo para implementar acciones encaminadas a superar las objeciones a la firma del acuerdo comercial.

Entre los principales compromisos adquiridos por Colombia se encuentran: incorporar reformas legales que incluyen sanciones económicas por el uso indebido de cooperativas de trabajo asociado que conllevan esquemas de intermediación laboral; fortalecer la inspección de trabajo vinculando un importante número de inspectores (cuatrocientos ochenta en cuatro años); y sanciones penales por la vulneración de la libertad sindical.

Para soportar la oposición al acuerdo comercial, los sindicatos estadounidenses consideraron que los acuerdos de libre comercio propician la deslocalización productiva, a través de la maquila (véase numeral 1.4.1 anterior), en detrimento de las categorías de trabajo decente, lo que aumenta la tasa de desempleo de dicha nación. Por su parte, según las organizaciones sindicales de Colombia la producción nacional se vería seriamente afectada, esto sumado a la vulneración de la libertad sindical, reflejada en la tasa de homicidios

⁴⁰ Véase: César A. Rodríguez Garavito. “Los derechos laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos”. Ponencia presentada en el congreso *Economía Social de Mercado y Tratados de Libre Comercio en Colombia*, Bogotá, 20-21 de mayo de 2004.

⁴¹ Las cláusulas sociales deben adaptarse a los diferentes contextos socioeconómicos, teniendo en cuenta que los nuevos actores económicos importantes han ido surgiendo en los últimos diez años en la escena global. El objetivo estratégico es volver a equilibrar la asimetría entre la globalización de la esfera del mercado y los mecanismos de funcionamiento de los sistemas de trabajo y la protección social, siendo fundamentalmente anclado en el nivel nacional, mediante la introducción de una coordinación más fuerte “entre el comercio y los derechos sociales” (Delmas-Marty). Tiziano Treu. “Labour law and welfare: old and new questions. International Society for Labour and Social Security Law”. Position paper, 8 de junio de 2013, p. 9.

sindicales,⁴² y el abuso de figuras de intermediación laboral que propician el trabajo precario. La Central Unitaria de Trabajadores (CUT) consideró que el acuerdo de libre comercio sería perjudicial para la industria, la agricultura, los servicios y en general para toda la producción colombiana; la central, con base en la asimetría entre las dos economías, consideró que Colombia estaría en absoluta desventaja, que se vería inundada de productos, mercancías, capitales y firmas de servicios de origen estadounidense, en detrimento del empleo y la producción nacional. En este orden de ideas, la oposición sindical en ambos países al acuerdo está soportada en la fuga de empleos que arribarán a un puerto que no puede ser calificado decente, producto de procesos de deslocalización productiva.

No obstante la oposición social, en octubre de 2011 el Congreso de Estados Unidos aprobó el tratado de libre comercio con Colombia,⁴³ y a partir de la suscripción del acuerdo se dio vía libre a una fase de implementación proyectada para comenzar el 15 de mayo de 2012. La central obrera estadounidense AFL-CIO solicitó oficialmente al Gobierno de Estados Unidos aplazar la implementación del tratado en consideración al incumplimiento por parte de Colombia de los compromisos de corrección de políticas laborales asumidos para dicho fin.

A pesar de la dificultad para elaborar juicios de valor previos, el tratado en estudio es uno de los mecanismos de inserción de Colombia en la economía global. Se trata de un acuerdo en principio está referido a temas comerciales que, de una u otra forma, incluye una cláusula social que comporta una declaración de principios de respeto de la legislación laboral interna y el no uso del derecho laboral para obtener ventajas comerciales.

La evidencia macroeconómica determina resultados desfavorables que se inferen de la caída de la industria en un 1,9% y de las exportaciones en un 2,2% en el año 2013. Estos datos respaldan la solicitud de las centrales obreras colombianas CTC, CUT, CGT y del Centro de Estudios de Trabajo, relacionada con la necesidad de revisar los TLC en virtud del impacto negativo en la economía y el empleo en Colombia.⁴⁴

⁴² De acuerdo con cifras oficiales del Gobierno colombiano, en el año 2010 fueron asesinados entre cuarenta y cincuenta sindicalistas, “dependiendo del criterio de inclusión de las estadísticas”.

⁴³ En Colombia fue aprobado a través de las leyes 1143 y 1166 del 2007.

⁴⁴ Datos tomados del diario económico *Portafolio*, Bogotá, 21 de febrero de 2014.

2. El contexto: globalización económica

El primer proceso de globalización del que se tenga registro en la historia reciente, denominado primera globalización, data del período 1870-1913, y estuvo caracterizado por la movilidad de capitales y facilitado por el sistema colonial, la adopción del patrón oro como sistema monetario y el crecimiento de la movilidad migratoria, fenómenos interrumpidos por las dos guerras mundiales que frenaron los procesos de integración del período precedente.⁴⁵ Posteriormente, desde las últimas décadas del siglo xx el mundo se ha visto inmerso en un nuevo período que ha sido denominado segunda globalización, que será el tema de análisis en este aparte del libro.

El contexto económico que acompaña la deslocalización productiva está dado por la segunda globalización económica, esto es, la generalización del sistema productivo capitalista después de la caída del muro de Berlín en 1989. En efecto, puede decirse que a partir de este acontecimiento histórico desaparecieron las barreras ideológicas y, en algunos casos, las arancelarias y las monetarias. A pesar de las deficiencias de gestión de la globalización por parte de los organismos multilaterales que abordaremos aquí, esta puede redundar en beneficio social, siempre y cuando el enfoque que hasta ahora se le ha dado sea replanteado.⁴⁶

La globalización implica la existencia de mercados cada vez más interdependientes que, gracias a los avances en materia tecnológica y de comunicaciones, generan el contexto de un mercado de carácter global. Se trata de una realidad del sistema económico nacida en las últimas décadas el siglo xx

⁴⁵ “Los especialistas en historia económica denominaron ‘primera ola de globalización’ al período de libre comercio, libre movilidad del capital y predominio del patrón oro en la economía mundial que se extendió desde cerca de 1870 a 1913. Este período se caracterizó también por amplias corrientes migratorias internacionales, lo que le valió el nombre de “era de la migración masiva” (Hatton y Williamson, 1998). Se estima que durante esos años aproximadamente 60 millones de personas abandonaron una Europa con escasos recursos naturales y con exceso de mano de obra, para dirigirse a países del Nuevo Mundo con recursos naturales abundantes y escasez de mano de obra, como Argentina, Australia, Brasil, Canadá, los Estados Unidos y Nueva Zelanda”. Andrés Solimano. “Globalización y migración internacional: la experiencia latinoamericana”. En: *Revista de la Cepal*, núm. 80, agosto de 2003, p. 69.

⁴⁶ Uno de los críticos más radicales de la globalización, el premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, sostiene: “Creo que la globalización –la supresión de las barreras al libre comercio y la mayor integración de las economías nacionales– puede ser una fuerza benéfica y su potencial es el enriquecimiento de todos, particularmente de los pobres; pero también creo que para que esto suceda es necesario replantearse profundamente el modo en que la globalización ha sido gestionada”. Joseph Stiglitz. *El malestar en la globalización*. México: Santillana, 2010.

y consolidada en los primeros años del XXI, que ha reformulado el esquema de producción y evidencia la deslocalización de empresas.⁴⁷

En el marco de la globalización se impone al derecho del trabajo un rediseño que le permita hacer frente a los esquemas de producción posindustriales, sin fronteras,⁴⁸ en un mundo global que avanza a altas velocidades económicas, cuyas adaptaciones jurídico-laborales resultan demasiado lentas.⁴⁹ Así, para el Derecho del Trabajo la globalización representa el desafío de adaptación a un marco de regulación diverso en el que el Estado, como centro de relaciones y de regulación, es desplazado por la empresa que rompe las fronteras de los Estados-nación.⁵⁰

El fenómeno en estudio constituye el sustrato económico de los procesos de movilidad geográfica industrial que hemos denominado deslocalización productiva. El derecho del trabajo, concebido en el ámbito territorial de cada país, debe reformularse al evidenciar que las estructuras clásicas no son suficientes para asumir los retos que plantea la mundialización y la nueva estructura de producción transnacional.

Para atender los desafíos de la globalización, la OIT ha desarrollado un concepto denominado *piso de protección social*, propuesto por el grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, como complemento de los sistemas de seguridad social para garantizar a los ciudadanos (i) seguridad básica de los

⁴⁷ “La globalización es un proceso que resulta de la evolución de la tecnología, las comunicaciones y la informática, lo mismo que el gran incremento de recursos de inversión, que buscan ubicarse en el sitio más conveniente para el logro de sus objetivos”. Jorge Ramírez Ocampo. *¿No TLC?, el impacto del tratado en la economía colombiana*. Bogotá: Editorial Norma, 2007, p. 73.

⁴⁸ Umberto Romagnoli. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social, mayo de 1997.

⁴⁹ “El Derecho del Trabajo ha asistido –prácticamente sin poder reaccionar– a una importante restructuración capitalista que ha diseñado de nuevo la geografía de las actividades productivas, junto con la tipología de las formas de empleo de la mano de obra, intervenido la economía y desbaratado el mercado de trabajo, mundializado los mercados de los productos y transformado, por obra de las nuevas tecnologías, incluso las características de los trabajadores más tradicionales”. Umberto Romagnoli. “Weimar, ¿Y después?”. En: *Autoridad y democracia en la empresa*. Serie 1 de Mayo. Madrid: Trotta, 1992, p. 17.

⁵⁰ El profesor Aparicio ilustra la complejidad de la situación como sigue: “Es verdad entonces que el fenómeno de la globalización erosiona el poder del Estado; si esto ocurre, inevitablemente el derecho al trabajo se ve comprometido”. Joaquín Aparicio Tovar. “La transnacionalización del Derecho del Trabajo y la responsabilidad del empresario”. En: *Globalización laboral y de la seguridad social*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 16.

ingresos y (ii) acceso universal y asequibilidad a los servicios sociales esenciales a fin de garantizar un nivel de vida adecuado en el mundo globalizado.

La Conferencia Internacional del Trabajo realizada en 2011 definió el marco conceptual del piso de protección social:

Pisos de protección social, que incluyan garantías de seguridad social básicas para que, durante su ciclo de vida, todas las personas necesitadas puedan costearse una atención de salud esencial y puedan tener acceso a la misma, y gozar de una seguridad del ingreso que se eleve como mínimo a un nivel definido en el plano nacional. Las políticas relativas al Piso de Protección Social deberían tener por objeto facilitar un acceso efectivo a bienes y servicios esenciales, promover una actividad económica productiva y aplicarse en estrecha coordinación con otras políticas de promoción de la empleabilidad, reducción de la informalidad y la precariedad, creación de empleos decentes y promoción de la iniciativa empresarial.⁵¹

Como resultado de la inclusión del concepto en la conferencia de 2011, en la correspondiente al 2012 se inscribió en el orden del día la discusión sobre un proyecto de recomendación de la OIT⁵² sobre *pisos nacionales de protección social* para que hiciera parte del sistema de intervención global en materia laboral, cuyo objeto es que los países amplíen progresivamente el grado de cobertura de los sistemas de seguridad social, contributivos o no, para aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Para articular la implementación de los pisos de protección social, la Organización de Naciones Unidas elaboró el *Manual y marco estratégico para las actividades nacionales conjuntas*, que contiene una estrategia de intervención global como punto de partida para el perfeccionamiento de cada desarrollo particular de pisos de protección social, reconociendo expresamente la inexistencia de recetas globales que desconozcan las particularidades de cada país.

⁵¹ “Piso de protección social por una globalización equitativa e inclusiva”. Informe del Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet convocado por la OIT con la colaboración de la OMS. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

⁵² “Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa”. Informe IV (2B). Cuarto punto del orden del día. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2012.

De acuerdo con el manual, las políticas que desarrollen los pisos de protección social en cada país deberían, a título indicativo:

- Elaborar medidas/regímenes/sistemas de protección social vigentes y estrategias nacionales de desarrollo;
- evitar que se generen unas dependencias de largo plazo (en el ámbito de los hogares y a nivel macro) y daños morales;
- incentivar y facilitar la inclusión social y en el mercado (estar impulsados por la demanda y orientados a los usuarios);
- basarse en una clara definición de los derechos y deberes que rigen la relación entre los ciudadanos y el Estado, y
- asegurar una financiación continua y predecible (preferentemente nacional).

El listado, como se expresa en el documento, es solo un indicador genérico de referencia a fin de que cada país desarrolle su propia estructura de piso de protección social, para que cada ciudadano disponga de los servicios esenciales y la seguridad del ingreso que garantice el acceso a unos bienes y servicios mínimos.

Como corolario, exponemos a continuación los principales documentos y centros de poder en que radican las decisiones que direccionan la economía global, con muy escasos contenidos democráticos al no contar con mecanismos de participación ciudadana.⁵³

⁵³ “A escala planetaria, los tres protagonistas principales (que, bajo el Antiguo Régimen monárquico, eran la nobleza, el clero y el Estado llano), son actualmente: 1) las asociaciones de Estados: Aleña (Estados Unidos, Canadá y México), UE, Mercosur, Asean, etc.; 2) las empresas globales y los grandes grupos mediáticos o financieros, y 3) las organizaciones no gubernamentales (ONG) de dimensión mundial (Greenpeace, Amnistía Internacional, Attac, Human Rights Watch, World Wide Life, etc.).

Estos tres nuevos actores operan en un marco planetario fijado no tanto por la Organización de las Naciones Unidas, como –signo de los tiempos– por la Organización Mundial del Comercio (OMC), nuevo árbitro global.

El voto democrático del conjunto de los ciudadanos tiene muy poco peso en el funcionamiento interno de estos tres nuevos actores. Esta gran mutación del mundo, que vacía de contenido a la democracia, se ha consumado sin que nadie lo advirtiera, ni siquiera los propios responsables políticos”. Ignacio Ramonet. *Guerras del siglo XXI, Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Barcelona: Mondadori, 2002.

2.1. El Consenso de Washington

La crisis económica de los años treinta del siglo xx determinó la adopción del modelo de sustitución de importaciones liderado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), caracterizado por el proteccionismo comercial y los subsidios estatales a la producción nacional de los países latinoamericanos, que determinó el desarrollo de un sistema tuitivo laboral como esquema de intervención para la regulación del trabajo asalariado.

La industrialización por sustitución de importaciones se adoptó como esquema de desarrollo económico en América Latina hasta finales del siglo xx, cuando las políticas de liberalización derivadas de la globalización y el final de la Guerra Fría impusieron la adopción global del sistema capitalista y liberal de producción. El hito histórico que determina el auge de la globalización lo constituye, como ya advertimos, la caída del muro de Berlín en 1989.

El nuevo orden mundial demandó la adecuación de la estructura económica de cara a un mundo unipolar, recogida en el catálogo de políticas que debían adoptar los países y formulada por el economista John Williamson, denominada el Consenso de Washington (*What Washington Means by Policy Reform*). Este documento considera que frente al nuevo orden mundial las reformas adelantadas por los países deben promover, entre otras, disciplina presupuestaria, reformas impositivas, liberalización de los tipos de interés, liberalización del comercio internacional, privatización de empresas públicas y desregulación de los mercados.

Como producto de dichas reformas la mayoría de los países latinoamericanos⁵⁴ adoptaron reformas estructurales de corte regresivo flexibilizador en sus sistemas laborales, cuya justificación descansó en la coherencia con las medidas de apertura económica implantadas en la década de 1990. Las orientaciones sobre reformas flexibilizadoras del ordenamiento laboral tenían como sustrato ideológico responsabilizar de la destrucción de empleos y de la incoherencia con el nuevo contexto económico al derecho del trabajo y su

⁵⁴ En Colombia se promulgó la Ley 50 de 1990, que eliminaba el reintegro por despido injusto para trabajadores con antigüedad de más de diez años; liberalizaba la contratación temporal y daba el marco de funcionamiento de las empresas de servicios temporales.

estructura, idea que el profesor Baylos ha denominado “culpabilización del derecho del trabajo”.⁵⁵

En concordancia con el sistema económico, la flexibilización del mercado laboral (reducción del monto de indemnizaciones por despido injustificado, ampliación de las causales de contratación temporal, reducción de causales de estabilidad reforzada, entre otras) se presentó como alternativa de generación de empleo, una media de que veinte años después ha demostrado ser ineficiente e insuficiente.⁵⁶

Los resultados de la implementación de las políticas sugeridas por el Consenso de Washington apuntan a la reformulación de dicha estrategia en lo que el premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz ha denominado posconsenso de Washington,⁵⁷ un nuevo modelo de estrategias planteadas por los propios países subdesarrollados que les permite fijar sus metas de inflación, regular el sector financiero y laboral así como la medida de la intervención pública de la economía más allá de las directrices que imponen el Banco Mundial y el FMI.

En suma, el Consenso de Washington articuló las directrices globales que habilitaron los procesos de deslocalización empresarial a partir de dos postulados: (i) liberalización del comercio internacional y (ii) eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas.

⁵⁵ Antonio Baylos Grau. “Creación de empleo, mercado de trabajo y derecho del trabajo: el caso español”. En: *Derecho & Sociedad*, revista editada por alumnos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 30, julio de 2008.

⁵⁶ “Los resultados decepcionantes que ha cosechado el Consenso de Washington en América Latina se dan igualmente en las políticas sociales y laborales. El avance de la flexibilidad laboral y de la prestación de servicios sociales a través del mercado no se tradujo en un aumento de los niveles de empleo, menor informalidad y mayor cobertura de protección social. Aunque algunas personas siguen opinando que esto se debe a que la reforma laboral fue demasiado tímida, este argumento pierde peso si se tiene en cuenta que, en realidad, tanto la movilidad laboral como la flexibilidad salarial –los dos objetivos inmediatos de las reformas– alcanzaron cotas muy elevadas en la región. Dicho de otro modo, los mercados de trabajo de América Latina son notablemente más flexibles que lo que parece si sólo nos fijamos en lo estipulado en la legislación y, así y todo, los resultados en materia de empleo fueron deficientes durante todo el decenio de 1990 debido a la falta de un crecimiento económico potente”. Lydia Fraile. “La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128, núm. 3. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009, p. 250.

⁵⁷ Joseph E. Stiglitz. *More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*. Helsinki: UN World Institute for Development Economics Research, 1998.

2.2. La Organización Mundial del Comercio

Creada en 1995 como resultado de la Ronda de Uruguay, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional que promueve la apertura económica, los acuerdos comerciales y la resolución de problemáticas relacionadas con el comercio. Los documentos constitutivos de la OMC no hacen ninguna referencia a las problemáticas de empleo, centrándose en la promoción del libre-cambio como base de la globalización de los mercados.⁵⁸ No obstante, la primera conferencia ministerial, órgano de adopción de decisiones más importante de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, adoptó una declaración en la que se reconoce expresamente el respeto de las garantías mínimas laborales, reconociendo la competencia de la OIT para desarrollar esta tarea. En este sentido, las normas laborales son una cuestión “no bienvenida” en la agenda de la OMC.⁵⁹ La declaración de Singapur señala:

Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto,

⁵⁸ Jacques Sapir. *La Démondialisation*. París: Éditions du Seuil, 2011.

⁵⁹ “Las normas laborales no están sujetas a la disciplina de la OMC en la actualidad. Algunos gobiernos miembros de la OMC en Europa y América del Norte han argumentado que el tema debe ser considerado por la OMC para fortalecer la confianza del público en la OMC y el sistema de comercio mundial. Sin ningún éxito, han argumentado que un conjunto más reducido de las normas del trabajo internacionalmente reconocidas como ‘núcleo’ –Libertad de asociación y negociación colectiva, la prohibición de trabajo forzoso, la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo (incluyendo la discriminación por género)– se debe incluir en la agenda de los futuros trabajos de la OMC”. Josef Falke. “WTO and ILO: Can social responsibility be maintained in International Trade?”. En: Karl Polanyi. *Globalisation and the potential of Law in Transnational markets*. Portland: Hart Publishing, 2011, p. 282.

tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración.

El texto de la declaración converge en el rechazo a utilizar la eliminación de las normas laborales como factor de competencia, al mismo tiempo que se declara el convencimiento de que el desarrollo económico contribuirá a la promoción de las garantías laborales. Así las cosas, la OMC promoverá el comercio internacional, mientras que la OIT lo hará en relación con el trabajo decente y los derechos fundamentales, labores que se consideran complementarias y concurrentes.

La globalización comercial otorga a la OMC un papel determinante en la gobernanza global en materia de liberalización de las barreras comerciales, mientras que los niveles mínimos de protección laboral son asignados a la OIT. No obstante, se ha propuesto incluir en las directrices de esta organización la inclusión de cláusulas sociales⁶⁰ en los tratados comerciales. La iniciativa no llegó a buen puerto, al ser considerada un mecanismo de competencia de los países industriales respecto de aquellos en vías de desarrollo con menores estándares de protección del trabajo, tendiente a corregir el obstáculo globalización/violación de garantías laborales.

El principal problema radica en el valor que se asigna a cada serie de estándares internacionales en el foro multilateral del comercio. Los estándares laborales no son como los de propiedad intelectual, que pueden ser la base de acciones o excepciones, ni de salud o ambientales, que si bien no sirven para accionar sí habilitan una defensa. El punto de controversia estriba en que los estándares laborales no pueden ser invocados como base de acciones ni excepciones. Las normas laborales son parte de un régimen general de desarrollo social que, aunque se relaciona en el acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio, no se ve reflejado en los acuerdos que suscribe la OMC.⁶¹

⁶⁰ Andrea Maksimovic y Ramón Vivanco Mugarra. "Que haya decencia en la OMC". *Reseñas sectoriales de la mundialización*, núm. 142, 2006.

⁶¹ "El principal problema radica en el valor que se asigna a cada serie de estándares internacionales en el foro multilateral del comercio. Los estándares laborales no son como los de propiedad intelectual, que pueden ser la base de acciones o excepciones, ni de salud o ambientales que si bien no sirven para

La omc interviene y direcciona de manera global en el comercio mundial en conjunto con los organismos creados por la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, en el marco de los Acuerdos Bretton Woods, que dieron origen al Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial.

En diciembre de 2013, en la reunión de Bali, Indonesia, la omc retomó la senda iniciada en la ronda de Doha, Catar, del 2001, dirigida a profundizar el libre comercio y la sustracción de barreras a la circulación de bienes y servicios de matriz neoliberal como respuesta a la crisis derivada de las mismas políticas. El fomento de la liberalización comercial sin referencias a la protección de derechos fundamentales se evidencia en el contenido del preámbulo del acuerdo sobre facilitación del comercio derivado de la conferencia ministerial celebrada en Bali entre el 3 y el 6 de diciembre de 2013:

Los miembros,

Habida cuenta de la Ronda de Doha de Negociaciones Comerciales Multilaterales;

Recordando y reafirmando el mandato y los principios que figuran en el párrafo 27 de la Declaración Ministerial de Doha y en el Anexo D de la Decisión relativa al Programa de Trabajo de Doha adoptada por el Consejo General el 1º de agosto del 2004, así como en el párrafo 33 y el Anexo E de la Declaración Ministerial de Hong Kong; Deseosos de aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos v, viii y x del GATT de 1994, con miras a agilizar aún más el movimiento, el levante y el despacho de aduana de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito;

Reconociendo las necesidades particulares de los países en desarrollo y especialmente de los países menos adelantados miembros y deseando potenciar la asistencia y el apoyo para la creación de capacidad en esta esfera;

accionar, sí habilitan una defensa. El punto de controversia estriba en que los estándares laborales no pueden ser invocados como base de acciones ni excepciones. Las normas laborales son parte de un régimen general de desarrollo social que aunque se relaciona en el acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio, no se ve reflejado en los acuerdos que suscribe la omc". Seyed Mohamad Hassa Ravazi. "Labour Standards and wrc. Dilemma of Legitimacy and Efficacy". *The Journal of World Investment & Trade*, 2010.

Reconociendo la necesidad de una cooperación efectiva entre los miembros en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

La estrategia adoptada por la OMC profundiza la demanda de una intervención supranacional que incorpore elementos de corrección a los desvíos sociales provocados por la liberalización económica global, promovida por el organismo en cuestión, que además de su ineficacia económica ha probado falta de aptitud para alcanzar desarrollos sociales derivados del libre comercio.

2.3. El Fondo Monetario Internacional

El FMI es el organismo que interviene en la búsqueda de la estabilidad del sistema monetario internacional, esto es, según su propia definición, “el sistema de pagos internacionales y tipos de cambio que permite a los países (y a sus ciudadanos) efectuar transacciones entre sí”.

Creado en los acuerdos de Bretton-Woods en 1944, su principal objetivo consistía en evitar crisis de los sistemas monetarios y ayudar a los países que presenten problemas en su balanza de pagos para prevenir acontecimientos como la depresión económica mundial de los años treinta. Sus directrices establecen el parámetro de acceso de los países al crédito internacional, por tanto, constituyen los fundamentos de la marcha de la economía mundial.

La ausencia de contenidos democráticos en las políticas del FMI ha sido fuertemente criticada por el profesor Joseph Stiglitz, pues resulta paradójico que si bien se alimenta de recursos provenientes de los contribuyentes de todo el mundo, solo informe de sus políticas a los ministros de Hacienda y a los bancos centrales de los Gobiernos del mundo.

La hoja de ruta de adecuación de los sistemas económicos en América Latina está condensada en el documento *Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective on the Experience Since the Early 1990s*, que analiza la denominada década perdida de los ochenta y las reformas que debían ser adoptadas como condicionantes de acceso al crédito.

Las principales recomendaciones defienden la reducción del gasto social para el saneamiento presupuestal, el incremento del recaudo fiscal y el libre mercado, reduciendo al máximo la intervención del Estado en la economía. En materia laboral, el documento presenta como uno de sus hallazgos la *excesiva rigidez del mercado laboral en comparación con otras regiones*, según el

estudio, esto contribuye a la rigidez estructural de la economía; asimismo, que las tasas impositivas, entre ellas las contribuciones al sistema de seguridad social, distorsionan el contexto y desincentivan el empleo en el sector formal. El documento concluye que, como producto de lo anterior, las tasas de desempleo y el mercado informal van en constante aumento.

Por tanto, el FMI propone desregulación del mercado laboral y flexibilidad, al tiempo que la liberalización de los mercados de capital como fórmulas que deben adoptar los países para el crecimiento económico. Estas directrices están sustentadas sobre el concepto según el cual los mercados constituyen una institución perfecta que no debe ser regulada, concepción defendida por el FMI.

No obstante la crisis del sistema económico mundial de 2008, el FMI mantiene su defensa de la flexibilidad laboral como respuesta a la crisis, ya que, de acuerdo con sus previsiones, los países con mercados laborales flexibles experimentarán una crisis de corta duración, mientras que aquellos con mercados rígidos atravesarán una primera etapa de la crisis menos drástica, pero con efectos persistentes.⁶² Los resultados de la implementación de dichas políticas no han sido favorables. En la crisis de principios de siglo, Argentina y las economías mundiales dan cuenta de los pecados de la liberalización de los mercados como directriz mundial impuesta por el FMI. En suma, las políticas de este organismo llevaron al mundo al borde del colapso global.⁶³

Los desaciertos de las directrices impartidas por este organismo, reflejados en los resultados de la implementación de sus políticas, a las cuales los países se ven obligados para garantizar el acceso al crédito internacional, aconsejan un cambio de rumbo en la gestión de la crisis, que no solo ha sido errado en materia económica sino también en temas laborales, ya que las reformas im-

⁶² Lorenzo Bernal-Verdugo et ál. "Crises, Labor Market Policy, and Unemployment". IMF Working paper, marzo de 2012.

⁶³ "En perspectiva, es claro que las políticas del FMI no sólo exacerbaron la recesión sino que en parte fueron responsables de que comenzara: la liberalización financiera y de los mercados de capitales excesivamente rápida fue probablemente la causa más importante de la crisis, aunque también desempeñaron un papel en ella las políticas erradas de los propios países. Hoy el FMI reconoce algunos de sus errores, pero no todos –por ejemplo, admite lo peligrosa que puede resultar la liberalización excesivamente rápida de los mercados de capitales–; y el cambio en sus ideas llega tarde para aliviar a los países afligidos". Joseph Stiglitz. *El malestar...*, ob. cit.

plementadas no han logrado disminuir las tasas de desempleo⁶⁴ prometidas como compensación a la reducción de garantías sociales.

No obstante, en el marco de la crisis económica, el FMI mantiene la política de intervención en las relaciones laborales para armonizarlas con los postulados de libre mercado y reducción de la intervención del Estado que el fondo defiende. En concreto, se promueve una reforma al régimen laboral que reduzca los costos del despido, la reducción general de salarios como fórmula para aminorar el desempleo “inaceptablemente alto” y la reconducción al modelo de contrato único (véase numeral 2.2 del capítulo 3), eliminando la tipología contractual que contiene las diversas modalidades laborales.⁶⁵

Conviene reiterar la ineficiencia de las medidas relacionadas con la protección al empleo (véase numeral 2.2 del capítulo 4) que se han incorporado como fórmula para crearlo y que han probado ser inadecuadas para el fin que promueven, sin perjuicio de la afectación del modelo de derecho del trabajo tuitivo de la parte débil de la relación en procura de un sistema al servicio del mercado.

2.4. El Banco Mundial

Con origen en los acuerdos Bretton-Woods, y como agencia de las Naciones Unidas, la creación del Banco Mundial hizo parte de la estrategia de intervención global posterior a la Segunda Guerra Mundial para financiar la reconstrucción posbélica. El objetivo del Banco Mundial consiste en *luchar contra la pobreza a través de un proceso de globalización inclusivo y sostenible*.

El Banco Mundial —originalmente Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo— debía atender las problemáticas derivadas de la asignación de gasto público en los países, así como sus políticas comerciales y laborales; por su parte, el FMI debería intervenir globalmente en temas monetarios y situaciones deficitarias. Sin embargo, prevalecieron los postulados del FMI sobre la libertad de mercados como forma de autogobierno de la

⁶⁴ Para febrero de 2012 Estados Unidos reporta como tasa de desempleo el 8,3%; en febrero de 2013 los principales países europeos reflejaron un importante aumento del indicador: Grecia 26,8%, España 26,1% y Portugal 16,5%, mientras los índices más bajos se reflejaron en Austria 4,3%, Alemania 4,3% y Luxemburgo 4,3%. En Colombia, el porcentaje de desempleo a diciembre de 2012 refleja un 9,6%. Datos tomados de: “DTM em debate, Democracia e mundo do trabalho”. *Crise Econômica Mundial*, 4 de fevereiro de 2013.

⁶⁵ Sección de Economía. *Diario El País*. Madrid, 19 de junio del 2013.

economía mundial, desarrollando una posición *imperialista* de las posturas de esta institución sobre las del Banco Mundial.⁶⁶

Gran parte de las directrices del Banco Mundial en materia laboral se recogen en el documento *Work Development Report, 1995. Workers in an Integrated World*, que abogan por reformas estructurales en materia de flexibilidad de remuneración y movilidad laboral, adoptando políticas encaminadas a asistir a los afectados por las medidas en la consecución de un empleo.

Con base en el impulso de las ideas del Banco Mundial sobre flexibilización laboral, en Colombia se promovió la Ley 789 de 2002, que reducía la indemnización por despido sin justa causa, reducía el valor del trabajo suplementario y contemplaba jornadas flexibles como medidas para la creación de empleo. No obstante estar claro que la ley laboral es incapaz de crear empleo por sí misma, el Banco Mundial adoptó la ley señalada como modelo de los beneficios de la flexibilización laboral, atribuyendo a la reforma la creación de trescientos mil puestos de trabajo. Sin embargo, estudios realizados por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional y el profesor Alejandro Gaviria dan cuenta de solo quince mil.⁶⁷

Las diferencias entre las cifras revelan la dificultad para medir el impacto de una reforma laboral, ya que esta no es idónea para la creación de empleo si denota los modestos resultados de las políticas flexibilizadoras impulsadas por el Banco Mundial en materia de reducción del desempleo.

El documento publicado por el Banco Mundial en octubre de 2010, *Trabajos y la crisis, ¿qué se ha hecho y a dónde ir?*, insiste en mantener y extender

⁶⁶ “Se suponía que el FMI se limitaba a las cuestiones macroeconómicas del país en cuestión, a su déficit presupuestario, su política monetaria, su inflación, su déficit comercial, su deuda externa; y se suponía que el BM se encargaba de las *cuestiones estructurales*: a qué asignaba el gobierno el gasto público, las instituciones financieras del país, su mercado laboral, sus políticas comerciales. Pero el FMI adoptó una posición imperialista: como casi cualquier problema estructural podía afectar la evolución de la economía, y por ello el presupuesto o déficit comercial, creyó que prácticamente todo caía bajo su campo de acción. A menudo se impacientaba con el Banco Mundial, donde incluso en los años donde la ideología del libre mercado reinó sin disputa había frecuentes controversias sobre las políticas que mejor encajarían con las condiciones del país. El FMI tenía las respuestas (básicamente eran las mismas para cualquier país), no veía la necesidad de ninguna discusión, y aunque el Banco Mundial debatía sobre lo que debía hacerse, a la hora de las recomendaciones se veía pisando en el vacío”. Joseph Stiglitz. *El malestar...*, ob. cit.

⁶⁷ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-257 del 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

la flexibilización del mercado laboral y la ampliación de la cobertura de los sistemas de seguridad social como respuesta a la crisis económica mundial.

2.5. El Banco Central Europeo

Creado el 3 de mayo de 1998 por el Consejo de Europa, constituye el órgano rector de la política monetaria dentro de la UE. Entre sus principales funciones se encuentran el control de la liquidez, las operaciones de mercado abierto, la fijación de las reservas que deben apropiar las bancas centrales nacionales y operaciones de crédito con los institutos crediticios.

En principio, el Banco Central es una organización independiente de la UE que goza de personalidad jurídica propia y que deriva su independencia de lo establecido en el artículo 340 del tratado constitutivo de la Unión. Los parámetros crediticios determinan gran parte de las decisiones políticas dentro de los Estados miembros, de forma que los pronunciamientos democráticos nacionales se ven afectados por la inexistencia de alternativas a las políticas económicas que se imponen desde la Banca Central europea.⁶⁸

En definitiva, como sostiene el profesor Romagnoli, la emergencia económica llega a ser una emergencia democrática, de sustitución de la soberanía popular por el mercado, ya que las medidas que deben adoptar los Estados como parte de sus políticas—entre ellas la laboral— para acceder a los mecanismos de crédito no necesariamente son legitimadas a través de los conductos democráticos.⁶⁹ Así lo reflejan las principales corrientes de opinión pública en los principales países de la unión, que claman por la recuperación de la gestión política sobre la económica.⁷⁰

⁶⁸ “La UE se ha desprendido de golpe del ambicioso proyecto político que sostenía compatibilizar la lógica del mercado y de las libertades económicas con un amplio espacio de goce de derechos políticos y sociales, y lo ha sustituido por un diseño de subordinación global de la política al poder enorme, invisible y supranacional del capital financiero, afianzado sobre un esqueleto fuertemente autoritario”. Antonio Baylos. “Defensa de la democracia y valor político del trabajo”. *Revista Insight*, diciembre de 2012.

⁶⁹ “Cuando la contracción de la economía se convierte automáticamente en contracción de los derechos, la emergencia económica no es diferente de la emergencia democrática. Es más, es la misma cosa”. Umberto Romagnoli. “El derecho...”, ob. cit., p. 13.

⁷⁰ A manera de ejemplo, los medios de comunicación franceses han manifestado: “En cuanto al Banco Central Europeo, su ‘independencia’ hace de muchos de los Estados territorios bajo un régimen de ‘democracia limitada’. Teniendo en cuenta los riesgos de fracturas sociales adicionales que se producirán, es urgente restablecer el control de la política sobre la gestión de la moneda europea”. Anne-Cécile Robert. “Le déficit démocratique”. *Le Monde Diplomatique*, 1 de enero de 2006.

El panorama descrito enmarca el contexto que favorece la deslocalización del capital en Europa, que se ve propiciado por la crisis y que ha derivado en el gobierno del Banco Central, restringiendo la capacidad de decisión de las entidades depositarias de la soberanía de cada país. Así, se impone privilegiar las directrices económicas, relajando las garantías y tutelas laborales, y frustrando las promesas de la Carta de Niza, que constituyen parte del ADN social del proyecto europeo.

La resolución del acertijo para el derecho del trabajo definirá su supervivencia, ya que solo al plantear alternativas de adecuación contextual será capaz de resistir las imposiciones del sistema económico que abogan por el gobierno de los sistemas financieros como respuesta a la crisis.

2.6. El G-20

El fracaso del modelo centrado en el mercado guiado por las economías de los países desarrollados, representados en el G-7,⁷¹ que diseñaban la arquitectura de la economía y la integración social determinó el desplazamiento de poder⁷² a un nuevo grupo que incluye a países en desarrollo, el G-20,⁷³ y que constituye el foro mundial de intervención económica más importante en la globalización.

La cumbre del año 2011 del G-20 celebrada en Cannes, Francia, analizó la importancia del crecimiento y el empleo dentro del “Marco para un crecimiento sólido, sostenible y equilibrado” que, junto al documento que contiene las conclusiones de la reunión de los ministros de trabajo y empleo de ese grupo de países, constituye las orientaciones básicas de las potencias sobre crisis financiera y empleo, cuyos pilares de actuación, que incluyen un rediseño de la intervención del Estado en la economía global y las políticas de generación de empleo, se enlistan a continuación:

⁷¹ El G-7 estaba constituido por los países industrializados, particularmente: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido. Posteriormente se agregó la Federación Rusa constituyendo el denominado G-8.

⁷² Carlos Alfonso Tomada. “La respuesta internacional al trabajo en la globalización”. En: *Globalización. El cambio del derecho del trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras*. Líber amicorum en homenaje a Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 437.

⁷³ Al grupo del G-8 se agregaron once países para conformar el G-20: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica y Turquía; a los diecinueve países se suma la UE.

1. Mejorar las políticas activas de empleo, especialmente para los jóvenes y otros grupos vulnerables. Los países se comprometieron a impulsar la promoción de políticas e instituciones que mejoren el empleo y el crecimiento económico, así como a contribuir en la creación de los empleos de calidad que sus pueblos demandan. Asimismo se reconoce que la interacción entre el crecimiento económico y el empleo y la protección social debe ser explorada detalladamente.
2. Fortalecer la protección social mediante el establecimiento de pisos de protección social adaptados a cada país. Existe una relación directa entre las conclusiones que analizamos y el informe sobre pisos de protección social elaborado por encargo de la OIT a la Comisión Bachelet (véase numeral 1.3 del capítulo 3), del cual se recomienda que sea integrado en las prioridades de las organizaciones internacionales, como estrategia de extensión de seguridad social, comprendiendo un conjunto de garantías sociales para todos y la implementación gradual de estándares más elevados.
3. Promover la aplicación efectiva de los derechos sociales y laborales fundamentales contenidos en la Declaración de 1998 de la OIT (véase numeral 2 del capítulo 3).
4. Reforzar la coherencia de las políticas económicas y sociales. Los ministros de Trabajo del G-20 reconocen la importancia de afianzar la coherencia de las políticas sociales frente a la globalización en cada país, de forma que se consolide una mejor coordinación de los objetivos económicos y sociales de los organismos internacionales.

Como resultado de la estrategia de intervención señalada en los cuatro postulados, la declaración de los ministros de Trabajo del G-20 promulgada en Cannes en septiembre de 2011 revela el desafío de afianzar una mayor integración de los jóvenes, las mujeres y los inmigrantes en el contexto de globalización y acelerados cambios tecnológicos en el mercado laboral del mundo. Al mismo tiempo, reconocen que mejorar la calidad del empleo es el gran desafío al que se enfrentan los países del G-20 para eliminar la dualidad entre los trabajos decentes y los que no lo son, identificando y reconociendo un creciente segmento de fuerza de trabajo vinculada con contratos temporales, como lo evidencia el estudio desarrollado en diez países y que identifica que

el 10-25% de los trabajadores se vincula a sus trabajos mediante esta modalidad de contratación.⁷⁴

Al mismo tiempo que se celebraba la reunión del G-20, los días 18-19 de junio de 2012 en México, el grupo Labour-20 (L-20), que reúne a las organizaciones sindicales de los países del G-20, llevaban a cabo una reunión en la que profirieron una declaración que condensa la posición de los sindicatos frente a la prevalencia del enfoque financiero y en la que se insta a los líderes del grupo de los veinte a reactivar la recuperación económica mundial con políticas de generación de empleo que incrementen la inversión pública, retomen la regulación del sistema financiero y desarrollen el postulado básico de la declaración: “Son los Gobiernos democráticos, no los mercados financieros, los que deben establecer el programa de políticas”.

Un año después, la declaración final de la cumbre, desarrollada en septiembre de 2013 en San Petersburgo, Rusia, reafirmó la decisión conjunta de emprender acciones tendientes al crecimiento con empleos de calidad en consonancia con la labor que desarrolla la OIT para la consecución del mismo fin. En el acápite “Crecimiento a través de empleos de calidad”, la declaración afirma:

Las reformas en las políticas para apoyar el aumento del empleo y facilitar la creación de puestos de trabajo y una mejor adecuación de las habilidades para las oportunidades de trabajo son centrales en la estrategia de crecimiento. Nos comprometemos a tomar acciones de diversos tipos adaptadas a las circunstancias nacionales, para promover más y mejores empleos:

- Mejorar el entorno empresarial y estimular la creación de empleos formales y más productivos, a través de reformas estructurales pro-crecimiento de los mercados de productos y laborales, incluyendo la promoción de mercados laborales adaptables y eficientes, asegurando una adecuada protección laboral como también apropiados sistemas tributarios y otras iniciativas gubernamentales que se requieran de acuerdo con las circunstancias nacionales.

⁷⁴ Oficina Internacional del Trabajo. *Short-term Employment and Labour Market Outlook and Key Challenges in G-20 Countries, A Statistical Update for the G-20 Meeting of Labour and Employment Ministers*. Ginebra: OIT, septiembre de 2011.

- Invertir en las habilidades de nuestros ciudadanos, educación de calidad y programas de aprendizaje de por vida para otorgar a aquellos portabilidad de conocimientos y mejores perspectivas para facilitar la movilidad y mejorar la empleabilidad.
- Mejorar la calidad del empleo, incluyendo las condiciones de trabajo, los marcos de negociación salarial, los sistemas nacionales de fijación del salario y el acceso a la protección social.
- Desarrollar planes o conjuntos de acciones en materia de empleo específico en cada país sobre los cuales se discutirán los progresos en Brisbane.⁷⁵

En suma, la declaración final aboga por medidas de recuperación de la crisis en el marco de un modelo inclusivo de crecimiento, promoviendo políticas de largo plazo y descartando el crecimiento de unos pocos países a expensas de otros.

Desde otra perspectiva, la globalización abre espacios a grupos que diversifican los focos de poder económico. Este es el caso del denominado BRIC (Brasil, Rusia, India y China, países a los que se unió Sudáfrica para conformar los BRICS), un grupo influyente en la economía mundial que, con base en una participación considerable en el comercio mundial, su territorio y su población, defiende alternativas de intervención en el mercado laboral. Dichas alternativas abogan por la cualificación del trabajo para hacer frente a la variable de envejecimiento de la población, debido a las bajas tasas de fertilidad que contrastan con los altos índices de longevidad.⁷⁶ Otro de los retos que deben afrontar los BRICS apunta a contener y reducir la creciente informalidad en sus países, que supera el 90% en la India y constituye un problema de gran magnitud en Brasil y China.

2.7. Crisis económica mundial

El Derecho del Trabajo que conocemos es fruto del sistema capitalista industrial que en su desarrollo histórico, ha afrontado sucesivos eventos de crisis.

⁷⁵ *G-20 Leader's Declaration*. San Petersburgo, Septiembre de 2013, pp. 7-8.

⁷⁶ “En los cuatro países, el nivel promedio de escolaridad es cada vez mayor y teniendo en cuenta la proporción de población juvenil, en particular en Brasil y la India, probablemente va a transformar el contenido de la habilidad del futuro de la población adulta”. Organisation for Economic Co-Operation and Development. “Labour Markets in the BRICS (Brazil, The Russian Federation, India and China)”. Organisation for Economic Co-Operation and Development, 29-30 de marzo de 2007.

Este argumento le sirve al profesor Palomeque López para indicar que las crisis son como “compañeros de viaje, no queridos pero históricos”⁷⁷ de esta rama del derecho. En ese sentido, las crisis que integran los ciclos económicos hacen parte del sustrato del derecho del trabajo que debe adecuar sus estructuras para ofrecer respuestas de contenido social al desarrollo económico.⁷⁸

La crisis económica que sirve de contexto al desarrollo de las relaciones laborales posfordistas favorece los procesos de deslocalización en procura del mantenimiento o del aumento de los márgenes de utilidad empresarial afectados por la coyuntura económica. El contrato de trabajo diseñado para soportar las certezas del Estado-nación, la fábrica, el sindicato y el principio de estabilidad ha pasado a la historia.⁷⁹ El capital transnacional, que determina cambios estructurales en el sistema de producción –denominado posfordismo–, supone el escenario propicio para las deslocalizaciones en el marco de un sistema económico basado en la libertad de mercados impulsado por el FMI y el Banco Mundial.

El telón de fondo de las relaciones laborales del siglo XXI está relacionado con el contexto económico de matriz neoliberal que determinó la crisis económica mundial como resultado del crecimiento económico de los bancos estadounidenses fundamentado en la especulación financiera. Así pues, la ausencia de intervención permitió a algunas entidades financieras conceder un número importante de créditos inmobiliarios a personas sin la solvencia para pagarlos, para mezclarlas con otro tipo de operaciones que sí contaban

⁷⁷ Umberto Romagnoli. “Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural”, discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha. Albacete, 1 de octubre de 1996.

⁷⁸ “Dado que el carácter cíclico es una constante de los procesos económicos, la crisis de la economía debe considerarse una compañera de viaje habitual del derecho laboral. Ergo, no puede designar un estado diferente de la normalidad. Mientras que el actual –en lo que todos están de acuerdo– es un estado de excepción. Estando así las cosas, es preferible hablar de ello como de una brutal agravación de las injusticias sociales, que en el pasado habían sido combatidas y que ahora se han dejado de combatir. ¿Para siempre? No creo”. Umberto Romagnoli. “Derecho Laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”. *Revista de Derecho Social*, núm. 64. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2013. p. 13.

⁷⁹ Umberto Romagnoli. “El Derecho del Trabajo del 900: una herencia difícil”. Lección magistral impartida en el acto académico de la incorporación como Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 27 de octubre de 2006.

con el respaldo suficiente y colocarlas en el mercado bursátil integrando una “deuda estructurada” que combina los dos tipos de crédito.

La ineficacia de las firmas auditoras deshabilitó los controles internos derivando en la quiebra de empresas como Enron y Lehman Brothers, como consecuencia de la compra del crédito inmobiliario de la deuda estructurada de las entidades financieras.⁸⁰ En el caso de España, la especulación que desde 1997 incrementó la oferta de las constructoras por encima de las necesidades reales de la demanda social produjo el aumento de los precios sin soporte económico, provocando así una burbuja inmobiliaria que estalló en 2008.

La especulación inmobiliaria incrementó el endeudamiento español a través de los créditos hipotecarios concedidos por los bancos sin medidas de control sobre el riesgo de solvencia para el pago de la deuda. La sobreoferta, el agotamiento de la demanda y el endeudamiento produjeron la intervención económica y sometió al Gobierno español a cumplir con los requisitos impuestos por las autoridades europeas que promueven e imponen la austeridad en el gasto, sin que el remedio haya probado su validez científica para la salida de la crisis.⁸¹

⁸⁰ “La quiebra de Lehman Brothers encendió las luces de alarma de las autoridades gubernamentales de los principales países desarrollados, obligando a la convocatoria del G-20 (+2) en Washington en noviembre del 2008 para reconstruir un nuevo consenso internacional sobre la regulación de los mercados financieros y sobre el papel de los Estados en la actividad económica. La cita de noviembre en Washington ha terminado con la hegemonía que en el pensamiento económico y en la imaginación cultural común, han tenido las ideas neoliberales en los últimos veinte años, y con el fin de la hegemonía de las economías del Atlántico Norte en el mundo. Si la caída del Muro de Berlín ha supuesto esa hegemonía de las ideas económicas neoliberales en los últimos veinte años, la caída del Muro (Wall Street) debería significar una hegemonía de las ideas socialdemócratas durante un largo período de tiempo, y que el eje económico del mundo se desplace, aún más rápidamente de lo que lo venía haciendo, hacia el Pacífico”. Bruno Estrada López. “La crisis financiera internacional: una oportunidad para resituar el valor del trabajo en la sociedad”. En: *Revista de Derecho Social*, núm. 44. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2008, p. 242.

⁸¹ “La austeridad fiscal como mecanismo para que una economía se recupere ha resultado falso. Los ejemplos dispares de EEUU y el Reino Unido lo ponen en evidencia. La política fiscal y monetaria expansiva de Obama ha generado un crecimiento del PIB del 3% en 2010, del 1,8% en 2011 y en el tercer trimestre del 2012 del 2,7%, mientras que las políticas de recorte del gasto público establecidas por Cameron, tras su victoria en mayo del 2010, supusieron el parón de la recuperación iniciada en 2010, su PIB apenas creció un 1,8% ese año y un 0,8% en 2011 y tan solo un 1% en el tercer trimestre del 2012, a pesar del efecto positivo en el consumo de los Juegos Olímpicos de Londres.

En el marco de la UE la política de austeridad está basada en un supuesto falso: que los países con altos déficits comerciales son países derrochadores, ‘que viven por encima de sus posibilidades’. Ya Keynes advirtió hace casi 60 años en Breton Woods qué tan desequilibrado estructuralmente está un país con

Así las cosas, el colapso del sistema en 2008⁸² dio inicio a una crisis económica cuyo epicentro se localizó en los países desarrollados y que poco a poco se extendió por todo el mundo; la interdependencia de las economías –globalización– así lo determinó. Paradójicamente, el liberalismo económico generador de la crisis demanda mayores niveles de desregulación económica y de la relación de trabajo en forma consecuente, profundizando los niveles de desempleo y la erosión del trabajo decente como mecanismo de corrección del poder empresarial.⁸³ De acuerdo con la OIT, en 2008 el número de desempleados aumentó en catorce millones,⁸⁴ una de las principales consecuencias de la recesión mundial.

Según informe de la Comisión Stiglitz sobre la crisis económica mundial, los factores que dieron lugar a la inestabilidad financiera y determinaron el colapso del sistema están dados por la combinación de una política monetaria imprecisa, una regulación deficiente y una supervisión negligente.⁸⁵ Por su parte, las respuestas frente a la crisis están enfocadas en la aproximación a sus causas: por un lado se culpa al excesivo gasto público y el aumento de los

déficits exteriores permanentes (España) como uno con superávits exteriores permanentes (Alemania). Y, por tanto, que la solución a esos desequilibrios debía ser compartida. Keynes llegó a diseñar una institución financiera internacional, la Internacional Clearing Union (ICU) que permitiría crear un sistema monetario no depredador de las economías exportadoras sobre las importadoras”. Bruno Estrada López. “Razones estructurales de la crisis”. En: *Revista Insight*, marzo de 2013.

⁸² “Lo paradójico y hasta dramático es que la crisis se ha presentado cuando nuestros países –hablo de los países del tercer mundo– atravesaban por un período de estabilidad y crecimiento sin parangón en la historia. Para muchos de ellos, acostumbrados a la frustración de numerosas experiencias anteriores fallidas, por primera vez se avizoraba no sólo la perspectiva de un crecimiento sostenido, sino –que es lo importante– de un auténtico desarrollo”. Mario Pasco Cosmópolis. “Crisis económica mundial y derecho del trabajo”. En: *El derecho del trabajo y de la seguridad social, discusiones y debates*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 30.

⁸³ “Pero además de este análisis sobre los efectos de la desregulación financiera en la coyuntura económica, merece la pena considerar una visión más amplia, los efectos que la desregulación internacional de los movimientos de capital ha tenido en el reparto de la riqueza generada, porque ambas cuestiones tienen una íntima vinculación: si la excesiva desregulación de los movimientos de capital está en el origen de la crisis financiera, la desregulación también ha supuesto una creciente asimetría entre los niveles de regulación del capital y el trabajo, lo que está en la base de la pérdida de valor de éste frente al capital”. Bruno Estrada López. *La crisis financiera internacional...*, ob. cit., p. 243.

⁸⁴ Raymond Torres et ál. *La crisis financiera y económica: una respuesta basada en el trabajo decente*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.

⁸⁵ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Recomendaciones de la Comisión de Expertos al Presidente de la Asamblea General sobre las reformas del sistema monetario y financiero internacional*. ONU, 29 de abril de 2009.

salarios, que soportan la fórmula de salida en la austeridad y en recortes de perfil neoliberal, cuya ineffectividad para afrontar la situación ha sido demostrada; por otro, a la errónea formulación de políticas públicas, cuya respuesta austera desconoce los precedentes históricos de las mayores depresiones económicas ocurridas a mediados del siglo xx y que fueron superadas mediante el aumento de la inversión y el gasto público.⁸⁶

Las dificultades de adecuación del derecho del trabajo a la crisis y la globalización –universalizadora de la crisis y de fenómenos que destruyen las categorías clásicas del contrato como la deslocalización–, suponen “tiempos difíciles”, como los denomina el profesor Baylos, quien además plantea la erosión de las bases democráticas que constituyen las respuestas a la crisis mediadas no por decisiones nacionales sino por directrices globales que deben ser ejecutadas con independencia de ideas y vertientes provenientes de la soberanía popular de los países comprometidos.⁸⁷

La crisis pone de manifiesto que la política del libre mercado sin Estado y sociedad ha dado al traste con el sistema económico mundial, que demanda una urgente reorientación de las políticas que lo gobiernan. Este hecho lo demuestran las grandes potencias mundiales –y en especial Estados Unidos– al borrar con el codo las dogmáticas afirmaciones sobre la bondad de la libertad de mercado y la necesidad de las políticas de ajuste.⁸⁸ En un

⁸⁶ “Algo parecido ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial cuando se creó una Gran Recesión que fue resuelta mediante una gran inversión y crecimiento del gasto público, estimulados por el Plan Marshall. Y ahora, cuando estamos ya en recesión, camino de la depresión, en lugar de aumentar la inversión y el gasto público, los gobiernos de los países de la UE, y muy en particular los periféricos de la Eurozona (incluyendo España), que tienen mayores dificultades, están recortando el gasto público, lo cual es una enorme estupidez (y no hay otra manera de definirlo). Vincenç Navarro. “El desastre económico actual era predecible”. *Pensamiento crítico*, 29 de abril de 2013.

⁸⁷ “En el caso español esta doble vía de acción contra lo público y lo colectivo se acompaña de una crisis de las garantías democráticas básicas, virtualmente suprimidas en el curso de un proceso de reformas y toma de decisiones justificadas en la necesidad o en la irresistible imposición externa de poderes económicos y financieros. La crisis de la democracia –‘por arriba’ y ‘por abajo’ en la explicación de Ferrajoli– se acentúa y los rituales democráticos fundamentales, las elecciones políticas, el proyecto diferenciado de sociedad que presentan los partidos, el respeto de la voluntad popular expresada en resultados electorales, resultan pulverizados como consecuencia de las prácticas políticas justificadas como reacción ante la crisis”. Antonio Baylos Grau. “Tiempos difíciles”. *Revista de Derecho Social*, núm. 56. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2011, p. 211.

⁸⁸ Juan Raso-Delgue. “El impacto de la crisis en las relaciones de trabajo”. En: *El Derecho del Trabajo y de la seguridad social, discusiones y debates*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. p. 36.

documento titulado *A Global Policy to Address the Global Crisis*, la OIT plantea algunas salidas a la crisis:

- Las soluciones que fundamentan el Consenso de Washington –de regulación, recortes en protección social y enfoque en las labores organizacionales principales de las empresas (véase numeral 2.1 de este capítulo)– deben ser descartadas.
- Se debe, en primer lugar, estabilizar el sistema financiero. Se recomienda incorporar garantías públicas para las deudas de los bancos e inyectar capital al mercado.
- En segundo lugar, se debe proveer empleo. Se aboga por la cohesión del mercado laboral; el apoyo de empresas sostenibles y la consecuente creación de empleo y la promoción de la reinserción rápida al empleo.
- Aumentar la protección social. La OIT recomienda medidas específicas para los grupos de bajos ingresos; restauración de los estados financieros de los sistemas pensionales y aumento del acceso a los beneficios.
- Las políticas referidas deben todas descansar sobre la base de la agenda del trabajo decente (véase numeral 1 del capítulo 3) para establecer una política global para una globalización más justa.⁸⁹

La crisis supone el punto de quiebre del sistema capitalista de libertad de mercados aparejada a la idea de desregulación de la relación de trabajo acogida por el Consenso de Washington (véase numeral 2.1) como mecanismo de creación de empleo, idea que igualmente fracasó. La flexibilización, entendida como reducción de garantías para fomentar la generación de puestos de trabajo, demostró suficientemente su falta de idoneidad para tal fin.

Al mismo tiempo, la crisis alimenta los procesos de descentralización territorial que en materia laboral debe ser asumida con una estrategia global que contenga estructuras de garantías mínimas que permitan reducir la exportación de la precariedad y prevenir el aumento de las tasas de desempleo en los países que participan en dichos procesos. Por ello, para enfrentar los

⁸⁹ Organización Internacional del Trabajo. *A Global Policy package to address the global crisis*. Ginebra: OIT, 2008.

retos que plantea la crisis económica mundial, la OIT aboga por dar respuestas basadas en el trabajo decente (véase numeral 1 del capítulo 3), con el empleo y la protección social en el centro de las medidas excepcionales de estímulo fiscal, protegiendo a las personas vulnerables y reactivando la inversión y la demanda en la economía.⁹⁰

En el año 2009, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó como respuesta a la crisis un “Pacto mundial para el empleo”, que se autodefine como la estrategia de la OIT para salir de la crisis. El documento promueve una respuesta a nivel global sobre la base de la promoción del trabajo decente mediante la estructuración de entornos favorables a la creación de empresas sostenibles, coordinadas con políticas activas de inclusión en el mercado laboral acompañadas de formación profesional y desarrollo de competencias que mantengan los vínculos de los desempleados con las relaciones laborales. Asimismo, se promueven los mecanismos de diálogo social en la fijación de las escalas salariales para restringir los supuestos de fenómenos deflacionarios de la economía; también se declara la necesidad de intervenir el mercado global a fin de propiciar espacios favorables para la generación de trabajo decente, descartando la premisa *el desarrollo económico conllevará per se bienestar social*:

La cooperación es especialmente importante con respecto a las siguientes cuestiones:

1. La construcción de un marco regulador y de control del sector financiero más fuerte y más coherente a nivel mundial, de manera que dicho sector sirva a la economía real, promueva las empresas sostenibles y el trabajo decente y asegure una mejor protección de los ahorros y las pensiones de las personas.
2. La promoción de un comercio y unos mercados eficientes y bien regulados que redunden en beneficio de todos, y la adopción de medidas para evitar que los países recurran al proteccionismo. A la hora de suprimir los obstáculos a los mercados nacionales y extranjeros hay que tomar en consideración los diferentes niveles de desarrollo de los países.

⁹⁰ Raymond Torres et ál. *La crisis financiera y económica...*, ob. cit.

2.8. Incidencia de la crisis en América Latina

No obstante la centralidad de la crisis en el continente europeo, los posibles efectos en el contexto latinoamericano afectarán las relaciones laborales, en especial los índices de empleabilidad que demandan adecuaciones para afrontar las consecuencias de la contracción económica.

Frente a la crisis europea, la OIT recomienda a los países latinoamericanos acentuar la inversión pública que conlleve generación de empleo en contra de la directriz europea de recortes del gasto; mantener el crédito de las empresas como fuente de trabajo; promover la protección del empleo y la negociación colectiva en contraste con el modelo de liberalización del despido; implementar programas de empleos de emergencia; afianzar los sistemas de control del cumplimiento de las normas laborales en concordancia con el diálogo social.⁹¹

La propuesta de la OIT se fundamenta en el fortalecimiento de las instituciones laborales como medida para prevenir los efectos adversos de la crisis en América Latina, adscribiéndose al neoinstitucionalismo que defiende la solidez de las instituciones incluyentes como fundamento del desarrollo de los países.⁹²

Frente a la indeterminación de la extensión de la crisis económica en el ámbito latinoamericano, se sugiere la combinación de medidas de cara al fortalecimiento de las instituciones que soportan el sistema laboral y a la posible contracción de la economía derivada de la recesión europea. Así, y en oposición a las fórmulas de recorte del gasto público adoptadas por las instituciones europeas, se recomienda a las instituciones latinoamericanas *privilegiar las inversiones públicas con más empleos* como medio de rechazo a las medidas de restricción del gasto público y, como consecuencia, de algunos derechos (servicios públicos, educación, etcétera), una alternativa para afrontar la crisis distinta a someterse a las políticas crediticias que derivan en desempleo estructural. Asimismo, se aboga por un sistema de incentivos y de *créditos a las pequeñas empresas*, las fuentes de empleo de referencia, como mecanismo para prepararlas de cara a un contexto económico desfavorable; igualmente, se acoge la *protección del empleo y la negociación colectiva* que en períodos de recesión

⁹¹ Organización Internacional del Trabajo. "OIT: América Latina debe prepararse para eventuales coletazos del estancamiento económico de Europa". 13 de marzo de 2013.

⁹² Sobre las tesis que fundamentan el neoinstitucionalismo, véase: Daron Acemoglu y James Robinson. *Why Nations Fail. The origins of power, prosperity and poverty*. Nueva York: Crown Publishers, 2012.

se ven erosionados reduciendo las garantías de estabilidad que derivan en la desvinculación de personal con formación en el trabajo; en este último caso entre las alternativas propuestas están la repartición del tiempo de trabajo y la negociación colectiva de las respuestas a la adecuación del sistema de producción. Por último, se prioriza la *protección ante el desempleo*, proponiendo su implementación en aquellos países que carecen del sistema de protección con cobertura temporal considerable en atención a la extensión de los tiempos de la contingencia derivados de la crisis.⁹³

3. Libertad de iniciativa económica

La garantía que soporta la decisión empresarial de adoptar un proceso de descentralización territorial de la producción alude a la libertad de iniciativa económica contenida en el catálogo de derechos constitucionales de la mayoría de las cartas fundamentales de la segunda posguerra. El sistema capitalista se estructuró sobre dos pilares constitucionales básicos: (i) la propiedad privada y la libertad empresarial;⁹⁴ (ii) el reconocimiento del derecho al trabajo decente (en condiciones dignas y justas) por parte de los textos fundamentales y que la iniciativa económica debe respetar como límite a dicha garantía. La Corte Constitucional colombiana resalta la garantía de la libertad de empresa en la Constitución, condicionada al respeto de las garantías sociales previstas en el mismo ordenamiento.⁹⁵

⁹³ Véase: Organización Internacional del Trabajo. “Frente a la crisis en Europa: fortalecer las instituciones laborales en América Latina”, notas, marzo de 2013.

⁹⁴ En este sentido, diversos ordenamientos constitucionales regulan la libertad de empresa; v. gr. la Constitución italiana, en el artículo 41, establece: “La iniciativa privada es libre. No puede desarrollarse en contrasentido con la utilidad social o en modo que produzca daño a la seguridad, la libertad y la dignidad humana”. La Constitución española por su parte, en el artículo 38, enseña: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. La Constitución colombiana, en el artículo 333, señala: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

⁹⁵ Sobre el particular, la Corte Constitucional colombiana ha precisado: “Es pues claro que la Carta reconoce la libertad de empresa y de contratación en el campo económico. Sin embargo, igualmente es claro que una de las finalidades de la Asamblea Constituyente fue ‘mantener y profundizar un equilibrio entre los derechos a la propiedad privada y la libertad económica, de una parte, y, de la otra, garantizar la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía’. Por ello la Constitución no se limita a asegurar la libertad de empresa y la libre iniciativa privada de manera absoluta, sino que

En la teoría constitucional moderna, la ponderación de bienes jurídicos⁹⁶ explica los conflictos entre derechos fundamentales como supuestos de adecuación de las garantías y la determinación de sus límites que, en casos como el derecho del trabajo, constituye el límite a la libertad empresarial. Las declaraciones de equilibrio planteadas en las afirmaciones anteriores están centradas en el modelo de Estado-nación que el desarrollo de la producción ha conducido a espacios transnacionales en un mundo globalizado, cuyas fronteras son cada vez más difusas (véase numeral 2 de este capítulo).⁹⁷ En este orden de ideas, la empresa goza de prerrogativas y facultades para el desarrollo de la actividad productiva que, no obstante, son limitadas, constituyendo el derecho del trabajo justamente una progresiva limitación de los poderes del empresario.⁹⁸

La libertad de empresa emana del principio de libre competencia, pilar básico del desarrollo del sistema capitalista, que en su derivación neoliberal justifica la ausencia de intervención estatal, sustituida por la afirmación contra-evidente según la cual el desarrollo del mercado genera por sí mismo crecimiento social. Así las cosas, el desarrollo de la libertad de empresa en la globalización ha permitido la deslocalización productiva como una estrategia empresarial, limitando las capacidades de intervención del derecho del trabajo en el ámbito supranacional.

En el caso de Europa, los pilares que constituyen el desarrollo de la libertad empresarial en la integración del mercado común europeo se asien-

pretende igualmente otorgar al Estado y a la comunidad mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. (...) Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P., arts. 1.º y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un 'orden político, económico y social justo' (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas" (Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁹⁶ Francisco Bastida Freijedo et ál. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.

⁹⁷ "En primer lugar es imprescindible recordar una obviedad, que la libertad de empresa y su reconocimiento constitucional no generan derechos absolutos, sino necesariamente coordinados con otros, como aquellos que surgen de la necesidad de proteger a los trabajadores y que no pueden quedar en letra muerta bajo el amparo de la libertad empresarial". Joaquín Pérez Rey. "El empresario complejo y la necesidad de un derecho del trabajo insolente". En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, p. 49.

⁹⁸ Manuel Alonso Olea. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 2002.

tan sobre cuatro libertades básicas: (i) la libertad de circulación de personas; (ii) la libertad de circulación de capitales; (iii) la libertad de circulación de mercancías y servicios y (iv) la libertad de establecimiento. No obstante, los diques de contención para amortiguar los efectos de la libertad empresarial y el desarrollo del mercado no resultan eficaces para incorporar elementos que desarrollen el modelo social europeo.

3.1. Libertad de establecimiento

La libertad de constitución de empresas y el ejercicio de actividades no asalariadas en las condiciones fijadas para los nacionales de cada país favorecen los procesos de deslocalización productiva en el contexto europeo que incorpora países cuyas asimetrías habilitan estrategias de *dumping social*. El desarrollo de esta libertad supone el ejercicio transfronterizo de una actividad económica enmarcada en la deslocalización, que supera los límites nacionales en la búsqueda de reducción de costos.

El capítulo 2 de la tercera parte del tratado constitutivo de la comunidad económica europea suscrito en Roma en 1957 establece como política fundacional, en el artículo 49 (antiguo artículo 43), el derecho de establecimiento en los siguientes términos: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro”. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De esta manera, la libertad de establecimiento fundamenta la deslocalización productiva en el ámbito europeo, al consagrar el derecho de traslado en cualquier Estado miembro para desarrollar actividades de forma permanente, a diferencia de la libertad de circulación de servicios. En estos casos, el traslado de la empresa usualmente no está acompañado del movimiento de los trabajadores, afectando negativamente las tasas de desempleo del país de origen, pues la empresa que se deslocaliza asume, por lo general, trabajadores en el sitio de

destino. La libre circulación de empresas y de trabajadores es escindible, es decir, cada una puede recorrer su propio camino.⁹⁹

En algunos supuestos, la libertad de establecimiento, fundamento del poder empresarial de deslocalización productiva transnacional a nivel comunitario, presenta tensiones con el ejercicio de derechos sociales. En este supuesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiende a favorecer la decisión empresarial, desarrollando una jurisprudencia que interpreta el derecho de establecimiento en sentido favorable a la realización de esta garantía del mercado comunitario.¹⁰⁰

3.1.1. El caso Centros Ltda.

El desarrollo de la línea de pensamiento del TJUE sobre el alcance de la libertad de establecimiento está condensado en los considerandos del caso de la sociedad inglesa Centros Ltda., constituida por socios daneses, contra la Dirección General de Comercio y Sociedades de Dinamarca, que llamó la atención del tribunal para definiera si la negativa de la autoridad danesa de autorizar la inscripción de una sucursal de dicha compañía en Dinamarca era compatible con el derecho de establecimiento.

Los supuestos fácticos indican que la sociedad en cuestión no desarrollaba ninguna actividad comercial en Inglaterra; sin embargo, intentaba constituir una sucursal como maniobra para eludir algunas obligaciones que imponía la legislación mercantil danesa —particularmente las relativas a capital mínimo—. El TJUE resolvió el supuesto fáctico referido, infiriendo que la negativa del Gobierno danés a inscribir la sucursal en el registro mercantil constituye una limitación contraria al tratado constitutivo de la Unión, sin considerar el proceder de la empresa un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento:

⁹⁹ “En tal caso no está ligada a una análoga movilidad de trabajadores, ya que las empresas que se extienden en forma permanente buscan *in loco* el personal que asumen; de esta forma sucede que la libre circulación de trabajadores y de establecimiento de las empresas se desarrollan sobre ‘plataformas diversas’ en el plano jurídico, ya que no tienen un sustrato de facto común”. Alberto Pizzoferrato. “Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale”. En: *Diritto del Lavoro dell’Unione Europea*. Turín: UTET Giuridica, 2010, p. 171.

¹⁰⁰ Giovanni Orlandini, “Las transformaciones de la empresa transnacional: reglas sociales y condicionantes de mercado”. En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, p. 269.

En estas circunstancias, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento. En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-212-97, 9 de marzo de 1999)

3.1.2. El caso Cartesio

En materia de deslocalización como efecto del ejercicio de la libertad de establecimiento, resulta de considerable importancia la sentencia del caso promovido ante el TJUE por la sociedad húngara Cartesio, la cual había solicitado al Cégbírószág (tribunal mercantil húngaro) el traslado del domicilio social a Gallarate (Italia). El tribunal mercantil húngaro desestimó dicha pretensión por considerar que el derecho húngaro vigente “no permite que una sociedad constituida en Hungría traslade su domicilio al extranjero y siga rigiéndose por la ley húngara”. Cartesio acudió al TJUE solicitando la declaración de contradicción de la ley mercantil húngara con respecto al derecho de establecimiento comunitario, al exigir a las sociedades la elección de Hungría como su domicilio.

El TJUE, frente al supuesto de hecho planteado, reconoce inicialmente la ausencia de definición comunitaria de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión que determine el derecho nacional aplicable a una sociedad, por lo que la cuestión planteada solo puede ser resuelta con base en el derecho de cada Estado. No obstante, el pronunciamiento del TJUE sobre este caso precisa que resulta contrario a las normas comunitarias la restricción de la libertad de constituir sociedades en un Estado miembro distinto conforme a las disposiciones del país al cual se dirige la deslocalización de la sociedad, incluso si no hay traslado de las actividades:

Un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el derecho nacional del Estado miembro de constitución.

(...)

[En el caso] de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del derecho por el que se rige, debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el derecho nacional del Estado miembro al que se traslada.

En efecto, en este último caso, (...) lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese derecho lo permita. (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-210-06, 16 de diciembre de 2008)

La sentencia Cartesio acepta la posibilidad de los Estados miembros de obligar a las empresas deslocalizadas a cambiar de nacionalidad y, por tanto, someterse a la legislación del país de destino, sin que el Estado de origen pueda imponer condiciones como la disolución y la liquidación de la empresa como requisitos para la deslocalización.

3.1.3. El caso *Überseering*

Sobre el mismo particular merece destacar la sentencia *Überseering*, que planteó al TJUE la situación de la sociedad holandesa *Überseering*, la cual adquirió en octubre de 1990 un terreno en Düsseldorf (Alemania) encargando a NCC, a través de un contrato de gestión de obras, la renovación de un garaje y de un motel construidos en el terreno en cuestión. Años después, en 1994, dos nacionales alemanes adquirieron todas las acciones de la sociedad *Überseering*. Posteriormente, en 1996, la sociedad demandó a NCC para que respondiera por los vicios detectados en la obra ante el tribunal alemán –Landgericht Düsseldorf–. Dicho tribunal desestimó la demanda al considerar a *Überseering* como una sociedad holandesa sin capacidad jurídica en Alemania y, por tanto, sin legitimación procesal en dicho Estado.

Ante la situación de hecho descrita, el TJUE se centró en determinar si resulta contrario a la libertad de establecimiento que la capacidad jurídica de una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro se someta al derecho del Estado al que ha trasladado su domicilio. En criterio del TJUE, la denegación de capacidad jurídica imputada por el tribunal alemán a la sociedad *sub judice* contraría la libertad de establecimiento, habilitando los pilares de la deslocalización productiva. La sentencia en cuestión sostiene:

Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a que, cuando se considera, con arreglo al derecho de un Estado miembro, que una sociedad, constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario, ha trasladado su domicilio social efectivo al primer Estado, éste deniegue a dicha sociedad la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal ante sus órganos jurisdiccionales nacionales para invocar los derechos derivados de un contrato celebrado con una sociedad establecida en dicho Estado miembro. (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-208-00, 5 de noviembre de 2002)

La elaboración del TJUE en la interpretación de las reglas que informan el funcionamiento de la UE se inscribe en el marco económico europeo, y, por ende, en las libertades de circulación y establecimiento, debilitando el modelo social y democrático que deslegitima internamente el proyecto de integración europeo.

Así las cosas, el desarrollo de la libertad de establecimiento supone el fundamento comunitario de los procesos de externalización/deslocalización transnacional sin mecanismos de amortización de los efectos sociales que actualicen los esquemas de protección ideados en el contexto nacional para la intervención de las relaciones triangulares de trabajo.

El desequilibrio que se evidencia en la lógica de intervención comunitaria se deriva del acento en la protección de las libertades del capital, invirtiendo la fórmula fundacional de la relación laboral que procura la tutela del trabajo.

3.2. Traspaso de empresas

La ejecución de las libertades de circulación de servicios y de establecimiento constituye el marco de referencia de los traspasos de empresas, centros de actividad o de sus partes que configuran la deslocalización productiva. En estos casos, la deslocalización supone el cierre total o parcial de la empresa y el traspaso de la titularidad a un tercero ubicado en una zona geográfica con normas laborales menos benéficas para los trabajadores.

El reordenamiento de los esquemas productivos contiene mecanismos de adaptación empresarial que se articulan mediante cesiones o fusiones en las que los trabajadores vinculados a las empresas objeto de traspaso son despedidos o recolocados en una estructura patronal distinta que llega a traspasar las fronteras del ordenamiento de partida con efectos *in pejus* respecto a las condiciones de trabajo.¹⁰¹

En el ámbito europeo la Directiva 2001/23/CE se ocupa de regular las consecuencias que para el derecho del trabajo conllevan los movimientos empresariales antes mencionados. Así pues, el objeto de la directiva es impedir que las reestructuraciones de las empresas se efectúen en perjuicio de los trabajadores. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el traspaso de empresas, en los términos de la directiva, se refiere a “una entidad económica

¹⁰¹ “El ordenamiento jurídico no podía permanecer impasible ante las consecuencias nocivas que, en defecto de una normativa garantista, tales fenómenos pueden llegar a provocar sobre los derechos de los asalariados y sobre su estabilidad en el empleo. Esta realidad que, huelga decir, no es privativa de un territorio concreto, sino que, lejos de una percepción sesgada, trasciende las fronteras nacionales, puede llegar a adquirir una dimensión tal que ha requerido un tratamiento supranacional, orientado a armonizar las diferencias legislativas habidas en la materia”. Amparo Merino Segovia. “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: un marco normativo insuficiente y deficiente”. *Revista de Derecho Social*, núm. 45. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2009, p. 71.

que conserva la propia identidad, entendida como un conjunto de medios organizados para el desarrollo de una actividad económica, sea esencial o accesoria”.¹⁰²

La normativa de la directiva en estudio contiene disposiciones en materia de derecho individual que regulan la continuidad de los contratos individuales transfiriendo al cesionario los derechos y obligaciones de los contratos de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros de la UE contemplen responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. Desde esta perspectiva, el objetivo de la Directiva 2001/23/CE es la realización del principio de estabilidad, estableciendo la no afectación de los trabajadores involucrados por virtud de la cesión en la titularidad de la organización productiva, transfiriendo los contratos de trabajo “de pleno derecho del cedente al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa” que determina el sentido imperativo de la disposición. Asimismo, dispone la imposibilidad de considerar el traspaso como motivo de despido, aunque no impiden los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

En el ámbito colectivo, el numeral tercero del artículo 3 prevé para el cesionario la obligación de mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo.

3.2.1. El caso Temco

En materia de consulta y participación de los trabajadores o sus representantes en los traspasos empresariales, el TJUE ha adoptado una postura restrictiva frente a la inclusión de elementos sustanciales dirigidos a evitar traspasos que se originen en la cesión del personal sin soporte patrimonial.

El supuesto de hecho que ocupa la atención del TJUE está referido a la contratación de Volkswagen Bruxelles S.A. de las actividades de limpieza de sus instalaciones a la empresa Buyle-Medros-Vaes Associates, S.A., que a su vez encomendó las actividades en referencia a su filial General Maintenance Contractors SPRL.

¹⁰² Roccella et ál. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. 5.^a ed. Padova, Italia: CEDAM, 2009.

En diciembre de 1995, Volkswagen Bruxelles S.A. encargó a Temco las mismas actividades objeto de contratación con Buyle-Medros-Vaes Associates, S.A., que a consecuencia de la terminación del contrato que constituía su única actividad despidió a todo su personal, salvo los trabajadores Imzilyen, Belfahr, Afia-Aroussi y Lakhdar, cuatro empleados protegidos que mantuvo con arreglo al convenio colectivo. De acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo, la empresa adquirente debía obtener información de la plantilla de trabajadores de la cedente y vincular el 75% del personal, que efectivamente fue vinculado por Temco. Paralelamente, General Maintenance Contractors SPRL inició los procedimientos previstos para la desvinculación de los trabajadores beneficiarios del convenio colectivo, solicitud que fue desestimada por el Tribunal de Trabajo de Bruselas.

En el contexto fáctico descrito, el tribunal belga planteó al TJUE si la cesión efectuada entre las contratistas contraría la Directiva 77/187 (sustituida por la Directiva 2001/23), sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de traspaso de empresas, transfiriendo los trabajadores en virtud de una cláusula convencional sin recibir ningún activo. El TJUE concluye la admisibilidad del traspaso de la plantilla sin el acompañamiento de soportes económicos, así como la facultad de oposición de los trabajadores que en dicho evento continúan vinculados a la empresa cedente en los siguientes términos:

El artículo 1º, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo

de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato. (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-51-00, 24 de enero de 2002)

La interpretación del TJUE resulta cuestionable al habilitar supuestos de acuerdos empresariales desprovistos de respaldo económico por los cuales se transfiera la plantilla de personal que puede desconocer garantías laborales dejando a salvo el derecho de oposición de los trabajadores involucrados.¹⁰³

3.2.2. Fusión y escisión de empresas en el contexto colombiano

No es extraño a los ordenamientos laborales clásicos latinoamericanos la inclusión de normas que regulan la situación del denominado “traspaso de empresas” en el ámbito europeo. En efecto, el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano (CST), se refiere a la denominada sustitución patronal como “todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

En el mismo sentido de la directiva europea, el ordenamiento colombiano contempla la responsabilidad solidaria entre el antiguo y el nuevo empleador con respecto a las obligaciones exigibles en el momento de la sustitución, sin perjuicio de la responsabilidad del nuevo empleador frente a aquellas que surjan con posterioridad como consecuencia de la antedicha sustitución patronal.

En materia de derecho colectivo, el derecho del trabajo colombiano ha abordado la resolución de los problemas que plantea el traspaso de empresas mediante la fusión de sociedades y la aplicación del principio de unidad con-

¹⁰³ “En la exposición de este contraefecto negativo, entendemos que el Tribunal debería matizar su doctrina tomando en consideración el tipo de empresa o actividad de que se trata. Ciertamente, si desvinculamos el criterio de la transferencia de plantilla del tipo de empresa, podrían producirse situaciones de clara desprotección de los trabajadores cuando, tratándose de una empresa cuya actividad requiere un soporte patrimonial relevante, el mero acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, pudiera determinar sin más la cesión de los contratos de trabajo de uno a otro”. Salvador del Rey Guanter et ál. “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58. Madrid: 1998, p. 235.

convencional.¹⁰⁴ Este principio se estructuró a partir del paralelismo sindical¹⁰⁵ con el fin de privilegiar la negociación de empresa sobre la base de un sindicato por cada organización productiva y una sola convención. No obstante, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-567 de 2000, retiró del ordenamiento el numeral 1.º del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo que contemplaba el referido paralelismo, habilitando la existencia de la pluralidad de organizaciones sindicales dentro de una misma empresa.

En este sentido, el traspaso de empresas que conlleva fusión de sociedades trajo consigo la dificultad para determinar el contrato colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas fusionadas. Para resolver esta problemática, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia optó por no aplicar el principio de unidad convencional, al considerar que dicho principio se concibió para regular situaciones de hecho, que debe descartarse para el caso de la fusión de sociedades —por tratarse de una situación acogida por el ordenamiento—. Así las cosas, a cada trabajador debe aplicársele el contrato colectivo que lo cobijaba antes de la fusión.

A propósito de la fusión de Mineralco S.A. y Ecocarbón Ltda., la Corte precisó la aplicación de la Convención precedente en función de la realización del principio de inescindibilidad:

Por lo tanto, es claro que la convención colectiva de la que se beneficiaba cuando fue trabajadora de Ecocarbón Ltda. le continuó siendo aplicable cuando siguió prestando sus servicios a la nueva empresa surgida de la fusión, esto es, Minercol Ltda. Pero, por ninguna razón, podía beneficiarse de una convención colectiva vigente en una empresa a la que no le trabajó, suscrita por un sindicato del que, además, nunca formó parte, porque, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, el Decreto 904 de 1951, que sirve de sustento a las pretensiones, no es aplicable en tratándose de la fusión de sociedades

¹⁰⁴ El principio de unidad convencional está previsto en el artículo 1.º del Decreto 904 de 1951, que establece: “No puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario”.

¹⁰⁵ En Colombia el paralelismo sindical comportaba la imposibilidad de coexistencia de dos o más sindicatos de base en una misma empresa.

y, de otro lado, cuando se presente una coexistencia de convenciones colectivas por razón de una fusión de empresas, el trabajador sólo tiene derecho a que se le aplique la que lo cobijaba antes de la fusión, pues no es posible crear una mixtura con lo favorable de los diferentes convenios concurrentes. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 16 de marzo de 2010, radicación 33719. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza)¹⁰⁶

La actualización de las reglas sobre efectos de la fusión y escisión de sociedades a los parámetros de ajuste constitucional posterior a 1991 es una demanda a la cual se sujeta la efectiva ponderación de los derechos de trabajo y libertad de empresa, cuya tensión se profundiza en razón de los vacíos que derivan en limitaciones desproporcionadas de las garantías que emanan de la relación de trabajo y la libertad sindical.

Para resolver la problemática en referencia se promulgó el Decreto 089 de 2014, que prevé la comparecencia de todos los sindicatos existentes en la empresa e integrar una comisión negociadora sindical; en caso de que no exista acuerdo, se instalará una mesa de negociación del(os) pliego(s) de peticiones, cuyos integrantes serán elegidos proporcionalmente al número de afiliados a cada sindicato. Asimismo, se contempla la articulación progresiva entre los términos de vigencia de las convenciones colectivas con los laudos arbitrales para la implementación de la unidad de negociación, la unidad de pliego y de convención o laudo.

Cabe mencionar que las limitaciones territoriales del ordenamiento laboral colombiano demuestran la insuficiencia para disciplinar supuestos de reestructuración empresarial transnacional que se ven favorecidos por el esquema de producción globalizado.

¹⁰⁶ En virtud de lo establecido en el Decreto 089 de 2014, “en caso de coexistencia de dos o más sindicatos en una misma empresa, los sindicatos deciden acordar la unidad de negociación e integrar un pliego único de peticiones. En ausencia del referido acuerdo, se integrará una comisión negociadora en proporción al número de afiliados negociando los diversos pliegos en una sola mesa de negociación”.

Capítulo 2

Sujetos que participan en la globalización y su influencia en el ámbito de las relaciones de trabajo

La desaparición gradual de las fronteras nacionales deriva en el redireccionamiento de la tradicional extracción tridimensional de las relaciones de trabajo, Estado-empleador-trabajador, hacia categorías internacionales que articulan la regulación de la ecuación capital-trabajo de matriz transnacional.

La regulación global de las relaciones laborales procura la disciplina del capital que se traslada entre Estados de acuerdo con la ley de conveniencia, la consecuente competencia entre ordenamientos y la movilidad de trabajadores a consecuencia de los procesos de deslocalización productiva que alteran la construcción de la disciplina laboral del siglo xx, cuyo carácter nacional resulta insuficiente demandando modelos de regulación universal.

En este orden de ideas, el tripartismo que fundamenta las relaciones laborales en el siglo xxi y determina la composición de intereses en procura de la efectividad de la ecuación capital-trabajo está conformado por la oit, las empresas multinacionales y las confederaciones sindicales internacionales.

La oit lidera la estructuración de mecanismos de regulación que mediante parámetros de vocación universal corrigen las deficiencias del mercado globalizado y son capaces de regular tanto la actividad estatal como la de las multinacionales, para limitar la desregulación que desde 2008 ha provocado la contracción económica y la consecuente crisis social.

Los mecanismos de intervención deben promover la adscripción de las multinacionales al modelo de trabajo decente, restringiendo las alternativas de deslocalización derivadas de la atracción de la legislación de grados inferiores de protección laboral para obtener ventajas comerciales como resultado de la reducción de los costos de producción.

El esquema de regulación global que promueve la oit se complementa con diversos instrumentos promulgados por la onu y la ocde que, mediante

mecanismos de *soft law*, procuran la regulación universal de las garantías sociales (véase los numerales 2.3.2, 2.3.3 y 2.3.4 del capítulo 3).

Las organizaciones sindicales deben adecuarse a la estructura supranacional de la producción para que puedan articular su actividad de representación de los intereses de sus afiliados con la movilidad del capital y de los trabajadores en el contexto transnacional que enmarca el arquetipo productivo del siglo XXI.

1. La Organización Internacional del Trabajo

La OIT es la agencia de la ONU encargada de promover el equilibrio entre la relación de trabajo y los derechos laborales en el contexto internacional. Las principales características que identifican a la organización son:

- a. Se trata de una agencia instituida en 1919, al final de la Primera Guerra Mundial, fruto de lo establecido en el título XIII del Tratado de Versalles, que pervive y se incorpora a la posterior organización mundial creada en 1945.
- b. La composición tripartita Estado-empleador-trabajador garantiza el equilibrio, el diálogo social y la legitimidad interna de las decisiones y normativa de alcance internacional que la organización profiere.
- c. El poder normativo estructurado por las normas internacionales de trabajo (NIT), a través de mecanismos clásicos de *hard law* correspondientes a convenios internacionales, se complementa con instrumentos de *derecho blando* contenidos en distintas recomendaciones encaminadas a la regulación global de las relaciones laborales.

Desde su constitución, la OIT ha sido la encargada de velar por el equilibrio de la intervención laboral entre las naciones para proscribir y eliminar del sistema protector aquellas prácticas destinadas a la obtención de ventajas comerciales. El preámbulo de la Constitución de la OIT señala como uno de los pilares fundacionales de la organización la necesaria intervención sobre este aspecto: “Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países” (Constitución OIT, 1919).

Contemporánea a la formación de la disciplina que regula la ecuación capital-trabajo, la OIT se constituye en el organismo internacional de corte

clásico que procura regular las condiciones de la competencia a la baja en el trabajo¹ (*race to the bottom*) que, un siglo después de la creación de la organización, se verifican y se pretenden corregir.

La Constitución de la OIT se complementa con la Declaración de Filadelfia de 1944, integrada en el marco constitucional del organismo y que establece la carta de navegación de la OIT en la geopolítica de la Guerra Fría, reconociendo el valor de la protección del trabajo como principio de consolidación de la paz mundial. El texto adoptado con anterioridad al segundo posconflicto mundial señala los principios que deben orientar las políticas y actividades de la OIT:

- a. El trabajo no es una mercancía;
- b. la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante;
- c. la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad en todas partes;
- d. La lucha contra la necesidad debe emprenderse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

La declaración de Filadelfia, complementaria del texto constitucional de la OIT, reitera la vocación universal de la regulación internacional del trabajo, reafirmando la aplicación de los principios señalados *a todos los pueblos* y formulando la aplicación gradual en función de la asimetría de los países. Asimismo, amplió el marco de actuación de la OIT permitiéndole intervenir en la promoción

¹ “En el Preámbulo de la Constitución de la OIT se señalan los motivos que inspiraron su creación y que contienen tres ideas básicas: la paz universal y duradera sólo puede fundarse en la justicia social; es urgente mejorar las condiciones de trabajo de un gran número de personas, debido a que la injusticia, las privaciones y miserias que implican, engendran un descontento tal, que ponen en peligro la paz y la armonía universal; debe impedirse que la falta de adopción por parte de una nación de un régimen de trabajo humano, trabe los esfuerzos de las demás para mejorar la suerte de los trabajadores en cada una de ellas. De estas premisas surgía la necesidad de una reglamentación internacional de las condiciones de trabajo, mediante los instrumentos normativos que se especifican en la Constitución”. Geraldo W. von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz. *La Organización Internacional del Trabajo*. 1.^a reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p. 6.

y orientación de políticas macroeconómicas orientadas a “la plenitud del empleo y la elevación de los niveles de vida”, que mantiene su pertinencia y vigencia en el actual contexto de contracción económica y desregulación del mercado.²

Así las cosas, la reorientación de las actividades de la OIT, estructurada en la Declaración de Filadelfia, contiene el diseño de la intervención internacional de matriz normativa y macroeconómica en procura de la realización del trabajo decente y la contención de la liberalización del mercado.

1.1. Mecanismos de intervención normativa internacional

La globalización económica determina un proceso complejo de interacción entre organismos internacionales (OMC, FMI y el Banco Mundial) en el que la OIT interviene con mecanismos de control al gobierno económico transnacional, incorporando instrumentos de respeto de los derechos subjetivos orientados hacia la realización del trabajo decente.

La Constitución de la OIT prevé los convenios como mecanismos de regulación internacional que, conforme a su naturaleza jurídica de tratados internacionales, deben seguir los conductos de incorporación al orden de cada Estado miembro. Por otra parte, la estrategia constitucional se complementa con recomendaciones, esto es, instrumentos dirigidos a la aplicación generalizada que brindan orientación sobre aspectos que no cuentan con el desarrollo suficiente para su correcta ejecución, debido a la asimetría entre los países en relación con las temáticas a regular, o para disciplinar temas específicos relativos a principios generales contenidos en un convenio.

El carácter tripartito de los órganos que promulgan los instrumentos de la OIT les otorga una fuerte legitimación interna, garantizando el alcance universal de dichos instrumentos y que sus creadores sean a su vez sus destinatarios.³ En

² “La Declaración de Filadelfia, en especial aquellas partes que se refieren a la pobreza y al fomento del progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas del mundo, dio a la OIT un claro mandato para que desempeñase una función de vanguardia en dicho programa de las Naciones Unidas. Pese a ello, en el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo se manifestó cierta oposición contra el papel que se proponía desempeñar la OIT en el campo de la asistencia técnica. Algunos, sobre todo en el grupo de los trabajadores, temían que la OIT abandonara sus actividades normativas tradicionales y que fuera esto, en realidad, lo que trataba de conseguir el grupo de los empleadores”. Eddy Lee. “Orígenes y vigencia de la Declaración de Filadelfia”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 113, núm. 4. Ginebra: OIT, 1994, p. 544.

³ “Los instrumentos de la OIT son de aplicación universal. Conforme a la filosofía y a los objetivos de la OIT establecidos en su Constitución, los diferentes órganos siempre han descartado la posibilidad de que existan normas de aplicación meramente regional. Como lo enuncia el artículo 19 de la Constitu-

ese orden de ideas, el ordenamiento que contienen las normas NIT proferidas por la OIT no pretende *uniformar* la disciplina laboral global; al contrario, el reconocimiento de las particularidades de cada país es el fundamento del método adoptado, que consistente en prever principios y normas mínimas dirigidas a todos los países miembros y que uno debe adoptar como sistema de intervención.

La gobernanza global por conducto de los instrumentos que emanan de la OIT, para afrontar los efectos negativos de la deslocalización productiva, solo resulta viable mediante estructuras de regulación mínima que promueva el respeto de los derechos laborales fundamentales en todo el mundo, sin pretender una normativa universal que, a todas luces, resulta inviable.⁴ En este sentido, el artículo 19 de la constitución de la OIT reconoce las disparidades entre los Estados miembros, e incluye la obligación de la Conferencia Internacional de considerar las características específicas de las naciones en el momento de proferir un convenio o recomendación:

Al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países.

ción, el principio de universalidad supone que el proceso de elaboración de las NIT debe tener en cuenta las circunstancias particulares de los Estados Miembros”. Xavier Beaudonnet. *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, p. 52.

⁴ “La primera alternativa [para afrontar la deslocalización] es la de diseñar e imponer eficazmente un Derecho del Trabajo supranacional, una regulación común a todos los operadores jurídicos del mercado global, evitándose con ello el *dumping* social que rastrean y utilizan las empresas, y estableciéndose condiciones laborales justas en todos los países, siempre que los contenidos de esa regulación común resulten adecuados a tal fin. No obstante, ante las dificultades para implantar a nivel mundial una normativa internacional única, la fijación de derechos laborales mínimos (a modo de orden público internacional) que deben observarse por todos los países (estándares OIT), impide que, aunque no todos los países tengan las mismas condiciones de trabajo (cosa impensable por irreal a día de hoy), algunos las establezcan a unos niveles tan bajos que rompan el mercado y provoquen competencia desleal”. Miguel Ángel Purcalla Bonilla. “Deslocalización de empresas: problemática y alternativas”. *Revista de Derecho Social*, núm. 39. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2007, p. 104-105.

El artículo constitucional en estudio establece, en virtud del clásico principio protector, la prelación de reglas previstas en fuentes de derecho interno más favorables respecto de las que figuren en un convenio o recomendación.

1.2. *Hard law*: los convenios internacionales del trabajo

Los convenios son el instrumento de regulación de los Estados miembros de la OIT que adquieren carácter vinculante una vez son ratificados por los mismos Estados de acuerdo con los procedimientos particulares encaminados a dicho fin por cada país. En ese sentido, la vocación universal de los convenios está condicionada a los procedimientos internos de ratificación por parte de los ciento ochenta y cinco Estados miembros y supeditada a la aptitud de convergencia, en cada país, de los principios contenidos en aquellos documentos para obtener el mayor número de ratificaciones posible.

Los procedimientos internos de ratificación de los convenios condicionan la exigibilidad e implementación universal de las disposiciones contenidas en los ciento ochenta y nueve convenios que denotan las restricciones para la gobernanza global por este conducto (véase tabla 1).⁵

Tabla 1. Ratificaciones de los convenios de la OIT

País	Convenios fundamentales*	Convenios de gobernanza/prioritarios**	Convenios técnicos***	Total
Alemania	8	4	72	84
China	4	2	19	25
Colombia	8	3	49	60
España	8	4	121	133
Estados Unidos	2	1	11	14
Francia	8	4	113	125
Grecia	8	3	61	72
India	4	3	37	44
Italia	8	4	100	112

* Convenios de que trata la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales de 1998 (véase numeral 2.1 del capítulo 3).

** Convenios relacionados en el Pacto Mundial por el Empleo de 2009 (véase numeral 2.2 del capítulo 3).

*** Como convenios técnicos de la OIT, están catalogados aquellos que no integran los considerados fundamentales ni de gobernanza.

Fuente: Organización Internacional del Trabajo.

⁵ Organización Internacional del Trabajo. *NORMLEX, Information System on International Labour Standards*. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:10015:0::no:10015:P10015_DISPLAY_BY,P10015_CONVENTION_TYPE_CODE:1,U, consultado el 24 de noviembre de 2013.

El artículo 19 de la constitución de la OIT indica que los convenios están sometidos a los procesos de sumisión interna y ratificación en cada Estado miembro, de acuerdo con la naturaleza jurídica del organismo internacional al que no se ha cedido soberanía popular ni capacidad regulatoria sobre los Estados. El mismo artículo determina, respecto de los convenios, obligaciones específicas para los miembros de la organización en el siguiente sentido:

Cada uno de los miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas.

Los miembros informarán al director general de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter el convenio a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y a las medidas por ellas adoptadas.

Si el miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al director general y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio.

De conformidad con lo previsto en el artículo constitucional, la adopción de un convenio por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo supone como obligaciones de los Estados miembros para con la OIT (i) la *sumisión* que comporta la presentación a la autoridad legislativa en el plazo de doce a dieciocho meses para que se adopte por medio de una ley, y (ii) la *ratificación* que constituye el acto por el cual el convenio adquiere carácter vinculante para el Estado y que se perfecciona con la comunicación formal al director general.

Las reglas previstas en los convenios deben ser incorporadas a los ordenamientos internos que determinan los conductos de inscripción a las fuentes de derecho para resolver los conflictos laborales. Por otra parte, la prevalencia de la teoría monista en la teoría del derecho internacional público favorece la

incorporación de los convenios en el ordenamiento interno asignando poder vinculante a las reglas en ellos contenidas. En este sentido, la ratificación de los convenios confiere carácter de fuente de derecho, descartando el condicionante de efectividad propio de la teoría dualista que consiste en promulgar una ley posterior que transcriba las normas previstas en el instrumento.

La Constitución italiana de 1948 prevé la incorporación de los convenios, en concordancia con su naturaleza jurídica de tratados internacionales, asignando la condición de ley interna que disciplina las relaciones de trabajo dentro del país. Así, el artículo 80 de la Carta Magna italiana establece la autorización de las “Cámaras a través de leyes para la ratificación de los tratados internacionales”,⁶ y el artículo 10 prevé la coherencia del orden interno con los tratados ratificados, estableciendo la regla según la cual “el ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

La Constitución española de 1978 se adscribe a la teoría monista de incorporación de los tratados internacionales, entre ellos los convenios de la OIT, a través del proceso de ratificación de los instrumentos en cabeza del Rey y las Cortes Generales. De acuerdo con lo establecido en el artículo 94, literal c), para obligarse internacionalmente corresponde a las Cortes Generales la *prestación del consentimiento* previa a la manifestación del consentimiento en cabeza del Rey. Una vez se perfecciona el procedimiento, se integra al ordenamiento español de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.º del artículo 96, que dispone:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

⁶ “En nuestro ordenamiento, una vez ratificados –de acuerdo con lo establecido en los artículos 80 y 87 de la Constitución– las Convenciones asumen valor formal de ley ordinaria del Estado, y no producen por tanto algún efecto jurídico de alterar la jerarquía de las fuentes de derecho”. Marco Biagi. *Istituzioni di Diritto del Lavoro*. 4.ª ed. Milán: Giuffrè Editore, 2007, p. 52.

La concordancia jurídica con el orden español se verifica previamente mediante control de constitucionalidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 95, que garantiza la coherencia interna del instrumento una vez se surte el procedimiento de ratificación.

En Colombia, los mecanismos de adopción de los instrumentos en cuestión valoran el rango de incorporación en función de la calificación del contenido material de cada convenio. Existen dos rangos de incorporación para los convenios:

1. Incorporación constitucional: la recepción de los convenios en el ordenamiento superior deriva de la adopción de la categoría *bloque de la constitucionalidad* construida por el Consejo Constitucional francés, que incorpora determinadas normas internacionales al elenco normativo contenido en la Constitución escrita. Esta categoría integra a la Constitución francesa de 1958 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por la República francesa.

La Corte Constitucional de Colombia extiende el texto normativo constitucional a convenios o tratados internacionales que se refieran a derechos humanos, cuya limitación esté prohibida en estados de excepción, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución colombiana, que señala sobre el particular:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Los convenios de la OIT que cumplan las características relacionadas en la norma transcrita harán parte del ordenamiento constitucional colombiano; en ese sentido, la Corte Constitucional ha identificado como tales aquellos que integran la Declaración sobre Principios y

Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 (véase numeral 2.1 del capítulo 3).⁷

2. Incorporación legal: los convenios que no tienen las características de aquellos que hacen parte del bloque de la constitucionalidad ingresan al ordenamiento colombiano por vía legal complementando el Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 53 de la Constitución Política determina la adopción de las NIT en el ordenamiento legal colombiano; dicho artículo que señala: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”. Una vez ratificados por esa vía, los convenios se incorporan al esquema de fuentes previsto en el Código Sustantivo del Trabajo principalmente para la resolución de conflictos jurídico-laborales.⁸

La cooperación técnica de la OIT en los países miembros se centra en la difusión y utilización de las NIT para promover la aplicación de los convenios en las decisiones tomadas por las autoridades jurisdiccionales como conducto de la efectividad universal de la regulación internacional de las relaciones laborales.

⁷ Sobre el particular ha señalado el Tribunal Constitucional: “De acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados por el Congreso, prevalecen en el ordenamiento interno, constituyen criterio de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta y forman parte del bloque de constitucionalidad. En materia laboral, el artículo 53 de la Constitución dispone que todos los convenios de la OIT que han sido debidamente ratificados forman parte de la legislación interna. Al mismo tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que algunos convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad y que las determinaciones del rango de cada uno de los convenios se hacen a través de la jurisprudencia, verificando las circunstancias especiales en cada uno de los asuntos objeto de estudio” (Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁸ En este sentido, la jurisprudencia constitucional señaló, en el momento de examinar el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé el esquema de fuentes de derecho en materia laboral: “Así, en la parte resolutive se declarará la constitucionalidad de la expresión demandada, pero se excluirá la interpretación que pueda llevar a que los convenios de la OIT ratificados por Colombia, tengan carácter supletorio. Estos, al incorporarse a la legislación interna (art. 53), son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos” (Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

1.3. El *soft law*: las recomendaciones

La estrategia normativa fundacional de la OIT se complementa con instrumentos no vinculantes denominados recomendaciones, promulgados por la Conferencia Internacional del Trabajo, que tienen por objeto complementar las disposiciones de un convenio o desarrollar temáticas de forma autónoma. No obstante su carácter no vinculante, la norma constitucional prevé para los Estados miembros obligaciones de sumisión y reporte de memorias periódicas sobre el estado de la legislación y las prácticas nacionales sobre la materia.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha suscrito la tesis según la cual en aquellos casos en los que las recomendaciones se encuentren ligadas al convenio del cual emanan, estas pueden ser, como los instrumentos vinculantes, objeto de control de constitucionalidad. El Convenio 167 y la Recomendación 175 sobre seguridad y salud en la construcción son ejemplos de ello.⁹

1.4. Los principios de Bangalore

La aplicación de las NIT en la resolución de conflictos jurídicos internos, una vez agotados los procedimientos de recepción dentro del ordenamiento de cada Estado, supone un desafío considerable para la efectividad del orden jurídico internacional, esto es, la aplicación de los instrumentos internacionales por parte de los jueces nacionales en la resolución de controversias sometidas a su conocimiento.

⁹ En este sentido, la Corte Constitucional afirma: “Los Convenios, más no las Recomendaciones, hacen parte de la legislación interna, y por consiguiente, son los que se someten, junto con la ley aprobatoria, al control de constitucionalidad por esta corporación. Pero dado que la Ley 52 de junio 9 de 1993 aprueba, como un todo inescindible, tanto el Convenio 167, como la Recomendación 175, el pronunciamiento que habrá de hacer esta Corte, comprende el examen de constitucionalidad de la ley y de los mencionados instrumentos” (Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell). Tesis confirmada por la misma corporación: “Las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática por la Corte Constitucional, por lo cual esta corporación deberá inhibirse de conocer su contenido material. En efecto, en relación con la revisión automática de los convenios de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que ‘si bien es cierto que tales actos no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias’. En cambio, las recomendaciones de la OIT, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, solamente deben someterse a control cuando están en relación conexa e inescindible con los convenios, en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación” (Corte Constitucional, Sentencia C-468 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En el año 2001, la ONU encargó un estudio sobre independencia de la jurisdicción para determinar las principales características que debían observar los administradores de justicia de los Estados miembros. El documento resultado del estudio es un código de conducta que ha sido denominado los principios de Bangalore.

Los principios de Bangalore sobre conducta judicial descansan sobre seis valores que la actividad jurisdiccional debe informar; ellos son: independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia y diligencia. El valor referido a la competencia y diligencia de los operadores de justicia incluye el deber de estar informado sobre los cambios en materia de derecho internacional, con especial énfasis en lo concerniente a las disposiciones sobre derechos humanos y sus garantías.

El postulado incluido en el documento reconoce las limitaciones del derecho nacional para disciplinar el respeto de los derechos fundamentales tal como se consigna en los comentarios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito de 2013:

En el contexto de la creciente internacionalización de las sociedades y el aumento de la relevancia del derecho internacional en las relaciones entre las personas y el Estado, las facultades concedidas a un juez no solo deben ejercerse de acuerdo con el derecho nacional sino también, en toda la medida en que el derecho nacional lo permita, en forma coherente con los principios de derecho internacional reconocidos en las sociedades democráticas modernas. Sin menoscabo de las exigencias del derecho interno y cualquiera que sea el carácter de las obligaciones que le competen, un juez no puede con propiedad ignorar el derecho internacional, incluido el derecho internacional relativo a los derechos humanos –trátase del derecho derivado del derecho internacional consuetudinario, de los tratados internacionales aplicables o de los convenios regionales de derechos humanos– ni puede alegar ignorancia del derecho internacional.

El documento contentivo de los principios de Bangalore declara su carácter no vinculante, adscribiéndose al acervo de derecho suave que procura regular con carácter transnacional el respeto de los derechos humanos en esquemas que comportan relaciones transnacionales. En tal sentido, los prin-

cipios de Bangalore prevén una disposición especial destinada a la *aplicación* del instrumento que exhorta a la adopción de medidas para proporcionar mecanismos de efectividad de los principios siempre que la legislación no los tenga previstos de antemano.

1.5. Los mecanismos de control

Como parte de la estrategia de intervención universal y de efectividad de los instrumentos mínimos de regulación laboral, han sido creados distintos organismos no constitucionales que verifican la adecuación de las medidas que promueven los convenios y recomendaciones adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo.

1.5.1. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, creada en 1926 por el Consejo de Administración, cumple la tarea de analizar las memorias enviadas por los Gobiernos sobre los convenios ratificados, mediante observaciones que reflejan la situación del Estado miembro en el cumplimiento de las normas ratificadas y de solicitudes directas en las que se le comunican cuestiones técnicas o se requiere información complementaria.

En el caso específico de Colombia, en desarrollo del examen de las memorias enviadas en el año 2013, el informe sobre “Aplicación de las Normas de Trabajo 2013 (I)”, que enmarca el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, incluye el cumplimiento de las disposiciones del Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) y solicita al Gobierno colombiano información sobre los sistemas de atención laboral respecto a los supuestos de acoso sexual que complementen los esquemas de intervención penal de la problemática en cuestión. El informe de la Comisión de Expertos señala:

La Comisión toma nota de que el Gobierno informa que por resolución 2646, de julio del 2008, dictada por el Ministerio de Trabajo, todas las empresas públicas o privadas deben contar con un comité de convivencia laboral, en el marco del cual se debe establecer un procedimiento interno confidencial, conciliatorio para prevenir el acoso laboral. Dichos comités deben constituirse antes del 20 de octubre del 2012. El Gobierno informa que en cuanto a las denuncias

por acoso sexual *quid pro quo* o de contrapartida, las mismas no son competencia del Ministerio de Trabajo sino de la jurisdicción penal como un mecanismo de protección de la mujer contra la violencia. El Gobierno indica, sin embargo, que también se ha desarrollado un sistema de seguimiento a casos de acoso sexual en ámbito laboral que consiste en un sistema de información y compilación de quejas presentadas que permita la intervención de los inspectores del trabajo y el desarrollo de un protocolo de recepción de quejas de acoso sexual con el fin de brindar asesoría jurídica y la remisión de los hechos a los inspectores de trabajo y a la Fiscalía. La Comisión recuerda que tratar el acoso sexual sólo a través de procedimientos penales no es suficiente, debido a la sensibilidad de la cuestión, la dificultad de la prueba y el hecho de que la ley penal no da tratamiento al amplio espectro de conductas que constituyen acoso sexual en el empleo y la ocupación. *La Comisión pide por lo tanto al Gobierno que envíe mayor información sobre los procedimientos ante la Inspección del Trabajo y el Ministerio de Trabajo ante denuncias de acoso sexual, el número de quejas presentadas y el tratamiento dado a las mismas. Asimismo, la Comisión pide al Gobierno que envíe información sobre la aplicación del artículo 3º de la Ley 1010 del 2006 sobre Acoso Laboral (que prevé medidas atenuantes), y el modo en que se garantiza una adecuada protección de las víctimas. Sírvase indicar si la ley mencionada se aplica también a las cooperativas de trabajo asociado.* (Énfasis añadido por el autor)

1.5.2. El Comité de Libertad Sindical

En virtud de la importancia de los convenios fundamentales 87 y 98, que se ocupan de garantizar el ejercicio de la libertad sindical y la demanda de procedimientos especiales de control de su cumplimiento, en 1951 se creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) para conocer de las quejas sobre violaciones del derecho de sindicación y la negociación colectiva. En este sentido, el CLS adelanta en el Estado comprometido por la queja una investigación sobre la situación; posteriormente, presenta un informe al Consejo de Administración y formula recomendaciones para la resolución de la problemática puesta a su consideración.

Con respecto a Colombia, el CSL se ha ocupado de situaciones de violencia contra el ejercicio de la libertad sindical que han constituido el fundamento de recomendaciones para adelantar la investigación de homicidios y desapariciones forzadas, contribuir a la penalización de las conductas descritas y ofrecer las garantías de protección personal a los dirigentes sindicales que permitan la realización del derecho de sindicación:

El Comité saluda la evolución de los casos de identificación y de condena de autores, pero subraya, sin embargo, que estas cifras están lejos de alcanzar el esclarecimiento y las condenas de los más de 1.500 asesinatos y actos de violencia examinados por el Comité en el marco de este caso. El Comité urge al Gobierno a que, en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores, siga tomando medidas para combatir la impunidad. El Comité observa que los cuadros y sucesivas y extensas comunicaciones del Gobierno hacen muy difícil extraer cifras totales de los casos en que se han identificado y sancionado a los culpables, así como la naturaleza de las sanciones impuestas y pide al Gobierno que envíe una lista siguiendo el orden cronológico de los casos de violencia. El Comité recuerda que había pedido que las organizaciones sindicales, en particular las querellantes, fueran asociadas a los esfuerzos para garantizar la realización de investigaciones completas y aportar las informaciones a su alcance, cooperando con las autoridades competentes. En este sentido, en cuanto a la recomendación b), 1), relativa a la petición de informaciones de las organizaciones querellantes que puedan servir en el avance de las investigaciones, el Comité observa que las organizaciones querellantes no han informado sobre si han facilitado dicha información a los órganos de justicia competentes. El Comité les pide que lo hagan para favorecer el avance de las investigaciones. Por último, en cuanto a la recomendación b), 2), relativa al establecimiento de criterios por el Gobierno y los interlocutores sociales para poder ordenar de manera tripartita la información que se transmitirá a las instancias de investigación, el Comité observa que el Gobierno no ha facilitado información al respecto. Por consiguiente, el Comité reitera su anterior recomendación y pide al Gobierno que, junto con las organizaciones sindicales, aborde esta cuestión y le informe al res-

pecto. (Comité de Libertad Sindical, Caso número 1787 Colombia, seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración, Informe núm. 363, marzo de 2012)

Las recomendaciones proferidas por el CSL han sido tomadas como fundamento de decisiones judiciales en Colombia, constituyendo fuente de derecho para resolver diferendos de orden constitucional en los que se debate el alcance y la aplicación de los derechos fundamentales de asociación y negociación colectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional colombiano adoptó la tesis de carácter vinculante de las recomendaciones del CSL y su correlativa efectividad para fundamentar decisiones de reintegro de trabajadores despedidos a causa de su participación en un cese colectivo declarado ilegal por una autoridad administrativa y la insuficiente delimitación normativa de los servicios públicos esenciales en que se restringe el derecho de huelga.¹⁰

La admisión de las recomendaciones del CSL como fuente de derecho vinculante no resulta pacífica, pues la jurisdicción ordinaria ha optado por considerar los pronunciamientos del órgano de control como meros indicios o sugerencias inadecuadas para fundamentar la solución de un conflicto de carácter jurídico.¹¹ Más allá del debate sobre la obligatoriedad de acatar las

¹⁰ La Corte Constitucional ha considerado el carácter vinculante de las recomendaciones de órganos de control de la OIT: “La jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias T-568 de 1999, T-1211 del 2000 y T-603 del 2003, en las que se estudiaron casos similares al presente y que concedieron el amparo solicitado por los sindicatos accionantes, ha sido uniforme al considerar que las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración tienen una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano y, por tanto, es imperativo el acatamiento de lo allí ordenado. La sustracción de su cumplimiento implica la violación de los derechos fundamentales alegados, además de desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹¹ La Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción de lo ordinario-laboral, no reconoce valor vinculante a las recomendaciones de los órganos de control de la OIT de acuerdo con lo ordenado por la Constitución del organismo internacional: “Dejando de lado cualquier discusión sobre el valor del trabajo como uno de los derechos humanos universalmente reconocidos, la Corte considera, en primer término, que los jueces y tribunales de la República no pueden ser sustituidos por ningún órgano administrativo o de investigación de organización supranacional alguna, carente de capacidad para imponer obligaciones a uno de sus Estados miembros, a la luz de las normas internacionales. Es el caso del Comité de Libertad Sindical, integrado por nueve personas designadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no por la Conferencia –su máxima autoridad–, y cuyas atribuciones tienen el carácter de una indagación preliminar, sumaria, informal y

recomendaciones de los órganos de control es posible constatar la demanda de mecanismos de efectividad de las garantías laborales de matriz internacional que procuran la disciplina de las relaciones laborales por fuera de las fronteras nacionales.

1.5.3. Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT

En el marco de la concertación social laboral previsto por el artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, que fundamenta la CPCPSL (véase numeral 1.4 del capítulo III), el 31 de octubre de 2000 se adoptó la decisión de constituir una Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (CETCOIT), la cual aborda asume el conocimiento de situaciones que vulneran los principios de libertad sindical contenidos en los convenios de la OIT, para resolver los conflictos entre las partes involucradas mediante acuerdos extrajudiciales.

La CETCOIT está integrada por nueve miembros (tres representantes de las agremiaciones de empleadores, tres de las organizaciones sindicales y tres del Gobierno nacional) quienes procuran lograr soluciones consensuadas de los casos presentados sobre libertad sindical con la mediación de un facilitador en resolución de conflictos. Dado su carácter extrajudicial, el procedimiento ante la CETCOIT ni sustituye ni limita la posibilidad de presentar ante las autoridades jurisdiccionales competentes la problemática de que se trate, resultando un medio alternativo para resolver conflictos sobre libertad sindical.

Para articular el funcionamiento de la comisión en estudio, en octubre de 2013 la CPCPSL aprobó un manual de quejas, incorporando criterios de admisibilidad de los casos, medidas de promoción de los acuerdos y mecanismos de seguimiento a las resoluciones alcanzadas para su cumplimiento.

De acuerdo con el informe del Ministerio de Trabajo de Colombia presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo del 8 de junio de 2012, desde 2007 se habían radicado ochenta casos ante la CETCOIT, de los cuales

nunca judicial. Así, pues, las ‘invitaciones’ y ‘recomendaciones’ del prenombrado Comité no asumen la naturaleza de regla vinculante, ni se pueden equiparar, de ningún modo, a orden proveniente de tribunal supranacional de justicia alguno, ni mucho menos se asimilan a un Convenio, éste sí verdadera fuente formal de derecho internacional de ineludible acatamiento en virtud del principio *pacta sunt servanda*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 8 de octubre de 1999, radicación 11731, M.P. Carlos Isaac Náder, reiterada en sentencia del 23 de febrero de 2010, radicación 27237 M.P. Eduardo López Villegas).

catorce fueron objeto de acuerdo y nueve fueron resueltos en el marco de contactos preliminares liderados por la OIT. Asimismo, en la 318.^a reunión del Consejo de Administración de la OIT se presentó un informe del Gobierno colombiano en el que se reporta la resolución de veintiocho casos de cincuenta y dos sometidos a la CETCOIT.

En suma, los mecanismos de resolución de conflictos sindicales, como la CETCOIT, son una importante alternativa de apoyo a los demás esquemas de efectividad de derechos que se articulan con sistemas de justicia no tradicionales que deben ser complementados con medidas jurisdiccionales de amparo en el ejercicio de derechos fundamentales en el trabajo.

2. Las empresas multinacionales

La liberalización comercial y la movilidad del capital determinan en el siglo XXI la progresiva desaparición de las fronteras comerciales nacionales, deslocalizándose y rompiendo el ámbito nacional de operatividad empresarial en el que las empresas desarrollaban el ejercicio de producción y comercialización de bienes y servicios.

El capital procura el aumento de utilidad derivado del ejercicio productivo y la disminución de costos, entre ellos los laborales, mediante la transnacionalización de las actividades aprovechándose de las fugas de los sistemas de protección laboral. Por otra parte, el derecho internacional no regula ni limita el poder empresarial al no considerar a la empresa sujeto de derecho, dificultando así la disciplina de las multinacionales, cuya toma de decisiones deviene incontrolable jurídicamente. En este sentido, el Estado-nación se muestra ineficiente ante la efectiva garantía de los derechos que declara dentro de su territorio, sin que resulte posible el control del *shopping* de ordenamientos jurídico-laborales por medio de los cuales se atrae a las multinacionales a territorios de menores niveles tributivos que aumentan el margen de utilidad.

De acuerdo con lo señalado, la incapacidad del derecho del trabajo anclado en las categorías de producción y regulación nacional es sustituida por instrumentos de *derecho blando* con los que se pretende constituir un esquema de corrección autorreferencial en el cual las empresas se inscriben de forma no vinculante para mantenerse en el sistema comercial global.

El derecho del trabajo fundamentado en la lógica proteccionista del trabajador como parte débil de la relación capital-trabajo es sustituido progresivamente, en períodos de contracción económica, para proteger la libertad de

empresa y su desarrollo en contradicción con el postulado tuitivo fundacional, reemplazando el derecho a la medida del hombre, que definió el profesor Romagnoli, por un derecho a la medida de la empresa y sus necesidades.¹²

2.1. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social

La necesidad de proferir instrumentos de regulación y articulación global de contención del poder privado de las empresas multinacionales derivó en 1977 en la adopción por parte de la OIT de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración EMN).

La Declaración EMN fue acondicionada al contexto de globalización económica en la 279.^a reunión del Consejo de Administración de la OIT en noviembre del año 2000 y revisada en la 295.^a reunión del mismo organismo en marzo de 2006. El instrumento, de extracción tripartita, constituye la directriz a los Estados, las organizaciones sindicales y las empresas multinacionales que rompe la unilateralidad de los códigos de conducta y los documentos sobre RSE autorreferenciales elaborados y controlados por los propios destinatarios de la regulación.

El reconocimiento de la extraterritorialidad del capital como realidad del sistema productivo posfordista demanda la articulación de las medidas en los países de origen y de acogida de los procesos de deslocalización, requiriendo esquemas de intervención que redunden en beneficio social de los países involucrados. Sobre el particular, la Declaración EMN señala:

Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en las economías de la mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales, que es de interés creciente para los gobiernos, así como para los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones. Mediante las inversiones directas inter-

¹² “Este derecho del trabajo desconstitucionalizado, enfrentado abstractamente con el programa constitucional de igualdad sustancial y la garantía del derecho al trabajo, parece dejar de ser, no sin resistencias desde luego, un derecho, como dice Romagnoli, a la medida del hombre para constituirse en un elemento más al servicio de la empresa. La empresa como ícono, todo en nombre de ella porque toda la riqueza procede de ella”. Joaquín Pérez Rey. “¿Un derecho a la medida de la empresa? Nota sobre la enseñanza por competencias del derecho del trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013, p. 221.

nacionales y otros medios, estas empresas pueden aportar ventajas substanciales al país de acogida y los países de origen, contribuyendo a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo establecidas por los gobiernos, pueden aportar también una contribución muy importante a la promoción del bienestar económico y social; a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; y a la promoción de los derechos humanos básicos, incluida la libertad sindical, en todo el mundo. Por otra parte, los progresos realizados por las empresas multinacionales en la organización de sus operaciones que trascienden el marco nacional, pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de la política nacional y los intereses de los trabajadores. La complejidad de estas empresas y la dificultad de percibir claramente sus estructuras, operaciones y planes son también motivo de preocupación en el país de acogida, en el país de origen o en ambos.

En este sentido, se pretende elaborar, con carácter tripartito, un catálogo de conductas de respeto de los derechos fundamentales laborales, que se incorporarán al instrumento en estudio bajo la naturaleza de *derecho blando*, para fijar las bases de la disciplina de las empresas multinacionales. Por otra parte, se descarta la adopción de un marco conceptual sobre las empresas multinacionales que determine el ámbito de aplicación subjetiva, acogiendo un esquema de regulación abierto que se limita a señalar de forma genérica las unidades de producción privadas, públicas o mixtas “que controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede”.

La regulación universal de la declaración tiene un carácter no vinculante, no requiere adhesiones formales o ratificaciones específicas para su exigibilidad y se realiza por vías no tradicionales de coercibilidad jurídica propias del *derecho blando* (véase numeral 2 del capítulo 3).

Las temáticas desarrolladas por la Declaración EMN y que serán acogidas por las unidades productivas transnacionales que emprenden procesos de deslocalización productiva se enfocan en:

1. Empleo: las empresas multinacionales deben contribuir a no afectar la empleabilidad en los países en que desarrollen su actividad productiva cuando se deslocalicen, procurando agotar procedimientos de consulta gubernamental y sindical, adaptando el acervo tecnológico a los países de destino y la utilización de materias primas locales. Asimismo, deben prestar especial atención a la seguridad en el empleo para evitar que el cese de operaciones derive en desempleo estructural, asegurando la libre negociación de las condiciones de estabilidad y cobertura del sistema de seguridad social, incluyendo la prevención de despidos arbitrarios que erosionen los esquemas de protección del empleo.
2. Formación: se recomienda brindar las condiciones para una formación adecuada al país de destino con el fin de obtener calificaciones de utilidad general y oportunidades de desarrollo. Cuando resulte viable, las multinacionales deberían proporcionar servicios calificados en concordancia con los programas gubernamentales que contribuyan al desarrollo nacional.
3. Condiciones de trabajo y de vida: los salarios y las prestaciones sociales no deben ser menos favorables en comparación con las condiciones de trabajo presentes en el país de origen de la empresa multinacional. Resulta de especial importancia el respeto de las edades mínimas para trabajar en procura de la eliminación de las peores formas de trabajo infantil. Las empresas multinacionales deben velar por el cumplimiento de las medidas específicas de prevención de riesgos y salud e higiene laboral, informando a las autoridades gubernamentales y organizaciones sindicales como partes involucradas en relación con los nuevos productos y procedimientos de fabricación.
4. Relaciones de trabajo: se promueve la aplicación de las normas laborales que no sean menos favorables que las observadas por las empresas equiparables del país de origen. Las empresas deben respetar la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores que participen en su actividad productiva, eliminando cualquier acto de injerencia así como incentivos de atracción de la inversión extranjera que limiten el derecho de asociación sindical. En este sentido, se declara la necesidad de brindar espacios de negociación con los

representantes empresariales que estén autorizados para la toma de decisiones sobre las materias objeto de negociación.

Así las cosas, la estrategia de regulación del capital multinacional reconoce la imposibilidad de imputabilidad del sistema de derecho internacional público laboral que emana de los convenios de la OIT, enfocándose en instrumentos tripartitos de *derecho blando* diseñados para incluir a las cadenas de producción deslocalizadas en el esquema de gobernanza global.

2.2. La (in)disciplina de la unidad de empresa

La articulación jurídico-laboral de la descentralización territorial de las cadenas de producción está basada en la disciplina de la unidad de empresa, la cual pretende identificar la estructura empresarial que emprende el ejercicio productivo, y a la que se imputa el catálogo de derechos y obligaciones derivadas del ordenamiento laboral.

Las limitaciones territoriales de las categorías del sistema laboral determinan su necesaria adecuación para regular y estructurar la disciplina tuitiva de las cadenas transnacionales de producción que no revistan limitaciones en el espacio. En este sentido, la matriz de la unidad de empresa que pretende mantener el sistema de corrección tuitiva en los grupos empresariales que descentralizan parte de la producción en empresas filiales conserva el control de las decisiones que determinan el curso de las relaciones laborales. Así, la disciplina de los grupos de empresa presenta disfuncionalidades en materia laboral que demandan procesos de adecuación del marco de producción deslocalizada del siglo XXI.

Por otra parte, la integración vertical de las unidades productivas que componen un grupo de empresas requiere sistemas de identificación patronal y extensión de tratamientos más favorables tendientes al desarrollo del principio de igualdad. En relación con el denominado grupo de empresas en Italia, no existe en la disciplina comercial italiana referentes normativos en materia laboral, hecho que da como resultado una laguna legal sobre la identificación del empleador en supuestos de control de la matriz con respecto a las filiales. De esta forma, los vínculos entre grupos empresariales no se regulan con esquemas que permitan imputar la extensión de las condiciones laborales en virtud de la unidad material de la empresa, salvo en casos de fraude por con-

ducto de la descentralización ficticia declarados por la Corte de Casación, que anula la descentralización mediante la declaratoria de unidad empresarial.¹³

En el ordenamiento laboral español la categoría jurídica concerniente al grupo de empresas no cuenta con un referente específico en la legislación laboral; por tanto, la construcción de la disciplina corresponde a desarrollos jurisprudenciales que se han ocupado de la temática en estudio para extender la responsabilidad laboral a las unidades productivas que integran el grupo en cuestión.¹⁴ Los criterios de identificación de los grupos de empresas esbozados por los tribunales laborales españoles comprenden: “La pluralidad de empresas, la personalidad jurídica de cada una, y la vinculación entre las empresas”.¹⁵

En el caso colombiano, la reglamentación de la unidad de empresa que incorpora el derecho de trabajo regula los efectos laborales de la extensión de derechos salariales y prestacionales de la empresa matriz a las empresas filiales o subsidiarias que la integran. La norma de referencia colombiana que estructura la unidad de empresa como mecanismo para identificar al empleador y que supone, como señala el profesor Rolando Murgas, un desafío al derecho del trabajo posfordista, está contenida en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, que enseña:

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente

¹³ “La Corte de Casación entiende que las varias sociedades vinculadas deben ser consideradas unitariamente, cuando exista una simulación o una predisposición al fraude a la ley de fraccionamiento de una actividad entre las varias entidades societarias. Esto se afirma cuando se encuentre: a) unidad de la estructura orgánica y productiva; b) integración entre las actividades ejercidas entre las empresas y el correlativo interés común; c) coordinación técnica y administrativo-financiera tal que pueda individualizarse un único sujeto directivo en el que confluyan las actividades en un objetivo común; d) utilización contemporánea de la prestación laboral por parte de las varias sociedades titulares de las diversas empresas. Casación 6 de abril del 2004, radicación 6707; Casación 24 de marzo del 2003, radicación 4274”. Franco Carinci et ál. *Diritto del Lavoro vol. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. 6.^a ed. Turín: UTET Giuridica, 2008, p. 130.

¹⁴ “La responsabilidad solidaria consecuencia que a efectos laborales se deriva de la consideración [jurisprudencial] de grupo de empresas, requiere, en resumen, los siguientes requisitos: conexiones no sólo económicas, sino existencia de plantilla única o indistinta; confusión patrimonial y prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y, en suma, una apariencia externa de unidad empresarial, de unidad de dirección”. Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, p. 509.

¹⁵ Antonio Sempere Navarro y María Areta Martínez. “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa: Inventario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, núm. 48. Madrid, 2004, p. 100.

de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.
3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y éstas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.
4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.

El artículo citado contiene los requisitos para determinar la unidad de empresa, fijados en los siguientes elementos: (i) elemento objetivo: control exclusivamente económico de la empresa matriz con respecto a las subordinadas, y (ii) elemento subjetivo: cotejo de las actividades de la empresa matriz y sus filiales o subordinadas que deben ser similares, conexas o complementarias. Los efectos de la extensión salarial y prestacional condicionados a la previsión convencional o a las condiciones geográficas y económicas pretenden

enmendar el tratamiento diferencial injustificado dado a los trabajadores que pertenecen a las unidades de producción del titular del dominio económico de la empresa en su acepción jurídico-laboral prevista en la norma transcrita.

La unidad de empresa ha sido objeto de intentos de eliminación en las disposiciones contenidas en las leyes 550 de 1999¹⁶ y 789 de 2002,¹⁷ que fracasaron en el control constitucional, por lo que la regla transcrita de calificación patronal se mantiene vigente. No obstante el mantenimiento de la disciplina de la unidad de empresa como mecanismo de corrección de la descentralización con predominio económico de la empresa matriz, los alcances de la figura se ven limitados por el principio de territorialidad absoluta acogido por el régimen laboral colombiano.¹⁸ En este sentido, la imputación jurídica de unidad de empresa resulta viable solamente entre unidades productivas dependientes económicamente y ubicadas en territorio colombiano,¹⁹ solución que limita considerablemente la disciplina de los supuestos de deslocalización productiva transnacional sin que resulte eficiente la solución legal colombiana.

Las fórmulas adoptadas por las unidades productivas trascienden las fronteras para obtener ventajas competitivas por medio de la competencia a la baja, y escapan al esquema de regulación fundamentado en principios de territorialidad absoluta que demandan mecanismos de adecuación para la disciplina del capital y su libre circulación. Por otra parte, la aplicación de las

¹⁶ El artículo 75 de la Ley 550 de 1999 que preveía la expresa derogatoria del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1185 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ El artículo 48 de la Ley 789 de 2002, que eliminaba la figura de la unidad de empresa mediante el reconocimiento de la independencia jurídica de las unidades de producción sin perjuicio del vínculo económico, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-801 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ El Código Sustantivo del Trabajo contempla en el artículo 2.º el principio de territorialidad absoluta de aplicación de la ley laboral colombiana en los siguientes términos: “El presente código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”.

¹⁹ “Nuestra legislación, al definir la empresa, se está refiriendo a la empresa colombiana no a las empresas que están sometidas a jurisdicción extranjera. Esto aparece tanto más evidente cuanto que la extraterritorialidad de la ley jamás ha sido considerada como la norma general sino como la excepción. La rama jurisdiccional colombiana carece de jurisdicción para definir conflictos de empresas situadas fuera del territorio nacional. No cabe hablar siquiera de posibilidad de unidad de empresa entre dos establecimientos, así pertenezcan a un mismo dueño, situado el uno en Colombia y regido por consiguiente por la ‘legislación colombiana’ y el otro en otro país, sometido por la misma razón a su legislación” (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 23 de mayo de 1970, D.J. N. 1013).

medidas de regulación de la descentralización empresarial dentro de límites territoriales demanda fórmulas de gobernanza global que incorporen ajustes complementarios a la disciplina en niveles transnacionales (véase numeral 2 del capítulo 3).

2.3. La efectividad de las garantías laborales en las multinacionales

El actual espacio transnacional en que se desarrolla el ejercicio productivo empresarial permite comprobar la ineficacia de las categorías tuitivas planteadas a nivel nacional, determinando la impunidad de las estrategias de competencia a la baja derivadas de la deslocalización productiva. En este sentido, el derecho internacional ha fijado medidas de intervención dirigidas a los Estados y que dan estructura a los esquemas de gobernanza global, reservando a las empresas mecanismos de *derecho blando*—*soft law*— autorreferenciales²⁰ (véase numeral 2 del capítulo 3).

La ineficacia de los dispositivos de corrección de las disfunciones del capital transnacional proviene de la ausencia de mecanismos de efectividad jurisdiccional frente a la observancia de los derechos fundamentales en el trabajo. El foro de judicialización de las empresas multinacionales se ha integrado al derecho comercial por conducto del denominado *forum shopping*, que implica el encuadre de la empresa en la jurisdicción más favorable mediante procesos de deslocalización productiva. En el derecho anglosajón tal integración se da mediante el principio *forum non conveniens*, de acuerdo con el cual el juez competente puede ceder jurisdicción a un tribunal extranjero cuando, para evitar la competencia a la baja, las circunstancias particulares del caso así lo determinen.²¹

²⁰ “Las empresas transnacionales son personas jurídicas, sin personalidad jurídica en el plano internacional y, por consiguiente, sin obligación jurídica, incluso sin moral, según Georges Ripert. Por ello no son destinatarias del derecho internacional de los derechos humanos. Ultra poderosas, dominan muchos Estados, no son responsables en un plano jurídico, salvo cuando el juez nacional se presta a una aplicación extraterritorial de la ley nacional, como testimonia la jurisprudencia norteamericana o cuando el juez dispone de una competencia universal como ha deseado en un tiempo el legislador belga”. Isabelle Daugareilh. “Los derechos humanos y el comercio internacional”. *Revista de Derecho Social*, núm. 59. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2012, p. 20.

²¹ “Por ejemplo, en el asunto de la explosión de una planta de pesticidas en Bhopal (India), los tribunales estadounidenses indicaron a los demandantes en uso de esta doctrina, que acudiesen a la jurisdicción india para demandar a la empresa química estadounidense Union Caribe.

De cualquier forma, el carácter nacional de los Estados que promueven el derecho como estructura que garantiza el respeto de las garantías en el trabajo se ve superado por las empresas transnacionales que pueden movilizarse con libertad hacia territorios de menor calado tuitivo, eludiendo las medidas de efectividad de los principios y derechos laborales en favor de la mayor utilidad del ejercicio productivo. Así, la disciplina de extracción estatal es sustituida por las directrices de los organismos financieros supranacionales que condicionan el acceso al crédito mediante la promoción de la libertad de mercado, la flexibilización y la consiguiente reducción del sistema de derechos laborales que favorecen al gobierno financiero del sistema económico y determinan como destinatario de la protección al capital transnacional (véase numeral 2 del capítulo 1).

En el caso del capital transnacional, la sustitución de la capacidad reguladora del Estado nacional por códigos de conducta que enmarcan la RSE debilita los sistemas de corrección de las disfunciones sociales provocadas por el comercio global, desarrollado a partir de un modelo de libertad de mercado ilimitada caracterizado por procesos de deslocalización productiva enfocados en la competencia a la baja que destruye los sistemas tuitivos laborales.

Los espacios económicos determinan las reglas que componen la disciplina de la relación-trabajo con contenidos democráticos difusos que se diluyen ante las reglas del mercado derivadas del modelo neoliberal, el cual promueve la evasión y eliminación de la función reguladora del Estado en el contexto de libre movilidad y selección del territorio más rentable para las multinacionales y menos protector del trabajo.

La descentralización productiva que busca condiciones de menor protección laboral en ámbitos extraterritoriales enmarca una situación de hecho imposible de regular por el Estado nacional y las autoridades jurisdiccionales locales. Por tanto, es necesaria la creación de tribunales sociales internacionales que ejerzan poder en relación con la observancia y aplicación práctica

Ni el Convenio de Bruselas de 1968 ni el Reglamento de la Comunidad Europea (44/2001) mencionan la excepción del *forum non conveniens*. Es claro que el tribunal del domicilio del demandado no puede remitir el asunto a un tribunal de un tercer Estado (por ejemplo, el tribunal donde sucedió el hecho dañoso)". Mathias Herdegen. *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 165.

de las garantías laborales universales a fin de lograr la efectividad del sistema de gobernanza global laboral.²²

La problemática descrita genera inconvenientes en el momento de identificar cuál es el centro de poder empresarial sobre el que debe recaer la responsabilidad decisonal; además, dificulta la exigibilidad del elenco de derechos que amparan al trabajo decente como criterio de regulación básica universal de las condiciones de trabajo. En este sentido, la triangulación de la relación de trabajo (véase numeral 2.3 del capítulo 5) que se deriva de la deslocalización productiva rompe la estructura bilateral típica del contrato laboral, incorporando una empresa extraterritorial titular del poder decisonal del ejercicio productivo y su localización, la cual si bien no ostenta la calidad de empleadora, determina el reconocimiento/desconocimiento de derechos, por lo que debe ser considerada respecto a la responsabilidad jurídico-laboral más allá de las fronteras nacionales.²³

Así las cosas, la globalización económica que la caída del muro de Berlín trajo consigo y la consolidación del orden unipolar capitalista han sido conquistadas por los parámetros de las entidades internacionales que tutelan a la empresa transnacional y sus libertades de localización, manteniendo los esquemas nacionales de protección del trabajo e invirtiendo la ecuación de

²² “La premisa central implica desterrar el binomio empresas transnacionales y voluntariedad. El nuevo entramado jurídico requerirá, a su vez, la creación de un Tribunal Internacional de empresas transnacionales encargado de tutelar los derechos de los trabajadores y trabajadoras y ejecutar las sanciones correspondientes. La articulación del mencionado tribunal, la aprobación del procedimiento, etc., no deben suponer obstáculo alguno, ya que las experiencias existentes (la más reciente es la del Tribunal Penal Internacional) son fórmulas, en principio, válidas desde la construcción procesal, su composición y funcionamiento se ajustarán a los principios del Estado de derecho. Debe ser desterrada la fórmula de los tribunales económicos vinculados al Banco Mundial”. Mikel de la Fuente y Juan Hernández Zubizarreta. “El control de las empresas transnacionales: una propuesta normativa desde la acción social y sindical”. *Revista de Derecho Social*, núm. 46. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2009, p. 66.

²³ “Esta falta de sistematización o de coherencia del derecho se explica por la propia lógica contradictoria que inspira el derecho del trabajo y que lleva a efectuar un ‘doble movimiento’ frente al fenómeno de la descentralización productiva. De un lado, se dirige al reconocimiento de la legitimidad de las relaciones triangulares, mediante la imputación de la relación laboral al empresario genuino y, de otro, a extender ciertas tutelas a los trabajadores afectados por esas relaciones entre empresas. En ese doble movimiento, el derecho mira a los poderes y espacios organizativos desde una doble perspectiva: en el primer caso, va a reconocer relevancia jurídica al titular formal y sustancial de la relación laboral, mientras en el segundo da significado al nuevo contexto organizativo emergente”. María Dolores Santos Fernández. “Virtualidad identificadora del poder e identificación (virtuosa) de nuevos centros de poder”. En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2010, p. 167.

partida del sistema tuitivo laboral. Desde esa perspectiva, el desafío del derecho del trabajo del siglo XXI consiste en mitigar los efectos de un esquema de producción que ya supera las fronteras nacionales, incorporando medidas basadas en un modelo de gobernanza global laboral, fundamentado en el trabajo decente y en los modelos de participación social y sindical universales, capaces de contener al poder empresarial que emana de la desregularización y la flexibilización del sistema de relaciones laborales.

La problemática de la deslocalización productiva se centra en el binomio Estado-empresa multinacional que, en función de las garantías de derechos sociales, resulta desequilibrado debido a las limitaciones territoriales del primero que conducen a la imposibilidad de disciplinar al segundo. En este sentido, es necesario invertir el planteamiento neoliberal que subordina las decisiones democráticas protectoras de la fuerza de trabajo a las regulaciones de las entidades que protegen el comercio mundial con políticas de predominio del mercado, debilitando la capacidad reguladora del derecho laboral. Por otra parte, la regulación concerniente al respeto de los derechos laborales fundamentales por conducto de mecanismos de *derecho blando* autorreferenciales es ineficaz cuando se contrasta con las directrices de los órganos multilaterales de comercio, estas sí efectivas al ser incluidas como condicionantes del crédito supranacional que prevalece sobre la normativa social.²⁴

En ese orden de ideas, la progresiva expropiación de la capacidad reguladora del Estado-nación como efecto de la globalización demanda su reconquista mediante la configuración de sistemas de gobernanza universal capaces de disciplinar el capital y de corregir las disfunciones sociales del sistema de producción transnacional.

²⁴ “La fuerte asimetría existente entre las garantías y efectividad jurídica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional del Trabajo frente al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC o los sistemas de arbitraje previstos en los tratados regionales o bilaterales de comercio e inversiones, sitúa a las empresas transnacionales en planos jerárquicamente superiores a los derechos de las mayorías sociales”. Juan Hernández Zubizarreta. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahemónicas transnacionales*. Bilbao: Editorial Hegoa, 2009, p. 222.

2.4. El sistema de producción normativa descentralizado

El monopolio de producción de normas reservado a los Estados²⁵ se ve seriamente cuestionado en el contexto de la globalización y el esquema de las relaciones de producción deslocalizadas en el siglo XXI.²⁶ Las fuentes de regulación no residen exclusivamente en las expresiones parlamentarias, ampliando el catálogo de normas a directrices y compromisos fijados por los mismos sujetos de las relaciones laborales, particularmente el empleador transnacional que amplía su ámbito de actuación en clave territorial.

De esa forma, los patrones de comportamiento establecidos por el mismo sujeto destinatario constituyen parte del marco referencial normativo de matriz voluntario sin anclaje territorial nacional, cuestionable en función del bajo nivel de confiabilidad debida a la ausencia de procedimientos neutros y públicos de control. Al mismo tiempo, la producción descentralizada relaja el marco de intervención de matriz vinculante correspondiente a los organismos internacionales que disciplinan el respeto universal de las categorías constitutivas del trabajo decente.

Así las cosas, el movimiento de la denominada teoría crítica del derecho²⁷ formula el acervo académico relacionado con la introducción de reglas que superan los esquemas clásicos de producción del derecho, centrándose en las dimensiones concernientes al gobierno corporativo y estándares empresa-

²⁵ Julia Black. *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self regulation in a "post-regulatory" world*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁶ "La dialéctica localización/deslocalización simboliza la apropiación de la elección del espacio regulativo por parte del sujeto-empresa transnacional, que selecciona la dimensión nacional y el nivel de imperatividad del mismo, y diluye la responsabilidad jurídica por sus actos en función también de la complejidad de su diseño organizativo y la estructuración de sus relaciones de intercambio en cadena y en red". Antonio Baylos. "Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco globales". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27. núm. 1, 2009.

²⁷ "En el campo del comercio, las voces humanitarias nos han llevado por mal camino. En general, los humanistas han respondido a la expansión del comercio mundial intentando preservar el potencial de arriba hacia abajo con regulación pública. Cuando la capacidad nacional de reglamentación parece amenazada por la apertura de los mercados a los productos extranjeros, servicios, capitales y mano de obra, los humanistas han buscado, ya sea para frenar esos flujos mundiales o internacionales, desarrollar sustitutos reglamentarios para las normas nacionales de seguridad social. De este modo, los humanistas se centran en el orden público, en la maquinaria visible de la soberanía nacional y la internacional institucional de establecimiento de normas. Prácticamente es ignorado el mundo de las normas de fondo, tales como el derecho privado, las normas corporativas, transnacionales disposiciones administrativas, y las reglas de gobierno corporativo y responsabilidad". David Kennedy. *Reassessing International Humanitarianism: The Dark Sides*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

riales que habilitan la incorporación de las multinacionales en el comercio mundial. La regulación descentralizada reformula el sistema de fuentes de derecho en sentido estricto para ampliar el espectro de regulación a normas de naturaleza autónoma unilateral con pretensiones de autocorrección en el ejercicio productivo global.

2.4.1. Responsabilidad social empresarial (RSE)

El desarrollo económico supone el respeto de estándares medioambientales y sociales que deben ser reconducidos por un sistema de autorregulación que reporta beneficios al capital para mantener su buen nombre y posición competitiva derivada de la conducta superior al cumplimiento de las normas *stricto sensu*.²⁸ En este sentido, la observancia de las leyes de los ordenamientos concernientes es constitutiva de responsabilidad jurídica sin que tenga *per se* implicaciones de RSE. Así, más allá del legítimo interés de lucro, la empresa se ve obligada a perseguir un elenco de finalidades adicionales de igualdad e inclusión, promoción de los trabajadores y protección del medio ambiente que redundan en su buen nombre como supuesto de inclusión en el mercado en el cual participa y que posteriormente rentabiliza. La voluntariedad supone un mecanismo para superar la falta de regulación territorial a través de normas autorreferenciales sin posibilidad de exigibilidad jurídica de las mismas. El carácter voluntario de los instrumentos contenidos en la RSE es el centro de las posiciones desfavorables frente al mecanismo de orientación de la gestión empresarial, considerada poco confiable por un sector de la doctrina debido a que es adoptada por rentabilización comercial desprovista de mecanismos de constreñimiento.²⁹

²⁸ “El concepto de RSE es en su origen ‘vago’ y se liga a la preocupación de los dirigentes empresariales por las consecuencias de la actividad de la empresa en los ámbitos social y medioambiental, sin olvidar los intereses de los accionistas y de aquellos para los que la empresa ofrece bienes o servicios. A partir de los años 80 del siglo pasado se pueden detectar las primeras preocupaciones medioambientales y, en los 90, el desarrollo sostenible, el diálogo social y el buen gobierno entran a formar parte de los contenidos de la RSE. Desde entonces la necesidad de evitar daños a la reputación de la empresa o la defensa de su posición competitiva se han identificado como frecuentes detonantes para la implantación de políticas de RSE, que en Europa se entiende debe ir más allá del mero cumplimiento de la legislación”. Joaquín Aparicio Tovar et ál. “Sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas. Un análisis europeo comparado”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, núm. 1, 2009.

²⁹ “Ahora bien, se observa, cada vez con mayor grado de preocupación, que la voluntariedad en la aplicación de la RSE, bien como (a) reflejo de una actitud opcional o bien como una razón de ser empre-

La ausencia de exigibilidad jurídica que deriva de las políticas de RSE cuestionan su exigibilidad como esquema no tradicional de regulación que emana de las empresas como mecanismo de defensa de la competencia y el buen nombre de las organizaciones que las mismas elaboran y observan para rentabilizar su cumplimiento sin controles públicos.³⁰

La instrumentalización de las empresas multinacionales como centros de creación y ejecución de reglas ha sido reconocida en la declaración del Consejo Económico y Social de la ONU, del año 2003, titulada “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, que demuestra la progresiva limitación del sistema internacional de corrección en función de los mecanismos autorreferenciales de regulación. En su preámbulo, la declaración enseña sobre el particular:

Reconociendo que, aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas trans-

sarial (*business case*), no sólo no es una vía suficiente, sino que además es poco adecuada para alcanzar la sostenibilidad.

(b) La proliferación de códigos y estándares emitidos tanto por organismos públicos como privados y la generalidad de los temas que abarcan crea confusión a la hora de determinar cuál debe ser la manera que deben tener las empresas para reflejar las expectativas de la sociedad.

(c) Cambio de actitud de las empresas. Existe una preocupación en torno al hecho de que la adopción de prácticas de RSE, por parte de las empresas, responde más al propósito de favorecer su imagen pública que al de una gestión legítima del riesgo.

(d) Carencia de mecanismos de control en el cumplimiento de los códigos. El carácter voluntario, reflejado en los códigos de conducta o guías de actuación, esgrimido por los organismos emisores (ONU, OCDE, CE, entre otros) lleva aparejada la carencia de mecanismos que controlen su cumplimiento, pues la misma idea de control es contradictoria con la voluntariedad”. María del Pilar Muñoz Dueñas. “¿Por qué la Responsabilidad Social de la Empresa no convence a todos?”. *Revista de Derecho Social*, núm. 56. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2011, p. 121.

³⁰ “Ante modificaciones tan extremas, la Responsabilidad Social Corporativa se presenta como la alternativa más adecuada. Este diagnóstico encubre la realidad sobre la que se articula el poder de las multinacionales, que se materializa en su capacidad de ‘legislar’ y delimitar el concepto y alcance de su responsabilidad y de las normas materiales sobre las que se sustenta. Además, frena todo sistema jurídico de control elaborado desde instituciones públicas. De ahí que esta no sea una respuesta ante determinadas protestas sociales, ni tan siquiera un mero lavado de cara de su actividad, sino una nueva forma en que se configuran las relaciones entre las empresas y el modelo capitalista. Este es el marco de sus obligaciones, que se mueve en los contornos de la impunidad, mientras que sus derechos se tutelan desde la fortaleza jurídica de un Derecho Corporativo Global al servicio de las clases dominantes”. Juan Hernández Zubizarreta. “La responsabilidad social corporativa al servicio del capital”. *Portal Rebelión*, 7 de febrero de 2012.

nacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La concreción de reglas sobre RSE se da, en muchas ocasiones, mediante códigos de conducta que superan los límites territoriales impuestos a las regulaciones de cada Estado y concentran en la empresa el poder de crear, ejecutar y controlar el cumplimiento de reglas, constituyendo un punto de quiebre del principio democrático de separación de estas tres facultades.

Al mismo tiempo, existen otros mecanismos como las denominadas memorias de sostenibilidad en las que las empresas dan cuenta del impacto social, ambiental y otros de diversa índole del proceso de producción encaminado a afianzar la reputación y el buen nombre de la unidad productiva, manteniendo el carácter autorreferencial desprovisto de mecanismos de control públicos.

La matriz unilateral sobre la que descansan los códigos de conducta representa la progresiva *desjuridificación*³¹ de las reglas que limitan el poder empresarial y el grupo de derechos que deben ser especialmente protegidos en cada sector, que son seleccionados por el sujeto pasivo de los mismos que cuestiona su legitimidad como mecanismo de regulación.

Progresivamente se han evidenciado escenarios de quiebre de la unilateralidad de las reglas contenidas en los códigos de conducta a través de la suscripción de acuerdos marco resultados los procesos de negociación colectiva transnacional.³²

³¹ Stefania Scarponi. "La 'privatizzazione' delle norme internazionale di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali". *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 3. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 409.

³² "Este tipo de códigos de conducta, por tanto, se conciben como un elemento importante para lograr la pretendida vigencia universal de ciertas condiciones mínimas de prestación del trabajo que aseguren una igualdad en las condiciones de la competencia mundial entre las empresas, pero desde una posición de estricta autorregulación de éstas.

Quizá también explique este hecho el convencimiento de que cualquier regulación internacional del tema no resiste la acción combinada en la práctica de la deslocalización en los espacios estatales nacionales de la empresa transnacional y la construcción en paralelo de un espacio-empresa privativo de la misma y administrado por ella en exclusividad. Por eso se puede decir que los códigos de conducta constituyen un claro ejemplo de la despolitización de las reglas sobre las relaciones laborales, y de la debilitación de su legitimidad y fundamento democrático". Antonio Baylos Grau. "Códigos de Conducta y Acuerdos-Marco

La deslocalización productiva se ve favorecida por figuras de regulación no tradicionales, como los códigos de conducta que emanan de la RSE, que se pretenden legitimar con la ilusión de la superación de los esquemas confinados a los Estados nacionales, sustituyendo los centros de producción jurídica parlamentarios por catálogos de derechos aceptados voluntariamente como criterio de *good will* que se utilizan para la participación en el mercado y el consecuente aumento del porcentaje de utilidad.

El desafío de la RSE como modelo de regulación descentralizada está constituido por el reemplazo del referente ético de la asunción empresarial de sus reglas por la matriz de *rentabilización*³³ del cumplimiento de estándares exigidos por los códigos de conducta empresarial para recibir los beneficios comerciales de la inclusión en las organizaciones que se matriculan en la RSE.

Los códigos de conducta que operan mediante regulaciones autoimpuestas resultan poco confiables, al priorizar bienes jurídico-laborales que reflejan la conveniencia de los redactores-destinatarios tendientes a obtener el etiquetado social que acredite la adecuación de políticas de producción a los parámetros de la norma autorreferencial para influir en los consumidores de los cuales se obtiene provecho económico.³⁴

de empresas globales: Apuntes sobre su exigibilidad jurídica". En: *Revista Lan Harremanak* (EURL-EHU/UPV). Congreso *El desafío del desarrollo humano. Propuestas locales para otra globalización*. Bilbao: 2007.

³³ Amparo Merino Segovia. "Crisis económica y mecanismos de in(estabilidad) en el empleo". *Jornadas Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 24 y 25 de octubre de 2013.

³⁴ "Esta selectividad a la hora de tratar los asuntos laborales en los códigos de conducta puede atribuirse a diversos factores. En primer lugar, da la impresión de que el contenido de los códigos se decide a menudo en procesos no transparentes y no participativos, que se tramitan entre las cuatro paredes de la sala de un consejo ejecutivo o por medio de negociaciones *ad hoc* entre partes con grados desiguales de información y de fuerza negociadora. En segundo lugar, la preocupación por determinados problemas laborales también varía según el sector o subsector económico, con arreglo a las características propias de la industria o el servicio de que se trate y, tal vez, de que esté más o menos expuesto a las críticas públicas. Por ejemplo, en el sector de los textiles y productos afines, los códigos tienden a concentrarse en la erradicación del trabajo infantil y el forzoso. Análogamente, la salud y seguridad en el trabajo figuran de manera destacada en los códigos de las empresas de los sectores químico, transporte, textiles y afines, minería, comercio, postal y fabricación de juguetes. Y en tercer lugar, la selección de las cuestiones laborales está asimismo condicionada por el grado en que una determinada práctica es considerada aceptable –en principio al menos– por la empresa misma". Janelle Diller. "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores". *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 2, Ginebra: OIT, 1999, p. 127.

En los siguientes apartados se analizarán las principales normas de referencia de la RSE que incluyen aspectos de respeto de los derechos fundamentales en el trabajo y la realización del trabajo decente.

2.4.1.1. Pacto Global de 1999

El Pacto Global es el instrumento de matriz voluntaria empresarial global que enlista diez principios universales de actuación³⁵ de las unidades productivas, para impulsar la responsabilidad social empresarial promovida por la ONU en la reunión del Foro Económico Mundial de 1999. El documento destina un capítulo a los derechos en el trabajo a fin de encuadrar las garantías que deben observar por las empresas que suscriben su adhesión al pacto.

Los principios laborales enunciados en el Pacto Global coinciden sustancialmente con los referidos en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 (respeto de la libertad sindical y negociación colectiva; eliminación del trabajo forzoso; erradicación del trabajo infantil; abolición de la discriminación en el empleo], haciendo del Pacto Global un importante mecanismo que complementa el circuito de regulación global de respeto de los derechos fundamentales en el trabajo.

El grado de vinculación al cumplimiento que deriva de la libre adhesión supone a los participantes el envío anual de informes de cumplimiento denominados *Comunicaciones de progreso*, cuya omisión supone la exclusión de la red. En este sentido, se evidencia como punto crítico la lógica de cumplimiento formal para el envío de los reportes y la consiguiente inclusión y mantenimiento de la red, sin que se cumplan los compromisos que derivan del instrumento que, además, se encuentra desprovisto de mecanismos de exigibilidad jurídica.

De cualquier forma, el Pacto Global enmarca el esquema de intervención voluntaria de la ONU, que procura incorporar el respeto de garantías fundamentales, entre ellas las laborales, como estrategia de regulación global de las empresas suscritas a la red que integra el instrumento.

³⁵ Los principios del Pacto Global se encuadran en cuatro categorías: derechos humanos; estándares laborales; medio ambiente; anticorrupción.

2.4.1.2. Norma Global Reporting Initiative de 2006

La norma Global Reporting Initiative se promulgó como parámetro de RSE, cuyo fundamento en materia de derechos laborales está ligado a la realización del trabajo decente que incorpora los siguientes referentes:

1. Empleabilidad.
2. Relaciones laborales.
3. Salud y seguridad industrial.
4. Formación y educación.
5. Igualdad de oportunidades y diversidad.
6. Igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.
7. Evaluación de las condiciones laborales de los proveedores en las cadenas productivas.
8. Mecanismos de quejas.

La norma retoma la valoración de las cadenas productivas planteada por la Norma AA 1000 del 2008, que pretende reconocer y extender el proceso de adaptación de la RSE a la externalización como modelo productivo del siglo XXI.

Deben reiterarse los defectos del sistema de intervención privado que rompe la neutralidad del control y traslada a la voluntariedad empresarial el cumplimiento del marco normativo desprovisto de mecanismos de coercibilidad específicos que restan confiabilidad a los instrumentos traídos a colación.

2.4.1.3. Norma sge21 2008

El estándar europeo sge21 de 1999 de gestión ética y socialmente responsable constituye un sistema referencial de RSE administrado por la entidad privada Forética que agrupa empresas y profesionales de la RSE. Esta norma incluye la medición de los estándares de las áreas de gestión: alta dirección; clientes; proveedores; personas que integran la organización; entorno social; entorno ambiental; inversores; competencia; y relación con la administración pública.

El nivel de confiabilidad es bastante bajo, al presentarse como un instrumento privado, flexible y compatible con el cumplimiento de otras normas de medición de RSE. Así pues, es evidente que se trata de un instrumento de medición de parte al que se adscribe para derivar beneficios de buena reputación, que no resultan confiables ni deben ser sustitutivos de la intervención estatal.

2.4.1.4. Norma SA 8000: 2008

La norma internacional SA 8000 de 2008, estructurada a partir del modelo orientador de la RSE, constituye una línea de conducta de adscripción voluntaria que se extiende a proveedores, subproveedores y subcontratistas. El grupo de derechos laborales cuyo respeto pretende “certificar” la norma incluye: trabajo infantil; trabajo forzoso y obligatorio; seguridad y salud en el trabajo; derecho de sindicación y negociación colectiva; discriminación; medidas disciplinarias; horario de trabajo; remuneración.

Se trata de un sistema normativo auditable por “terceras partes”, medida que no garantiza la neutralidad y defensa del interés público de los controles estatales manteniendo la matriz reguladora de la RSE que sustituye el control estatal por un esquema voluntario de prestigio.

2.4.1.5. La norma ISO 26000: 2010

La norma de estandarización empresarial en materia de responsabilidad social de estirpe no jurídica está constituida por el documento ISO 26000 de 2010. En virtud de la norma, la responsabilidad social empresarial considera el impacto social y ambiental derivado del ejercicio productivo a través de siete materias fundamentales que conciernen la explotación económica, a saber:

1. Gobernanza de la organización.
2. Derechos humanos.
3. Prácticas laborales.
4. Medio ambiente.
5. Prácticas justas de operación.
6. Asuntos de consumidores.
7. Participación activa y desarrollo de la comunidad.

No obstante la falta de carácter jurídico de la norma ISO 26000, la inclusión de las relaciones laborales como materia de responsabilidad social y su expresa referencia y conexión a los instrumentos de derecho del trabajo internacional representa un ensayo que pretende conectar las temáticas objeto

de regulación con la juridicidad³⁶. En este sentido, la norma contiene como base de conducta el aserto “el trabajo no es una mercancía”, lema fundacional de la Declaración de Filadelfia de 1944, que debe extenderse a toda la cadena de producción incluyendo el personal empleado bajo modalidades de subcontratación.

La base estructural normativa del documento es la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 de la OIT, que se complementa con la promoción de las prácticas que tienden a la realización de los principios del pleno empleo, la estabilidad en el trabajo y el trabajo decente, como contribución empresarial al desarrollo social.

Por otro lado, y no obstante el reconocimiento de la diversificación de criterios entre países para la imputación de laboralidad a las relaciones de trabajo, se adopta el reconocimiento de la desigualdad sustancial de las partes en el contrato de trabajo, que demanda un sistema de protección al trabajador como parte débil. Así, de la relación contractual laboral emanan obligaciones para las partes que, a pesar de la bilateralidad de la relación, contienen impacto social, de manera que se enfatiza el cumplimiento de los compromisos en materia de protección social, promoción del diálogo social, salud y seguridad ocupacional, desarrollo y formación.

Finalmente, si bien la norma en estudio, destinada a las organizaciones empresariales, carece de contenido jurídico, supone una contribución a la difusión y el respeto de los derechos laborales enfocada directamente al capital sin pasar por los sistemas clásicos del derecho a través de la actividad estatal previa de recepción.

2.4.1.6. Los principios de Ruggie del 2011

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó el 21 de marzo de 2011 el informe del profesor John Ruggie titulado “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, que pretende actualizar la estrategia contenida en el Pacto Global de 1999. El documento relaciona los

³⁶ “Norma genéticamente modificada, norma híbrida resultante de un ejercicio de internormativa, la norma ISO 26000 ha llegado a atraer el derecho internacional al universo de la normalización. Ha recurrido al derecho internacional como fuente principal de inspiración y de referencias, lo que ha tenido como efecto dar referencias tangibles a un contenido definitivamente vago e insulso de la RSE”. Isabelle Daugareilh. “Los derechos humanos y el comercio internacional” ..., ob. cit., p. 28.

principios de promoción de derechos humanos base en tres directrices principales: (i) los Estados deben promover el respeto de las garantías y libertades fundamentales; (ii) las empresas se reconocen como “órganos especializados” que deben contribuir al respecto de los derechos humanos; y (iii) se declara la necesidad de contar con mecanismos adecuados de justiciabilidad para el respeto de los derechos humanos.

En materia de directrices dirigidas a la relación empresas-derechos humanos, el documento relaciona aquellos consignados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo formulada por la OIT en 1998 (véase numeral 2.1 de este capítulo), veamos:

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Comentario

La Carta Internacional de Derechos Humanos contiene una lista oficial de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos (que incluye en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), a la que vienen a sumarse los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estas son las referencias que usan otros agentes sociales para evaluar el impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que

siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes.³⁷

El informe Ruggie no constituye nuevas obligaciones internacionales, sino en una estrategia que permite la coordinación entre los Estados y las empresas a través de orientaciones cuyos contenidos no son vinculantes en el sentido jurídico tradicional. Desde ese punto de vista, la vinculación de las transnacionales como sujetos de respeto de los derechos humanos más allá de los Estados resulta un aspecto destacable del documento en un sistema de producción globalizado en el cual el capital se deslocaliza dificultando el control estatal.

El documento en estudio plantea la “debida diligencia”³⁸ como criterio para determinar el nivel de actuación de las empresas; identificándose así los riesgos que en materia de respeto a los derechos humanos genera la actividad productiva para que puedan tomarse medidas que los eliminen o reduzcan.

Los mecanismos que articulan el informe Ruggie con el Pacto Global, como instrumentos de matriz voluntaria empresarial, quedaron consignados en el informe preliminar de 2008 que reconoce la idoneidad del sistema de seguimiento³⁹ ideado por el primero, basado en informes de progreso de las empresas adherentes. Estos últimos son documentos complementarios de intervención impulsados por la ONU.

³⁷ John Ruggie. “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Asamblea General Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 21 de marzo de 2011.

³⁸ El informe Ruggie acoge la definición semántica de debida diligencia como: “La diligencia que cabe esperar razonablemente, y es ejercida ordinariamente por una persona que trata de cumplir una obligación jurídica o desempeña un deber”. *Black’s Law Dictionary*, 8.^a ed., 2006.

³⁹ “Mientras las empresas adoptan y afinan las prácticas de la debida diligencia, las iniciativas industriales y de múltiples interesados pueden promover la distribución de la información, la mejora de los instrumentos y la información de los criterios. El Pacto Global está en condiciones óptimas para desempeñar esa función, ya que dispone de la plataforma de las Naciones Unidas y tiene amplias comunicaciones con la comunidad empresarial, particularmente en los países en desarrollo”. John Ruggie. “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”. Asamblea General Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 7 de abril de 2008.

2.4.1.7. Líneas directrices de la ocde del 2011

La OCDE es el organismo multilateral creado en 1960 que agrupa treinta y cuatro de los países con mayor desarrollo económico. En el documento *Líneas directrices para las empresas multinacionales* concretó los parámetros que debe cumplir la actividad productiva desarrollada por las transnacionales. Se trata de un catálogo de principios de actuación responsable, reexaminado en el año 2011, que reconoce la matriz voluntaria de adhesión empresarial para la consecución del “progreso económico, medioambiental y social”.

La naturaleza de las directrices es de *recomendación* sobre buenas prácticas que los Estados parte suscriben y promueven para su cumplimiento como estrategia de regulación de la extraterritorialidad del capital.⁴⁰ En materia de empleo y relaciones laborales, el acápite IV hace referencia explícita a los cuatro grupos de derechos considerados fundamentales por la Declaración de la OIT de 1998, entendidos en sentido extraterritorial. De esta forma, la relación de tal grupo de derechos como directrices significa la reafirmación de alcance global de los derechos fundamentales en el trabajo, constituyéndose en el centro de gravedad de todas las estructuras de regulación descentralizada, aunque cada uno cuente con mecanismos de seguimiento autónomos. En este sentido, en los comentarios al acápite relativo al empleo y las relaciones laborales, el documento enseña:

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer y abordar normas internacionales del trabajo y para promover los derechos fundamentales al trabajo reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Las directrices, en su condición de instrumento no obligatorio, tienen un papel que desempeñar en la promoción del cumplimiento de estas normas y principios por parte de las empresas multinacionales. Las directrices reflejan las disposiciones oportunas de la Declaración de 1998 y también las de la Declaración de Principios tripartita de la OIT de 1977, relativa a

⁴⁰ Como preámbulo de las directrices se reconoce: “Como las actividades de las empresas multinacionales se extienden a todo el mundo, debería extenderse también a todos los países la cooperación internacional en esta área. Los gobiernos que han suscrito las directrices animan a las empresas que ejercen su actividad en sus territorios a cumplir las directrices donde quiera que desarrollen su actividad, teniendo en cuenta al mismo tiempo las circunstancias concretas de cada país de acogida”.

empresas multinacionales y política social. La Declaración tripartita establece principios en el ámbito del empleo, la formación, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales, mientras que las directrices abarcan todos los aspectos principales del comportamiento de las empresas. Las directrices de la OCDE y la Declaración tripartita de la OIT están relacionadas con el comportamiento esperado de las empresas y guardan entre sí una relación de paralelismo y no de contradicción. En consecuencia, la Declaración tripartita de la OIT puede ser útil para una comprensión satisfactoria de las directrices, en tanto que es más exhaustiva. No obstante, los procedimientos de seguimiento de la Declaración tripartita y de las directrices no parten de los mismos órganos.

Asimismo, se contemplan otras directrices destinadas a la realización de los derechos de negociación colectiva como instrumento de equiparación contractual que brinda la posibilidad de contemplar reivindicaciones laborales superiores a ley como regla general.

Otro de los planteamientos del instrumento radica en la necesidad de poner en marcha mecanismos de información dirigidos tanto a los trabajadores como a las organizaciones que promuevan el diálogo social y faciliten la negociación de las condiciones de trabajo. En materia de actividades transnacionales de producción, se fija como parámetro de conducta el respeto de las normas laborales más favorables aplicadas en empresas comparables a las existentes en el país de acogida. De la misma forma, se aboga por la vinculación en las actividades empresariales y el proceso productivo de trabajadores locales, acompañada de procesos de formación de personal que permitan aumentar la cualificación del trabajo.

Para reducir las consecuencias desfavorables el documento recomienda adoptar mecanismos de comunicación eficientes que informen con antelación suficiente a los trabajadores acerca de los cambios que comprometan la estabilidad laboral y la obtención del rédito, por ejemplo el cierre empresarial, una figura típica de los procesos de deslocalización. De igual forma, se desestiman las amenazas de procesos de deslocalización productiva para disuadir a los trabajadores de constituir organizaciones, restringiendo así en forma ilegítima la libertad de asociación. Así pues, los mecanismos de regulación descentralizada constituyen la fuente principal de regulación global de matriz

extra-estatal que fundamenta su efectividad en las consecuencias de prestigio e inclusión en el mercado por fuera de los esquemas jurídicos de exigibilidad.

El esquema de producción globalizado genera relaciones de interdependencia mundial que habilitan la deslocalización del capital, superando las categorías ideadas en el marco del modelo de Estado-nación como centro de control político y jurídico. Por tanto, en el contexto actual, dicho modelo debe ser rediseñado mediante la introducción de componentes de regulación con capacidad de intervenir y regular las relaciones laborales universales, y que opere como sistema de corrección de las imperfecciones del gobierno del mercado.

2.5. Los tribunales de opinión

En la dimensión de los Estados y las empresas transnacionales los tribunales éticos o de opinión son el mecanismo que verifica la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo más allá de los ámbitos jurisdiccionales nacionales tradicionales. Su fundamento descansa en formas alternativas de hacer justicia, que constituyen salidas pacíficas a los conflictos sobre respeto de los derechos humanos. Su origen se remonta al tribunal de Russell, instituido para juzgar los delitos cometidos por las tropas de los Estados Unidos de América durante la guerra de Vietnam.

El correcto funcionamiento y la efectividad de los tribunales tiene que ver con la propia legitimación interna, al estar integrados por destacados defensores de derechos humanos e intelectuales con la idea de *visibilizar lo invisible*.⁴¹ En materia de protección de derechos fundamentales, el Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), conformado en 1979 por iniciativa de Lelio Basso, se propone superar las deficiencias del paradigma estatal mediante la creación de un tribunal “capaz de dar una respuesta al sufrimiento efectivo de los pueblos, en todos los ámbitos de la sociedad; un sufrimiento producto de la opresión generada por el Estado y por el gobierno, pero también por las empresas, los bancos y las instituciones financieras”. La iniciativa del TPP tiene por objeto llenar los vacíos provocados por la ausencia de un órgano jurisdiccional internacional capaz de resolver los conflictos transnacionales que motivan la inmunidad e impunidad presentes en los espacios en que se

⁴¹ Amparo Merino Segovia. “Los tribunales de los pueblos”. Curso de Posgrado en Derecho del Trabajo. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, enero de 2012.

mueven las empresas multinacionales. En México, materia de derechos fundamentales en el trabajo, el TPP se ha ocupado de situaciones que atentan contra la libertad sindical, en relación con el cierre y la desaparición de la empresa de energía Luz y Fuerza del Centro, de composición público/privada, que afectó a 44500 trabajadores, tal como se refleja en el informe del caso del 12 de septiembre de 2012:

La desaparición ilegal de esta empresa violó flagrantemente el contrato colectivo de trabajo de los trabajadores afiliados al Sindicato Mexicano de Electricistas (SME), cuya vigencia debía respetarse hasta el 16 de marzo del 2010. El caso del SME sólo refleja una situación que empeora cada día para todos los trabajadores del país, especialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en 1994. Desde entonces, todas las leyes en México, desde la Constitución hasta las normas individualizadas, pasando por las leyes federales y locales, han sido violentadas junto con los tratados internacionales válidos y vigentes, como el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (referente a la libertad sindical), o el convenio 98 (sobre la contratación colectiva).

En México, la gran mayoría de las organizaciones sindicales están controladas por grupos de interés que incluso –como ocurre en el caso del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación– “han nombrado dirigencias vitelicias que trafican con influencias y negocian apoyos económicos y prebendas políticas a cambio de masivos apoyos de las dirigencias sindicales para operar fraudes electorales en todo el país”.

Las intervenciones del TPP origina condenas éticas complementarias –no sustitutivas– de las funciones del CSL de la OIT (véase numeral 1.3.2 de este capítulo), otorgando así a la sociedad civil el papel de sujeto global que suple las falencias de los sistemas de efectividad universal de los derechos fundamentales en el trabajo.

3. El proyecto de sindicalismo global

La dimensión transnacional de las relaciones laborales reclama la adecuación de los mecanismos de representación sindical para que trasciendan las fron-

teras nacionales y participen en la estructuración de sistemas universales de gobernanza laboral.

El paso hacia el sindicalismo global no está exento de las vicisitudes propias del paradigma que representa el sindicalismo nacional, el cual debe ser superado por una acción sindical que se adscriba a políticas tendientes a condensar los intereses comunes de las organizaciones a nivel internacional, más allá de las acciones de los sindicatos nacionales que descartan el sindicalismo global.⁴² En este sentido, es preciso advertir que la identificación con el sindicalismo global no resulta clara, pues en el ámbito de acción transnacional aún operan organizaciones sindicales de carácter nacional que suscriben convenios aplicables a las empresas multinacionales, como se evidencia en aquellos que han sido pactados por las centrales españolas ccoo y ugt.⁴³ De cualquier forma, las declaraciones formales de las centrales españolas se dirigen hacia la construcción de un sindicalismo europeo y global que ejerza la dimensión supranacional de la acción sindical por conducto de las organizaciones europeas e internacionales.⁴⁴

⁴² “En mi opinión, el desfase del sindicalismo que se autodenomina ‘internacional’, pero que no se atreve a definirse como ‘global’, tiene sus causas y sus raíces en los sindicalismos nacionales, aunque no es idéntico al también probable desfase de éstos. Hablando de sindicalismos nacionales, considero la referencia hecha tanto a los del ‘Norte’ como a los del ‘Sur’, para emplear esta terminología al uso que no es exactamente de carácter geográfico. La primera responsabilidad es de los países más desarrollados (porque son los que más mandan), pero también tienen la suya los demás, porque asumen de hecho la actual situación”. Isidor Boix y José Luis López Bulla. “Isidor Boix y López Bulla conversan sobre el sindicalismo global”. *Revista de Derecho Social*, núm. 50. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2010, p. 235.

⁴³ Como ejemplo de la acción de los sindicatos nacionales con respecto a empresas multinacionales puede referirse el acuerdo suscrito por ccoo y las empresas transnacionales de la construcción en Viscaya. “ccoo. Euskadi apostará por regular y controlar las empresas transnacionales en el convenio de construcción de Bizkaia que se negocia este año, según informó el sindicato en un comunicado de prensa. La central afirmó que, en su mayoría, son empresas portuguesas, cuyos trabajadores reciben un salario de entre 6 y 7 euros por hora, con jornadas diarias de ‘auténtica esclavitud’ de entre 12 y 14 horas, sin respetar días festivos establecidos en convenio, de forma que las empresas se ahorran ‘unos 2.000 euros por mes y trabajador’”. “ccoo apostará por regular y controlar las empresas transnacionales en el convenio de Construcción en Bizkaia”. *Europa Press*, 28 de enero de 2009.

⁴⁴ “Entre las cuestiones prioritarias e indispensables en los criterios para la negociación colectiva se encuentra: promover la dimensión europea e internacional de la negociación colectiva, a través de una mayor coordinación de las federaciones europeas de la ces e internacionales de la csi. Junto a posiciones comunes sobre política salarial y salario mínimo se debe adoptar un enfoque sindical conjunto sobre Comités de Empresa Europeos”. ccoo y ugt. *Criterios unitarios de ccoo y ugt para la Negociación Colectiva y el Empleo. Propuestas sindicales frente a la crisis y por unas condiciones de trabajo y empleo dignas*, 9 de marzo del 2009, p. 15.

El contexto global de la producción transnacional y deslocalizada exige mecanismos de negociación colectiva que promuevan el respeto de los derechos y las condiciones de trabajo a partir de marcos de regulación efectiva que contribuyan a contener la actual fuga de la disciplina de las relaciones laborales a través de la libre circulación del capital. El proyecto de sindicalismo global, así como la dimensión internacional del sindicalismo nacional, reconoce en la deslocalización productiva uno de los fenómenos que alteran el equilibrio y las decisiones del capital en función de las ventajas competitivas derivadas de aquellos sistemas con menores grados tuitivos y escaso desarrollo de la libertad sindical, por lo cual resulta necesario que los países involucrados emprendan acciones conjuntas y eficientes de alcance global a partir de la categoría “relocalización”.⁴⁵

La conformación de organizaciones sindicales de carácter transnacional precisa de un elemento de adecuación de la actividad sindical a la tarea civilizatoria universal, necesaria para lograr el renacimiento⁴⁶ de su significado en

⁴⁵ “El 18 Congreso de la CIOSL (Miyazaki, Japón, diciembre de 2004) formuló con claridad el concepto como ‘relocalización’, incluyendo así sus dos polos, para con ello poder empezar a establecer la posible acción conjunta y solidaria, del sindicalismo en el Norte y en el Sur, en el Oeste y en el Este, en defensa de intereses no idénticos, pero que pueden resultar convergentes y, por ello, solidarios del conjunto de trabajadores directamente afectados por el fenómeno de la relocalización. Un fenómeno que genera paro y a la vez empleo, precarización laboral, pésimas condiciones salariales y de trabajo, atentado a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, y a la vez, nuevos puestos de trabajo asalariado, extensión de la clase trabajadora, crecimiento económico en el mundo. Nuevos desequilibrios y también nuevas fuerzas, activas o en potencia, capaces de contribuir a la construcción de un mundo mejor, de ‘otro mundo posible’”. Isidor Boix. “¿Es necesario el sindicalismo ‘global’?”. En: *El sindicalismo internacional y la globalización de los derechos sociales. Gaceta sindical, reflexión y debate*. ccoo. Nueva etapa, núm. 8, mayo de 2007, p. 118.

⁴⁶ “No es infrecuente que una palabra tenga los ritmos biológicos de los seres humanos. Nace, vive, enferma y, si no se cura como debiera, muere. El síndrome de la enfermedad que puede aquejarla es fácilmente reconocible: la palabra ya no habla. En efecto, cuantos siguen usándola no saben ya con precisión si hablan de la misma cosa o de otra distinta. En definitiva, la palabra está enferma porque deja de poseer un significado unívoco y constante. No me parece que hasta ahora se haya subrayado adecuadamente cómo la palabra ‘sindicato’ ha comenzado a dar señales de malestar justo cuando ha obtenido el permiso para circular libremente en el lenguaje común. Es decir, cuando, aun siendo una palabra de la izquierda, ha dejado de ser percibida como una palabra amenazadora para el ‘establishment’ político-cultural de los países más avanzados del capitalismo occidental; exactamente como la palabra ‘huelga’, a la cual de hecho acompañaba en el imaginario colectivo. Ambas palabras, de hecho, han vivido sus mejores días como instrumento fiable de comunicación en el período de su infancia, durante el cual eran consideradas transgresiones lingüísticas merecedoras de desaprobación”. Umberto Romagnoli. “Renacimiento de una palabra”. *Revista de Derecho Social*. Separatas. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2005, p. 9.

el contexto universal de la defensa de los derechos y de su función de dique de contención del poder empresarial multinacional.

3.1. Negociación colectiva transnacional

Las primeras aproximaciones a la dimensión transnacional de las relaciones laborales se concretan en la segunda década del siglo XXI como consecuencia de los efectos de la liberalización económica y la deslocalización productiva, en el caso particular del desastre provocado por el hundimiento del edificio Rana Plaza, en Bangladesh (véase numeral 1.3 del capítulo 1), donde se desarrollaba el proceso de manufactura de prendas de vestir para proveer a varias multinacionales del sector textil.

Como consecuencia del siniestro, que cobró la vida de 1132 trabajadores, se suscribió un acuerdo para la seguridad en las instalaciones de trabajo que vincula a más de ciento diez multinacionales de la industria textil con organizaciones sindicales mundiales, constituyéndose en el instrumento de regulación superior a la suscripción unilateral y voluntaria de códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social empresarial.⁴⁷ Así pues, el 15 de mayo de 2013 las federaciones sindicales globales de la industria y los servicios (IndustriALL Global Union y UNI) y las empresas multinacionales de la industria textil (Inditex, H&M, C&A, Carrefour, Primark/Penny, Tesco, PVH (Calvin Klein), Tchibo, Benetton, El Corte Inglés, Mango, Mark & Spencer, Next, Stockmann, N Brown Group, G-Star, KIK, Aldi South, Aldi Noth, Helly Hansen, New Look, Mothercare, Loblaws, Sainsbury's, JBC, WE Europe, Esprit,

⁴⁷ “Pero el Acuerdo sobre Bangladesh es el primero conjunto de un grupo de empresas multinacionales con el sindicalismo internacional, la mayoría de las cuales no tienen suscrito ningún Acuerdo Marco individual, aunque sí compromisos unilaterales de Responsabilidad Social. Sólo por ello tiene ya un interés particular. Y más por sus contenidos, puesto que supone un compromiso concreto para abordar el problema de la seguridad en los centros de trabajo y para ello no sólo se ofrecen buenas intenciones sino un compromiso por 5 años, con una aportación económica anual de hasta medio millón de dólares USA por parte de cada una de las multinacionales, con la creación de un comité de dirección de seis miembros, tres sindicales y tres empresariales, y objetivos concretos como son la creación de un cuerpo de inspectores, la decisión de que se constituyan comités de salud y seguridad en todas las empresas proveedoras de las multinacionales, procesos de formación al respecto, compromisos de garantía de empleo y salario en las fábricas siniestradas o paralizadas para garantizar la seguridad, etc. Todo ello de aplicación al conjunto de las hasta ahora censadas 1.600 fábricas del país que trabajan para estas multinacionales, con unos 2 millones de trabajadores bangladesís, la mitad aproximadamente del total del sector en el país”. Isidor Boix. “En la construcción del sindicalismo global”. En: *Comisiones Obreras, IndustriALL Global Union*, noviembre de 2013, p. 2.

Rewe, Lidl, Hess Natur, Switcher y A&F) suscribieron el “Acuerdo para la prevención de incendios y para la seguridad de los edificios de la Industria de la Confección de Bangladesh”, que contiene el marco de acción y las medidas de intervención a cinco años para la seguridad en las instalaciones de trabajo. Dichas medidas son:

- Se establece un Comité de Dirección integrado por 3 representantes de las empresas firmantes, otras 3 de las organizaciones sindicales y 1 presidente designado por la OIT, y un consejo asesor en el que participan empresas firmantes, sindicatos, proveedores, instituciones gubernamentales y las ONG. Las decisiones del comité de dirección se tomarán preferiblemente por consenso, pero de no ser posible, será por mayoría, fijándose un procedimiento para la solución de controversias.
- El Comité de Dirección designará, contratará y dirigirá la actuación de un inspector de seguridad, encargado de la organización de la actividad de los inspectores y auditores de seguridad, y de un coordinador de capacitación para el impulso de la formación prevista sobre seguridad, garantizándose el acceso a las fábricas de los equipos de formación.
- El Comité de Dirección desarrollará su tarea con consultas al Comité Tripartito Nacional, así como al Ministerio de Trabajo de Bangladesh, a la OIT y a la Agencia Alemana de Cooperación Internacional.
- Se establecerá un comité de seguridad en todas las fábricas al menos con el 50% de representantes de los trabajadores, designados por el sindicato si está implantado, o elegidos por sus compañeros si no es así. También un procedimiento para la formulación de quejas al respecto por parte de los trabajadores.
- Si en las inspecciones se detectan riesgos, se establecerá la obligación de tomar las medidas pertinentes con un calendario de ejecución de 6 meses como máximo. Los trabajadores de las fábricas que deban permanecer cerradas, o parcialmente operativas por la necesidad detectada de medidas de corrección, tendrán garantizado el puesto de trabajo y los salarios. Si se rescinde la relación comercial con el proveedor como consecuencia de la

falta de seguridad o de la resistencia a los procesos de inspección y formación, las empresas firmantes contribuirán a su empleo por parte de otro proveedor. Se exigirá a las fábricas el respeto al derecho de los trabajadores de interrumpir su actividad laboral, con garantía del puesto de trabajo y del salario, si se detectan problemas importantes de seguridad.

El espacio global donde se realizan los postulados de los mercados financieros y el capital multinacional del siglo XXI constituye el marco de referencia en el que la acción sindical se adecua a través de organizaciones que promueven el reconocimiento y la efectividad de derechos de orden universal. En este sentido, la movilidad del capital determina fugas a los sistemas de regulación laboral y protección social que representan el principal desafío para las organizaciones sindicales en el siglo XXI a quienes se confía, por conducto de la negociación colectiva, el desarrollo de mecanismos de equilibrio que no pueden ser desligados de la estructura multinacional de producción.

3.2. La Confederación Sindical Internacional

En respuesta a la situación descrita, en el año 2006 fruto de la fusión de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) con la Confederación Mundial del Trabajo (CMT), se creó la Confederación Sindical Internacional (CSI), cuya misión consiste en “la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores y sus intereses, a través de la cooperación internacional entre sindicatos, campañas globales en el marco de las principales instituciones globales”.

El programa de acción adoptado por la CSI declara expresamente la necesidad de intervenir para mitigar los efectos de la globalización mediante la toma democrática de decisiones de gobernanza global, ausente en las directrices adoptadas por las organizaciones internacionales que promueven el liberalismo económico, caracterizadas por la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales que deben ser privilegiados frente a las regulaciones comerciales. En este orden de ideas, resulta primordial la incorporación de la dimensión sindical en el diálogo con las organizaciones económicas que gobiernan la globalización para integrar la dimensión “social, laboral, medio ambiental y de género”. El plan de acción suscrito en el congreso fundador de la CSI, celebrado en Viena entre el 1 y el 3 de noviembre del 2006 para

promover el cambio en la globalización, comprende los siguientes puntos de intervención:

El Congreso compromete a la CSI a cambiar de manera fundamental la globalización, de manera que redunde en beneficio de los trabajadores y trabajadoras, los desempleados y los pobres. Para el logro de las aspiraciones permanentes de la Confederación, resulta esencial que las políticas neoliberales de libre mercado, y la incoherencia y los fracasos manifiestos de la comunidad internacional respecto al actual proceso de globalización, den paso a una gobernanza adecuada de la economía global que:

- Combine los tres pilares del desarrollo sostenible: económico, social y medioambiental;
- garantice el respeto universal de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras;
- genere trabajo decente para todos;
- ponga fin a la pobreza masiva y reduzca considerablemente las desigualdades tanto a nivel nacional como entre naciones;
- promueva el crecimiento mediante la distribución equitativa de la riqueza.

En el contexto de profundización de la crisis económica mundial, y como respuesta a la erosión de derechos en el trabajo, los ataques a la libertad sindical y la pérdida de puestos de trabajo, el Consejo General de la CSI formuló un plan estratégico que enfoca como áreas de trabajo:

- El lanzamiento de un programa sobre organización política, centrado en aquellos países donde emergen nuevos ataques contra los derechos sindicales;
- un modelo de crecimiento alternativo centrado en el empleo, que garantice la protección social y un salario mínimo;
- intensificar campañas contra compañías multinacionales que violan los derechos de los trabajadores a contar con una representación sindical y a la negociación colectiva;
- un intenso programa de actividades sobre cambio climático y economía verde con vistas a la Conferencia de Durban sobre

cambio climático y hasta la Cumbre de Río+20 sobre desarrollo sostenible el próximo mes de junio; y

- campañas internacionales concertadas para garantizar el respeto de las normas de la OIT en nueve “países en situación de riesgo”: Bahrein, Birmania, Colombia, Egipto, Fiji, Georgia, Guatemala, Swazilandia y Zimbabwe.

El equilibrio de la ecuación capital-trabajo se ve alterado por la movilidad del capital en busca del aumento de los niveles de utilidad, sacrificando los estándares tuitivos que solo pueden ser protegidos y mantenidos a través de la acción sindical mundial para moderar los efectos negativos de la liberalización del mercado y la globalización económica.⁴⁸

3.3. Confederaciones sindicales en el ámbito continental

La superación de las fronteras nacionales en el ámbito continental es la primera escala de la transnacionalización del desarrollo que las organizaciones sindicales deben superar en el contexto de la globalización económica. La dimensión multinacional del capital que altera las estructuras nacionales de producción propias del siglo xx ha sido superada a consecuencia de la erosión de las fronteras, dando como resultado estructuras sindicales cuya intervención, de alcance continental, pretende contener los efectos de la deslocalización del capital. En efecto, tanto en Europa como en América existen desarrollos de

⁴⁸ “En el terreno global, los grupos individuales y dispersos de trabajadores se verán constantemente desafiados por las estrategias de menos-salario, más trabajo y sólo podrán resistir con muchas dificultades. Si la lucha es solo local, solo momentánea/temporal, los trabajadores saldrán perdiendo rápidamente. Si se limita a un único lugar de trabajo específico o a un grupo de empleados, sin ningún apoyo de otros trabajadores, porque temen sufrir las consecuencias, el debilitamiento del trabajo y de los trabajadores se extenderá con rapidez. Por el contrario, los trabajadores de todo el mundo deben unirse para cambiar la lógica de la economía mundial que les llevaría a luchar unos contra otros. Los trabajadores deben fortalecer su solidaridad global, fuera de los idealismos y el altruismo, pero también por su propio interés. La reglamentación básica, las normas fundamentales, las prioridades sociales, y el pleno empleo necesarios para apoyarlos son más importantes que nunca. La realidad global de hoy exige un conjunto de políticas nuevas que son completamente diferentes a las que han creado los problemas globales que vemos hoy. Por decirlo de una forma simple, pero con precisión, el alcance geográfico del trabajo organizado debe extenderse para ajustarse al alcance del capital global. El movimiento laboral debe fortalecerse continuamente a nivel global”. Guy Ryder. “La csi ante los retos del sindicalismo internacional.” En: *Gaceta sindical, reflexión y debate*. ccoo. Nueva etapa, núm. 8, mayo de 2007, p. 34.

actividad sindical que han pretendido corregir las desviaciones del liberalismo económico a través de programas de intervención continental.

3.3.1. La Confederación Europea de Sindicatos

La supranacionalidad derivada de los procesos de integración económica condujo a la fundación, en 1973, de una organización sindical que representa los intereses de los trabajadores y armoniza la dimensión social del crecimiento económico en el ámbito europeo. La Confederación Europea de Sindicatos (ETUC/CES) se creó para velar por la dimensión social del modelo europeo incorporando elementos de mejora de calidad de vida y estándares de trabajo. Por otra parte, la estrategia sindical del movimiento europeo incluyó la incorporación de la Declaración de París de 2009, que rechaza la intervención financiera supranacional enfocada en la austeridad en el gasto social, promoviendo un pacto social que privilegia la recuperación de empleo. La declaración en cuestión enseña:

La CES pide que no se permita “nunca más” que el capitalismo financiero pueda infligir una crisis comparable al mundo, a Europa y a los trabajadores; y que nunca más el aumento de las desigualdades suscite el estímulo, la indiferencia o la negligencia de los gobiernos democráticos. La CES apoya plenamente la causa del movimiento sindical internacional en la lucha contra la crisis. Europa tiene un papel importante y específico que jugar en este contexto. La UE es la única en el mundo que tiene la capacidad de ejercer una acción directa y coordinada sobre lo que constituye la mayor entidad económica individual en el mundo. Debe, por tanto, liderar el camino y no seguir a otros. Con demasiada frecuencia ha dado la impresión de estar relegada a un papel secundario, detrás de países importantes. Y si la UE no es capaz de llevar a cabo una acción concertada, sus principales logros que son el mercado único, la moneda única y la ampliación se verán sometidos a una fuerte presión, porque los Estados miembros buscarán el desarrollo de sus propios enfoques en materia de comercio, política monetaria y relaciones internacionales. La UE debe asumir sus responsabilidades en relación con los Estados miembros, aguantando la presión más extrema, y actuar de forma que evite depender del Fondo Monetario Internacional.

La consolidación de los estándares sociales de la Europa social que fundamentan el desarrollo de la ETUC/CES se centra en los siguientes postulados fundacionales:

- Derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo libertad de asociación y el derecho de huelga;
- protección social y distribución de la riqueza;
- diálogo social y consultas con los trabajadores;
- regulación social y de empleo;
- responsabilidad estatal por el pleno empleo, servicios de interés general y cohesión económica y social.

El plan de acción sindical europeo, denominado “Un contrato social para Europa”, para contrarrestar el desempleo y la precariedad en el empleo, se fundamenta en mecanismos de contención de la competencia a la baja, que va en detrimento de las garantías laborales, bajo la premisa de priorización de los derechos fundamentales con respecto a las libertades económicas.

Los postulados básicos del contrato social incluyen: la negociación colectiva y el diálogo social a nivel nacional y europeo; medidas urgentes para poner fin a la crisis de la deuda soberana y promover la gobernanza global para un crecimiento y empleo sostenibles; justicia económica y social. El tratado constitutivo de la UE disciplina, en los artículos 138 y 139, el diálogo social como categoría genérica y comprensiva de los mecanismos de interrelación de los sujetos sociales, que deriva en la negociación y acuerdos convencionales de matriz europea.⁴⁹ El artículo 139 establece: “El diálogo entre interlocu-

⁴⁹ “Concretamente, el artículo 139 TCE representa el puente entre diálogo social y negociación colectiva afirmando que el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario ‘podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales’, subrayando que la expresión ‘relaciones convencionales’ se interpreta como ‘acuerdos colectivos’. Este precepto supone, según un importante sector doctrinal, el expreso reconocimiento del derecho de negociación colectiva a nivel comunitario, aunque el mismo no implique la única forma de negociación colectiva europea sea la contemplada y regulada en el mismo ni que tampoco la regulación del artículo 139 TCE sea homogénea. Todo esto nos permite analizar el procedimiento del diálogo social con una perspectiva importante, es decir, con la intención de evidenciar en el mismo la negociación colectiva comunitaria y sus resultados”. María José Romero Rodenas y Milena Bogoni. “La negociación colectiva europea a través del acuerdo marco europeo contra la violencia en el trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 47. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2009, p. 217.

tores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”.

En desarrollo del esquema previsto se han suscrito acuerdos marco internacionales (AMI) sobre diversas temáticas laborales reguladas por conducto de la negociación colectiva supranacional imperfecta, que constituye una base importante de partida para la construcción de convenios colectivos transnacionales, no obstante la consideración empresarial de los AMI como reglas nos vinculantes que integran los esquemas de responsabilidad social.⁵⁰

El proceso europeo de integración económica fundamentado en la libertad de mercado debe ser intervenido por estructuras de representación sindical continental de contrapeso, que incorporen elementos de contención a la erosión de los derechos fundamentales en el trabajo a través de espacios supranacionales de diálogo social.⁵¹ Sin embargo, la acción sindical europea no ha tenido la repercusión requerida como respuesta a las políticas de privilegio financiero en detrimento del modelo social.

⁵⁰ “De la Fuente ha señalado la existencia de dos tipos distintos de AMI, aquellos que solo abordan los derechos fundamentales en el trabajo establecidos por la OIT, y que considera simples ‘acuerdos de derechos’, y los que incluyen disposiciones que, por la importancia de los derechos y obligaciones enunciados, los aproximan a un convenio colectivo (la salud y seguridad laboral, el salario vital, la duración de la jornada laboral, etc.). No obstante, en la mayoría de los casos los contenidos de estos últimos están redactados de una manera un tanto ambigua, y no definen plazos y condiciones de manera pormenorizada como lo haría un convenio, sino que más bien establecen un marco general dentro del cual puedan desarrollar las relaciones laborales y poner en marcha campañas de formación o concienciación.

Sin embargo, los AMI no son convenios colectivos internacionales, no se pueden describir como instrumentos de relaciones laborales semejantes a éstos, puesto que no tienen un marco regulador y, por lo tanto, no tienen carácter jurídico. En este sentido, aunque no se ha producido ningún caso en que se haya pretendido llevar su infracción a los tribunales, las posibilidades de judicializar su incumplimiento parecen escasas”. María del Mar Maira Vidal. Los Acuerdos Marco Internacionales ¿de la responsabilidad social empresarial a la negociación colectiva supranacional? Resultado de los proyectos de investigación: el proyecto europeo “Social Regulation of European Transnational Companies”, realizado entre los años 2004 y 2007 dentro del VI Programa Marco de la Comisión Europea (Ref.: CIT2-CT-2004-506323); y el proyecto “La Responsabilidad Social de las Empresas en España y Castilla-La Mancha: concepto, actores e instrumentos”, desarrollado entre los años 2008 y 2011 y financiado por la Consejería de Educación y Ciencia de Castilla-La Mancha, p. 15.

⁵¹ “Las respuestas en el ámbito nacional, cuando una parte importante del capital no es nacional, limita el papel del sindicato; de ahí que el sindicalismo internacional y, singularmente en Europa, la Confederación Europea de Sindicatos se convierta en palanca para producir nuevas regulaciones, nuevos espacios de intervención sindical”. Rodolfo Benito Valenciano. “El sindicalismo ante la dimensión supranacional y transnacional de las relaciones laborales”. *Revista de Derecho Social*, núm. 32. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2005, p. 246.

En este sentido, en el marco del 12.º Congreso de la CES, celebrado en Atenas en el año 2011, sobre la base del documento que contiene la estrategia 2011-2014, se evidencia el debate de doctrina consecuencial a: (i) el planteamiento europeo sin tomar en consideración los rasgos nacionalistas del desarrollo del proyecto continental; (ii) la no inclusión los parámetros básicos de la regulación comunitaria de temáticas comunes como el salario mínimo europeo; (iii) la necesaria intervención en procura de la regulación de la interdependencia de los derechos laborales; (iv) la necesaria inclusión de la acción sindical en la cadena de producción transnacional deslocalizada; (v) se ignora, además, el necesario debate de la delimitación de competencias del sindicato nacional/comunitario que determina el devenir de la efectividad de la acción de la CES.⁵²

3.3.2. La Confederación Sindical de las Américas

En el contexto de la crisis económica el 27 de marzo del 2008 se conformó la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), cuyos objetivos son: la promoción de derechos fundamentales laborales y sindicales; la participación de la mujer en el movimiento sindical; el desarrollo de la actividad sindical para elevar los estándares laborales y la consiguiente eliminación de la precariedad y la desprotección social; la unidad sindical en el continente y la integración económica para un desarrollo socialmente sostenible.

El modelo económico neoliberal de la región promovido por el Consenso de Washington, profundizado en las demandas de incorporación al orden mundial en la globalización, determinan la estrategia de acción sindical para integrar elementos de dignificación del trabajo en las políticas centradas en el mercado.

El principal desafío que enfrenta el sindicalismo americano consiste en lograr la unidad de acción sindical de un modelo de representación descentralizado en el que operan, procesos de negociación colectiva empresarial,

⁵² En el sentido crítico de los documentos del 12.º congreso de la CES: “Creo, finalmente, que en el Congreso debería analizarse lo que no aborda el documento base: la crisis organizativa que ha vivido la CES en su última etapa, con las dimisiones que han dejado en cuadro su Secretariado, cuando necesitamos una CES más fuerte, un sindicalismo europeo con mayor protagonismo. Seguramente ello exige abordar otro tema que parece ‘tabú’, el de la necesaria delegación de competencias desde los sindicalismos nacionales. Claro que para ello es exigible también una mayor democracia, no solo en las formas sino también en los contenidos, superando la realidad de ‘un Euro, un voto’ (sobre la base de cotizaciones pagadas) que parece presidir las tomas de decisión”. Isidor Boix. “Congreso CES, Crónicas Preatenienses-2”. En: *Blog de Isidor Boix*, 11 de abril de 2011. Disponible en <http://iboix.blogspot.com/2011/04/congreso-ces-cronicas-preatenienses-2.html>.

los cuales fragmentan la representatividad que se fortalecería en el marco de esquemas de negociación sectorial.⁵³

Como antecedentes que fundamentan y explican la creación de la CSA y sus objetivos, es pertinente destacar: la agenda hemisférica de la OIT para el continente americano en tiempos de crisis económica, y la promulgación de la Plataforma Laboral de las Américas (PLA),⁵⁴ que se describen a continuación.

La agenda hemisférica de trabajo decente en que se inscribe la CSA es la estrategia de la OIT adoptada en el año 2006 para la promoción del respeto de los derechos laborales fundamentales –con énfasis en la libertad sindical y la eliminación del trabajo infantil especialmente vulnerados en la región–, y el crecimiento económico en coherencia con el trabajo decente como elemento estructural de las políticas macroeconómicas continentales de inversión público/privada, como enseña el documento en referencia:

Es necesario cambiar el actual tipo de crecimiento de muchas de las economías de la región en las que el producto crece muy poco, lo hace de manera no sostenida y se basa en sectores poco generadores de empleo. Como se ha mencionado anteriormente, una tasa de crecimiento como la observada en los primeros años del milenio resulta insuficiente para enfrentar la dimensión del problema existente: un déficit de empleo formal que afecta a 126 millones de trabajadores y que se extiende a más de 3 millones de trabajadores cada año. (...) Para acelerar el crecimiento con empleo de calidad, es necesario lograr tasas de crecimiento económico elevadas, lo cual requiere un aumento sostenido de la inversión –privada y pública– y una inserción más dinámica en la economía internacional.⁵⁵

⁵³ “Frente a esta realidad de fragmentación y debilidad, se lanza una estrategia bajo la consigna de ‘Sindicalizar al sindicalismo’. La CSA no se propone actuar como representación de un archipiélago de pequeñas islas sindicales. La filosofía de la autorreforma es ‘más trabajadores y trabajadoras organizados en menos organizaciones sindicales’, para superar la atomización”. Álvaro Padrón. “Internacionalismo y renovación, los desafíos del sindicalismo”. *Revista Nueva sociedad*, núm. 232, marzo-abril de 2011.

⁵⁴ “La PLA fue escrita para subrayar la unidad sindical frente al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y para fortalecer la presencia sindical en los procesos de cambio político en clave nacionalista y neodesarrollista que se viven en la región”. Julio Godio. “La importancia estratégica de la Plataforma Laboral de las Américas”. En: *Análisis y propuestas*. Uruguay: noviembre de 2007, p. 8.

⁵⁵ Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo decente en las Américas, una agenda hemisférica, 2006-2015*, Informe del director general a la XVI Reunión Americana, Brasilia: OIT, mayo de 2006, p. 25.

La PLA es el documento fundacional de la CSA que contiene la guía de acción para la unidad sindical en la región, especialmente en lo relacionado con la incorporación de elementos de protección y participación social en los acuerdos de libre comercio. Adoptada en el año 2005, constituye la estrategia sindical hemisférica para hacer frente al modelo neoliberal adoptado como consecuencia de la globalización, a través de la sustitución de la desregulación, que deriva en flexibilización y precariedad en el empleo, por políticas de desarrollo sostenible dirigidas a la creación de empleos con calidad mediante la intervención de políticas que corrijan las desviaciones sociales del libre mercado.

La PLA está orientada a la eliminación de la centralidad del mercado autorregulador en el enfoque económico a fin de promover estrategias de intervención estatal para el crecimiento económico y la protección del empleo digno y desmercantilizado. En ese sentido, la declaración constitutiva de la PLA, en relación con el desarrollo económico sostenible que articule el empleo decente y el trabajo digno, señala:

Para resolver los problemas reales de los pueblos de las Américas, hay que poner en marcha una economía de nuevo enfoque que impulse un desarrollo sostenible y coloque en el centro al pleno empleo y trabajo digno, reconociendo un rol activo del Estado. El movimiento sindical de las Américas insta a los gobiernos a abandonar las políticas que sólo pretenden adecuar la demanda de trabajo, y adoptar una batería de políticas socioeconómicas coordinadas en dirección a la generación de empleo productivo y trabajo digno.

En este orden de ideas, la matriz neoliberal determina la eliminación de la regulación del capital y su libre movilidad, facilitando los procesos deslocalizadores que deben ser reconocidos por las organizaciones sindicales, estructurando modelos de acción mundial y regional que superen los patrones nacionales insuficientes para la acción sindical en el sistema productivo posfordista.

Capítulo 3

Respuesta jurídica a la globalización y a la deslocalización como una de sus manifestaciones: un paso adelante hacia la universalización de derechos

La globalización económica, factor determinante de los procesos de deslocalización, demanda respuestas jurídicas en coherencia con los supuestos fácticos que aspira a regular. Las pretensiones de corrección de los esquemas de intervención nacional se ven frustradas en los procesos de deslocalización productiva que superan las fronteras de los escenarios de regulación.

En el marco del período posindustrial, la empresa adopta un esquema de producción errante que escapa a los sistemas de intervención jurídicos formulados para entornos nacionales fijos en cada Estado.

El desarrollo del sistema de producción transnacional deslocalizado presenta en lo económico una tendencia de competencia a la baja a través de la reducción y/o eliminación de garantías laborales,¹ que demanda sistemas de intervención de vocación universal. Por ello, la respuesta jurídica más indicada para el contexto descrito supone la reformulación de las categorías clásicas ancladas en el espacio nacional tendientes a la puesta en marcha de un sistema de intervención global.

¹ “¿Qué se puede hacer frente a la amenaza de las deslocalizaciones? Una de ellas consiste en rebajar el coste del trabajo. Aunque ésta ha sido, en las últimas décadas, una propuesta ‘de oficio’, tanto en países desarrollados como en los emergentes, tanto en los que tienen mayor regulación laboral como en los que tienen menos, ahora cobra nuevo impulso al calor de los movimientos deslocalizadores, exigiendo de los trabajadores aumentar el tiempo de trabajo, congelar o reducir los salarios o disminuir las cargas sociales sobre las empresas. Una reducción generalizada (otra cosa son las excepciones singulares) de los salarios sólo puede conducir a agravar la situación, a deprimir la demanda interna y a dificultar la producción de bienes colectivos”. José María Zufiaur. *Globalización económica y deslocalizaciones productivas*. España, 2004, p. 7.

El trabajo decente como estructura de base que regula lo que el profesor Óscar Ermida ha denominado “universalización de derechos” en materia laboral, se acompaña de sistemas de intervención de alcance global para hacer efectivo el acervo de garantías que corresponden al trabajador como sistema de equilibrio contractual en un esquema de producción deslocalizado.

En este orden de ideas, los parámetros jurídicos de regulación universal están integrados en estructuras poco comunes, extrañas a los sistemas clásicos de regulación basados en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica justiciable, que se muestran incapaces de sobrepasar las barreras territoriales de cada Estado. Para superar dichas barreras se acude a categorías que no emanan de los parlamentos de cada Estado, con el fin de configurar un método de corrección de los desequilibrios del mercado, sin las fórmulas de coercibilidad, reservando dicha función a métodos de incidencia en la competencia, de buen nombre y sociales de alcance regional y/o universal.

1. Trabajo decente

En la 87.^a Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, el director general de la OIT expresó por primera vez el concepto de “trabajo decente”, esto es, el soporte del sistema de intervención global que se ha planteado en este libro, que señala:

El principal objetivo de la OIT actualmente es promover oportunidades para mujeres y hombres para obtener trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y humanidad para la dignidad de las personas en cualquier lugar.

Éste es el principal propósito de la organización hoy. El trabajo decente es el punto de convergencia de cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos en el trabajo; empleabilidad; protección social; y diálogo social. Deben orientarse las políticas y definir su cometido internacional en el futuro cercano.²

La estrategia de intervención del trabajo decente descarta políticas normativas tradicionales, hasta ahora incapaces de alcanzar niveles de cobertura

² International Labour Conference. *Decent Work. Report of the Director General*. 87 Session. Ginebra: International Labour Office, 1999.

global que respondan de forma adecuada al sistema de producción posfordista. Por ello, y en cuanto proyecto universal, la política de trabajo decente está apoyada en una base de derecho suave que pretende irrigar la totalidad de los sistemas laborales del orbe.

En este orden de ideas, aunque para la mayoría de las constituciones de la segunda posguerra el trabajo es uno de los derechos fundamentales que soportan la estructura de los Estados-nación, también reconocen la insuficiencia del empleo de cualquier tipo para resolver los problemas ocupacionales en consonancia con la realización de las garantías mínimas laborales de cada nación. En efecto, y como ilustración de lo anterior, cabe mencionar:

1. La Constitución italiana de 1948 establece en el artículo 4: “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho”. La enunciación de este derecho se conecta con el postulado contenido en el primer artículo de la misma constitución, que declara expresamente al Estado italiano como una “república democrática fundada en el trabajo”.
2. La Constitución española de 1978 contempla en el artículo 35: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.
3. El artículo 25 de la Constitución Política de Colombia enumera entre los derechos de primera generación: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

La formulación del trabajo como derecho constitucional en las concepciones locales posibilita el trabajo decente como elemento de intervención global, constituyéndose en el pilar básico del acervo de garantías mínimas que debe contener el desarrollo de actividades laborales en cualquier contexto.³

³ “Proveer el empleo sin considerar su calidad y contenido no conduce hacia el progreso. Promover los derechos en el trabajo sin preocuparse por el hecho de que existan o no trabajos para quienes los re-

La deslocalización productiva supone para el derecho del trabajo el desafío de encontrar categorías de regulación universal, superando las fronteras en las que fue concebido en el siglo xx, constituyendo el trabajo decente la piedra angular de intervención para afrontar la *fuga* territorial, afirmando los estándares básicos de realización de las garantías laborales en cualquier país.

En suma, el trabajo decente se constituye en el objetivo de la oit y categoría universal del proyecto de intervención global, cuya importancia ha sido reafirmada en el año 2008 por el organismo internacional en el documento “Justicia social para una globalización equitativa” resultado de la Conferencia Internacional del Trabajo:

La Declaración expresa la universalidad de la agenda de Trabajo Decente: todos los miembros de la Organización deben propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo.

Puesto que la globalización supone la integración e interdependencia de los mercados, es necesario plantear estrategias de integración global de políticas sociales como complemento a la matriz económica, en particular las referidas a los niveles mínimos de protección del trabajo en cualquier latitud.

La delimitación conceptual del trabajo decente ha sido planteada a partir de la propuesta elaborada por la oit, que enumera los contenidos de la figura en estudio que pasamos a exponer a continuación.

La crisis económica contextual al proceso productivo en que se desarrolla el trabajo decente debe ser profundizada en un contexto adverso de regulación bajo esquemas de austeridad, sin contenidos democráticos que destruyen los elementos constitutivos de la categoría en estudio. En este sentido, resulta conveniente afianzar la arquitectura del trabajo decente como dique de contención de las reformas laborales que se adoptan bajo la línea de la incorporación del derecho del trabajo al mercado.⁴ Además, es preciso descartar la precariza-

quieran, es igual de infructífero”. Guerry Roders. “El trabajo decente como una meta para la economía global”. *Boletín Cinterfor*, núm. 153. Montevideo: 2002.

⁴ El análisis realizado permite apuntar como conclusión general que el desarrollo de la crisis en España ha tenido un profundo impacto negativo sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales, que se manifiesta en las diferentes dimensiones contempladas por la oit como integradoras del concepto del trabajo decente. Es importante resaltar que este proceso no ha sido el resultado natu-

ción del empleo como fórmula para afrontar problemáticas de empleabilidad estructural que erosionen el trabajo decente y este sea sustituido por empleo sin elementos cualitativos.

1.1. Promoción de derechos en el trabajo

Las condiciones que gobiernan la prestación del servicio son fundamentales para enmarcar el trabajo decente. Sin embargo, resulta complejo abordar un análisis comparativo que suponga equivalencias entre los países para establecer los indicadores que determinan el trabajo decente, y que cuestionan la validez universal de la figura en estudio.

En general, el derecho individual del trabajo comporta una serie de garantías inderogables incluso por el trabajador beneficiario de los derechos, que difiere en el contenido del paquete de derechos conferido por cada ordenamiento, situación que dificulta la articulación entre los estándares que debe comprender el concepto universal de *trabajo decente*. Puesto que los sistemas laborales están regulados por el marco contextual en que cada uno opera, no resulta adecuado estructurar un análisis de cada ordenamiento con referencia exclusiva al ámbito laboral.

Los estándares de trabajo decente, como referente global, deben constituir parámetros universalmente válidos para realidades sustancialmente diversas. Por ejemplo, la situación de China no puede equipararse al panorama laboral de América Latina o Europa occidental; no obstante, conviene configurar un sistema de garantías mínimas que desde una perspectiva universal permee los ordenamientos laborales locales para evitar la frustración de los derechos por la vía de la *fuga* territorial.

En efecto, las bajas tasas remunerativas y la alta explotación salarial en la principal economía asiática favorecen la recepción de procesos de deslocalización. El contexto chino explica pues el marco de referencia laboral sin que

ral, espontáneo o necesario del libre desenvolvimiento del “mercado”. Constituye, en cambio, la consecuencia directa de las políticas de ajuste y reformas estructurales ejecutadas unilateralmente en España desde 2010, siguiendo las directrices establecidas en la estrategia de austeridad y la nueva gobernanza económica europea impulsadas por las instituciones comunitarias. Fernando Rocha Sánchez et ál. *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*. Colección Estudios Fundación 1 de Mayo, núm. 71. Madrid: ccoo, octubre de 2013, p. 27.

pueda escindirse del marco contextual para su comprensión.⁵ Así, el período maoísta de la referida economía planificada soportaba la vinculación laboral al Estado –único empleador– en la figura del “empleo vitalicio” en concordancia con el modelo económico aludido. No obstante las ventajas en materia de estabilidad, los trabajadores estaban vinculados a una posición determinada sin mayores posibilidades de movilidad, con una remuneración específica e invariable, y en el momento del retiro del trabajador su puesto de trabajo era ocupado por uno de sus hijos.

A partir de 1979, bajo el liderazgo de Deng Xiaoping, el país adoptó el modelo de la economía social de mercado, con la consecuente apertura al capital privado que se agregó al sistema productivo exclusivamente estatal. Las relaciones laborales estatales mantuvieron la figura del “empleo vitalicio”, mientras que las privadas se regían por contratos de trabajo sin garantías de base que enmarcaron la sobreexplotación laboral.

Solo hasta 1994 se profirió la ley sobre el contrato de trabajo (*lao dong fa*) que preveía normas de baja intensidad en la protección de la estabilidad de los trabajadores, contemplando únicamente para los trabajadores con una vinculación mayor a diez años la posibilidad de acceder a un contrato escrito a tiempo indefinido (artículo 20). La ley contempló como regla general de vinculación las modalidades “término fijo, a tiempo determinado y para el desarrollo de un trabajo”. De igual forma, se reguló el contrato de trabajo como un acto jurídico formal –se contemplaba como requisito de existencia el pacto escrito– en el que las partes acordaban libremente las condiciones de la prestación del servicio.

La incorporación de China en la omc en 2001 supuso la inversión de la tendencia clásica ocupacional que privilegiaba la vinculación al sector público. Para 2006, las cifras macroeconómicas revelan solamente noventa millones de trabajadores en el sector público sobre una población activa total de cuatrocientos treinta millones.⁶

⁵ “En China, los 30 primeros años siguientes a la liberación (1949-1978) corresponden principalmente al período de la economía planificada; los 30 años siguientes (de 1979 hasta hoy) al período de reforma, durante el cual la economía de mercado se introdujo progresivamente. La política china de empleo está estrechamente ligada a este contexto”. Li Kungang. “Le Contrat du Travail en Chine”. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2011/2. Bordeaux: Comptresac, Université Montesquieu-Bordeaux iv, diciembre de 2011, p. 23.

⁶ *Ibidem*.

En materia laboral, la piedra angular del ordenamiento chino es la Ley del Contrato de Trabajo — 劳动合同法 —, adoptada el 29 de junio de 2007 en la 28.^a reunión del Comité Permanente del Congreso del Pueblo de la República Popular de China, cuya entrada en vigor se dispuso por la misma norma el 1 de enero del 2008.

La ley vigente mantiene la condición formal del vínculo, contemplando como requisito de su existencia la cláusula escrita. No obstante, se otorga un plazo de un mes para formalizar por escrito los vínculos perfeccionados con anterioridad sin la formalidad exigida (art. 9). La regla general de vinculación es la temporalidad bajo las modalidades a tiempo determinado y a término para completar alguna tarea, dejando abierta la posibilidad de fijar el término indefinido al acuerdo de las partes, por un lado, y por otro, al cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) El trabajador ha laborado por más de diez años; (ii) Cuando el empleador adopta el sistema de contratos de trabajo previa vinculación al régimen público por más de diez años; y (iii) En caso de renovación de una relación por dos oportunidades consecutivas sin que se haya dado por terminado el contrato con base en una justa causa (art. 14). La misma norma prevé la indemnización de un mes por año de servicio en caso de despido injusto (art. 47).

A partir del marco normativo, resulta pertinente hacer referencia a las condiciones laborales verificadas en el estudio realizado por Isidor Boix, que contiene las evidencias de investigaciones de campo en el contexto de algunas fábricas del sector textil-confección visitadas:

El salario mínimo garantizado, que es de hecho el salario base en prácticamente todas las empresas, se fija en China en cada unidad administrativa (equivalente a provincia), oscilando entre ¥300 (trescientos yuanes) y unos ¥650 mensuales (entre €30 y €65).

Con su régimen de trabajo, con menos días de descanso y de vacaciones, corresponde a semanas que pueden ir de 40 a 60 horas en promedio (horas extra incluidas).

La mayoría de trabajadores y trabajadoras de estas fábricas son de reciente inmigración. Casi todas las fábricas tienen las cantinas junto a las instalaciones de producción, así como los dormitorios donde se aloja la práctica totalidad de sus trabajadores y trabajadoras, también la mayoría de los cuadros medios y directivos.

Con un día de descanso a la semana (al parecer casi todas las semanas), con una distribución del horario diario que llena de hecho toda la jornada, con los escasos días de “vacaciones” adicionales, con las fábricas y los dormitorios alejados de los centros urbanos, se comprenderá que el escaso tiempo disponible para el ocio se consuma (excepto para el año nuevo) en el propio recinto de las empresas.

El régimen contractual, en todas las fábricas visitadas (y parece que en general en el país), es de contratos por un año que al parecer se van renovando tácitamente de año en año, aunque nada obliga a la empresa a hacerlo así.⁷

En materia colectiva, el derecho sindical está edificado sobre la idea del sindicato único ACFTS (All China Federation of Trade Unions), que se auto-define como una organización de la clase trabajadora china bajo el liderazgo del partido comunista. Lo anterior, sumado a la ausencia de ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT,⁸ normas internacionales sobre libertad sindical, explican el escaso desarrollo en mejora de condiciones laborales, función básica de las organizaciones sindicales.⁹

El panorama descrito evidencia las diferencias estructurales entre los diversos sistemas nacionales desarrollados en contextos propios que dificultan la formulación de las categorías que debe verificar la promoción de derechos como elemento constitutivo del trabajo decente.

La deslocalización productiva es un fenómeno ligado a la asimetría de marcos regulatorios en la búsqueda de alternativas a la crisis global que van en detrimento de los derechos laborales. Por tanto, es necesario que la propuesta de trabajo decente como categoría base de intervención asegure los mínimos que debe conferir cualquier ordenamiento, sin desconocer la diversidad de ordenamientos, excluyendo las ventajas comparativas derivadas de la reduc-

⁷ Isidor Boix. “China 2006. Una aproximación sindical. Federación de industrias textil, piel, químicas y afines”. En: Consell de Treball Econòmic i social de Catalunya. *Jornada sobre les economies emergents asiàtiques i nosaltres*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, abri del 2007.

⁸ No obstante constituir convenios fundamentales vinculantes con independencia de su ratificación. Véase numeral 2.1 de este capítulo.

⁹ Cfr. Javier Doz. “Informe sobre la situación sociolaboral y sindical en China”. Confederación sindical de Comisiones Obreras (ccoo). Secretaría de acción sindical internacional, julio de 2008.

ción de garantías laborales que hagan ineficaz la aplicación de los derechos que emanan del trabajo decente.

Si bien resulta difícil establecer indicadores que evidencien la existencia de la promoción de derechos en cualquier contexto, Dharam Ghai¹⁰ ha elaborado un esquema de identificación del trabajo decente que nos será útil para medir la promoción de derechos como elemento integrador del concepto que analizamos.

En primer término, el *empleo remunerador* es un indicador de la promoción de derechos como parte de un trabajo decente. De esta forma, más allá del valor nominal del ingreso fijado en los países como base mínima de remuneración, resulta fundamental establecer la capacidad adquisitiva de los salarios como contraprestación de los servicios que permita acceder a un rédito que garantice un nivel de vida digno.

Según el informe mundial de salarios 2012-2013 elaborado por la OIT, los indicadores macroeconómicos referentes al crecimiento de los salarios evidencian una tendencia negativa derivada del período de crisis económica:

Los salarios promedio mensuales ajustados por inflación, conocidos como salarios promedio reales, crecieron 1,2 por ciento a nivel mundial en 2011, por debajo del 2,1 por ciento alcanzado en 2010 y 3 por ciento en 2007. China ejerce un gran peso en este cálculo mundial, debido a su tamaño y fuerte desempeño económico. Al omitir China, los salarios promedio reales a nivel mundial crecieron solo 0,2 por ciento en 2011, menos del 1,3 por ciento alcanzado en 2010 y 2,3 por ciento en 2007.

Existen grandes variaciones geográficas en las tendencias del crecimiento de los salarios promedio reales. Los salarios sufrieron una doble caída en las economías desarrolladas, pero se mantuvieron positivos durante toda la crisis en América Latina y el Caribe y aún más en Asia. Las fluctuaciones fueron mayores en Europa del Este y Asia central, en parte como resultado de la marcada recuperación de los salarios luego de la transición y antes de la crisis económica mundial y la contracción severa de los salarios reales en 2009. En el Oriente Medio los salarios

¹⁰ Dharam Ghai. "Trabajo decente, concepto e indicadores". En: *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2, 2003.

promedio reales parecen haber declinado desde 2008, pero algunas de las estimaciones son aún tentativas, al igual que para África.¹¹

En el ámbito regional latinoamericano, los estudios macroeconómicos realizados por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y la OIT reflejan el crecimiento real de los salarios medios en la región con resultados favorables, por ejemplo en Uruguay del 4% mientras que la pérdida de poder adquisitivo en Colombia mostró una disminución del 0,1%.

Tabla 2. Crecimiento de salarios según la CEPAL

País	Variación interanual del promedio del salario real en el empleo formal 2011 (en porcentaje)
Uruguay	4,0
República Bolivariana de Venezuela	3,0
Paraguay	2,8
Chile	2,5
Brasil	1,4
México	0,8
Panamá	0,7
Nicaragua	0,1
Colombia	-0,1

Fuente: Tomado de: "CEPAL/OIT, en América Latina y el Caribe". *Publicación de las Naciones Unidas*, núm. 6. Santiago de Chile: mayo de 2012.

En segundo término, *los derechos fundamentales en el trabajo* son la manifestación de la promoción de derechos parte del trabajo decente. La noción de derechos fundamentales en el trabajo, estructurada en el seno de la Conferencia Internacional de la OIT, constituye el pilar fundamental de regulación universal. Para superar las dificultades en la adopción de un instrumento internacional clásico, en 1998 la OIT profirió la declaración que identifica los derechos fundamentales con la noción de trabajo decente, base de la figura que analizamos.

Una tercera dimensión sobre los indicadores de trabajo decente se refiere a las condiciones laborales que se centran en el trabajo nocturno, las horas de trabajo, el reposo semanal y las vacaciones. En materia de razonabilidad del

¹¹ Organización Internacional del Trabajo. *Informe Mundial sobre Salarios 2012/2013, Los salarios y el crecimiento equitativo*. Ginebra: International Labour Office.

tiempo de trabajo, el trabajo decente debe considerar una jornada ordinaria máximo de ocho horas diarias, que consultan el desarrollo histórico de la limitación del tiempo de trabajo correspondiendo al menos un día de descanso remunerado a la semana.

El desarrollo histórico de la fijación de la jornada laboral como período a disposición del empleador, en efecto, corresponde al Convenio 1 de la OIT proferido en 1919, cuyo tenor enseña en el artículo 2.º:

En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.

En relación con las vacaciones, de acuerdo con el Convenio 132 de la OIT no deben ser inferiores a tres semanas laborables por año de servicio para garantizar el correspondiente descanso fisiológico necesario por la puesta a disposición del trabajo.

Las reformas laborales que derivan de la crisis revisan en forma especial el componente en estudio, promoviendo como salida a la contracción económica políticas de austeridad y recortes que implican estímulos a la vinculación laboral sin derechos en clara contradicción con el principio de no regresividad.

1.2. Empleabilidad

El segundo elemento de trabajo decente tiene que ver con la posibilidad misma de acceder a un puesto de trabajo, este es el supuesto básico para posteriormente analizar las condiciones que debe cumplir para que sea considerado trabajo decente.

En este sentido, los estándares de trabajo decente deben tamizar la medición de las tasas de empleabilidad, ya que la destrucción de derechos derivada del trabajo como fórmula para aumentar las tasas en referencia contamina los indicadores que se califican *espurios*, al no consultar las declaraciones sobre las condiciones de trabajo admisibles de acuerdo con las categorías propias del trabajo decente y las constituciones de la segunda posguerra (véase numeral 1 de este capítulo).

La crisis económica mundial ha sido una causa importante de la actual tendencia al aumento del desempleo, especialmente en los países europeos que han respondido con políticas de austeridad, cuyos resultados han demostrado

su ineficacia de acuerdo con los indicadores macroeconómicos, tal como lo muestran las cifras oficiales de desempleo (tabla 3).

Tabla 3. Tasa de desempleo mundial

País	Tasa de desempleo (noviembre de 2013)
Zona Euro	10,9
Alemania	5,2
Francia	10,8
Italia	12,7
España	26,7
Grecia	27,4 (dato septiembre de 2013)
Portugal	15,5
Estados Unidos	7,0
Japón	4,0

Fuente: Tomado del sitio web de Eurostat, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=t_eilm020&tableSelection=1&plugin=1. Consultada el 8 de diciembre de 2013.

Para América Latina, las cifras oficiales relacionadas con las tasas de desempleo reportadas por diferentes estudios de organismos internacionales no muestran una caída considerable, situación que refleja la ausencia de impacto directo de la crisis económica europea en el momento histórico analizado. Sin embargo, la tendencia se invierte al analizar los indicadores macroeconómicos sobre generación de puestos de trabajo, que evidencian un estancamiento en el primer semestre de 2013 como consecuencia de la contracción del crecimiento económico latinoamericano que produjo la desaceleración de la generación de empleo formal en la región.¹²

¹² “Si bien surgieron nuevos puestos de trabajo [en América Latina y el Caribe], en el promedio ponderado de nueve países el número de ocupados aumentó en el primer semestre solo un 1,2% respecto del mismo período del 2012. Además, se registró una continua reducción de la capacidad de creación de empleo: mientras a mediados del 2012 la tasa de ocupación regional (promedio ponderado de 10 países) aumentó alrededor de medio punto porcentual, este incremento interanual empezó a declinar en la segunda mitad de ese año, alcanzó solo una décima de punto porcentual en el primer trimestre del 2013 (es decir, el nivel de la ocupación aumentó todavía levemente más que la población en edad de trabajar) y llegó a un estancamiento en el segundo”. CEPAL/OIT. “Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, Desafíos e innovaciones de la formación profesional”. *Publicación de las Naciones Unidas*, núm. 9. Santiago de Chile, octubre de 2013, p. 7.

Por otra parte, la reducción de los indicadores de desempleo debe ser analizada en concordancia con la calidad de los empleos: los mismos estudios indican que las condiciones de informalidad, que ocupa al menos a ciento treinta millones de trabajadores, contradice los estándares mínimos de calidad de los puestos de trabajo.

Tabla 4. Tasa de desempleo en América Latina

País	Tasa de desempleo (2013)
América Latina	6,5
Argentina	7,3
Brasil	5,6
Chile	6,0
Colombia	11,1
Costa Rica	8,2
Ecuador	4,7
Jamaica	15,4
Honduras	6,0
México	5,9
Panamá	4,7
Paraguay	8,0
Perú	6,0
República Dominicana	7,0
Uruguay	6,9
Venezuela	8,0

Fuente: Tomado de: Organización Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2013, América Latina y el Caribe. Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013.

La empleabilidad es el requisito previo para que se den las demás características que debe cumplir el trabajo decente, ya que empleo no se asocia a la categoría que estudiamos si se considera el porcentaje de informalidad del trabajo en países como Colombia que según cifras del Departamento Nacional de Estadística para el período julio-septiembre de 2013, alcanzó oficialmente el 49,2% de la población ocupada.

En este sentido, las cifras oficiales en relación con las tasas de desempleo en la región contrastan con los niveles de informalidad que, de acuerdo con la OIT, alcanzan los ciento veinte millones de trabajadores informales en América Latina y el Caribe (tabla 4), un dato que deja en evidencia la ilegitimidad de las

cifras sobre reducción del desempleo referidas anteriormente y en contra del marco de trabajo decente promovido como proyecto de regulación universal.

Tabla 5. Distribución sectorial informalidad en América Latina

Porcentaje	Sector
83	De los trabajadores informales por cuenta propia son informales
78	De los trabajadores domésticos son informales
35	De los trabajadores en el sector privado son informales
59	De los trabajadores en microempresas son informales

Fuente: Tomado de: Organización Internacional del Trabajo. “En América Latina y el Caribe hay 127 millones de trabajadores en la informalidad”. Programa de la OIT para la formalización de la informalidad (FORLAC). Perú: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 27 de agosto de 2013.

El binomio tasa de empleo/trabajo decente es inescindible, sin que resulte viable la disminución del esquema tuitivo como fórmula para corregir las variables macroeconómicas de empleabilidad que resultarán contaminadas por las contravenciones al esquema de trabajo decente adoptado como modelo universal.

1.3. Protección social

La OIT, como parte de la respuesta a la globalización económica, ha acogido el concepto “piso de protección social”, que constituye la base mínima de acceso a servicios esenciales y transferencias sociales. Así pues, en la 101.^a Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 30 de mayo de 2012, la OIT aprobó la Recomendación 202, que promueve en los ordenamientos nacionales una base que soporte los sistemas de seguridad social –como derecho humano según el propio instrumento– para, en términos de la norma de referencia, implementar el “conjunto de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social”.

En este orden de ideas, la recomendación invita a los países miembros a establecer mecanismos que fomenten el acceso a niveles esenciales de salud e ingreso para atender las necesidades básicas en al menos cuatro postulados: a) acceso a la atención de salud esencial; b) seguridad básica del ingreso para los niños; c) seguridad básica del ingreso en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

El piso de protección social constituye el primer nivel y se complementa con el esquema de intervención en materia de seguridad social elaborado

por la OIT, fundamentalmente a partir del Convenio 102 de 1952 relativo a la norma mínima sobre seguridad social. De esta forma, el trabajo decente debe estar acompañado de sistemas de amortización de las contingencias a las que se ven expuestos los seres humanos, junto con los cuatro pilares que componen el piso de protección social.

Por otra parte, los sistemas de seguridad social de matriz contributiva sustentan la viabilidad financiera del trabajo decente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia colombiana, derivando el soporte económico de las prestaciones de los aportes de los trabajadores con vinculaciones concordantes con el marco legal laboral.

El Convenio 102 enumera las prestaciones que debe cubrir un sistema de seguridad social como componente de segunda escala del modelo de protección social y elemento constitutivo del trabajo decente; ellas son: asistencia médica; prestaciones monetarias de enfermedad; prestaciones de desempleo; prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez; prestaciones de sobrevivientes.

En este orden de ideas, el elemento y soporte esencial del trabajo decente es la prestación de servicios, un sistema de previsión que se sustenta en el piso de protección social, complementando las prestaciones mínimas de seguridad social que garanticen la atención de las necesidades del trabajador en las diferentes contingencias a las que se ve expuesto.

1.4. Diálogo social

El cuarto componente del trabajo decente está vinculado con el desarrollo del tripartismo en las materias que tienen que ver con aquellas relaciones de trabajo que garantizan la participación de los empleadores, las organizaciones sindicales y los gobiernos en las decisiones que les atañen. La concertación social legitima las decisiones parlamentarias y gubernamentales en la medida en que los destinatarios de las normas laborales tienen la oportunidad de pronunciarse y ser parte de la elaboración de dichas normas.¹³

¹³ “Estando así las cosas, es razonable dejar de lado cualquier pretensión de rigor cartesiano y contentarse con saber que la concertación social tiene una naturaleza mixta: no solo consultiva, sino también negocial, y al mismo tiempo, paralegislativa. Lo que realmente cuenta es que sus resultados, aun no siendo necesariamente susceptibles de ser transcritos en acuerdos estipulados formalmente, se benefician de la responsabilidad solidaria de sus principales actores. Una responsabilidad sancionable más políticamente

Así las cosas, las medidas para afrontar la crisis económica (véase numeral 2.7 del capítulo 1) deben privilegiar las propuestas producto del diálogo social que canalicen mecanismos de intervención de los interlocutores sociales, más allá del déficit de legitimación democrática que las directrices unilaterales de los organismos financieros multilaterales generan. En materia de consultas tripartitas, como expresión del diálogo social específica, el Convenio 144 de la OIT, catalogado como prioritario (véase numeral 2.2.4 de este capítulo), contiene el marco de intervención enfocado a la promoción de la participación tripartita para la adopción de mecanismos de promoción de las normas internacionales del trabajo. El artículo 2.º del instrumento de marras enseña:

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se compromete a poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas, entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre los asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo.

El Convenio 144 se articula con el contenido de la Recomendación 152 que, en el mismo sentido, contempla directrices que abogan por la puesta en marcha de procedimientos de consulta tripartita en desarrollo de las actividades relacionadas con la OIT.

El desarrollo del diálogo social dentro de la OIT es una característica fundacional resultado del carácter tripartito de su composición y da personalidad propia a este organismo especializado de la ONU. En este orden de ideas, se puede deducir la necesaria concertación social que debe subyacer a las medidas de intervención global, en el contexto del sistema de producción deslocalizado, como fórmula de legitimación y elemento esencial del trabajo decente.

En Colombia, el escenario de diálogo social previsto en el artículo 56 de la Constitución Política lo constituye la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (CPCPSL), conformada por cinco representantes del Gobierno nacional, cinco de las asociaciones de empleadores más representativas, tres de las organizaciones de trabajadores más representativas

que jurídicamente". Umberto Romagnoli. "La concertación social en Europa: luces y sombras". *Revista de Derecho Social*, núm. 26. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2004, p. 11.

y uno de las asociaciones de desempleados, de conformidad con lo previsto en las leyes 278 de 1996 y 990 de 2005.

La CPCPSL debe intervenir en los asuntos de formulación de políticas laborales para incorporar la visión tripartita de las diversas temáticas a regular, ponderando los intereses involucrados en el desarrollo de las relaciones laborales y la consecuente legitimidad de las decisiones adoptadas por la comisión. Asimismo, para la efectividad de los escenarios de concertación laboral se ha establecido, como mecanismo de descentralización territorial, la constitución de subcomisiones de concertación departamentales que incorporen elementos de juicio en la adopción de políticas de intervención laboral.

El estándar de trabajo decente que sostiene la arquitectura mínima que debe coincidir con las condiciones laborales en cualquier latitud debe profundizarse, descartando la “culpabilización” del esquema tuitivo de la contracción económica y destruyendo las garantías que emanan de la realización del trabajo.

2. Gobernanza global laboral

El punto de quiebre del derecho del trabajo nacional está representado por su ineficacia en cuanto al alcance de su regulación en el contexto de globalización del sistema de producción. De esta manera, fenómenos como la deslocalización productiva demandan sistemas de intervención universal que regulen las relaciones laborales en los albores del siglo XXI.

La globalización económica (véase numeral 2 del capítulo 1), sustrato empírico de los procesos de deslocalización productiva, debe ser correlativa a respuestas del ordenamiento laboral que superen las limitaciones en cuanto a su alcance territorial. En palabras del profesor Ermida, la globalización económica demanda como respuesta la *universalización de los derechos*.¹⁴

La gobernanza global, entendida como el entramado de normas de organismos internacionales, Estados y entidades particulares, pretende orientar el sistema de producción deslocalizado como mecanismo de superación de las limitaciones territoriales del sistema clásico laboral nacional. Si bien, como se

¹⁴ “Se plantea así, por el agravamiento de la situación social y por el desplazamiento del centro de gravedad económico, político y social desde lo nacional hacia lo internacional, la *re-regulación internacional de las relaciones laborales*. Más aún, la globalización económica se acompasa con la *universalización de los derechos humanos*, que incluyen, por cierto, derechos del trabajador”. Oscar Ermida Uriarte. “Derechos laborales y comercio internacional”. Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001.

examinará, los diversos métodos de derecho duro y suave de regulación transnacional se enfocan en la corrección de las categorías jurídicas incapaces de superar las barreras territoriales de gobierno, la gobernanza global incluye la dimensión autorreferencial en la cual actores privados formulan sus propias reglas de comportamiento para rentabilizarlas soslayando los esquemas de intervención pública.

El anhelo de regulación global laboral y el reconocimiento de su necesidad, dada la imperfección de los sistemas nacionales, constituye uno de los pilares fundacionales, como se refleja en el texto constitucional de la OIT adoptado en 1919, que enseña:

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Las estructuras de regulación de nivel nacional resultan insuficientes en la globalización, pues esta demanda un sistema de intervención supranacional que exija el respeto de los estándares laborales mínimos para la promoción y realización de los derechos sociales en cualquier lugar donde se desarrolle el sistema productivo.¹⁵

La construcción teórica relativa a los mecanismos de regulación internacional está soportada en el estudio del profesor Charles Tiebout, quien considera que, para efectos de la hacienda pública en un Estado federal, la perfección del sistema radica en que los ciudadanos puedan moverse libre-

¹⁵ “Las nuevas directrices de política y la regulación deben ser analizadas tanto en el nivel nacional como supranacional, porque el desafío es global, no obstante muchas áreas de la ley laboral y el estado de bienestar siguen siendo nacionales. Las políticas sociales y las regulaciones eventualmente necesitan ser proyectadas a escala global, al menos aquellas que involucran un desarrollo democrático en la globalización. Pero la globalización de la ley laboral y los derechos sociales pueden ser difícilmente procedentes si no son promovidos con éxito por los gobiernos nacionales y los actores sociales, particularmente en la mayoría de los Estados poderosos, también porque son importantes miembros de las organizaciones internacionales como la OIT. Un papel importante puede ser desplegado para el mismo fin por las instituciones regionales y los gobiernos como la UE, y aquellos que se empiezan a formar en otras regiones, con el ánimo de compensar la disminución de la autoridad nacional y los recursos en las áreas del derecho del trabajo y el estado de bienestar”. Tiziano Treu, ob. cit.

mente a aquellos Estados en los que obtienen mejores ventajas para atender sus necesidades. Las principales características del modelo Tiebout son:

1. Los consumidores-votantes totalmente móviles se moverán a las comunidades en las que sus patrones de preferencia sean mejor satisfechos.
2. Los consumidores-votantes tienen pleno conocimiento de las diferencias entre los ingresos y los patrones de gasto y cómo reaccionar ante estas diferencias.
3. Existe un número considerable de comunidades en que los consumidores-votantes escogen para vivir.
4. Las restricciones en materia de oportunidades no se consideran. Se asume que las personas viven con los dividendos que generan sus ingresos.
5. Los servicios públicos no presentan economías o “deseconomías” entre comunidades.¹⁶

Quienes defienden la perfección del mercado global para autorregularse privilegian la no-intervención de los mercados y la perfección de las reglas que de la dinámica de ellos mismos se derivan.¹⁷ No obstante, la perfección de las reglas que arroja la competencia entre jurisdicciones como modelo de partida ha sido reformulada por la doctrina, al evidenciar una competencia a la baja [*race to the bottom*] derivada del comportamiento del mercado en ausencia de intervención regulatoria.¹⁸

¹⁶ Charles Tiebout. “A Pure Theory of Local Expenditures”. *The Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5. Chicago: The University Chicago Press, octubre de 1956.

¹⁷ “Los reguladores nacionales seguirán teniendo dificultad en la regulación a nivel internacional. A pesar de cierto éxito con la coordinación internacional, la regulación nacional sigue siendo dominante. (...) Incluso en la UE, las autoridades se han estado moviendo más hacia el reconocimiento mutuo de las normas nacionales que hacia la plena armonización. En última instancia, la voluntad de los gobiernos nacionales para rendir responsabilidades regulatorias a las organizaciones internacionales dependerá de la dinámica estratégica de la competencia reguladora. Los gobiernos que aceptan la lógica de la desregulación competitiva pueden no considerar la necesidad de armonización regulatoria, porque sentirán que la reglamentación de la competencia es saludable”. Steven K. Vogel. “International games with national rules: How regulation shapes competition in ‘global’ markets”. *Journal of Public Policy*, vol. 17, núm. 2. Reino Unido: Cambridge University Press, mayo-agosto de 2007.

¹⁸ “La alternativa más común a Tiebout es la denominada competencia a la baja. En términos generales, una carrera hacia la baja surge en condiciones de interdependencia económica en que un país

En materia laboral, desarrollos fácticos como la deslocalización productiva dejan ver la necesidad de encontrar mecanismos de intervención global a fin de evitar la competencia a la baja que anule las garantías que enmarcan el trabajo decente.

La evidencia empírica demuestra los efectos de desviación *hacia abajo* de la protección de garantías derivada de las exigencias de la competencia en la globalización, que de no corregirse mediante mecanismos de intervención global, determinarán consecuencias sociales catastróficas, como el caso del derrumbe del edificio Rana Plaza en Bangladesh (véase numeral 1.3 del capítulo 1) que cobró la vida a más de un millar de trabajadores por la omisión de las medidas básicas de seguridad.¹⁹

La coordinación y articulación entre políticas de intervención son el mecanismo de regulación idóneo para hacer efectivas las medidas de corrección del mercado que propone el ordenamiento a través de la estructuración de un acervo de garantías para quienes prestan servicios personales.²⁰ Para este

reduce unilateralmente las normas reglamentarias a fin de atraer a los factores móviles de la producción, por lo general de capital y mano de obra calificada. Los otros países se pierden negocios, los ingresos y el capital humano. Por lo tanto, va a reaccionar reduciendo sus propios estándares. La competencia jurisdiccional crea un ciclo de medidas reguladoras que termina con todos los países en una posición que es peor que la que podría haber asegurado mediante la coordinación de sus políticas". Claudio M. Radaelli. "The Puzzle of Regulatory Competition". *Journal Public Politics*, 24, I, I-23. Reino Unido: Cambridge University Press, 2004.

¹⁹ "El verdadero problema tiene que ver con la forma en que el mercado laboral global trabaja. Debido a las políticas económicas neoliberales impuestas durante las últimas décadas, las empresas ahora tienen el poder para vagar el mundo en busca de las 'mejores condiciones de inversión'. Los países pobres como Bangladesh tienen que competir con otros países pobres para atraer capital extranjero que necesitan, ofreciendo salarios mínimos más bajos, normas de seguridad más endebles, impuestos más baratos, etc. La mayoría de los economistas justifican esta '*race to the bottom*' destructiva bajo la bandera de la 'ventaja comparativa'. Jason Hickel. "It's time for a global minimum wage". Londres: The London School of Economics and Political Science, 14 de junio de 2013.

²⁰ "La necesidad de una gobernanza económica global ha sido evidenciada por esta última crisis, cuyo desdoblamiento hacia el caso de la crisis europea no hace sino subrayar el papel primordial que tiene la coordinación y compatibilización de políticas a nivel global. En particular, considerando las probabilidades de una virtual guerra cambiaria y la existencia del caso chino, con una conducta cambiaria que no responde necesariamente a los intereses de la economía global, la necesidad de criterios financieros globales consensuados es cada vez más evidente. A esto deberían contribuir los países del G-20 por medio de un urgente rediseño de las instituciones financieras internacionales y la creación de nuevos mecanismos que permitan neutralizar las consecuencias cambiarias en el período de crisis y recuperación". Luis A. Riveros. "Las economías G-20 y la crisis financiera: preocupación por la gobernanza". *Crisis económica y nueva gobernanza internacional*. Red Iberoamericana de Estudios Internacionales, 2011.

fin, los sistemas de intervención internacional tradicionales están sujetos a procedimientos de ratificación nacionales que dificultan el alcance global de la disciplina en ellos contenida (véase numeral 1 del capítulo 5). Por ello, los esquemas de regulación clásicos representados en normas con una estructura *supuesto de hecho-consecuencia jurídica* se rediseñan en función de la búsqueda de fórmulas de regulación universal. De esta forma se acude a categorías jurídicas no tradicionales englobadas en el denominado *soft law* [derecho suave] que potencian el alcance de la regulación. Entre las principales características de los instrumentos de derecho suave pueden señalarse:

1. Su aptitud para ser instrumentalizada como esquema de regulación universal;
2. su formulación principalista (de carácter programático);
3. la ausencia de mecanismos de justiciabilidad específicos contenidos en las normas, sustituidos por mecanismos no tradicionales de persuasión para la inclusión en el comercio internacional;
4. su vocación de mecanismo corrector propio de las normas en sentido tradicional; y
5. la inexistencia de procedimientos de ratificación jurídica para su validez.

En efecto, la intervención global supone normas con carácter principalista que estén desprovistas de mecanismos de constreñimiento jurídico específicos de garantía de cumplimiento englobados en el denominado derecho suave.²¹ Los mecanismos de regulación universal que se defienden en este libro resultan de vital importancia en esquemas de producción transnacionales, cuyas evidencias empíricas, como la deslocalización productiva, demandan el rediseño del *hard law* [derecho duro] clásico de alcance nacional. Por ello, el sistema

²¹ “En principio, a menudo se mide el constreñimiento de la ley dado por la posibilidad de una sanción, si las obligaciones contenidas en ella son infringidas. Esta representación supone el entendimiento de la ley y las formas suaves de regulación. Desde esta perspectiva, ‘derecho suave’ parece ser una (sic) oxímoron [contradicción]. El concepto contradice la idea misma del derecho que encarna normas jurídicas cuya fuerza de constreñimiento no existe o es ambigua. Sin embargo, la ausencia de fuerza de constreñimiento no impide que los estándares suaves sean eficaces. Así surge una disonancia entre la teoría y la práctica”. Isabelle Duplessis. “Soft law and international labour law”. *Labour Education. Labour law: Its role, trends and potential*, núms. 143-144, 2006/2-3.

de fuentes de derecho del trabajo incluye en la actualidad instrumentos de derecho suave que complementan las estructuras jurídicas clásicas nacionales e internacionales como mecanismo de *universalización de los derechos*.

2.1. Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo

El principal desarrollo de derecho suave, como medida de intervención en derecho del trabajo con vocación universal, está constituido por la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” proferida por la OIT en 1998. El esquema de regulación global se acompaña de la formulación conceptual del trabajo decente como modelo y objetivo de los sistemas de regulación internacional laboral, contenida en la memoria del director general a la Conferencia Internacional de la OIT de 1999 (véase numeral 1 de este capítulo). El objeto de la declaración no es establecer una especie de pirámide normativa kelseniana, en la que los convenios que contienen los derechos fundamentales tengan un valor jerárquicamente superior a los demás; por el contrario, se trata de una estrategia de universalización de derechos que, a juicio de la OIT, ostentan la categoría de fundamentales en la acepción dogmática de la categoría jurídica de referencia:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado.²²

El pilar fundamental de la declaración es el expreso reconocimiento de la imperfección de la premisa según la cual el crecimiento económico genera el efecto consecuencial y necesario del progreso social. Por tanto, es necesario que el desarrollo económico esté acompañado de medidas de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el preámbulo de la declaración en estudio enseña:

Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y

²² Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales*. 2.^a ed. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana, 1976.

derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.

La cita ilustra la necesidad de regular universalmente las garantías fundamentales laborales, sin que sea admisible soslayarlas para obtener una supuesta ventaja competitiva cuyos efectos estructurales resultan nocivos para los países que las adoptan, ya que factores como la inversión extranjera directa (IED) se pueden afectar negativamente.²³

Una década después, el 10 de junio de 2008, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa”, en la que la OIT reconoce como uno de sus designios, en el contexto del nuevo milenio, “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no solo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos”.

Por todo esto, la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo se constituye en la piedra angular de intervención global de la OIT, de forma que los convenios referidos en la declaración de 1998 comprometen a todos los países miembros como base mínima de derecho suave que reconoce los derechos de alcance universal. Así, y de acuerdo con lo establecido en su numeral 2.º la declaración reconoce cuatro grupos de derechos fundamentales que revisten alcance global, más allá de los procedimientos específicos de ratificación:

²³ “Defendemos un planteamiento de la economía de las normas del trabajo y los derechos de los trabajadores más amplio que las meras relaciones entre el costo de la mano de obra y su productividad (los costos y beneficios), pues el asunto de la ubicación de las IED y del crecimiento económico tiene más de dos facetas. Queremos decir que los efectos de los derechos de los trabajadores pueden repercutir no solo a través del nexo entre el costo y la productividad de la mano de obra, sino también por conducto de la mejora de la estabilidad política y social (sobre todo gracias a la libertad sindical y de negociación colectiva) y del nivel profesional del capital humano (sobre todo en lo que se refiere al trabajo infantil y a la desigualdad de los sexos)”. David Kucera. “Normas fundamentales del trabajo e inversiones extranjeras directas”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 121, núm. 1-2, 2002.

“Todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Por ello resulta menester analizar los convenios que contienen los derechos calificados como fundamentales de alcance global que contiene la Declaración en análisis.

No obstante el carácter extensivo de la declaración en el estudio de los convenios considerados fundamentales, el número de ratificaciones de los instrumentos evidencia una tendencia creciente que contribuye a la exigibilidad global véase tabla 6).

Tabla 6. Ratificación convenios fundamentales

Región	Convenios sobre libertad sindical		Convenios sobre trabajo forzoso		Convenios sobre discriminación		Convenios sobre trabajo infantil	
	C 087	C 098	C 029	C 105	C 100	C 111	C 138	C 182
África (54 países en la oit)	48	53	54	54	52	54	52	52
América (35 países en la oit)	33	32	34	35	33	33	30	34
Asia (34 países en la oit)	18	21	27	23	28	24	22	29
Estados Árabes (11 países en la oit)	3	6	11	11	7	10	10	11
Europa (51 países en la oit)	50	51	51	51	51	51	51	51

Fuente: Datos tomados del sistema de información Normlex, Information System on International Labour Standards, de la Organización Internacional del Trabajo.

2.1.1. Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios 87 y 98 de la OIT)

La libertad sindical,²⁴ como derecho fundamental del trabajo, otorga a los trabajadores la posibilidad de coligarse en defensa de sus intereses para lograr el equilibrio contractual que en el plano individual se echa de menos en la ecuación capital-trabajo.

El modelo²⁵ en que se inscribe la libertad sindical contenida en el Convenio 87 está edificado sobre la tesis de la ausencia de intervención del Estado en la constitución y desarrollo de los mecanismos de representación de los trabajadores, de forma que los derechos subjetivos que emanan de la posibilidad de reivindicar condiciones laborales descansan sobre el principio de libertad de acción de la organización sindical.

La inclusión de la libertad sindical en el catálogo de derechos fundamentales corresponde a la directriz global de la OIT tendiente a garantizar la posibilidad de constituir organizaciones sindicales como conducto de representación de los sujetos de las relaciones laborales. La consecuencia del anterior aserto es la prohibición de control estatal de las garantías de la actividad sindical para obtener con ello una ventaja comercial como política de atracción de los procesos de deslocalización.

²⁴ “La libertad sindical se inscribe en una genérica libertad de asociación de la que constituye una especie muy significativa. La libertad sindical implica el derecho de asociarse para la defensa de los intereses de los trabajadores y como tal especie se ha emancipado del tronco común para construir una libertad pública dotada de contornos bien precisos y diferenciados del género del que procede. Su importancia constitutiva medida en términos de valor político es tal que progresivamente ha ido ganando un espacio decisivo en las declaraciones constitucionales de derechos, a tal punto que posiblemente sería inimaginable una Constitución democrática que no incluyera de forma específica entre el elenco de derechos reconocidos, el derecho de libertad sindical”. Antonio Baylos Grau. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2004.

²⁵ La evolución del sistema de relaciones colectivas italiano evidencia el tránsito al modelo de libertad sindical en contraposición con la intervención y control estatal de dicha actividad. “El principio jurídico fundamental en que se basa el actual sistema de relaciones industriales es el contenido en el párrafo primero del art. 39 de la Constitución, el cual establece que ‘la organización sindical es libre’. Dicho principio se contrapone con toda claridad al que corresponde en el precedente Sistema Corporativo (1926-1944) que, llevando a cabo en el encuadramiento de las organizaciones sindicales en el Estado y sometiénolas a un intenso control, preveía un sistema de composición de los intereses colectivos sustancialmente distintos a una libre, directa y activa participación de los sujetos interesados”. Gino Giugni. *Derecho sindical*. 1.^a ed. Madrid: Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

El Convenio 87 de 1948, en materia de libertad sindical como estructura del instrumento base dirigido al desarrollo del modelo de abstención de intervención estatal, señala:

Artículo 2º –Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Artículo 11. – Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

El Convenio 98 de 1949 contiene la segunda dimensión de los derechos colectivos fundamentales referentes al derecho de sindicación y negociación colectiva. Esta última es el mecanismo idóneo de reconocimiento de derechos superiores a la ley a través de contratos colectivos cuyo fundamento descansa en el poder negocial de la organización sindical. Para ello, se reitera el principio de libertad sindical, ampliando la no injerencia a los particulares, como punto de partida de la facultad de contratación fuente de derechos y obligaciones. El convenio en estudio:

Artículo 2º –1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Artículo 4º –Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre

los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

La negociación colectiva, principio de la libertad sindical, reviste el mecanismo universal de mejora de las garantías de base que comportan el reconocimiento global de la naturaleza del derecho colectivo como espectro de negociación, preferentemente *in melius*, del derecho del trabajo. La norma en estudio contempla la negociación y contratos colectivos como instrumentos de fijación de condiciones colectivas, sin que se imponga un modelo negocial. No obstante, la tendencia hacia la descentralización negocial es una consecuencia evidente de la crisis económica.

Si bien se trata de decisiones nacionales, la negociación descentralizada –por empresa–, adoptada por el ordenamiento colombiano, ha demostrado deficiencias para el desarrollo de la representatividad de las organizaciones sindicales y el reconocimiento de derechos extralegales.

Los indicadores sobre convenciones colectivas de trabajo, que reflejan los resultados de las negociaciones que fijan las condiciones de trabajo *in melius* del régimen legal, evidencian un número modesto de acuerdos colectivos que en el año 2013 ascendió a 441 convenios depositados ante el Ministerio de Trabajo, 352 del sector privado (80%) y 89 suscritos con entidades públicas (20%).

La negociación colectiva en Colombia se encuentra centralizada en cuatro departamentos del país, Antioquia, Atlántico, Santander, Valle del Cauca, y Bogotá; en ellos se concentra el desarrollo industrial del país y representan el 78,7% de las regiones donde se suscribieron acuerdos colectivos durante el 2013, porcentaje que demuestra la importancia de los departamentos mencionados en materia de negociación colectiva (véase tabla 7).²⁶

²⁶ Tomado de: Ministerio del Trabajo de Colombia, <http://www.mintrabajo.gov.co/diciembre-2013/2699.html>, consultado el 11 de diciembre de 2013.

Tabla 7. Convenios colectivos en Colombia

Departamento	Número de convenciones colectivas en el año 2013
Antioquia	172
Arauca	1
Atlántico	13
Bolívar	18
Boyacá	4
Caldas	7
Cauca	3
Cesar	6
Córdoba	4
Cundinamarca/Bogotá D.C.	108
La Guajira	1
Huila	7
Magdalena	9
Meta	1
Norte de Santander	3
Putumayo	2
Quindío	5
Risaralda	7
San Andrés	3
Santander	17
Sucre	4
Tolima	9
Valle del Cauca	37
Total general	441

Fuente: Ministerio del Trabajo de la República de Colombia.

En Italia, un país con tradición de negociación centralizada, el artículo 8.º de la Ley 148 de 2011 introdujo la figura del “contrato colectivo de proximidad”, que habilita al contrato colectivo de empresa o territorial a derogar incluso *in peius* la ley y los contratos colectivos nacionales;²⁷ esta facultad ha

²⁷ La norma condiciona la suscripción de “acuerdos de proximidad” a situaciones específicas como la eliminación del trabajo irregular, políticas de competitividad y gestión de las crisis empresariales y ocupacionales, las inversiones y el impulso de nuevas actividades.

sido calificada por el profesor Romagnoli como una “bomba en el sótano del edificio del derecho del trabajo del siglo xx”.²⁸

La tendencia, derivada de la crisis, hacia la descentralización negocial²⁹ demanda mecanismos de intervención que promuevan la negociación central –por sector–, idónea para la promoción de derechos en cuanto a su alcance y extensión. En el mismo sentido, la reforma contenida en la Ley 3.^a de 2012 en España se inscribe en el debilitamiento de la negociación centralizada para sustituir el modelo por un referente descentralizado que socava el poder contractual del sindicato (véase numeral 2.4.1 del capítulo 4).

En escenarios de deslocalización productiva, la consolidación del derecho de negociación colectiva es un importante factor de regulación y realización de los derechos fundamentales en el trabajo. Así lo evidencia el convenio colectivo suscrito en octubre de 2013 en Jordania entre la Asociación de Exportadores de Ropa, Accesorios y Textiles, la Asociación de Propietarios de Fábricas, Tiendas y Prendas de Vestir y la Federación General de Sindicatos de Jordania, facilitado por Better Work Jordania (BWJ) y la OIT, que tiene por objeto regular las condiciones de trabajo en el sector textil. El acuerdo colectivo pretende corregir las deficiencias en la protección de los trabajos realizados en las zonas industriales calificadas de Jordania (ZIC) (catorce en total); estas

²⁸ Umberto Romagnoli. “La deriva del diritto del lavoro”. *Revista Insight*, diciembre de 2012. En el mismo sentido: “Conviene decir que el artículo 8 debería ser eliminado porque simboliza la caída final de la larga tendencia de privatización del derecho sindical y del trabajo; una tendencia que ha perdido el único verdadero objetivo que la justificaba: buscar fuera de la Constitución aquello que en la Constitución está escrito. Se requiere en resumen, repensar la opción de desconstitucionalizar el desarrollo del derecho sindical y del trabajo: no para satanizarlo, sino para dejar de mitificarlo y volver a contextualizarlo; como desde hace mucho no se hace y es un desastre, porque se ha perdido de vista que las originales motivaciones de la decisión tenían naturaleza prevalentemente instrumental”. Umberto Romagnoli. “Il diritto del lavoro torna al Medioevo”. *Egualianza & Libertà. Rivista di critica sociale*, 2012.

²⁹ “Un lugar estelar lo ha ocupado, en este debate, el ‘retorno a la empresa’ que implica la tendencia, muy pronunciada durante la crisis, a la llamada ‘descentralización’ de la negociación colectiva, con importantes variaciones en cuanto a su intensidad y extensión. En ese sentido, cabe apreciar fuertes tensiones hacia la descentralización como práctica emergente reforzada durante la crisis que se traduce en la ruptura y fragmentación de servicios articulados unitariamente que se desperdigan en empresas separadas que diferencian por tanto a la baja sus condiciones de trabajo, como emblemáticamente ha sucedido con la fragmentación causada por la privatización de servicios públicos en Reino Unido. Pero posiblemente la tendencia más extendida sea la imposición, dentro de las políticas de austeridad, de un cambio de modelo del diseño de la negociación colectiva basado fundamentalmente en la ‘descentralización’”. Antonio Baylos Grau. “Representación Sindical en los países miembros de la UE”. *Seminario europeo sobre la representación sindical en los países miembros de la UE*. Roma, julio de 2012.

son zonas especiales donde se fabrican productos textiles para ser vendidos en mercados internacionales.

El convenio indica a qué tienen derecho los trabajadores en términos de salarios, beneficios, horas de trabajo y cuestiones relacionadas con la salud y la seguridad en el trabajo, tanto en las fábricas como en los alojamientos. Promueve la igualdad de trato de todos los trabajadores y busca propiciar un ambiente de trabajo que eleve la moral y la productividad.

Mientras que algunas de estas disposiciones ya habían sido establecidas en el sector, otras fueron introducidas solo recientemente. Entre éstas figuran: el derecho de los sindicatos a existir y a tener acceso a las fábricas; la prima anual por antigüedad para todos los trabajadores sin tener en cuenta su nacionalidad; los mecanismos de mediación para resolver las disputas contractuales y la creación de un contrato unificado para todos los trabajadores. En esta última cuestión, la OIT está prestando asistencia en la elaboración de un modelo de contrato unificado para los trabajadores migrantes que se ajuste a las normas de la OIT.³⁰

2.1.2. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso (Convenios 29 y 105 de la OIT)

La abolición de la esclavitud como sistema de producción resulta una evidencia formal en la historia de la humanidad. En Colombia se dio en 1851 bajo el gobierno de José Hilario López.

La negación del núcleo esencial de libertades que deriva de la condición de trabajador resulta contraria a la estructuración del derecho del trabajo, que restringe el poder subordinante al ámbito laboral-operacional sin que constituya anulación de la voluntad y discernimiento de la persona natural que se vincula para prestar un servicio. No obstante, aún persisten formas de trabajo que reducen considerablemente la libertad y que coexisten con el

³⁰ Organización Internacional del Trabajo. *Más derechos para los trabajadores de la industria de la confección de Jordania*, Ginebra, 1 de noviembre de 2013.

sistema capitalista.³¹ En efecto, el trabajo forzoso se constituye en el sistema moderno de esclavitud, presente en gran parte de sistemas de suministro de mano de obra transfronterizos que acompañan procesos de deslocalización.³²

En primer término, es necesario identificar el espectro del trabajo forzoso, el cual no debe ser confundido con cualquier tipo de desconocimiento de los derechos en el trabajo. Para estos efectos, el Convenio 29 de 1930 define el trabajo forzoso como aquel que “se exige a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. El indicador de partida de las distintas modalidades de trabajo forzoso es la restricción a la libertad del trabajador de aceptar voluntariamente la vinculación a través de diversas modalidades establecidas en el Convenio 105 de 1957, que enseña sobre el particular:

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a. como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o 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.

³¹ “El trabajo esclavo contemporáneo es una realidad. Anclado en las dinámicas propias de la expansión capitalista que, en tantos sentidos y juntamente con el papel creciente de las más modernas tecnologías, conviven con las formas más inmisericordes, brutales y arcaicas de explotación del trabajo, el trabajo esclavo contemporáneo se configura en las situaciones en las que el trabajador es reducido, de hecho, de forma ilícita, a una condición similar a la antigua condición de esclavo, siéndole suprimida su libertad.” Rodrigo García Schwarz. *Rompiendo las cadenas de una ciudadanía cautiva*. Almería: Editorial Círculo Rojo, 2011.

³² “La OIT además estima cuántas personas están atrapadas en trabajo forzoso como resultado de la migración nacional o transfronteriza. Veintinueve por ciento de las víctimas se encuentran en trabajo forzoso después de haber cruzado las fronteras internacionales, la mayoría de ellos con fines sexuales. Quince por ciento se convirtieron en víctimas de trabajo forzoso después de desplazamientos en su país, mientras que el 56 por ciento restante no abandonó su lugar de origen o residencia”. Véase: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182014/lang-es/index.htm. Consultado el 1 de junio de 2012.

De acuerdo con las estimaciones de la OIT, a junio de 2012, 20,9 millones de personas laboraban en condiciones de trabajo forzado.³³ El desconocimiento del principio básico de la libertad conlleva la vulneración de la totalidad de garantías que constituyen el trabajo decente (véase numeral 1 de este capítulo). En este sentido, y no obstante la claridad de los convenios que procuran la abolición de las manifestaciones de trabajo forzoso, las evidencias empíricas dan cuenta de la necesidad de que las autoridades de administración del trabajo o los órganos jurisdiccionales desarrollen mecanismos de control que conduzcan a la efectiva eliminación de la esclavitud moderna.

La estrategia de intervención global que se deriva de la declaración de 1998 busca eliminar las ventajas competitivas ilegítimas presentes en la producción de bienes o en la prestación de servicios, atractivas para los movimientos de capitales y que son producto del trabajo forzoso.

2.1.3. Abolición del trabajo infantil (Convenios 138 y 182 de la OIT)

La estrategia de intervención global promueve la eliminación de las actividades que atentan contra el normal desarrollo de las personas en las primeras etapas de la vida. En este sentido, la estrategia procura prescindir de dos criterios que actualmente enmarcan el trabajo infantil: (i) el subjetivo, determinado por una edad mínima para trabajar; y (ii) el objetivo, relacionado con los trabajos que atentan contra la formación escolar y la seguridad de los menores a quienes se les encomiendan.

El Convenio 138 de 1973 de la OIT establece como parámetro para fijar la el inicio de cualquier actividad laboral una edad que no sea inferior a aquella cuando “cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años”. Por su parte, el Convenio 182 de 1999 enlista las peores formas de trabajo infantil frente a las que la OIT acentúa su esfuerzo para erradicarlas mediante parámetros

³³ “En cuanto a la distribución regional, la gran mayoría de trabajadores forzados –11,7 millones o 56 por ciento del total mundial– se concentra en la región de Asia y el Pacífico (AP). El segundo porcentaje en importancia corresponde a África (AFR), con 3,7 millones (18 por ciento), seguida por América Latina y el Caribe (AL) con 1,8 millones de víctimas (9 por ciento). En las economías desarrolladas y la UE (ED y UE) hay 1,5 millones (7 por ciento) de trabajadores forzados, mientras que en los países de Europa Central, Sudoriental y Oriental (que no son miembros de la UE) y la Comunidad de Estados Independientes (ECSO y CEI) hay 1,6 millones (7 por ciento). Se estima que en Oriente Medio (OM) hay unas 600.000 víctimas (3 por ciento)”. Organización Internacional del Trabajo. *Estimación mundial sobre el trabajo forzado*. Ginebra: OIT, 2012.

normativos y la asistencia técnica para implementarlos. El artículo 3.º del instrumento en mención establece sobre el particular:

A los efectos del presente convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a. todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d. el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

No obstante los debates doctrinales a propósito de las causas del trabajo infantil,³⁴ el compromiso del desarrollo escolar y los bajos costos derivados de

³⁴ Algunas de las causas más relevantes relacionadas en la doctrina se relacionan a continuación: “Un modelo básico de toma de decisiones domésticas. Supone que la familia actúa para maximizar la utilidad, que es una función del número de hijos, la educación por niño, el tiempo de ocio por niño, el ocio de los padres, y un bien de consumo compuesto. Estos productos se fabrican con un bien compuesto comprado en el mercado y el tiempo de los miembros del hogar. Las entradas de tiempo para producir el consumo compuesto bien puede ser suministrada por la madre o por los niños.

Un segundo modelo de calidad y cantidad. La mayoría de los análisis teóricos plantean la hipótesis de un equilibrio entre la cantidad y la calidad de los niños. En este caso, el aumento del salario de la madre aumenta el costo de intensidad laboral que requiere criar a los hijos. La caída en el número de hijos en la familia libera los recursos disponibles para aumentar la calidad infantil.

Una tercera teoría que defiende la variación de niños de alta calidad en función de los hermanos. La inversión en calidad del niño típicamente varía entre los hermanos. Hay varias teorías asociadas con el orden de nacimiento. Se identifican tres explicaciones posibles diferentes, asociados a restricciones de presupuesto de los hogares, la biología, y la escala en la producción doméstica.

Una cuarta teoría sustenta el problema en la teoría de los niños como seguro. En este modelo, los niños se usan como un medio de ahorro. Los padres optimizan la inversión en el número y la calidad de los niños para maximizar el valor de mercado de la familia como un todo. Obviamente, en algunos

la tendencia al desconocimiento de los derechos de los menores trabajadores, demanda un mecanismo de intervención global para evitar una deslocalización a la baja, ya que

en un mercado mundial libre, en el que los distintos países compiten en la fabricación de productos similares, la abolición del trabajo infantil en un solo país podría servir tan solo para que hubiera una transferencia de actividades económicas a otros que siguieran recurriendo a él.³⁵

Para ello, y en consideración de la importancia del tema, la OIT creó en 1992 el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) con el fin de dar asistencia técnica a los países en la estrategia de eliminación global progresiva del trabajo infantil, con una cifra que supera los trescientos seis millones de niños trabajadores en el mundo.³⁶

La declaración “Estrategias para eliminar el trabajo infantil: prevención, rescate y rehabilitación”, fruto de la Conferencia Internacional sobre Trabajo Infantil de octubre de 1997, alerta sobre los efectos negativos de la globalización de la economía y declara la necesaria puesta en marcha de sistemas jurídicos, económicos y culturales de intervención global para contrarrestarlos:

ambientes económicos, puede haber medios de ahorro que son mejores inversiones que los niños. En los países que no tienen desarrollo considerable de los mercados financieros, la tenencia de la tierra puede ofrecer una tarifa de retorno más atractiva. Si el rendimiento de la educación es bajo y el retorno a la tierra es alto, entonces la riqueza familiar se maximiza por tener un gran número de niños-agricultores.

Una quinta evidencia se refiere a la crisis económica. La volatilidad económica puede afectar las decisiones del hogar a través de una serie de canales. Por un lado, un descenso de la actividad económica que reduce las oportunidades de empleo actuales en relación con el futuro que podría reducir el costo de oportunidad de la educación en relación a su rentabilidad futura. Por lo tanto, las familias pueden decidir aumentar el costo educativo. Sin embargo, para las familias que están restringidas de crédito o no tienen acceso al seguro de desempleo, el impacto puede ser lo contrario. Los niños son retirados de la escuela y son dispuestos a trabajar con el fin de abarcar la recesión económica”. Drusilla Brown et ál. “The Determinants of Child Labor: Theory and Evidence”. Discussion paper 486. Michigan: University of Michigan, septiembre de 2002.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo infantil: lo intolerable en el punto de mira*. Ginebra: OIT, 1996.

³⁶ Yocuba Diallo et ál. *Global Child Labour Developments: Measuring Trends from 2004 to 2008*. Ginebra: OIT, 2010.

Tampoco se sabe con certeza la repercusión que ha tenido la mundialización y la liberalización del comercio en el trabajo infantil, pero hay motivos suficientes como para temer que los niños sean las principales víctimas de este proceso. Cuando empresas y países tratan de reducir costos en los sectores de exportación, pueden caer en la tentación de emplear niños para obtener o conservar una ventaja competitiva en los mercados mundiales. Los países desarrollados han considerado detenidamente la posibilidad de utilizar medidas económicas disuasivas que lleven a los países en desarrollo a renunciar al trabajo infantil.

En Colombia, según la encuesta del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el cuarto trimestre del año 2011 un total de 1 466 000 menores trabajaban, cifra que se ve reflejada en un importante porcentaje de aumento del 39,5% en el lapso de dos años. Además, la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil (ENTI) da cuenta, para el mismo período, de que el 23% del total de menores trabajadores abandonaron el proceso escolar y el 51,6% no recibió remuneración alguna por su trabajo.

Las evidencias derivadas de la misma medición muestran que las causas más importantes del alto porcentaje de trabajo infantil en Colombia derivan principalmente de factores culturales que en el contexto local tienen mayor incidencia del factor meramente económico.³⁷

Por otra parte, la implementación de los principios de lucha contra el trabajo infantil en concordancia con acciones específicas que logren intervenir los sectores de más difícil acceso reconocidos por la OIT en *los niños soldados, los niños víctimas de la explotación sexual, los niños que trabajan en la agricultura y otros ambientes peligrosos* fue declarada en la III Conferencia de Brasilia sobre el Trabajo Infantil celebrada el 10 de octubre de 2013. La declaración final señala la responsabilidad principal de los Estados de promover la erradicación del trabajo infantil mediante la adopción de políticas de empleabilidad que contribuyan a la eliminación de las causas del trabajo infantil:

³⁷ De acuerdo a la ENTI, para el cuarto trimestre de 2011, las razones del trabajo infantil en Colombia se distribuyen porcentualmente en: a) Le gusta trabajar para tener su propio dinero, 31,7%; b) Debe participar en la actividad económica familiar, 27,6%; Para aprender un oficio, porque el trabajo forma y lo aleja de los vicios, 24,6%; Debe ayudar con los gastos de la casa, ayudar a costearse el estudio, por embarazo o porque tiene un hijo, 11,9%; Otra razón, 4,3%.

Reconocemos que los gobiernos tienen el papel principal y la responsabilidad primordial, en cooperación con organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como las organizaciones no gubernamentales y otros actores de la sociedad civil, en la implementación de medidas para prevenir y eliminar el trabajo infantil, en particular sus peores formas, y rescatar a los niños del mismo.

También reconocemos que las medidas para promover el trabajo decente y el empleo pleno y productivo para los adultos son esenciales para que las familias estén habilitadas para eliminar su dependencia de los ingresos generados por el trabajo infantil. Además, se necesitan medidas para ampliar y mejorar el acceso a la educación gratuita, obligatoria y de calidad para todos los niños, así como para la progresiva universalización de la protección social, en línea con *inter alia* la Convención 102 de la OIT, relativa a las normas mínimas de seguridad social, y la Recomendación 202 de la OIT, relativa a los pisos nacionales de protección social.

2.1.4. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios 100 y 111 de la OIT)

La discriminación de grupos por género, raza, opinión política, origen nacional, militancia sindical o de cualquier otro tipo para acceder a un vínculo laboral o desarrollarse en el mismo afectan las relaciones laborales al alterar las reglas básicas en materia de igualdad de oportunidades para los trabajadores.

En materia de género, las evidencias demuestran el aumento de la brecha entre hombres y mujeres en materia de desempleo para el 2012 como consecuencia de la crisis económica mundial,³⁸ acentuando los paradigmas sociales arraigados en el imaginario colectivo que fundamenta la discriminación por género. Por este conducto, se obtienen ventajas competitivas ilegítimas ligadas

³⁸ “Entre 2002 y 2007, la brecha de género en el desempleo se mantuvo constante en alrededor de 0,5 puntos porcentuales, mayor es la tasa de desempleo femenino en el 5,8 por ciento, frente al desempleo masculino en el 5,3 por ciento (con 72 millones de mujeres desempleadas en comparación con su empleo global del 1,2 millones en 2007 y 98 millones de hombres desempleados en comparación con su empleo global de 1,8 millones de dólares). La crisis planteó esta brecha de género en 0,7 puntos porcentuales para 2012 (la destrucción de 13 millones de empleos para las mujeres), con proyecciones que muestran una reducción significativa del desempleo esperado hasta el año 2017”. Organización Internacional del Trabajo. *Global employment trends for women*. Ginebra: OIT, diciembre de 2012.

al trato menos favorable y adaptación a esquemas informales de trabajo que habitan y se desarrollan en el acceso a trabajos en condiciones dignas y justas y una brecha salarial por la cual las mujeres devengan un ingreso correspondiente al 23,3%³⁹ menos que los hombres con el mismo nivel educativo.

La estrategia de intervención a través de la formulación de los derechos fundamentales universales comprende la abolición de la discriminación directa, derivada de las decisiones legislativas que excluyen o restringen las garantías a grupos poblacionales, así como la indirecta, en la que normas que en principio son neutrales en la práctica resultan discriminatorias debido a la imposibilidad que para ciertos trabajadores representa cumplir con los requisitos de acceso a las garantías que dichas normas contemplan. Así las cosas, el artículo 1.º del Convenio 111 proferido en 1958 por la OIT, delimita por vía positiva las conductas constitutivas de discriminación que deben ser abolidas por todos los Estados parte de la organización:

A los efectos de este convenio, el término discriminación comprende:

- a. cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b. cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Las definiciones contenidas en el artículo 1.º del Convenio 111 se complementan con un segundo criterio de delimitación conceptual por vía de exclusión de los elementos de diferenciación objetivos basados en “calificaciones exigidas para un empleo determinado”. De esta forma, la eliminación de la discriminación en el empleo no supone proscripción de los parámetros de diferenciación en el acceso y fijación de las condiciones de trabajo, siempre

³⁹ Oficina de Equidad Laboral, Ministerio del Trabajo de la República de Colombia, 2012.

que estén fundamentados en criterios objetivos.⁴⁰ La afirmación del postulado internacional de igualdad reconoce las disparidades ontológicas que legitiman los tratos diferenciales de los trabajadores.⁴¹

La dimensión de la discriminación en el empleo relacionada con el criterio de asignación salarial es la principal desviación del sistema de producción y competencia a la baja. Por ello, el Convenio 100 de la OIT adoptado en 1951 promueve erradicar la discriminación salarial especialmente en materia de género, declarando la igualdad en la remuneración como directriz del sistema internacional de regulación laboral. Este parámetro se refiere a la remuneración como concepto que contiene la totalidad de acreencias que emanan del servicio prestado con independencia de su naturaleza jurídica.

Desde otra perspectiva, el instrumento en estudio reconoce la diversidad de las actividades presentes en el universo de empleos existentes en el sistema productivo. En este sentido, para determinar las escalas salariales se adopta como patrón una *evaluación objetiva*, sin que se consideren contrarias a la “igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor”. En este sentido, el Convenio 100 de 1951 opta por un esquema de desarrollo del principio de igualdad horizontal⁴² que garantice el equilibrio de la remuneración entre trabajos de similares condiciones, restringiendo así la posibilidad de asignar un subvalor, una remuneración inferior a la que debería asignarse según las

⁴⁰ “Es cierto que el síndrome anti-igualitario del mundo del trabajo nace de un duro dato de la realidad que no se puede suprimir: la mayoría de sus habitantes está formada por individuos formalmente libres, pero desiguales en la amplia medida en que han sido obligados a renunciar a porciones relevantes de su propia libertad y de su propia seguridad personal para ganarse la vida honradamente. Por eso es asimismo cierto que el mundo del trabajo tenía forzosamente que contagiar su derecho. Umberto Romagnoli. “Las desigualdades en el mundo del trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 52. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2010, p. 13.

⁴¹ “En fin, ‘abajo la igualdad’ no quiere decir necesariamente ‘viva la desigualdad’. Puede querer decir ‘viva la diferencia’. En efecto, el Derecho del Trabajo nunca ha sido insensible a las diferencias, incluidas las de carácter subjetivo. Al fin y al cabo, nació sancionando la división entre obrero común y obrero con ascendencias artesanas, entre los trabajadores de sexo distinto, entre obreros y empleados”. Umberto Romagnoli. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social, mayo de 1997.

⁴² “Desde sus inicios, el Derecho del Trabajo ha luchado no solo contra la desigualdad en sentido vertical, esto es, aquella que se presenta entre un trabajador y un empleador, sino también se enfoca a la realización de la igualdad en sentido horizontal, esto es, entre trabajadores, unificando los derechos mínimos inderogables en ámbitos tendencialmente homogéneos y progresivos”. Giorgio Ghezzi y Umberto Romagnoli. *Il Rapporto di Lavoro...*, ob. cit.

características propias del trabajo realizado, a ciertos grupos que redunden en ventajas productivas derivadas de tratos discriminatorios.

En el caso colombiano, la conquista jurídica internacional y nacional de la prohibición de cualquier forma de discriminación contrasta con los indicadores de medición de la desigualdad en los ingresos que, de acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, para julio de 2014, alcanzó el puesto 12 en los países con mayor desigualdad que deriva del 53,9% en el coeficiente de Gini.⁴³

2.2. Convenios de gobernanza (prioritarios)

La estrategia de intervención internacional estipula un catálogo de instrumentos prioritarios en las actividades tendientes a su ratificación en virtud de la importancia para el sistema de gobernanza global. Por ello, en la declaración de 2008 sobre la justicia social para una mundialización equitativa, la OIT relacionó los convenios en que deben acentuarse las medidas tendientes a su ratificación para cooperar en la ejecución del sistema de gobernanza global.

Los convenios de gobernanza se articulan con los objetivos estratégicos de intervención que contiene el instrumento que se analiza, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social, y los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En este sentido, la declaración sobre la justicia social, como parte de los mecanismos de asistencia a los miembros de la organización, pone el acento en aquellos convenios con mayor peso para el cumplimiento de la gobernanza. Sobre el particular, la declaración sostiene:

El director general tomará las medidas necesarias, incluida la formulación de propuestas ante el Consejo de Administración, cuando proceda, para prever los medios a través de los cuales la Organización asistirá a sus miembros en los esfuerzos que desplieguen en virtud de la presente declaración. Esas medidas incluirán la revisión y la adaptación de las prácticas institucionales y la gobernanza de la OIT según se indica en la declaración, y deberían tener en cuenta la necesidad de velar por:

(...)

⁴³ El coeficiente Gini constituye una medida de desigualdad correspondiendo 0 a la igualdad perfecta y 100 a la desigualdad perfecta.

vi) La elaboración, actualización y promoción de la lista de normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza.⁴⁴

Así pues, la efectividad de la adecuación de los instrumentos proferidos por la OIT para la gobernanza global, tendientes a afrontar la crisis económica e intervenir en las relaciones laborales deslocalizadas, supone priorizar los estímulos a la ratificación de los convenios en cuestión.

En este punto es necesario precisar que, de la misma forma que los derechos fundamentales en el trabajo, no se trata de otorgar categoría jurídica superior a los convenios considerados prioritarios, sino de resaltar la importancia de su ratificación para el sistema internacional de relaciones laborales. Por otro lado, estos convenios, no obstante estar sometidos a los procedimientos de ratificación tradicionales para su exigibilidad, se consideran parte integral de la estrategia de recuperación frente a la crisis económica y el retroceso en el ámbito del acervo de garantías laborales.⁴⁵

El enfoque de intervención internacional han considerado cuatro convenios prioritarios (inspección de trabajo, política de empleo, inspección de trabajo en agricultura y diálogo social), que se integran a los ocho fundamentales por conducto de la OIT y de sus instrumentos de ratificación y aplicación, otorgando prelación a estas clasificaciones complementarias en el momento de regular las relaciones laborales universalizadas, en el marco de la crisis económica, como se reconoce en el numeral 2.º del artículo 14 del pacto mundial por el empleo de 2009:

Además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito.

⁴⁴ El Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), así como las normas que se indiquen en futuras listas actualizadas.

⁴⁵ “La promoción constante del trabajo decente requiere crear potencial e instituciones nacionales capaces de promover el empleo, amén de fortalecer los sistemas nacionales a fin de garantizar el cumplimiento de las normas del trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y consultas tripartitas. Esto reviste especial importancia en el actual contexto de crisis económica mundial y en vista de los riesgos de incremento prolongado del desempleo, el retroceso de la protección de los trabajadores y el recrudecimiento de la pobreza”. Organización Internacional del Trabajo. *Plan de acción 2010-2016 para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza*. Ginebra: OIT, 2011.

Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, la relación de trabajo, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (ssr), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social.

Los cuatro convenios antes mencionados son especialmente promovidos en las actividades de asistencia técnica impulsadas por la OIT con miras a su ratificación perfecta, es decir, por la totalidad de los miembros de la organización.⁴⁶ La tabla 8 refleja el panorama en relación con la ratificación de los convenios catalogados como prioritarios frente al proceso de adecuación global de los instrumentos internacionales de acuerdo con la composición regional de la OIT.

Tabla 8. Ratificación convenios de gobernanza

Región	C 081 Inspección de trabajo	C 122 Política de empleo	C 129 Inspección de trabajo (agricultura)	C 144 Consulta tripartita
África (54 países en la OIT)	43	20	9	37
América (35 países en la OIT)	28	22	9	29
Asia (34 países en la OIT)	14	14	1	19
Estados Árabes (11 países en la OIT)	10	4	1	5
Europa (51 países en la OIT)	47	47	32	43

Fuente: Datos tomados del sistema de información Normlex (Information System on International Labour Standards) de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴⁶ “Al aumentar énfasis en los convenios sobre gobernanza y sobre la base de las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración, la campaña de ratificación iniciada por el director general se hizo extensiva a esos instrumentos. Además, en el contexto del seguimiento de la Declaración sobre la Justicia Social, en su 306 reunión (noviembre del 2009), el Consejo de Administración adoptó un plan de acción concebido para lograr la ratificación generalizada y la aplicación efectiva a nivel nacional de los cuatro convenios sobre gobernanza”. Organización Internacional del Trabajo, Consejo de Administración. *Ratificación y promoción de los convenios fundamentales y de los convenios sobre gobernanza de la OIT*, 310.^a reunión, Ginebra, marzo de 2011.

2.2.1. Inspección de trabajo (Convenio 81 de la OIT)

Una de las principales funciones de la administración del trabajo es la inspección laboral, reconocida en el Convenio 150 de 1978 como parte de las “actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo”.

La efectividad de las disposiciones contenidas en el ordenamiento laboral cuenta con un sistema complementario de control y vigilancia en los países miembros de la organización que opera a través de la denominada administración e inspección del trabajo, constituyéndose en el primer componente de la gobernanza global. Para tal fin, el instrumento base es el Convenio 81 de 1947, que asigna una triple función a las autoridades que desarrollan la inspección de trabajo:

1. Verificar el cumplimiento de las disposiciones concernientes al desarrollo de las relaciones laborales.
2. Asesorar a empleadores y trabajadores en el cumplimiento de las disposiciones antedichas.
3. Dar traslado a la autoridad competente de las actuaciones de abuso contrarias al sistema laboral que no estén específicamente previstas en el ordenamiento.

La importancia de la tarea de inspección dentro del sistema laboral se infiere de las funciones descritas, que otorgan una naturaleza mixta de control de legalidad sobre las actuaciones laborales y asistencia en la aplicación de las normas a los sujetos de las relaciones de trabajo.

Si bien el sistema laboral cuenta con los mecanismos de garantía judicial contenidos en el ordenamiento jurídico general, los temas derivados del trabajo en función de su carácter vital demandan sistemas complementarios que den efectividad a las normas que disciplinan la materia para garantizar tanto la celeridad como la facilidad de acceso que se evidenciaron desde el nacimiento del ordenamiento que regula la ecuación capital-trabajo.⁴⁷ En

⁴⁷ “Desde las primeras manifestaciones de un *Derecho obrero o social*, la idea de un control independiente de la legislación nacional de trabajo aparece como prioridad. Aún más, el primer Congreso en Berna de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (1905) concluyó la necesidad de adoptar un convenio internacional sobre inspección de trabajo. De alguna forma en estos “movimientos” se percibía que el nuevo orden laboral necesitaba una intervención específica, más allá de

este orden de ideas, en criterio de la OIT el sistema de asesoría y control de legalidad asignado a la inspección de trabajo debe ser administrado por una autoridad central de la administración pública encargada de coordinar y direccionar las políticas de inspección, sin que ello impida la implementación de cuerpos descentralizados de actuación. Así lo refleja el informe relativo a la administración e inspección de trabajo presentado en el marco de la 100.^a Conferencia Internacional del Trabajo:

La designación de una autoridad central en materia laboral es el medio para garantizar la coordinación efectiva en el marco de todo el sistema. La experiencia demuestra que la colocación del sistema de inspección bajo la dirección de una autoridad central facilita la adopción y la aplicación de políticas destinadas a asegurar un cumplimiento uniforme a nivel nacional. También permite un uso racional de los recursos disponibles, en especial porque limita la duplicación innecesaria de trabajo y de procesos de toma de decisiones. Sin embargo, debe señalarse que la referencia a una autoridad central no debe interpretarse en modo alguno como una centralización o la colocación de la inspección del trabajo bajo el control directo y exclusivo de una autoridad nacional central. Así, la inspección del trabajo deberá estar bajo la supervisión y el control de una autoridad central solo en la medida en que ello sea compatible con la práctica administrativa del Estado miembro (art. 4, apartado 1); en el caso de un estado federal, el término “autoridad central” puede significar una autoridad federal o una autoridad central de una entidad confederada (art. 4, apartado 2).

La calificación de convenio de gobernanza dada al instrumento de referencia se explica en la necesaria adecuación de los sistemas de control de las normas laborales, como parte de la estrategia global frente a la crisis y el sistema global de relaciones laborales, de forma que se eliminen progresi-

la judicial”. María Luz Vega Ruiz. *Administración del trabajo: asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la inspección de trabajo* Ginebra: OIT, abril de 2009.

vamente las ventajas comerciales de un sistema precario de inspección y/o protección laboral.⁴⁸

Como instrumento complementario, la OIT adoptó en 1995 un “Protocolo relativo al convenio sobre la inspección en el trabajo” con el objeto de extender las normas del Convenio 81 (destinado exclusivamente a las empresas industriales y comerciales) “a las actividades del sector de los servicios no comerciales”.

En materia de tratados de libre comercio (véase numeral 1.4.3 del capítulo 1) se encuentran manifestaciones concretas en materia de inspección de trabajo como fórmula de control de legalidad que contribuya al respeto de las garantías laborales evitando el *dumping social*. En ese sentido, el contexto del TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América evidencia, en materia de inspección, pone el acento en los compromisos para consolidar dicha función en cabeza del Ministerio de Trabajo colombiano como respuesta a los cuestionamientos de precariedad en el respeto de derechos laborales en el país que dificultaron la firma del acuerdo.

El texto del plan de acción entre los Gobiernos colombiano y estadounidense previo a la suscripción del TLC incluye para Colombia el deber de ampliar el número de inspectores con el fin de intensificar el control de las medidas legales adoptadas en el mismo proceso de negociación del acuerdo:

El Gobierno colombiano dispondrá de partidas presupuestales para la contratación, por medio de concurso, de 480 nuevos inspectores de trabajo durante un período de cuatro años, incluyendo la contratación al menos de 100 nuevos inspectores del trabajo durante 2011.

⁴⁸ “La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa del 2008 reconoció la necesidad de ‘fortalecer la capacidad de la OIT para asistir a sus miembros en los esfuerzos para alcanzar los objetivos de la OIT en el contexto de la globalización’, e identificó la administración y la inspección del trabajo como áreas de importancia vital para alcanzar este objetivo.

El Departamento (LAB/ADMIN), que fue creado en abril del 2009, refleja el compromiso continuo de la OIT para desarrollar la capacidad de los sistemas de administración del trabajo para implementar el Programa de Trabajo Decente de la OIT, a través de la elaboración e implementación de políticas laborales. También trabajamos para fortalecer los sistemas de inspección del trabajo de manera que sean herramientas modernas y eficaces para la buena gobernanza. Esto significa establecer y fortalecer el marco legal e institucional de la administración del trabajo y de las inspectorías del trabajo. También significa garantizar una coordinación eficiente entre las diversas administraciones e instituciones que se ocupan de temas y políticas sociales”. Giuseppe Casale. *Administración e inspección del trabajo: Herramientas esenciales para una buena gobernanza mundial*. Ginebra: OIT, 31 de mayo de 2011.

El Ministerio de Hacienda aprobará la reasignación presupuestal para financiar la contratación de los primeros 100 inspectores. Para el 22 de abril del 2011, el Ministerio de Protección Social expedirá el decreto para la contratación y capacitación de los inspectores y realizará la contratación y capacitación de estos inspectores antes del 15 de diciembre del 2011. El Gobierno de Colombia garantizará que la financiación para al menos 100 inspectores adicionales se incluya en el presupuesto del año 2012 a más tardar el 30 de mayo del 2011. Se prevé su aprobación final por el Congreso en octubre del 2011.

Como ya se advirtió, las medidas adoptadas para fortalecer la inspección están permeadas por un déficit democrático que emana del compromiso derivado del acuerdo comercial que se impone para la suscripción del tratado.

2.2.2. Política de empleo –El Programa Global de Empleo– (Convenio 122 de la OIT)

Como parte de la estrategia de gobernanza global para afrontar la crisis económica, la OIT declara la centralidad del trabajo como pasaporte de la que el profesor Romagnoli ha denominado “ciudadanía industrial”, que confiere el acceso y disfrute de derechos propios del estatus de ciudadano más allá de las garantías civiles y políticas de partida que antaño otorgaba dicha condición.

Como se refirió en el numeral 1.2, los patrones de protección de los derechos laborales derivan de la efectiva posibilidad de contar con un empleo; en esa medida, la intervención global que propone la OIT supone la formulación de medidas y políticas tendientes a la promoción del acceso al trabajo como medio lícito de obtención del rédito de subsistencia.

En virtud de las anteriores premisas, la estrategia global para afrontar la crisis económica considera fundamental el Convenio 122 de la OIT, suscrito en 1964, que se ocupa de las políticas de empleo para la satisfacción de necesidades de la población trabajadora mediante la formulación de políticas activas de fomento del empleo que redundan en la reducción de los índices de desempleo.

De acuerdo con el instrumento en estudio, el norte de la política activa de los países debe ser fijado con base en tres objetivos: (i) oferta de trabajo para la población que busca ingresar al mercado laboral; (ii) productividad de los trabajos; (iii) libertad de escogencia, posibilidades de capacitación y elimina-

ción de criterios discriminatorios en la selección. En virtud de lo anterior, se ha reconocido progresivamente la necesidad de implementar políticas públicas para el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Así lo reconoce el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones con base en los hallazgos normativos en materia de empleo:

En tal sentido, la comisión observa que algunos países han identificado el vínculo que existe entre el diseño y la aplicación de una política relativa al empleo, con el ejercicio del derecho al trabajo. Por ejemplo, en el artículo 30 de la Constitución de Benín de 1990 se establece que “el Estado reconocerá a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y procurará crear las condiciones que hagan posible el goce efectivo de este derecho y garantizará a los trabajadores el pago de una remuneración justa por sus servicios o por los bienes que produzcan”. En el artículo 20 de la Constitución de los Emiratos Árabes Unidos de 1971 se dispone que “la sociedad valorará el trabajo como la piedra fundamental en la que se basa su progreso. Tratará de proporcionar trabajo a sus ciudadanos, velar por que éstos estén debidamente calificados y crear condiciones adecuadas para ello, mediante leyes que protejan los derechos de los trabajadores y los intereses de los empleadores, a la luz de la legislación laboral internacional más avanzada”. Asimismo, en el artículo 80 de la Constitución de Nicaragua de 1987 y en el artículo 60 de la Constitución de Panamá de 1972 se establece que el trabajo es un derecho y que el Estado diseñará políticas laborales encaminadas a promover el pleno empleo.⁴⁹

En este orden de ideas, en el año 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la OIT el diseño de una estrategia de empleabilidad que dio como resultado el “Programa global de empleo”,⁵⁰ columna vertebral

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo. “Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración del 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2010.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo. *Examen de los Elementos Fundamentales del Programa Global del Empleo*. Ginebra: Consejo de Administración, Comisión de Empleo y Política Social de la OIT, 2003.

de la estrategia de la OIT en esa materia cuyos componentes se enumeran y describen a continuación.

1. Promoción del comercio y la inversión para fomentar el empleo productivo y abrir los mercados a los países en desarrollo

El programa reconoce las asimetrías que se presentan en el contexto del comercio mundial, que incluye la relación entre países con distinto grado de desarrollo económico, por lo cual se plantea la intervención de la OIT en la negociación de los acuerdos comerciales para lograr reportes equitativos que contribuyan al “aumento de la creación de empleo y la disminución de la pobreza”. El documento presenta formula como una directriz para los países en vías de desarrollo el tránsito de sus economías basadas en productos básicos a manufacturados mediante la inversión en infraestructura y entrenamiento de los trabajadores. Por otra parte, puesto que en el contexto de la globalización la asimetría entre países se acentúa considerablemente, el documento evidencia la necesidad de intervención global, por conducto de la OIT, para “contribuir a la disminución de los costos sociales de la liberalización del comercio, así como también a la mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo”.

2. Promoción de los avances tecnológicos para propiciar una mayor productividad, la creación de empleo y la mejora de los niveles de vida

El desarrollo tecnológico y de la información constituye un factor producto de la globalización que permea el mundo del trabajo rediseñando las modalidades clásicas de ejecución de la relación de trabajo. Si bien las nuevas formas de trabajo basadas en los avances tecnológicos reducen tiempos de desplazamiento y costos fijos de administración, en ocasiones resultan invasivas y/o limitantes de la vida personal y familiar de los trabajadores. No obstante, también son mecanismos para la inserción laboral de grupos poblacionales con necesidades de trabajo a distancia (madres con hijos en edades tempranas, discapacitados, entre otros), así como alternativas productivas de servicios con soportes tecnológicos como fuente de generación de empleo.

La propuesta de intervención contenida en el documento centra la atención en dar apoyo en materia de educación y formación básica para el acceso a los sistemas que habilitan el desarrollo de las modalidades de trabajo basadas en las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's). Asimismo, promueve la transferencia de tecnología a los países en vías de desarrollo a

través de “las actividades de las empresas multinacionales y las políticas que aumentan la preparación de la fuerza de trabajo y, por consiguiente, la capacidad de absorción de los mercados de trabajo de los países en desarrollo”.

3. Promoción del desarrollo sostenible para asegurar medios de vida sostenibles

La promoción del trabajo decente y su componente de empleabilidad mantienen un vínculo irrompible con la protección del medio ambiente. El sistema productivo global debe ser intervenido para superar las deficiencias de gobernanza en materia de conservación y generación de empleo en concordancia con el cuidado ambiental.

Así como el ordenamiento laboral evidencia la necesidad de encontrar mecanismos de gobernanza global para la generación de trabajo decente, el cuidado del medio ambiente, a través de la implementación de medidas universales que se articulan en un sistema armónico de intervención global, es fundamental para reducir el impacto negativo del sistema productivo en los recursos naturales. En este sentido, las políticas que versan sobre la generación de empleo deben incluir compromisos de reducción de los efectos ambientales nocivos a consecuencia de la actividad económica de producción.

Los objetivos globales de empleo y desarrollo sostenible formulados por la OIT se encuentran en la categoría “empleos verdes”, definidos como aquellos que

reducen el impacto ambiental de las empresas y los sectores económicos, hasta alcanzar en definitiva niveles sostenibles. En el informe se entiende por empleos verdes el trabajo en la agricultura, la industria, los servicios y la administración que contribuye a conservar o restablecer la calidad ambiental.

Los empleos verdes contribuyen en forma decisiva a reducir la huella ambiental de la actividad económica. Esta reducción es gradual y los empleos contribuyen en diferentes medidas. Por ejemplo, los trabajadores que fabrican automóviles híbridos o de bajo consumo contribuyen a la reducción de las emisiones resultantes del transporte menos que los que trabajan en el transporte público.⁵¹

⁵¹ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, septiembre de 2008.

Los empleos verdes son una de las alternativas para superar la crisis global, pues combinan estrategias laborales y ambientales de atención a las problemáticas de desarrollo sostenible derivadas de la globalización; países como “China, Estados Unidos, República de Corea, Japón y la UE han adoptado medidas de reactivación de las economías con importantes inversiones verdes”.⁵²

4. Política macroeconómica para fomentar el crecimiento y el empleo, un llamamiento a la integración de políticas

La política global de generación de empleo no puede ser formulada sin considerar los elementos macroeconómicos que influyen en ella. Por ello se recomienda la asistencia técnica de la OIT en el diseño de las diversas políticas involucradas en ella (monetarias, fiscales, cambiarias, etcétera). De acuerdo con el programa global de empleo, la problemática que ha generado el proceso de globalización en materia de empleo no solo ha sido el resultado de las deficiencias en materia de formación y capacitación de la fuerza de trabajo, sino también de la insuficiente capacidad de adaptación de la demanda “para una población que sigue creciendo”.⁵³

En relación con la formulación de políticas públicas para la generación de empleo, las deficiencias en esa materia son evidentes sobre todo en las regiones que comparten acuerdos de integración, como la UE, pues la integración monetaria restringe la facultad individual de devaluar la moneda a fin de obtener ventajas competitivas. Por otro lado, para potenciar el desarrollo de la región se requieren medidas de redistribución de excedentes comerciales de cada nación:

Sin duda se precisan reformas cuando los costos laborales suben más rápido que la productividad por trabajador, o cuando el déficit fiscal o comercial se vuelve insostenible. Las reformas funcionan mejor cuando se recurre al diálogo social. Y hay muchas formas de sanar una economía, por ejemplo: fomentando la inversión, estableciendo

⁵² Organización Internacional del Trabajo. *Programa empleos verdes de la OIT*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.

⁵³ Según el documento en estudio: “Lograr incorporar a más de 1.000 millones de personas en los diez próximos años, la mayoría en los países en desarrollo, ya sea en el primer empleo o en empleos más productivos, supone un gran potencial de crecimiento económico, pero también el peligro de que sigan creciendo el desempleo, el subempleo y la pobreza”.

un sistema impositivo que sea justo, mediante la innovación y formación de la fuerza laboral, etc.

Evitar devaluaciones competitivas de la moneda era precisamente uno de los objetivos de la moneda única. También es necesario reequilibrar la economía hacia la demanda interna en países con grandes excedentes comerciales, comenzando por Alemania, cuyo excedente durante los últimos doce meses ha superado el de China.⁵⁴

En este punto conviene resaltar la importancia de conceder a cada país la libertad para establecer sus propias políticas conforme al mandato popular propio, reducido considerablemente en razón del nivel de endeudamiento de algunos países con instituciones financieras.

De cualquier forma, el diseño de la macroeconomía global debe considerar como objetivo central una globalización más justa, que cuente con asesoría técnica a fin de aumentar la demanda de trabajo inclusiva y central en la coordinación de políticas de cada país.

5. Promoción del empleo decente a través del espíritu empresarial

El elemento en análisis emana del principio fundamental “el trabajo decente como factor de producción” establecido por el programa global de empleo.

Si bien el aumento del desempleo a consecuencia de la crisis económica es uno de los efectos que requiere más atención en materia de políticas públicas, la generación de empleo debe estar encauzada hacia el respeto de las categorías de trabajo decente.⁵⁵ Y aunque el documento en estudio reconoce la importancia del Estado en la creación de puestos de trabajo, advierte una inversión de la tendencia, mostrando al sector privado como la principal fuente de empleo a través de pequeñas y medianas empresas.

En virtud de lo anterior, se recomienda afianzar los procesos de estructuración de la demanda de trabajo por medio de la reducción de costos y trámites

⁵⁴ Egger Philippe. *Competitividad y empleo: la cuadratura del círculo*. Ginebra: Oficina de programación y gestión ort, 2012.

⁵⁵ En este sentido, el Pacto Mundial por el Empleo suscrito en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009 señala: “Con el objeto de limitar el riesgo del desempleo de larga duración y de la extensión del empleo informal, fenómenos que son difíciles de invertir, tenemos que apoyar la creación de empleo y ayudar a la gente a encontrar trabajo. Para lograrlo, estamos de acuerdo en que el objetivo del empleo pleno y productivo y el trabajo decente debe ponerse en el centro de las respuestas a la crisis”.

en la creación de empresas, de la consolidación de las líneas de crédito para tal fin, así como de la formación empresarial para que las empresas puedan establecerse más fácilmente en la economía formal y, por ende, crecer y proporcionar empleo productivo. De esta forma, estimular la iniciativa empresarial se constituye en una de las alternativas más confiables de atención a las problemáticas de desempleo por vía de intervención en la demanda, ya que se ha evidenciado que el incremento de las variables de creación de empresas lleva aparejado el aumento del nivel de empleabilidad.

6. Empleabilidad a través de la mejora de los conocimientos y de las calificaciones

Como complemento a la promoción de trabajo decente, se aboga por la atención de la oferta a través de la capacitación a fin de elevar la cualificación de la fuerza de trabajo. No cabe duda de que en tiempos de crisis la formación de los trabajadores es la fuente principal de la oferta que permite y, al mismo tiempo, que se muestra como mecanismo eficaz de adaptación a las necesidades de nuevos conocimientos en la empresa. Así mismo, la educación, que debería ser impartida desde los niveles básicos en los países con menor desarrollo, demanda responsabilidad por parte de los Gobiernos en las acciones para incrementar la empleabilidad y mayores posibilidades de participación democrática en las decisiones.

En materia de desempleo juvenil, para afrontar el reto de reducir la cifra de sesenta y seis millones de desempleados, según las cifras que presenta el documento, la promoción de los servicios de formación y capacitación es uno de los instrumentos centrales de la estrategia global.

La Recomendación 195 de 2004 de la OIT es el instrumento de referencia que promueve el “aprendizaje permanente” como derecho universal para satisfacer las necesidades de la demanda de nuevas competencias del sistema de desarrollo sostenible en la sociedad del conocimiento. Además, reconoce la utilidad del acceso a programas de capacitación y formación diseñados para reducir las desigualdades en el ámbito laboral, sin perjuicio de constituir medio idóneo de transformación de los empleos informales en trabajos decentes “integrados en la vida económica”. Asimismo, aboga por la incorporación de programas de aprendizaje previos al empleo, en coordinación con aquellos dirigidos a los desempleados:

Los miembros deberían establecer, mantener y mejorar un sistema educativo y de formación coordinado, dentro del concepto de aprendizaje permanente, teniendo en cuenta la responsabilidad principal que corresponde al gobierno en materia de educación, formación previa al empleo y de formación de los desempleados, reconociendo la función de los interlocutores sociales en lo que se refiere a la formación posterior, en particular, el papel fundamental que incumbe a los empleadores en la facilitación de oportunidades de adquirir experiencia laboral.

La educación y la formación previa al empleo abarcan la educación básica obligatoria, que comprende la adquisición de los conocimientos fundamentales y las habilidades de lectura, escritura y cálculo, así como la utilización adecuada de las tecnologías de la información y la comunicación.

7. Políticas de mercado de trabajo activas para el empleo, la seguridad en el proceso de cambio, la equidad y la reducción de la pobreza

En atención a las transformaciones del sistema productivo, para afrontar la pérdida de puestos de trabajo y mantener los actuales, se reconoce la necesidad de intervenir con medidas de reajuste económico y adaptación de las empresas como fuente de trabajo a través de políticas activas de empleo. Asimismo, la seguridad y la estabilidad del trabajador deben ser acompañadas con la flexibilidad de la empresa para conceder la ductilidad necesaria en los períodos de contracción de la economía. En ese sentido, se aboga por proporcionar amortiguadores sociales a los trabajadores que han sido excluidos del sistema laboral a consecuencia de las mutaciones económicas. Otra recomendación es acentuar tanto en el sector público como en el privado las inversiones en aquellos renglones que requieren “alta densidad de empleo”, la cual debe ser complementada con el fomento de la negociación colectiva como instrumento idóneo y flexible de protección de la calidad de los trabajos en períodos de crisis.

Por otra parte, entre los cambios provocados por la globalización se encuentra la deslocalización de todos los factores de producción, incluidos los trabajadores. Así, el documento en estudio registra “120 millones de trabajadores que laboran en países distintos al de origen”; este hecho demanda una

estrategia de protección de la fuerza de trabajo migrante como vertiente de la globalización laboral.

8. La protección social como factor productivo

El trabajo, como elemento de inclusión y personalidad social, se complementa con la dimensión de aseguramiento de las contingencias a que se ven expuestos los seres humanos para acceder a un rédito que les permita satisfacer sus necesidades básicas. Desde esa perspectiva, el objeto del sistema de protección social consiste en asistir a la fuerza trabajadora en situaciones de afectación o disminución de la capacidad laboral, para dotarla del ingreso que le permita acceder a bienes y servicios esenciales. Los amortiguadores sociales⁵⁶ son una herramienta de sustitución de ingresos en situaciones de paro masivo por efecto de la contracción de la economía, cuando se requieren sistemas que suministren recursos a los desempleados para estimular el consumo interno.

De la misma forma, el aumento de la esperanza de vida de la población como consecuencia de los adelantos médicos,⁵⁷ junto con la disminución de trabajos formales que contribuyan en los porcentajes específicos a los sistemas nacionales, redundan en desequilibrios financieros que colapsan los sistemas. El Programa Global de Empleo aboga por la promoción de sistemas nacionales de protección social basados en la socialización del riesgo a través de las diversas manifestaciones del principio de solidaridad, acompañados por

⁵⁶ “Si un primer perfil de la intervención pública en el mercado de trabajo está constituido por cómo orientar, formar, colocar, hacer móvil la oferta, un segundo plano está dado por cómo sostener el rédito de la mano de obra desocupada y ocupada, pero suspendida del trabajo y de la retribución. El legislador, adoptando el lenguaje sindical, habla de ‘amortiguadores sociales’, a pesar de la indeterminación de la noción, refiriéndose a toda una serie instrumentos de sostenimiento al rédito profundamente diversos entre ellos caracterizados por un único objetivo: suavizar (amortizar, precisamente) los efectos desfavorables que determinados eventos tienen en la vida (*rectius*, respecto del rédito) de los sujetos”. Franco Carinci et ál. *Diritto del Lavoro*..., ob. cit., vol. 2.

⁵⁷ “La crisis tiene muchas causas. Baste pensar en los progresos de la medicina que, alargando las expectativas de vida, han sacudido los equilibrios financieros en los que los entes previsionales erogadores de pensiones podían antes confiar. Sin embargo, a nadie se le ocurre resolver la crisis bloqueando la investigación científica en el sector sanitario o incentivando el incremento demográfico con premios de natalidad dispensados con la mentalidad de un Gran Limosnero, o también moviendo de golpe la edad pensionable en proximidad a aquella en la cual en promedio se muere: de los 65 años, de los tiempos del canciller alemán que al final del 800 introdujo el primer sistema previsional obligatorio, a los 80 de este inicio de milenio”. Umberto Romagnoli. *El Derecho del Trabajo del 900*..., ob. cit.

otros sistemas alternativos de financiación, entre los cuales se cuenta el *fondo fiduciario global*.

9. Seguridad y salud en el trabajo: sinergias entre seguridad y productividad

El Programa Global de Empleo considera como elemento fundamental la atención de riesgos laborales, ya que los indicadores que presenta permiten prever que “el número de personas para quienes la enfermedad y los accidentes suponen la pérdida de trabajo por períodos de duración diversa supere el número total de desempleados en el mundo”.

La estrategia de la Organización Mundial de la Salud (oms) y de la oit procura brindar asesoría técnica en la prevención de riesgos tanto a los Gobiernos como a las empresas para reducir las contingencias provocadas por del desarrollo de las labores encomendadas. La negociación colectiva resulta determinante en la estrategia de prevención, pues la participación de los interlocutores sociales en la identificación de los riesgos y las medidas preventivas *in situ* aporta parámetros de acción en la materia. De igual forma, se reconoce la alta inversión de capital que supone la adopción de las medidas de reducción de los riesgos laborales no obstante el beneficio directo a la empresa, en la medida en que la disminución de accidentes y enfermedades laborales redunda en el aumento de la productividad, fundamento de la consigna “seguridad es rentable” que el documento defiende.

10. Empleo productivo para reducir la pobreza y promover el desarrollo

Una de las principales problemáticas a la que se enfrentan las economías de los países es la pobreza. Por tanto, es necesario incrementar las inversiones con el objetivo de generar empleos formales y productivos, en especial en los sectores agrícolas y rurales donde se concentra los mayores niveles de pobreza.

Las evidencias indican que la informalidad de la economía es una de las causas efectivas del subempleo y la pobreza, aspecto en el cual debe centrarse la intervención global encaminada a la creación de empleos sostenibles. En este sentido, la informalidad caracteriza en mayor medida a las economías de los países en vías de desarrollo, los cuales reciben menos beneficios de la integración que supone la globalización de los mercados. Los trabajadores informales

están menos protegidos, son más vulnerables a los cambios repentinos en las condiciones del mercado, tienen que aceptar recortes considerables en sus sueldos cuando cambia la situación y tienen menos probabilidades de participar en programas (formales) de enseñanza y capacitación financiados por las autoridades estatales.⁵⁸

Las instituciones financieras de orden mundial reconocen que para alcanzar el objetivo estructural de reducción de la pobreza⁵⁹ es necesaria la articulación de sus políticas con otras de gobernanza global a través de los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza (DELP), propuestos para los tres primeros lustros del nuevo milenio:

El enfoque de los DELP, puesto en marcha por el FMI y el Banco Mundial en 1999, se traduce en una estrategia integral de reducción de la pobreza que parte de los países. La introducción de estos documentos supuso un reconocimiento, por parte de ambas instituciones, de la importancia de que los países se identifiquen con los programas de reforma y de la necesidad de prestar una mayor atención a la reducción de la pobreza. Los DELP buscan establecer el vínculo esencial entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, el respaldo de los donantes y los resultados en materia de desarrollo necesarios para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas, que se centran en reducir la pobreza a la mitad entre 1990 y 2015.⁶⁰

El Programa de Empleo Global reconoce la pobreza no sólo en la eliminación del ingreso producto de la situación de desempleo de la población, que deriva su renta del trabajo, sino también de consiguiente exclusión de los sistemas de protección social.

⁵⁸ Marc Bacchetta. "La globalización y el empleo informal en los países en desarrollo". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, 2009.

⁵⁹ Según cifras oficiales del DANE la incidencia de la pobreza en Colombia para el año 2011 fue del 34,1%. Es preciso indicar que el parámetro de medición de la pobreza está determinado por los individuos que devenguen ingresos mensuales de menos de 194.469 pesos (110 dólares).

⁶⁰ Fondo Monetario Internacional. *Documentos de estrategia de lucha contra la pobreza (DELP)*, actualizado a septiembre de 2012.

2.2.3. Inspección de trabajo –agricultura– (Convenio 129 de la OIT)

La inclusión del Convenio 129 de 1969 en el elenco de instrumentos de gobernanza refleja el alcance de la labor de inspección en un sector particularmente difícil, dada la tipología plural de las relaciones laborales que lo caracteriza.⁶¹ En ese sentido, la labor de inspección se dificulta debido a las distancias y el carácter estacional de gran parte de los vínculos laborales, por lo cual algunos países han optado por destinar unidades específicas que se encargan de ella.⁶²

El preámbulo del Convenio 129 declara la necesidad de suscribir, para las actividades agrícolas, un convenio específico de inspección en virtud del alcance limitado del Convenio 81 referido a actividades industriales y comerciales. Por tanto, los Estados se obligan a constituir un sistema de inspección en actividades de agricultura con base en la triple función que el Convenio 81 considera en relación con la inspección de trabajo. Así pues, el artículo 6.º del Convenio 129 señala:

El sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar; empleo de mujeres y menores, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones; b) proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores

⁶¹ “El Convenio número 129 refleja la voluntad de los miembros de la OIT de garantizar, mediante un instrumento que tenga fuerza jurídica vinculante, la protección del mayor número posible de trabajadores, dentro de un sector económico muy diversificado, por lo que respecta no sólo al status jurídico de la propiedad de las explotaciones, sino también a las formas de las relaciones laborales”. Organización Internacional del Trabajo. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”. Ginebra: OIT, 2006.

⁶² “En determinadas estructuras centrales, la inspección tiene un departamento encargado del sector agrícola, este es el caso de la División de Agricultura de la Inspección del Trabajo de El Salvador, que utiliza procedimientos de inspección específicos, entre ellos, una inspección de prevención que no puede resultar en una multa, puesto que, en primera instancia, tiene una finalidad informativa. La República Árabe Siria tiene una unidad de inspección del trabajo para el sector agrícola que pertenece a la Dirección Central de Relaciones Agrícolas, que únicamente se ocupa del cumplimiento de la legislación específica para este sector”. Organización Internacional del Trabajo. *Administración del Trabajo e Inspección del Trabajo*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011.

sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
c) poner en conocimiento de la autoridad competente los defectos o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes, y someter a ella proposiciones para mejorar la legislación.

En la misma línea, resulta pertinente traer a colación la Recomendación 133 de 1969, sobre la inspección de trabajo en agricultura, que contribuye al respeto de los derechos y el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores que participan en el proceso de explotación del producto agrícola. La recomendación centra en cuatro frentes las actividades de inspección en el sector agrícola: (i) formación profesional de los trabajadores; (ii) servicios sociales en la agricultura; (iii) cooperativas; y (iv) asistencia obligatoria a las escuelas.

2.2.4. Consulta tripartita (Convenio 144 de la OIT)

El diálogo social se constituye en el elemento esencial del trabajo decente (véase numeral 1.4 de este capítulo) y es parte integral de las temáticas de gobernanza como método de inclusión de los interlocutores sociales en las decisiones que les incumben. El Pacto Mundial por el Empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009 incluyó el diálogo social entre las medidas para afrontar la contracción de la economía e impulsar el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo.⁶³ No obstante, la naturaleza de las consultas que promueve el instrumento no es vinculante, solo constituyen

⁶³ “Un caso particular es el de los Países Bajos. La práctica del diálogo social nacional periódico, establecida desde hace mucho tiempo, permite a los mandantes tripartitos holandeses responder a la crisis en sus fases iniciales. Desde marzo del 2008, el Gobierno y los interlocutores sociales examinaron las consecuencias inminentes de la crisis y alcanzaron un consenso sobre la importancia que revestía aumentar la participación, en particular reteniendo a los trabajadores de edad avanzada en el mercado del trabajo. En enero del 2009, cuando se extendió la crisis, el Gobierno convocó un equipo especial tripartito, al ver una oportunidad de colaborar con los interlocutores sociales sobre cuestiones urgentes como la prevención de los despidos masivos, el mantenimiento del poder adquisitivo de la población activa y la facilitación de oportunidades de formación a quienes hubieran perdido sus empleos. Asimismo, se adoptó adoptar un enfoque tripartito para modernizar el mercado laboral. Tras semanas de negociación, los interlocutores sociales holandeses convinieron, en marzo del 2009, en adoptar una serie de medidas gubernamentales en las cuales se concedía prioridad a la promoción del empleo mediante la formación, la flexiseguridad y la limitación de los costos de las empresas.” Organización Internacional del Trabajo. *Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del convenio* núm. 144. Ginebra: Departamento de

fuentes de información, la cual se obtiene de las organizaciones de empleadores y trabajadores que respaldan la idoneidad de la toma de decisiones de intervención en las relaciones de trabajo. De acuerdo con el Convenio 144 de 1976, las consultas deben ser abordadas por organizaciones de empleadores y trabajadores libremente escogidos, que se reunirán por lo menos una vez al año con el fin de elaborar las memorias mediante las que podrán ejercer sus actuaciones ante la OIT.

La directriz internacional de gobernanza con referencia al diálogo social contiene como apéndice las recomendaciones 113 y 152. En particular, la recomendación 113 de 1960 promueve como objetivo central de la consulta tripartita la participación y asesoría en la adopción de programas legislativos y de organización de las relaciones laborales:

Tal consulta y tal colaboración deberían tener como objetivo, en particular:

- a. permitir el examen conjunto, por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de cuestiones de interés mutuo, a fin de llegar, en la mayor medida posible, a soluciones aceptadas de común acuerdo;
- b. lograr que las autoridades públicas competentes recaben en forma adecuada las opiniones, el asesoramiento y la asistencia de las organizaciones de empleadores y de trabajadores respecto de cuestiones tales como:
 - i. la preparación y aplicación de la legislación relativa a sus intereses;
 - ii. la creación y funcionamiento de organismos nacionales, tales como los que se ocupan de organización del empleo, formación y readaptación profesionales, protección de los trabajadores, seguridad e higiene en el trabajo, productividad, seguridad y bienestar sociales; y
 - iii. la elaboración y aplicación de planes de desarrollo económico y social.

Por su parte, la Recomendación 152 de 1976 precisa las características de los representantes de los interlocutores sociales en las consultas tripartitas, haciendo hincapié en las propiedades de libre elección, igualdad y formación para la participación efectiva de las organizaciones:

1. Los representantes de los empleadores y de los trabajadores, a efectos de los procedimientos previstos en la presente recomendación, deberían ser elegidos libremente por sus organizaciones representativas.
2. Los empleadores y los trabajadores deberían estar representados en pie de igualdad en cualquier organismo mediante el cual se lleven a cabo las consultas.
3. Se deberían tomar medidas, en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, para facilitar una formación adecuada que permita a los participantes en los procedimientos cumplir con sus funciones de manera eficaz.

3. Cartas sociales continentales

En el ámbito regional se han incorporado mecanismos de promoción del respeto de los derechos fundamentales laborales en contextos de integración económica y liberalización de los mercados. La combinación de instrumentos de derecho *duro* y *blando*, articulados a través de cartas que reconocen el elenco de garantías que debe revestir el trabajo en cualquiera de sus modalidades y que no pueden ser destruidas para favorecer el libre comercio, se han ido incorporando al acervo de normas que fundamentan las decisiones de los tribunales nacionales.

La universalidad de derechos del sistema de relaciones laborales se concentra en las estructuras regionales que promueven una base mínima de garantías extraterritoriales formuladas en Europa y América Latina para contrarrestar la destrucción de derechos que las medidas transnacionales de austeridad proponen como respuesta a la crisis económica.

3.1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Europeo

En 1950, a consecuencia de la connotación eurocéntrica producto del fin de la Segunda Guerra Mundial, se acordó en Roma la formulación de un

instrumento continental que contuviera el elenco de derechos humanos fundamentales que deberían respetar los países europeos para evitar una nueva confrontación, cuyo ámbito de aplicación subjetiva incluye a todos los países de Europa, excepto Bielorrusia y Kazajistán.

El listado de derechos laborales que contiene el catálogo europeo incluye la prohibición de trabajo forzoso (artículo 4.º), el respeto de la libertad sindical (artículo 11) y la prohibición de la discriminación (artículo 14). Se trata de un esquema de garantías sociales con un referente específico de exigibilidad constituido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁶⁴

Así pues, el TEDH, con sede en Estrasburgo, verifica el cumplimiento efectivo de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, interpretando su alcance y sentido, mientras que el TJUE, con sede en Luxemburgo, ejerce control jurisdiccional con referencia al tratado constitutivo de la Unión Europea y sus pilares de integración. En este sentido, la jurisprudencia que emana de Estrasburgo se establece como estadio de realización de los derechos humanos y dique de contención a las libertades económicas protegidas en Luxemburgo, sin que este diseño haya estado exento de colisiones y disfunciones en la solución de conflictos sometidos a los tribunales en cuestión.⁶⁵

⁶⁴ “En principio el ordenamiento interno de cada Estado debería prever las vías para reparar las consecuencias de la violación del derecho, pero si el TEDH considera que el ordenamiento interno no permite una reparación perfecta de esas consecuencias, puede conceder a la parte afectada una satisfacción equitativa (art. 41), que normalmente se concreta en términos indemnizatorios. Al respecto, por ejemplo, véase cómo la satisfacción se concreta en cantidades indemnizatorias en asuntos laborales en STEDH 12 de noviembre del 2008, asunto Demir y Baikara contra Turquía (vulneración del derecho de libertad sindical al negar a sindicatos de funcionarios la negociación colectiva), en STEDH 21 de abril del 2009, asunto Enerji Yapı-Yol Sen contra Turquía (sanción por participación en huelga), o en STEDH 29 de febrero del 2000, asunto Fuentes Bobo contra España (despido atentatorio a la libertad de expresión)”. Carlos L. Alfonso mellado. *El Derecho del Trabajo, referentes constitucionales e internacionales*. Colección Estudios, núm. 75. Madrid: Fundación 1 de Mayo, ccoo, octubre de 2013, p. 43.

⁶⁵ “Claramente, el origen de dicha interferencia se debe a que hoy día conviven en Europa dos sistemas judiciales de protección de los derechos fundamentales. Uno es el del Consejo de Europa, a través de su TEDH, y el otro es el de la UE, a través del TJCE. Y el problema reside en que ambos sistemas no están realmente coordinados ni existe una subordinación de uno a otro. El TEDH se considera legitimado para estudiar cualquier asunto que le llegue y en el que se demande a un Estado parte en el mismo por la presunta violación de uno de los derechos del CEDH. Y ello independientemente del hecho de que esa actuación estatal tenga su origen en la transposición o aplicación de una norma comunitaria.

La consecuencia negativa de este tipo de interferencia procesal consiste en la deslegitimación que sufre la normativa de la Unión, si los órganos del CEDH ejercen un control externo con base en el CEDH. Y

3.2. Carta Social Europea

El proyecto de las Comunidades Europeas diseñado para la integración económica destinó en un primer momento a los ámbitos nacionales la protección de los derechos fundamentales a partir de un esquema posteriormente rediseñado en atención a la demanda de protección social comunitaria.⁶⁶

La adopción de un instrumento que se ocupara de estructurar los derechos fundamentales en el marco de la UE se materializó en la Carta de Niza de 2001, que pretendió enlistar las garantías sociales que debía atender el proceso de integración económica, sin que constituyera norma de carácter vinculante. Años después, en 2004, el intento de promulgar una Constitución europea que sustituyera los tratados constitutivos de la Unión fracasó en los conductos democráticos de ratificación.

El elenco de derechos fundamentales que incorporara las reglas sociales de la UE continuaba pues desprovisto de referentes normativos y sólo hasta el año 2007 el Tratado de Lisboa reconoció a la Carta de Niza el estatus de tratado con carácter vinculante, incorporando la “Carta de Derechos Funda-

por si ello no fuera poco, como resultas de ese control, la instancia de Estrasburgo ha llegado a contradecir la jurisprudencia de los tribunales de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales. En definitiva, las eventuales consecuencias negativas afectan al grado de confianza que se deposita en la garantía de que los derechos fundamentales en la UE están suficientemente protegidos y en el cuestionamiento de la autonomía y primacía del Derecho Comunitario”, Susana Sanz Caballero. “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos en Europa?)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, enero-abril de 2004, p. 120.

⁶⁶ “El problema es que esa apertura se hace no sólo en materias relativas a lo que venimos llamando de contenido social, sino también, y en mayor medida, de índole económica, lo que significa que en el ámbito supranacional, ante una falta de precisiones seguras protectoras típicas del constitucionalismo estatal, podrían adoptarse decisiones que condicionen, limiten o cercenen derechos sociales garantizados tanto en la constitución como en la legislación infraconstitucional de los Estados miembros. Lo que nos abocaría a algo de extremada importancia: a una puesta en cuestión de la democracia misma, no sólo porque las formas de adopción de las decisiones en el ámbito de la Unión, es decir, su funcionamiento, padezcan del llamado ‘déficit democrático’, sino por algo más grave, porque ese funcionamiento dé lugar a la negación de los derechos que son expresión de la forma del Estado al que se llegó en Europa después de la Segunda Guerra Mundial: el Estado Social y Democrático de Derecho. No se está diciendo aquí que necesariamente la UE tenga que producir ese resultado, y que veamos el espacio interno de los Estados como una Arcadia feliz en la que florecen los derechos sociales amenazada por un tenebroso mundo exterior. No, entre otras cosas porque el constitucionalismo estatal tampoco por sí mismo es garantía suficiente de la democracia, sino que más bien el grave problema hoy son sus insuficiencias por la pérdida de capacidad regulativa de importantes procesos sociales y económicos”. Joaquín Aparicio Tovar. *Introducción al derecho...*, ob. cit., p. 9.

mentales de la Unión Europea”, que limita las libertades económicas fundamentales del conjunto de la Unión.⁶⁷

El conjunto de garantías laborales que integra la Carta no deja de ser genérico y en muchas ocasiones el reconocimiento y la eficacia del instrumento se ven condicionados a las prácticas nacionales, disminuyendo su efectividad en cuanto a la defensa y protección del trabajo en el ámbito europeo se refiere. Así lo denotan los principales derechos reconocidos en la Carta:

1. Prohibición de esclavitud y trabajo forzoso (art. 5º).
2. Libertad de reunión y asociación que implica el derecho a fundar sindicatos (art. 12).
3. Libertad de profesión y derecho a trabajar, así como equiparación de condiciones laborales de ciudadanos de terceros países que trabajen en territorio de la Unión (art. 15).
4. Derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa en las condiciones previstas en el derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales (art. 27).
5. Derecho de negociación y acción colectiva de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 28).
6. Derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30).
7. Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31).
8. Prohibición de trabajo infantil y protección de jóvenes en el trabajo (art. 32).

⁶⁷ “En suma, en esta acepción diferente la libertad no consiste en la mera posibilidad de hacer. Como escribió Norberto Bobbio, ‘libre no es quien tiene un derecho abstracto sin el poder de ejercitarlo, sino aquel que tiene también el poder de su ejercicio’. Un poder que en una sociedad en la que las desigualdades de hecho tienden a crecer, no se forma espontáneamente, sino que depende de una cantidad de factores que interactúan a nivel metaindividual no sin exigir al mismo tiempo comportamientos activos de los gobernantes. Un poder que, pese a la timidez de un texto de compromiso como la Carta de Niza, no es extraño a su horizonte de sentido desde el momento en que reconoce a ‘todo trabajador el derecho a la protección contra cualquier despido injustificado’. Umberto Romagnoli. “La Libertad según la Carta de Niza y en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 45. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2009, p. 12.

9. Protección a la vida familiar y protección en caso de despido por causa de la maternidad, permiso por maternidad, por nacimiento o adopción (art. 33).
10. Acceso a los sistemas de seguridad social y ayuda social y atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales (arts. 34 y 35).

3.3. Convención Americana de Derechos Humanos

El sistema interamericano de derechos humanos tiene como base normativa la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, suscrito en Costa Rica en 1969 (vigente desde 1978), cuyo precedente y fundamento son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el Protocolo de Buenos Aires de 1967.

La convención fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos en un sistema de efectividad de derecho duro que garantiza el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (artículo 33). El cumplimiento de todas las obligaciones por parte de los Estados signatarios se deriva de dos que dan fundamento a la convención: el respeto de los derechos y libertades allí contenidos (artículo 1.º) y el deber de adaptación del ordenamiento interno para su efectividad (artículo 2.º).

En materia laboral, la convención hace referencia a la prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6º); el derecho de reunión (artículo 15) y la libertad de asociación (artículo 16), en concordancia con el artículo 26 que dispone el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya efectividad se condiciona a los *recursos disponibles*. De igual forma, el artículo 31 establece el reconocimiento y la inclusión de otros derechos, que constituye la fórmula de entrada de otros instrumentos complementarios en la convención, entre los que se destaca el Protocolo de San Salvador de 1988, el cual se ocupa de las siguientes garantías laborales:

1. Derecho al trabajo como mecanismo para llevar una vida digna (art. 6.º).

2. Trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, que comporte una remuneración que habilite una vida digna respetando el principio de igualdad salarial; libertad de profesión u oficio; respeto por el principio de estabilidad contemplando indemnizaciones o readmisiones por despido injustificado; limitación de la jornada de trabajo, entre otros (art. 7.º).
3. Garantía de derechos sindicales, respeto de la libertad sindical positiva y negativa así como garantía del derecho de huelga, que solo puede ser restringido por conducto de la ley para proteger el orden público, la salud o la moral públicas (art. 8.º).
4. Derecho a la seguridad social que ampare las contingencias de vejez, invalidez, enfermedad general, protección en caso de riesgos laborales y protección en caso de maternidad (art. 9.º).
5. Derecho a la salud como bien público, garantizando la atención primaria; la cobertura universal; inmunización contra enfermedades infecciosas; prevención y tratamiento de enfermedades endémicas; prevención a través de programas educativos; y atención de los grupos de más alto riesgo y pobreza que determinen mayor vulnerabilidad (art. 10).

La aplicación jurisdiccional de la Corte IDH de las garantías enunciadas ha sido escasa en materia laboral, sin perjuicio de algunos casos entre los cuales se destaca el conflicto entre Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) contra Panamá, resuelto el 2 de febrero de 2001.

Los hechos que dieron origen al conflicto tiene que ver con el pliego de peticiones presentado el 16 de octubre de 1990 por la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales al Gobierno de Panamá, rechazado por este último el 16 de noviembre de 1990. Como consecuencia de la negativa estatal, se convocó un paro laboral acompañado de una marcha y una manifestación pacífica y pública el 4 de diciembre de 1990, que coincidió con la fuga del coronel Eduardo Herrera Hasán de la isla de Naos y la toma parcial del cuartel central de la policía por un grupo de militares liderados por él.

No obstante haberse suspendido el paro el 5 de diciembre de 1990 con el fin de desligar el movimiento sindical de las acciones emprendidas por el coronel Herrera Hasán, el Estado despidió a la mayoría de los trabajadores que participaron en el paro, por considerar que el movimiento buscaba “subvertir

el orden constitucional democrático y suplantarlo por un régimen militar”, vinculando el proceso reivindicatorio laboral al intento de golpe de Estado.

Posteriormente, se tramitó la Ley 25, de aplicación retroactiva al 4 de diciembre de 1990 por expresa disposición del artículo 6.º, que con fundamento en la participación en el intento de golpe de Estado autorizó el despido de la totalidad de trabajadores que participaron en el paro laboral del 5 de diciembre.

La Corte IDH encontró que el Estado de Panamá vulneró el derecho de asociación sindical previsto en el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos, descartando la virtualidad absoluta de la ley como determinación del poder público de las restricciones al ejercicio de los derechos y libertades, concluyendo la antijuridicidad de la actuación del Estado, al desligar las acciones colectivas laborales de los acontecimientos políticos concurrentes. Así lo señala expresamente la sentencia:

171. Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la comisión, las constancias que figuran en el expediente y las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales.

172. No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de “necesidad en una sociedad democrática” consagrado en el artículo 16.2 de la Convención.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte IDH condena al Estado de Panamá a la reparación de las víctimas y el restablecimiento a los cargos de aquellos que aún cuenten con vida; de no ser posible, a ofrecer alternativas de empleo de igual o superior categoría a las que venían desempeñando en el momento del despido; en caso de que tampoco sea viable la solución precedente, indemnizar a los trabajadores despedidos de conformidad con el derecho interno, incluyendo la reparación por el tiempo que se mantuvieron cesantes; de igual forma, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado deberá brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda; en todo caso, incluyendo la reparación de los daños morales.

3.4. Carta Social Andina

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es el espacio de gobernanza regional conformada el 26 de mayo de 1969 con la suscripción del acuerdo de Cartagena que actualmente integran Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, tras el retiro de Chile en 1976 y de Venezuela en el año 2006.

El Sistema Andino de Integración (SAI), que regula el funcionamiento de la CAN, ha sido creado para afianzar la integración regional. De él hace parte el Convenio Simón Rodríguez (firmado en 1973 y actualizado por el protocolo sustitutivo del 23 de julio del 2001, inclusivo de la conformación tripartita) que en el ámbito laboral se establece como el

foro de debate, participación y coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina y forma parte del Sistema Andino de Integración (SAI). Participan de sus trabajos, en igualdad de número y condiciones, representantes del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos.

En la dimensión subregional americana la regulación supranacional social se ha desarrollado para favorecer el reconocimiento de derechos fundamentales en el trabajo a través de la Carta Social Andina, que constituye elemento de *derecho blando* de regulación.

Como parte de la actualización del Convenio Simón Rodríguez, la X Cumbre Presidencial de 1998 encomendó al Parlamento Andino la reforma de la Carta Social Andina suscrita en la Cumbre Social de 1994, reforma que finalmente fue aprobada en 1999. En el texto oficial de la carta se evidencia la

intención de buscar fórmulas que otorguen carácter vinculante al instrumento, pues no está dotado de mecanismos de coercibilidad que garanticen la efectividad de su cumplimiento.⁶⁸ Por tanto, y en atención a la ausencia de carácter vinculante de la Carta, la III Cumbre Social Andina, celebrada en Bogotá en el año 2012, demandó la incorporación de elementos jurídicos que comporten obligatoriedad para los tribunales supranacionales y nacionales, dirigidos a la efectividad de la norma en estudio. Asó lo expresan las conclusiones de la mesa de trabajo de la cumbre:

Los participantes de la mesa de trabajo N° 1 expresaron su preocupación por el carácter no vinculante de la Carta Social Andina; puesto que un instrumento supranacional de esta naturaleza no puede limitarse a simples declaraciones de intenciones en pro del desarrollo social, sino que debe consagrar derechos sustantivos, junto con los mecanismos necesarios para garantizarle una vida digna a la población andina. Una Carta Social Andina debe quedar inscrita en la normativa comunitaria y ser de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros de la Comunidad; de manera que sirva como instrumento guía para la acción de los diferentes actores de la integración, ya sean los gobiernos nacionales o los órganos supranacionales. La Carta Social Andina debe ser un punto de referencia para los órganos ejecutivos y debe ser aplicable judicialmente en la solución de conflictos por parte del Tribunal Andino de Justicia y de las Altas Cortes, Tribunales y Jueces nacionales.

⁶⁸ “Lo anterior nos permite reflexionar en torno a la *naturaleza jurídica* de la Carta Social. Por lo que respecta a su obligatoriedad, podemos decir que es una declaración enunciada en el ámbito de competencias del Parlamento Andino, y de acuerdo con la normatividad andina, *carece de efecto vinculante*. El seguimiento del cumplimiento de las disposiciones de la Carta, corresponde, en todo caso, al Parlamento Andino a través de la Mesa Directiva y las Comisiones. En esta línea, la Opinión 014 del Consejo Consultivo Laboral Andino, del 18 de mayo del 2001, aborda la cuestión relativa a la Carta Social como uno de los instrumentos jurídicos ‘de ámbito regional que garantice el pleno respeto de los derechos humanos, como condición esencial para la realización de una integración de los ciudadanos’”. María Belén Olmos Giupponi. *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 246.

El capítulo 12 de la Carta Social Andina enumera los principios que en materia de trabajo y seguridad social deben seguir las relaciones laborales de la región, los principales son:

1. Libertad de profesión u oficio y trabajo digno que garantice una remuneración adecuada para el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y su familia (artículo 70).
2. Derecho de negociación colectiva y acciones colectivas para la defensa de sus derechos (artículo 71).
3. Protección contra despido arbitrario (artículo 72).
4. Protección en el trabajo en materia de salud, seguridad y dignidad (artículo 73).
5. Respeto del principio de igualdad de trato y remuneración (artículo 77).
6. Protección contra el acoso sexual en el trabajo (artículo 78).
7. Políticas y estrategias de cobertura universal en materia de seguridad social e inclusión de los trabajadores informales (artículo 80).

3.5. Declaración Sociolaboral del Mercosur

El ámbito regional del Mercado Común del Sur (Mercosur), creado en 1991 en virtud del acuerdo de Asunción, constituido por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, agregada en 2006, es un espacio de integración económica para promover “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común”.

En el contexto del proceso integrador, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, suscrita el 10 de diciembre de 1998 por los jefes de Estado de los países miembros del tratado, pretende integrar elementos de desarrollo social al proyecto de mercado común. En ese sentido, la declaración reconoce la vinculación de los países firmantes a la OIT y el apoyo a la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 (véase numeral 2.1 de este capítulo); además, declara la ineficiencia de la integración económica aislada, que demanda adaptación del sistema laboral a las nuevas realidades globalizadas, así como una política común encaminada a la ratificación y el cumplimiento de los convenios de la OIT.

Si bien la denominación de declaración adoptada por el instrumento dificulta su determinación vinculante, el propio texto y los artículos destinados a la aplicación y el seguimiento permiten inferir el carácter vinculante⁶⁹ de la regulación allí establecida, destinando a la Comisión Sociolaboral Regional la tarea de analizar al menos una vez al año las memorias ofrecidas por los Estados parte.

La formulación del catálogo de derechos contenidos en la Declaración Sociolaboral del Mercosur adopta ya desde el preámbulo la fórmula abierta enunciativa de la incorporación del instrumento a otros principios y derechos que “la práctica nacional o internacional de los Estados-parte haya instaurado o vaya a instaurar”. La declaración reconoce expresamente tres grupos de derechos:

1. Derechos individuales: promoción de la igualdad; protección de trabajadores migrantes y fronterizos; eliminación del trabajo forzoso y el trabajo infantil; y respeto por la libertad empresarial.
2. Derechos colectivos: libertad de asociación; respeto del derecho de huelga; desarrollo del principio de autocomposición; promoción del diálogo social.
3. Otros derechos: fomento del empleo consecuencial al desarrollo económico; formación profesional; salud y seguridad en el trabajo; inspección de trabajo; y cobertura del sistema de seguridad social.

⁶⁹ “La evidencia de que no parece razonable sostener que una Declaración solemnemente proclamada por los jefes de Estado de los países partes de un bloque regional, luego de haber sido larga y minuciosamente negociada con participación de gobiernos y actores sociales durante años, termine siendo una pura manifestación de deseos *irresponsables* –en el sentido de que no genera ninguna clase de compromiso, vínculo u obligación–, legitima el esfuerzo de descubrir cuál pueda ser la naturaleza de un instrumento de este tipo, que le garantice alguna eficacia jurídica y que lo convierta en un documento de alguna utilidad judicial.

Puestos en ese plano, parece claro que el estado actual de la ciencia jurídica ofrece por lo menos tres enfoques en esa dirección, a saber: a) el recurso a los arts. 72 y 332 de la Constitución uruguaya, 33 de la argentina, 5.2 de la brasileña y 45 de la paraguaya; b) la tesis de la superioridad del Derecho internacional y de la mayor jerarquía de las Declaraciones; y c) el reconocimiento de que los derechos humanos forman parte del *‘jus cogens’*”. Oscar Ermida Uriarte. “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia Jurídica”. En: *Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2002, p. 6.

Una vez analizados los distintos instrumentos que procuran la regulación universal y continental de los derechos laborales, es necesario mostrar cuáles son las vicisitudes para lograr la efectividad de las normas transnacionales que acompañan al proyecto de realización del trabajo decente en el contexto de producción global que demanda mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales.

Capítulo 4

El proyecto político europeo de (des)regulación laboral, su exportación a América Latina y la subordinación del derecho del trabajo al orden económico de adecuación a la globalización neoliberal

En materia de políticas de intervención en las relaciones laborales, las orientaciones mutan del contexto nacional al regional y/o global. Por ello, el sustrato filosófico de las líneas de regulación de los ordenamientos responde en el posfordismo a las demandas de un sistema de producción globalizado y deslocalizado. En este sentido, la “modernización del derecho del trabajo europeo” está basado en documentos emanados de entidades supranacionales que, en el caso de Europa, han sentado las bases de la denominada flexiseguridad como respuesta de regulación laboral, la cual no ha sido de pacífica recepción en la doctrina iuslaborista. No obstante lo anterior, este capítulo se centrará en el análisis de la política de flexiseguridad, y conviene advertir que se reconoce la existencia de otras estrategias que provienen del modelo neoliberal, modelo que procura el privilegio de los derechos de libertad económica sobre las garantías sociales.

Ideado en Dinamarca, El modelo de flexiseguridad se basa en un parámetro de regulación por medio del cual se relajan las garantías del contrato de trabajo con el fin de afianzar las técnicas de protección de los desempleados que traduce una fórmula de equilibrio de la relación *insider-outsider*.

La denominación acuñada por el profesor Hans Adriaansens sugiere el tránsito de un sistema de protección del trabajo a un sistema centrado en el empleo como componente del mercado mediante las transiciones y la desregulación de la relación laboral compensada por los sistemas de seguridad social.¹

¹ “Wilthagen y Tros (2004) atribuyen su concepción a un miembro del Consejo Científico Holandés de Política Gubernamental, el profesor Hans Adriaansens y al ministro holandés de Asuntos Sociales, Ad

De cualquier forma, como se precisará a lo largo del capítulo, el modelo deriva en esquema de flexibilidad sin protección social que se debilita como consecuencia de las políticas de contención del déficit y reducción del gasto público.

1. La flexiseguridad

Las políticas ideadas en el contexto europeo y que son presentadas como arquetipo del derecho del trabajo del nuevo milenio abogan por retomar las directrices de la flexibilidad adoptada en la década de 1990, con un componente de políticas activas de empleabilidad destinadas a quienes se desvinculan para promover la movilidad laboral.

El modelo que soporta la base conceptual de la flexiseguridad se encuentra en la experiencia danesa y sus políticas de intervención laboral de finales de la década de 1990 con las que Dinamarca logró una reducción considerable de los índices de desempleo con base en el denominado *golden triangle* el cual integra la flexibilidad, la protección social y las políticas activas de empleo.² Así, el modelo de flexiseguridad descrito se enmarca en el siguiente esquema:³

De esta forma, el modelo clásico del contrato a término indefinido que vinculaba a los trabajadores desde el inicio hasta la terminación

Melkert (Partido Laborista). En el otoño de 1995, Adriaansens lanzó esta pegadiza palabra en conferencias y entrevistas, habiéndola definido como una transición de la seguridad del trabajo hacia la seguridad en el empleo. Él sugirió compensar la decreciente seguridad del trabajo (menos trabajos permanentes y despidos más sencillos) mejorando las oportunidades laborales y la seguridad social.” Andranik Tangian. “Flexiseguridad europea: conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implementaciones consistentes)”. *Reunión de expertos sobre estrategias de flexiseguridad y las implicaciones de su adopción*. Lisboa, 25 de septiembre de 2006.

² “¿Cómo ha hecho el estado más pequeño de Escandinavia con poco más de cinco millones de habitantes para crear tal interés? El Reino de Dinamarca desde la mitad de los años noventa ha visto mejorar su situación ocupacional, de 1993 al 2007 la desocupación pasó del 12,4% al 3,8%, la inflación se mantuvo baja y hoy se registra la mayor tasa de actividad europea si mayores distinciones de género, de forma que muchos se refieren a esta evolución con el término ‘milagro’.

El mundo académico danés e internacional buscó explicar el misterio del ‘milagro’ y hacia finales de los años noventa desarrolló el esquema interpretativo del ‘golden triangle’ en el cual la alta movilidad del mercado de trabajo se equilibra con un sistema de welfare generoso en caso de desocupación y una política activa que facilita la reincorporación al mercado de trabajo”. Luigi Trotta. *Flexicurity in Dinamarca, un modello esportabile? Tesi di Laurea*. Florencia: Università degli Studi di Firenze, 2007-2008.

³ Esquema tomado de: Per Kongshøj Madsen. “Flexicurity. A new perspective on labour markets and welfare states in Europe”. Bruselas: Seminario sobre flexiseguridad de la Dirección General de la Comisión Europea, 18 de mayo de 2006.

de su vida laboral, cuando accedían a una pensión de vejez, constituía el parámetro de soporte básico de la empresa fordista,⁴ que ha quedado en la historia en los albores del siglo XXI que ha derruido la vocación de permanencia indeterminada del vínculo y un rediseño del sistema de welfare.⁵

La unión de los conceptos flexibilidad y seguridad, en principio antinómicos, es un oxímoron que produce la reducción de garantías relacionadas con el espectro de protección que la ecuación capital-trabajo demanda. En ese sentido, el rompimiento de la continuidad en la relación laboral posfordista trae consigo la adopción por parte de la Unión Europea de la flexiseguridad como opción político-laboral y estrategia de adaptación de las relaciones laborales.⁶

⁴ “Las condiciones de los trabajadores flexibles tiene un soporte particularmente difícil por el hecho de que los sistemas de welfare están proyectados y se han venido construyendo en la fase fordista, cuando a estabilidad del trabajo (un hombre = un puesto para toda la vida) constituía la regla”. Mario Ricciardi. “Quattro riflessioni: (non conclusive) su flessibilità e flexisecurity”. Bologna-Toledo, 14 de septiembre de 2006.

⁵ “¿Cómo, cuándo y por qué el contrato de trabajo subordinado de duración indeterminada ha entrado en la historia del derecho?

A mis estudiantes enseño que a la primera pregunta se responde así. El contrato de trabajo subordinado de duración indeterminada ha sido el instrumento más idóneo para satisfacer una demanda de continuidad de renta —es decir, una demanda de seguridad— que provenía de estratos crecientes de sujetos que tenían un oficio, pero no estaban ya en la posibilidad de ejercerlo sino bajo la dependencia de otros; y ello a causa de los radicales cambios provocados por el naciente capitalismo industrial en la organización de la producción y del mercado.

Si desde este punto de vista, el prototipo histórico de los contratos que logra la integración del trabajo en los procesos productivos hetero-dirigidos, ha sido justamente considerado una conquista social, su autoproponerse como solución ganadora ha implicado, sin embargo, una distorsión respecto a la cultura (no solo) del trabajo que predominaba en el ochocientos. ‘Mientras en la artesanía y en la agricultura era el trabajador que definía el ritmo de su propia actividad’, se lee en los manuales de historia de la economía, ‘en el nuevo sistema de fábrica era la máquina que marcaba el tiempo (...)’. Ser regular como un reloj devino uno de los valores más apreciados de la era industrial”. Umberto Romagnoli. *El Derecho del Trabajo del 900...*, ob. cit.

⁶ “Al mismo tiempo que se inscribe en una perspectiva posfordista, que intenta conciliar flexibilidad del mercado y seguridad de los trabajadores —dos objetivos que podían parecer incompatibles, tal como hemos apuntado, en el marco del fordismo— podemos pensar, a diferencia del modelo anterior, que la posesión de capitales no basta para dar seguridad a las trayectorias”. Jérôme Gautié. “Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el posfordismo”. Documentos para el seminario Mercados de trabajo, políticas de empleo y protección social, Buenos Aires, 26 al 30 de julio de 2004.

1.1. El informe Wim Kok

El documento comunitario que ha sido el punto de partida en la construcción del modelo de flexiseguridad es el resultado de un encargo hecho por la Comisión Europea al holandés Wim Kok, a quien se le pidió identificar tanto las implicaciones como los desafíos que representaba para la Unión la aceptación de diez nuevos miembros proyectada para el año 2004.

De acuerdo con el documento en referencia, la adhesión de diez nuevos países⁷ de Europa oriental a la Unión Europea representaba el desafío de incluir a setenta y cinco millones de consumidores y reprogramar las lógicas de competencia derivadas de los niveles asimétricos de desarrollo de políticas sociales que la aceptación de dichos países como miembros de la Unión traería consigo.

La demanda de intervención supranacional en el contexto descrito se imponía como consecuencia de las políticas de contención del *dumping* social y la pérdida de puestos de trabajo en los países con sistemas de protección social consolidados en un mercado único. El informe revela las inquietudes que al respecto suscitaba la admisión de los nuevos miembros:

Existen también preocupaciones por el “dumping social” que los nuevos Estados miembros, con niveles salariales inferiores y normas sociales menos rigurosas, ejerzan una presión desleal sobre los niveles de vida de los Estados miembros actuales. Por un lado, tales preocupaciones reflejan el hecho de que los Estados miembros actuales necesitan adoptar políticas que fomenten el crecimiento económico y el empleo en un mundo cada vez más competitivo (no solo, y ni siquiera principalmente, por culpa de la ampliación de la UE). Pero los temores más exagerados carecen de fundamento. La adhesión a la UE incluye la adopción de un proceso de diálogo social y medidas de regulación social. Por otro lado, una mayor productividad laboral puede compensar a los empresarios de unos salarios más elevados. Según vaya subiendo el nivel de renta en los nuevos Estados miembros, estas diferencias se reducirán (y los nuevos miembros ofrecerán mercados más grandes para los productos de la UE actual). Es difícil

⁷ El listado de los diez nuevos países que se adherían a la UE en 2004 estaba constituido por: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre.

predecir a qué velocidad subirán los salarios en los nuevos Estados miembros, pero tanto las políticas nacionales como la de la Unión deberían fomentar claramente el crecimiento en los nuevos Estados miembros. (Wim Kok, *Ampliación de la Unión Europea, logros y desafíos*. Informe para la Comisión Europea, marzo de 2003)

1.2. El libro verde de la UE y el libro blanco en el mercado de trabajo en Italia

En el ámbito europeo, y como antecedente a destacar respecto a la inscripción de la política laboral continental en la flexiseguridad, el Comité del Empleo y el Comité de Protección Social adoptaron el documento 9633/06 del 21 de mayo del 2006 en el que se declara la intención de publicar un libro verde sobre la legislación del trabajo.

Así las cosas, el soporte político del ideario de la flexiseguridad es el *Libro verde. Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 22 de noviembre del 2006. El documento contiene la estrategia europea de actualización del derecho del trabajo al sistema de producción posfordista y declara la modernización de la regulación laboral, complementada con métodos de protección social y estímulos para el aprendizaje permanente, para el reingreso al mercado de trabajo, pilares básicos de la denominada flexiseguridad.

La premisa de la estrategia propuesta es la necesidad de reducir los sistemas de protección de la estabilidad laboral, considerados anacrónicos en relación con el mercado y las monedas supranacionales del espacio europeo. Esta modernización pretende acometer los objetivos de la estrategia comunitaria de Lisboa del año 2000 para el “crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social”.

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, suscrito por todos países miembros de la Unión salvo la República Checa y el Reino Unido, es el documento complementario contentivo de la política de intervención de la UE. El tratado contiene las reglas de adecuación económica de los países miembros de la Unión encaminadas a fortalecer los mecanismos de recuperación económica mediante la denominada “regla de equilibrio presupuestario”, reforzando la coordinación de las políti-

cas económicas. La norma en estudio contiene, pues las políticas económicas para afrontar la crisis, que han servido para proferir las reformas laborales de principios del decenio con exclusión de mecanismos democráticos en la adopción de las decisiones.⁸

La política laboral propuesta en el tratado consulta el postulado ideológico de la flexiseguridad de intervención laboral con el fin de aumentar la empleabilidad en detrimento del carácter tutelar de la disciplina. En este sentido, el artículo 1.º del instrumento enseña:

En virtud del presente tratado, las partes contratantes acuerdan, en su condición de Estados miembros de la UE, reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la UE en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social.⁹

En el contexto nacional italiano se publicó, bajo el liderazgo de Marco Biagi, el *Libro blanco en el mercado del trabajo en Italia*, que contiene las directrices de intervención en las relaciones laborales en Italia, y que se autodefinía como una “propuesta para una sociedad activa y para un trabajo de calidad”. El documento italiano comporta, según el profesor Biagi, una declaración de actuación sobre las opciones que acogería el ordenamiento laboral basadas en la atenuación de la rigidez del mercado laboral italiano y el seguimiento de las políticas de los “países que con mayor suceso han reformado el mercado

⁸ “Esta situación está generando tensiones muy fuertes dentro de los países sobre los que se ejercita esta presión a la baja sobre el contenido del Estado social y sobre la reducción de los derechos individuales y colectivos derivados de la relación de trabajo. Es patente el escaso margen de maniobra que se tiene desde el espacio nacional-estatal, especialmente ante la evaporación progresiva de los procedimientos democráticos de discusión y de debate y su sustitución por medidas de aplicación inmediata, sin publicidad ni participación, enterrando cualquier iniciativa de diálogo social o de interlocución política”. Antonio Baylos Grau. “A un año de la Reforma Laboral, Europa como problema”. En: *Blog, Según Antonio Baylos*. Consultado el 13 de febrero del 2013. <http://baylos.blogspot.com/2013/02/a-un-ano-de-la-reforma-laboral-europa.html>

⁹ Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. UE. 2 de marzo de 2012 entrado en vigor el 1 de enero de 2013.

de trabajo”. Para este fin, se propone aumentar la base productiva y la flexibilización del mercado de trabajo que “desencadene el desarrollo económico y el crecimiento de la ocupación regular” de forma equilibrada y con seguridad mediante los amortiguadores sociales.

La flexibilización que propone el libro blanco implica la *remodulación* de las garantías de estabilidad derivadas de la relación de trabajo con un sistema de respuesta que permita el acceso al rédito de la población desempleada. Con respecto a las relaciones *insider/outsider*, el documento enseña:

Las diferencias respecto a los otros países europeos en el gasto contrasta con los niveles de desocupación. Sobre las tradicionales caracterizaciones del caso italiano incide el hecho de que entre las personas que buscan trabajo exista una cuota elevada de personas que buscan un primer empleo, no cubiertos por los esquemas de aseguramiento contra la desocupación. La rigidez en la reglamentación de las relaciones laborales –al prevalecer la tutela de las relaciones en desarrollo– ha hecho menos urgente la exigencia de proveer un apoyo para el riesgo de desocupación y, al mismo tiempo, ha producido una fractura entre ocupados y desocupados, que contienen la audiencia de potenciales beneficiarios de las prestaciones por desocupación existentes.

La traducción legislativa del libro blanco está contenida en el Decreto 276 de 2003, que introdujo elementos de regulación de los esquemas de intermediación, tercerización, agencias de empleo, flexibilidad en el horario de trabajo y trabajo parasubordinado –por proyecto–, direccionando las modificaciones al contrato de trabajo subordinado a tiempo indefinido clásico como fórmula de adaptación del mercado laboral.¹⁰

El balance desfavorable de la aplicación de las medidas de flexibilización en desarrollo del libro blanco fundamentó las proyecciones de un sector de la

¹⁰ “Como se evidencia, el esquema del razonamiento desarrollado por el legislador es elemental: si el trabajo dependiente del siglo xx, con sus reglas y la expectativa de mejorarlas, ha perdido la hegemonía cultural, nada menos las grandes empresas industriales pueden conservar la suya. De hecho, el cambio antropológico no se refiere solo al mundo del trabajo. Implica también el ambiente de los operadores económicos”. Umberto Romagnoli. “Radiografia di una riforma”. *Egualianza & Libertà*, 21 de junio de 2004.

doctrina sobre la adscripción de la política laboral al modelo de flexiseguridad implementado en los países del norte de Europa.¹¹

1.3. Principios comunes de la flexiseguridad

De acuerdo con la comunicación del 27 de junio de 2007 de la Comisión Europea dirigida al Parlamento Europeo, titulada *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, los principios del proyecto de la flexiseguridad se basan en ocho postulados:

- Disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y el empleado, y de ‘los que están dentro’ y ‘los que están fuera’), estrategias de aprendizaje permanente globales, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad social modernos.
- Equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas.
- Adaptabilidad a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales, específicos de los Estados miembros. La flexiseguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación.
- Reducción de la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él.
- Promoción de la flexiseguridad interna (en una misma empresa), pero también la externa (de una empresa a otra).
- Apoyo a la igualdad de género potenciando la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a empleos de calidad y ofreciendo posibilidades de conciliar la vida laboral y la familiar, así como

¹¹ “La superioridad del modelo escandinavo, que logra hacer compatibles movilidad y seguridad, parece realizar las indicaciones comunitarias sobre la flexiseguridad, demostrando cómo, en la actual fase de relaciones sociales de producción caracterizadas por la individualización y adaptabilidad, la seguridad y la protección no permiten necesariamente la defensa del tradicional estatuto de empleo a tiempo indeterminado, mientras que la aceptación de la flexibilidad y la discontinuidad profesional pueden ser compensadas por dos condiciones que deben ser asociadas: por una parte indemnizaciones fuertes por desocupación y de la otra un esfuerzo de formación efectiva y eficaz”. Adalberto Perulli. “La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive”. En: *Dopo la flessibilità, cosa?* Bologna: Editorial Il Mulino, 2006, p. 189.

dando las mismas oportunidades a los emigrantes, los jóvenes, las personas con discapacidad y los trabajadores de más edad.

- Requisición de un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los interlocutores sociales, en que todos estén dispuestos a asumir la responsabilidad del cambio y que produzca políticas equilibradas.
- Las políticas de flexiseguridad tienen repercusiones presupuestarias y su aplicación debería contribuir también a políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero.

De acuerdo con los referidos principios, la principal premisa de la flexiseguridad es la disminución de los mecanismos de protección de la estabilidad de la relación de trabajo. Según la política laboral en estudio, se debe permitir la movilidad de ingreso y salida para que los *outsider* puedan acceder al mercado de trabajo en una relación de equilibrio con los *insider*.

El aumento del poder empresarial para el ejercicio del despido se amortiza, en teoría, con mecanismos de protección a la población desempleada los cuales tienen propiedades de “anestesia” que, según el criterio de la doctrina, resultan cuestionable por el desconocimiento del desequilibrio de partida de las partes que se vinculan en un contrato de trabajo, privilegiando la libertad de rescisión unilateral.¹²

En el marco de la política macroeconómica, la flexibilidad de salida constituye el reconocimiento del elemento transicional de la vida laboral de los trabajadores, quienes demandan, según este modelo, mayor protección que garantías de adherencia a un puesto de trabajo específico.¹³ Con base en

¹² “La flexiseguridad tiene las características de un anestésico. Sirve para atenuar los daños sociales que producen el retorno a las épocas en las cuales el principio de igualdad formal entre las partes dominaba el derecho del contrato de trabajo”. Umberto Romagnoli. *Giuristi del Lavoro. Percorsi di politica del diritto*. Roma: Donzelli Editore, 2009.

¹³ La premisa de partida referida de la flexiseguridad ha sido seriamente cuestionada por la doctrina laboralista. “De nuevo –como hacía el Libro Verde– se insiste en que los estudios –en la práctica no incontrovertidos– sugieren que los trabajadores se sienten mejor protegidos por unas prestaciones de desempleo adecuadas, por las políticas activas del mercado laboral y por unos mercados laborales dinámicos, que por una estricta protección contra el despido. Esta pretendida preferencia subjetiva por las tutelas del mercado de trabajo frente a las de la relación laboral supone una generalización inconsistente y poco aceptable (al menos en la gran mayoría de los trabajadores carentes de poder negocial en el mercado de trabajo podría ser fácilmente refutable). En definitiva, una nueva evangelización está servida,

esta premisa, se promueven los mecanismos de reincorporación al mercado de trabajo para estimular crecimiento cuantitativo y cualitativo de la empleabilidad. Esta última se distribuye entre las autoridades, los empleadores y la población trabajadora responsable de actividades específicas de calificación –formación– de la oferta de trabajo en las transiciones que se acumulan a las obtenidas en cada puesto de trabajo.

En suma, se defiende la idea del traslado de la seguridad y continuidad de la relación de trabajo al mercado en general, promoviendo las transiciones de entrada y de salida con sistemas de protección en desempleo que garanticen el acceso a capacitación con el fin de aumentar la empleabilidad y un rédito para la satisfacción de las necesidades. No obstante, los anteriores postulados se contraponen a los pilares del Estado social de derecho, el cual acoge el derecho al trabajo como garantía fundamental y estructura del trabajo decente, que riñe con la precariedad de las relaciones promovidas por la flexiseguridad al desconocer el ámbito de tutela destinado a la parte débil en cuanto a la vocación de permanencia de la relación.

Los principios comunes y el documento general permiten inferir que el libro verde considera el ordenamiento laboral como un sistema de intervención social para crear empleo y mantener niveles de ocupación adecuados, reduciendo el acento en la estructura de derechos y garantías que emanan de la prestación personal de servicios.

El cambio de definición de los objetivos del sistema laboral responde a las perspectivas de “culpabilización” del derecho del trabajo de las dificultades en materia de creación de empleo en los períodos de contracción de la economía.¹⁴ En este sentido, gran parte de los cuestionamientos a la estrategia planteada por el libro verde se centran en la ausencia de referencias a la necesidad de atender el problema de empleabilidad con respeto a los derechos sociales fundamentales, un obstáculo, al parecer, para la “modernización” del derecho del trabajo.

debe aceptarse una flexibilidad laboral más extrema porque la seguridad ya no se encuentra ‘en el trabajo’, sino en un mercado laboral ‘activado’ en el que la tutela pasa a depender de los sistemas de aprendizaje permanente y de las políticas de protección social de los desempleados”. José Antonio Fernández Avilés. “El Modelo de ‘Flexiseguridad’ Europeo: una aproximación crítica”. *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011, p. 15.

¹⁴ Antonio Baylos Grau et ál. *Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Madrid: Fundación Sindical de Estudios, 2006.

Lo paradójico del enfoque se centra en la propuesta de sustituir la centralidad del ordenamiento laboral en la protección del trabajo, como base de desarrollo social y económico, por el mercado y la libertad de iniciativa económica. El proyecto de flexiseguridad propone olvidar las relaciones dentro de la empresa fordista que forjaron el derecho del trabajo del siglo xx, para trasladar el acento a las transiciones *insider-outsider* que privilegien el aumento del poder empresarial aminorando la estructura de tutela que opera para quienes se vinculan como trabajadores.¹⁵

En consideración a lo anterior, un sector de la doctrina propone un sistema de *flexibilidad bidireccional*¹⁶ de tal forma que las propuestas de adaptación y modernización no se agoten tan solo en la profundización de los poderes empresariales, sino correlativamente con énfasis en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, aumentando su autonomía en la gestión de las labores encomendadas con base en las herramientas tecnológicas, la compatibilidad con la formación para gestionar los cambios y la armonización de los intereses personales y profesionales, sin debilitar la dimensión colectiva de las relaciones laborales.

Correlativamente a las reformas laborales como receta para atender la crisis económica, la doctrina plantea la necesidad de reformas del modelo empresarial que adapten el sistema de producción para coadyuvar en la generación de empleo más allá de la reducción de derechos de los trabajadores.¹⁷

¹⁵ “Lo que se va delineando, por tanto, es una “operación de justicia redistributiva” entre outsider e insider que no influye sobre ‘las relaciones de poder dentro de la empresa, que son dadas como intangibles’, y agrava su desequilibrio en perjuicio de todos los insider y en consecuencia en provecho del sujeto que retoma intacto, como era una vez, el poder que el derecho del trabajo había erosionado”. Umberto Romagnoli. “La Libertad según la Carta de Niza y en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 45. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2009, p. 17.

¹⁶ “La flexiseguridad debe implicar también una flexibilidad bidireccional en el contrato de trabajo. Deberían potenciarse las soluciones win-win, esto es, una utilización adecuada de la flexibilidad respecto de las necesidades de las empresas y las necesidades y demandas de los trabajadores, que puedan ser así dueños de sus proyectos de vida. Se trataría de una ruptura con el dato de que la introducción de flexibilidad ha tenido como prevalente finalidad el ajuste funcional o dinámico de las condiciones laborales o de la propia pervivencia del vínculo contractual a las necesidades y exigencias empresariales, como instrumento de salvaguarda y fomento de la productividad y la competitividad empresarial”. José Antonio Fernández Avilés. “El modelo de ‘Flexiseguridad’ Europeo: Una aproximación crítica”. *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Sevilla, España, 21-23 de septiembre de 2011, p. 19.

¹⁷ “Si las reformas laborales no crean empleo, ¿se podría debatir si existe alguna relación entre el modelo económico/empresarial y creación de empleo? ¿Existe alguna relación entre la precariedad sociolaboral

1.4. Prospectiva en Europa y América Latina

No obstante los cuestionamientos referidos y su ineficiencia en los países periféricos en Europa, el modelo de flexiseguridad aparece como el referente europeo para afrontar la crisis económica iniciada en 2008. La estrategia para un “crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Europa 2020”, publicada por la Unión Europea, se propone consolidar el proyecto europeo para salir de la crisis y determina como objetivos prioritarios para el año 2020 la empleabilidad del 75% de los ciudadanos de la Unión entre 20 y 64 años de edad, así como la reducción de la pobreza de “20 millones de personas menos”. El documento muestra la adscripción europea a la flexiseguridad como sistema de promoción de la cualificación del trabajo, gestión de las transiciones laborales y conciliación de la vida laboral y personal de los trabajadores.

Así las cosas, el derecho laboral europeo se declara afín a las políticas de flexiseguridad que centran su papel en las ayudas al desarrollo del mercado y las acciones de crecimiento del nivel de empleabilidad de los países, buscando con ello un equilibrio despido-contratación como parte de la respuesta a la contracción del sistema económico. Por otra parte, como se reconoce en la totalidad de documentos europeos que defienden la flexiseguridad, la implementación del modelo en cada realidad nacional debe ser adecuada para dosificar el grado de flexibilidad y seguridad en las transiciones que se admiten en cada contexto particular.

En el marco de las relaciones laborales latinoamericanas, un sector de la doctrina reconoce viable la adopción de la flexiseguridad como lineamiento de actualización para la competitividad de la región en el mercado global sin desconocer las particularidades de los países que integran el continente.¹⁸ No obstante, el ámbito latinoamericano presenta disonancias para la imple-

y el modelo económico y empresarial? ¿Qué están haciendo los empresarios en estos momentos de crisis para combatir el desempleo?”. Francisco Trillo Párraga. “Reformas laborales y creación de empleo ¿Para cuándo una reforma empresarial?”. *El Crisol de Ciudad Real*. Ciudad Real, España, 7 de febrero de 2013.

¹⁸ “Esta orientación estratégica puede ser de utilidad para los países de América Latina. En su mayoría son de tamaño reducido y con grados de apertura altos. Son también más vulnerables y tienen menos posibilidades de suavizar la intensidad de los ciclos económicos antes de que se difundan internamente y necesitan mejorar las condiciones para competir en los mercados internacionales. La diversidad de experiencias de los países desarrollados en conciliar flexibilidad con protección puede ser de utilidad, pero deben reconocerse las limitaciones que introduce un marco estructural diferente”. Víctor Tockman. “Flexiseguridad con informalidad: opciones y restricciones”. *Serie Macroeconomía del Desarrollo 70*. Santiago de Chile: CEPAL, OIT, División de Desarrollo Económico, noviembre de 2008.

mentación de la flexiseguridad. Así, una lección que dejó la adopción de la flexibilización como fórmula de adaptación derivada del Consenso de Washington, ha sido que no parece recomendable acudir a modelos previamente estructurados en contextos en los cuales no arrojaron los resultados esperados, particularmente en materia de empleabilidad.

Los sistemas laborales de la región no cuentan con estructuras desarrolladas y sólidas de protección social a la población desempleada, de suerte que el proceso de adopción de un modelo que descansa en las transiciones laborales y la continuidad del ingreso de los *outsider* resulta ser complejo.¹⁹ En el caso argentino, por ejemplo, la implementación de la flexiseguridad encuentra dificultades estructurales en función de las reformas flexibilizadoras emprendidas en la década de 1990 —característica común de las leyes laborales de este período en América Latina—, cuyos objetivos de incremento ocupacional arrojaron resultados ostensiblemente desfavorables, generando un contexto adverso a cualquier intento de revisión de aquella flexibilidad.²⁰

¹⁹ “Los países latinoamericanos tienen una diversidad de instituciones, intereses, culturas y tradiciones de política. En algunos aspectos, las diferencias parecen más prominentes que las similitudes. Las instituciones de bienestar están relativamente poco desarrolladas y arraigadas en la estructura de reproducción social de cada país. Las políticas sociales y de bienestar suelen establecerse de forma poco coherente. En los mercados de trabajo de la región, debido a la modernización parcial de la economía, hay una marcada división entre los trabajadores con empleos estables en el corazón del mercado de trabajo, que tienen una fuerte protección, y muchos trabajadores subremunerados, con precarias relaciones de empleo. Muchas personas desempleadas no están registradas como tales. Uno de los inconvenientes de exportar las soluciones danesas a los problemas sociales y de empleo es que la protección social siempre ha sido un asunto cerrado de la nación y el Estado: la solidaridad y la justicia social incumben a las comunidades cerradas.

Puesto que no es posible copiar un modelo, resulta mucho más atractivo ver qué se puede tomar de la experiencia danesa y usarlo en una estrategia política para introducir e implementar elementos de flexiseguridad en el sistema nacional”. Henning Jørgensen. “El modelo danés de ‘flexiseguridad’ y las lecciones pertinentes para América Latina.” En: *El nuevo escenario laboral latinoamericano: regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009.

²⁰ “Argentina transitó por un agitado trance de reformas laborales durante la década anterior que en el marco de las concomitantes reformas económicas no tuvieron un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni sobre el mercado de trabajo argentino: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad. Ello dio lugar a partir de comienzos del 2004 a una virtual reversión de aquellas reformas, a las que se atribuyera aquel tan insatisfactorio desempeño social. Va de suyo, en consecuencia, que toda pretensión de replanteo del tema de la flexibilidad laboral, además de su natural sensibilidad política, ha de tropezar con las reservas, rechazos y prevenciones que derivan de aquella traumática experiencia”. Adrián Goldín. “Normas laborales y mercados de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad”. Santiago de Chile: CEPAL, ONU, diciembre de 2008.

En Colombia, el ordenamiento laboral se basa en una estructura de protección de los *insider* con fuerte acento en los beneficios que concede a los trabajadores dependientes, con reglas de indemnización de salida a la terminación de la relación de trabajo que progresivamente se han disminuido en función de los procesos flexibilizadores (Véase numeral 2.4.5 de este capítulo). Al mismo tiempo, la existencia de amortiguadores sociales para asegurar la continuidad del ingreso en los períodos de desempleo resultan insuficientes y en proceso de maduración, sin perjuicio del escaso desarrollo de mecanismos formales de estimulación del “aprendizaje de por vida”.

En este orden de ideas, la transposición de la flexiseguridad al sistema laboral colombiano es un proceso complejo que encontrará oposición de los interlocutores sociales en virtud de los resultados de las experiencias flexibilizadoras de los años noventa y la ausencia de estructuras de protección social a los *outsider*, fundamentales para la implementación del modelo. A lo anterior se suma el hecho de que la centralidad del sistema tutelar del ordenamiento laboral condiciona el paso hacia la dimensión del derecho del trabajo como instrumento del mercado para favorecer la ocupación.

2. Debilitamiento del principio de estabilidad

El esquema del derecho del trabajo del siglo xx estaba apoyado en sistemas nacionales con acervos de protección a la parte débil de la ecuación capital-trabajo, entre los cuales se contaba la estabilidad como una de las garantías de base que involucraba la vocación de continuidad del vínculo. Así pues, el empleador estaba obligado por un compromiso de continuidad que le correspondía acatar con mecanismos de tipo real o económico de cumplimiento, de forma que se restringía la rescisión unilateral patronal.

En desarrollo de los postulados de partida referidos, el derecho del trabajo debe acoger la duración indeterminada como regla general, permitiendo la contratación temporal en supuestos excepcionales y con requisitos específicos que suponen una carga para quien pretende separarse de la forma indefinida de vinculación.

La relajación de las garantías que desarrollan la estabilidad, producto de la propuesta de flexiseguridad, corresponde a la premisa mayor del silogismo que propone la teoría en estudio, cuyo fundamento estriba en la disminución de las restricciones de salida por decisión empresarial para centrar la gestión del derecho del trabajo en las transiciones que faciliten la reincorporación a una

relación laboral. En resumen, se trata del retorno de la igualdad de la relación que desconoce la asimetría de la ecuación capital-trabajo, que libera la rescisión de restricciones a fin de favorecer al mercado para, de acuerdo con esta teoría, conseguir como efecto el “natural” estímulo en la generación de empleo.

El aumento de poderes empresariales, con la consecuente desaparición de la protección otorgada por el derecho del trabajo, se justifica entre quienes lo defienden por la inducción a la contratación que se deriva, según ellos, de las medidas de flexibilización del despido. Así las cosas, la centralidad de la estabilidad en el empleo, criterio fundacional del derecho laboral, da paso a la flexibilidad de salida para acentuar la intervención en las transiciones laborales que protegen el mercado, en sustitución del enfoque clásico orientado a la protección del trabajo.

2.1. El principio de estabilidad y su prospectiva a la precariedad

La formulación del principio de estabilidad, como elemento medular del derecho del trabajo del siglo xx, es el instrumento que articula los intereses de las partes en el contrato de trabajo. Por una parte, el trabajador demanda vocación de permanencia del vínculo y de la renta que obtiene con su trabajo para acceder a sus necesidades básicas; por otra, el empleador demanda la posibilidad de organizar el ejercicio productivo con una nómina adecuada de forma que mantenga el porcentaje de utilidad esperado.²¹

La paradoja de la estabilidad como interés de la fuerza de trabajo radica en el temor inicial a la contratación indefinida en función del compromiso de restricción de la libertad de la que gozaba en el período manufacturero precedente. El privilegio de las fórmulas de restricción de la duración del vínculo corresponde a patrones de desregulación en función del mercado, que en principio correspondían al desvalor que para los trabajadores constituía el

²¹ “Interés del trabajador es, evidentemente, que los contratos de trabajo sean de larga duración, a ser posible fijos, y que sólo se realicen contratos temporales para cubrir necesidades de esta naturaleza rigiendo así el llamado principio de ‘causalidad’ de la contratación temporal. También es interés prioritario del trabajador en esta materia que exista una protección legal efectiva (de fondo y forma) contra posibles decisiones de los empresarios precisamente la función del derecho del trabajo (Scelle, Galiana). En tal sentido, habrá que huir tanto de posiciones como la de la ‘propiedad del puesto de trabajo’ a la que se refirió hace medio siglo Ripert, cuanto de posiciones ultraliberales que, postulando el despido libre, quieren regresar a la concepción de los códigos civiles del siglo xix”. Alfredo Montoya Melgar. “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”. *Derecho del Trabajo. Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, núm. 33, 2001.

compromiso de reducir la libertad de la cual antes gozaban por tiempo indeterminado.²² Sin embargo, la estabilidad en el empleo se erige como uno de los pilares básicos del derecho del trabajo, en función de las restricciones a la rescisión unilateral patronal (despido *ad nutum*) mediante la ineficacia o las consecuencias indemnizatorias del despido injustificado.

De cualquier forma, conviene precisar que la estabilidad proveniente del contrato se reputa en beneficio del trabajador, quien es beneficiario de garantías por causa de decisión unilateral injustificada del empleador, aunque no significa imposibilidad de renuncia ni vinculación forzosa para el trabajador, que puede dimitir cuando lo desee, realizándose así la libertad de ejercer profesión u oficio.²³

Las vías seleccionadas por el ordenamiento colombiano se decantan por la protección especial de ciertos grupos poblacionales de trabajadores, beneficiarios de la tutela real a través de reintegros cuando media despido sin justa causa, entre los que se destacan las trabajadoras en estado de embarazo (CST, art. 239), los trabajadores fundadores y directivos de una organización sindical (CST, art. 406), los trabajadores discapacitados (L. 361/97, art. 26), los trabajadores que hayan presentado una reclamación por acoso laboral o sirvan de testigos en dichos procedimientos (L. 1010/2006, art. 11) y los trabajadores que luego de un secuestro recobran su libertad (L. 986/2005, art. 15). Para los demás trabajadores se establece un sistema de disuasión de la rescisión unilateral patronal representada en una indemnización *forfetaria*, progresivamente disminuida en diversas reformas, que no interfiere en la efectividad de la medida de desvinculación (véase numeral 2.4.5 de este capítulo).

²² “Más perniciosa es la amnesia que no permite ver el singular contraste sobre el cual habría todavía mucho que decir: si actualmente la precariedad es la principal pesadilla de las nuevas generaciones, en el pasado era justo su contrario lo que suscitaba más preocupación que consenso. Quien tenía un oficio, pero ya podía ejercerlo sólo en las dependencias de otro, detestaba el contrato de trabajo dependiente y advertía como odiosa la obligación de negociarlo. Sobre todo si el contrato no disponía de un término final (como solía pasar especialmente en la fase de primer desarrollo de la industrialización) a petición de las partes. En este caso, su rechazo gozaba de aprobación por parte de la disciplina jurídica vigente. El derecho de la época, de hecho, vetaba la indeterminación de la duración del vínculo laboral”. Umberto Romagnoli. “Y de pronto es ayer (Sobre la precariedad de las relaciones laborales)”. *Revista de Derecho Social*, núm. 38. Albacete, España: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2007, p. 13.

²³ En Colombia, el artículo 28 de la Ley 789 eliminó el antiguo pre-aviso del trabajador, quien debía comunicar con 30 días de anticipación su decisión de renunciar al cargo que venía desarrollando so pena de la retención por parte del empleador de 30 días de salario de la liquidación final de acreencias laborales, que eran depositados a órdenes del juez del trabajo que define la controversia.

Como complemento de las medidas de restricción al despido injusto, el ordenamiento laboral colombiano contempla como regla general de modalidad contractual el término indefinido (cst, art. 47), que incluye también el pacto verbal en la perfección del vínculo, de forma que para apartarse de dicha modalidad se exige la estipulación escrita sin restricciones adicionales, en consideración, por ejemplo, a la causa, para establecer el término fijo o la limitación en el tiempo a una obra o labor.

De esta forma, la estabilidad como principio fundacional del derecho del trabajo ha venido desmontándose progresivamente mediante reformas de desregulación, que se justifican en la adecuación para promover la movilidad laboral y la generación de empleo, las cuales han demostrado ser ineficientes para tal fin (véase numeral 2.4 de este capítulo) y fundamento de problemáticas sociales.

En tal sentido, la Iglesia católica ha manifestado su preocupación por la implementación de dichas políticas de desregulación, que relajan las garantías de estabilidad en función de los efectos sociales adversos que ella misma genera. La carta encíclica *Caritas in veritate* del papa Benedicto xvi señala:

La *movilidad laboral*, asociada a la desregulación generalizada, ha sido un fenómeno importante, no exento de aspectos positivos porque estimula la producción de nueva riqueza y el intercambio entre culturas diferentes. Sin embargo, cuando la incertidumbre sobre las condiciones de trabajo a causa de la movilidad y la desregulación se hace endémica, surgen formas de inestabilidad psicológica, de dificultad para abrirse caminos coherentes en la vida, incluido el del matrimonio. Como consecuencia, se producen situaciones de deterioro humano y de desperdicio social. Con respecto a lo que sucedía en la sociedad industrial del pasado, el paro provoca hoy nuevas formas de irrelevancia económica, y la actual crisis solo puede empeorar dicha situación. El estar sin trabajo durante mucho tiempo, o la dependencia prolongada de la asistencia pública o privada, mina la libertad y la creatividad de la persona y sus relaciones familiares y sociales, con graves daños en el plano psicológico y espiritual. Quisiera recordar a todos, en especial a los gobernantes que se ocupan en dar un aspecto renovado al orden económico y social del mundo, que *el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la*

persona en su integridad: “Pues el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social”.²⁴

2.2. El contrato único

El desarrollo del principio de estabilidad se encuentra estrechamente ligado a la modalidad contractual laboral que, de acuerdo con la estructura originaria, debería preferir la duración indeterminada. En el inventario de propuestas para remodelar las relaciones laborales se encuentra la propuesta europea –que en este trabajo se estudiará a partir de la experiencia italiana y española– de contemplar un contrato único en el que se habilite el despido de forma genérica con una indemnización *forfetaria* reducida en función de la antigüedad, eliminando el control judicial del despido injustificado.²⁵

En el marco de las alternativas para afrontar la crisis, en abril de 2009 España promulgó una propuesta para la “renovación laboral”, elaborada por cien economistas académicos, que aboga por medidas centradas en la recuperación del empleo mediante diversas medidas, entre las que destacan “la supresión de la dualidad entre trabajadores fijos y temporales, mediante la creación de un único contrato laboral; la mejora del sistema de protección por desempleo; la modernización del sistema de negociación colectiva; y la promoción de políticas activas eficaces”.²⁶

²⁴ Papa Benedicto xvi. *Encíclica Caritas in veritate*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2009.

²⁵ Sobre la eliminación del control judicial del despido se encuentran diversas posiciones sobre su efectividad. Quienes defienden el modelo argumentan: “El objetivo de este artículo es demostrar que estas críticas no son válidas. Hoy en día en España ya existe el despido libre. En efecto, desde 2002 la ley permite al empresario romper unilateralmente un contrato indefinido mediante el pago de la indemnización prevista para el despido improcedente, que es de 45 días de salario por año de antigüedad (en adelante, ‘45 días’). Como explicamos más adelante, el contrato único formalizaría esta situación creando un único procedimiento para todos los despidos no disciplinarios y no discriminatorios, que los reconduciría a su cauce normal. Si bien se modificaría el coste de despido, en términos efectivos la reforma propuesta no modificaría la tutela judicial de los trabajadores. De hecho, el contrato único ofrecería importantes ventajas. En particular, la tutela judicial efectiva se extendería también a los empleados temporales, mientras que la actual regulación protege solo a los que tienen un contrato indefinido”. Samuel Bentolila. *La viabilidad jurídica del contrato único. Propuesta para la reactivación laboral en España*. Madrid: FEDEA. 2010.

²⁶ No obstante, las posiciones discordantes con la propuesta se centran en la ausencia de justificación para el desmonte de las garantías laborales en el acto de despido empresarial derivando en la precarización de las relaciones laborales: “El contrato único, como casi todo en la delirante política laboral española, es una vía, propia del reino del eufemismo que tanto gusta a los recortadores de derechos sociales, para debilitar todavía más la protección de los trabajadores frente al despido. Se trata de banalizarlo, con-

En el mismo sentido, el proyecto de reforma al sistema italiano de 2012, liderado por el gobierno de Mario Monti, incluye el modelo de contrato único para favorecer la inclusión de jóvenes y mujeres, así como para sustituir las 48 modalidades existentes que, según la propuesta, conllevan a que el salario bruto de un trabajador italiano esté un 32% por debajo del promedio de los países de la zona euro. Este planteamiento de reforma a partir de un contrato único contempla dos fases: “Una de ingreso, con duración hasta de tres años; la segunda fase denominada de ‘estabilidad’ en la que el trabajador será beneficiario de todas las garantías previstas para los contratos a tiempo indeterminado”.²⁷ La justificación del planteamiento está centrada en la segmentación del mercado de trabajo que se evidencia en la relación trabajo indefinido/temporal (fijo), la cual quedaría eliminada en la propuesta igualando en el componente precario la totalidad de la modalidad contractual laboral.

El modelo de contrato único es fuertemente criticado dada la centralidad que comporta con respecto al desmonte de la estabilidad de los trabajadores que cuentan con una vinculación específica, quienes son culpabilizados del colapso del sistema sin atender a las verdaderas causas de la crisis económica y sus efectos en el empleo, ignorando además las deficiencias de las medidas que favorecen la producción a costa de los estándares sociales.²⁸

vertirlo en un acto cotidiano de gestión empresarial, sólo susceptible de ser revisado por un juez en los casos más graves y aberrantes, pero normalmente resuelto con el pago de una indemnización modesta y no disuasoria. Un trasunto del ansiado despido libre que para colmo se disfraza socialmente como un modo de proteger a los trabajadores más débiles o, en el extremo de la deformación del lenguaje, de avanzar en la igualdad de oportunidades”. Joaquín Pérez Rey. “Un Contrato para atraerlos a todos”. *El Diario.es*, 6 de febrero de 2013.

²⁷ Cfr. “Riforma del Lavoro, ecco il piano Fornero contratto unico, più soldise lavori a termine”. Dossier. La Repubblica, 19 gennaio 2012.

²⁸ “Lo más sorprendente de esta segmentación, tan perjudicial para todos, es la interpretación que recibe por el pensamiento liberal. En lugar de revertir los efectos de una política de empleo miope, volviendo a la configuración tradicional del derecho del trabajo y su preferencia por el contrato indefinido, achacan la responsabilidad de la precariedad a los trabajadores que todavía consiguen tener un empleo estable. Como por arte de magia los modestos derechos de éstos (*insiders*) se convierten en privilegios egoístas que condenan a los débiles (*outsiders*) a malvivir en los arrabales del mercado de trabajo. La parada y el precario ya saben quién tiene la culpa, no desde luego un sistema empresarial obsesionado con la explotación intensiva y a bajo coste del trabajo, sino los trabajadores con derechos y sus sindicatos a los que es preciso arrebatar sus prebendas, aun cuando, tras la última reforma laboral, tampoco haya ya espacios excesivos para la depredación de derechos a los trabajadores estables.

2.3. La flexiseguridad y la contradicción del Convenio 158 de la OIT

La propuesta europea del contrato único es el resultado de la desarticulación del principio de estabilidad contenido en el Convenio 158 de la OIT, que contradice la política europea de “modernización del derecho del trabajo”. Por esta razón es necesario contrastar la propuesta de flexiseguridad con los mandatos internacionales.

El modelo de regulación europeo del despido por razones económicas está contenido en la Directiva 98/59 que regula la rescisión del contrato “por motivos no inherentes a la persona del trabajador”, denominados por el Convenio 158 de la OIT “necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. En este sentido, el Convenio 158 de la OIT y la Directiva 98/59 convergen en los mismos modelos causales de extinción, imponiéndose así la limitación de la facultad unilateral de despido y la incorporación de consultas sindicales a los procedimientos de rescisión.

Así, entre de los instrumentos técnicos²⁹ de la OIT se encuentra el Convenio 158 proferido en 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo, fundamento de la regulación internacional de los cauces que debe observar la rescisión de la vinculación mediante el despido. El convenio prevé la causa justificada como motivo habilitante de la terminación del vínculo laboral basada en la “capacidad o conducta del trabajador; o las necesidades de funcionamiento de la empresa”. Al mismo tiempo, el artículo 5.º del convenio proscribía algunas causas específicas que determinan la relación, para descartar el uso de la terminación como sistema sancionador del ejercicio de garantías que emanan de la relación de trabajo. Los supuestos enlistados en dicho artículo son:

- a. la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b. ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

Para los teóricos del contrato único, el problema no parece ser que existan trabajadores sin derechos, sino que hay quienes sí los tienen”. Joaquín Pérez Rey. “Un Contrato para atraerlos a todos”. *El Diario.es*, 6 de febrero de 2013.

²⁹ Están catalogados como convenios técnicos de la OIT aquellos que no integran los considerados fundamentales ni de gobernanza.

- c. presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- d. la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e. la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Para asegurar la efectividad de las garantías establecidas, el instrumento contempla una regla de inversión del *onus probandi incumbit actori*, por lo que corresponderá al empleador la prueba de la existencia de la causa justificativa del despido ante una autoridad neutral jurisdiccional. De igual forma, el convenio considera tomar como medida principal de la calificación de despido injustificado la anulación de la medida y la consecuente readmisión del trabajador al puesto de trabajo, salvo que las prácticas nacionales no lo consideren posible, caso en el cual se contempla el pago de una indemnización resarcitoria del perjuicio causado.

Como complemento de lo anterior, resulta pertinente precisar algunos aspectos de la Recomendación 166 de la OIT para la efectividad de las medidas de restricción de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. La recomendación contempla limitar la contratación temporal que se utilice para eludir las garantías planteadas en el Convenio 158, acudiendo a la regla general de la duración indeterminada con excepciones en función de “la índole del trabajo, las condiciones del mismo o los intereses del trabajador”. Asimismo, recomienda prever procedimientos previos³⁰ a la terminación, de

³⁰ En Colombia se trató de una temática que dio lugar a un debate doctrinal entre la jurisdicción ordinaria laboral y la constitucional. Mientras la primera considera la inexistencia de procedimientos previos al despido por inexistencia de normativas y en tal sentido se prevén solo para el caso de sanciones disciplinarias (véase la sentencia de la Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 13 de marzo de 2008, radicación 32422, M.P. Luis Javier Osorio López), el máximo tribunal constitucional colombiano opta por considerar la necesidad de procedimientos previos al despido con justa causa unilateral del empleador en desarrollo del debido proceso que permea las relaciones públicas y privadas de ordenamiento colombiano. (Véase la sentencia de la Corte Constitucional, T-546 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). El punto de disonancia se ha zanjado con la aplicación práctica de la doctrina laboralista que acoge la aplicación de un procedimiento previo al despido justificado, basado en juicios de reproche a la conducta del trabajador en virtud de las disposiciones de la norma fundamental.

forma que exista proporcionalidad de la medida en virtud de la reincidencia de la conducta reprochada; aviso previo e instrucciones apropiadas cuando se trate de rendimiento insatisfactorio; asistencia de otra persona en caso de ser llamado a descargos; razonabilidad en el plazo entre el conocimiento de la conducta reprochada y el despido; notificación por escrito al trabajador de la terminación por justa causa en la que se relacionen los motivos de la misma.

En cuanto a las consecuencias de la terminación de la relación de trabajo por decisión patronal, el instrumento considera la previsión legal de una indemnización fijada en función del tiempo de antigüedad y el monto del salario, y/o prestaciones por desempleo.

Para los efectos del análisis de la estabilidad en tiempos de crisis, resulta de considerable importancia la adopción de medidas alternas a despidos en caso de dificultades económicas, tecnológicas o estructurales del ejercicio productivo, tales como

el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

Como mecanismo complementario se acoge la priorización en la readmisión al puesto de los trabajadores despedidos, contando siempre con la voluntad de los trabajadores; la promoción de la gestión de las autoridades, el empleador y los representantes de los trabajadores; la recolocación en empleos adecuados de los trabajadores desvinculados por razones económicas, técnicas o estructurales de la producción.

En el año 2011 se llevó a cabo, bajo el liderazgo del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, una reunión tripartita de expertos para estudiar los avances en la aplicación del Convenio 158 y la Recomendación 166 que concluyó con un documento final suscrito tan solo por representantes de los Estados y los trabajadores. El documento adoptado, en el marco de la comitiva referida, incorpora los instrumentos sobre protección contra el despido injustificado a la agenda de trabajo decente, la Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008) y el Pacto Mundial para el Empleo (2009).

El documento también reconoce un bajo índice de ratificación del Convenio 158, si bien debería estimularse el incremento de ratificaciones conforme lo indicado en el Pacto Mundial por el Empleo; no obstante, se reconoce que gran parte de los países cuentan con mecanismos de concurrencia con las directrices en él contenidas. El trabajo de estímulo a la ratificación progresiva del Convenio 158 aconseja ilustrar los elementos de flexibilidad que el convenio incorpora, agrupados por el documento final como sigue:

- a. la exclusión de alguna o de todas las disposiciones del convenio de ciertas categorías de trabajadores, en cualquier momento (párrafo 2.º del artículo 2.º), o su enumeración en la primera memoria que se debe presentar dos años después de la ratificación (párrafos 4.º y 5.º del artículo 2.º);
- b. la determinación de causas justificadas de despido (artículo 4.º);
- c. procedimientos antes o al momento de la terminación de la relación de trabajo (artículo 7.º);
- d. procedimientos para recurrir contra el despido (artículos 8.º y 9.º);
- e. la posibilidad que en caso de despido injustificado, dadas las circunstancias, de readmitir al trabajador o de pagar una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (artículo 10);
- f. la determinación de un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, de una indemnización (artículo 11);
- g. optar sobre el alcance y la naturaleza de la indemnización por fin de servicios u otra forma de protección de los ingresos (artículo 12);
- h. la naturaleza y la forma de la consulta con los representantes de los trabajadores, y la notificación a las autoridades competentes, en caso de despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (artículo 13 y 14).³¹

³¹ Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Informe final, Reunión Tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la recomendación correspondiente (núm. 166)*. Ginebra: oit, 18-21 de abril del 2011.

El texto conclusivo no fue suscrito por el sector empleador ya que, según aquellos, la crisis económica demanda mayor flexibilización como mecanismo de reacción al contexto de deflación del sistema.

De acuerdo con esta posición, el Convenio 158 y la Recomendación 166 restringen la libertad contractual de rescisión patronal en la medida que se promueven las reclamaciones judiciales para controvertir e incluso anular las decisiones de terminación del vínculo, lo cual redundaría en el aumento de costes imprevisibles de forma que se desincentiva la generación de empleo. Además, en criterio de los expertos empleadores, los instrumentos estudiados no reconocen la centralidad del mercado en la regulación de la terminación de la relación de trabajo, desconociendo tendencias modernas de intervención como la flexiseguridad.

En suma, la posición del sector de los empleadores y su disenso respecto del contenido del aparte de conclusión del documento refleja el interés por la abrogación del Convenio 158, y “la cuestión de la terminación de la relación de trabajo [se estudie] bajo un nuevo prisma y de una manera equilibrada y holística, de forma que se proceda a una reflexión tripartita exhaustiva sobre cuál debía ser la acción de la OIT en materia de protección contra el despido”.

2.4. El efecto placebo de las reformas a los sistemas de protección del empleo

La crisis económica ha generado en los países afectados por ella un proceso de intervención secuencial de los sistemas laborales, poniendo el acento en la flexibilidad de la fórmula adoptada como respuesta a la contracción de la economía, sin que encuentre respaldo en el plano macroeconómico en el cual se pretenden justificar.

La idea de abaratar el despido impulsada por las reformas laborales para estimular el crecimiento del empleo como premisa mayor de la flexiseguridad contiene un efecto “placebo”³² psicológico que no se puede medir en el plano científico.³³ Ese efecto favorable del placebo en medicina no es el mismo en

³² “Sustancia que, careciendo por sí misma de acción terapéutica, produce algún efecto curativo en el enfermo, si este la recibe convencido de que esa sustancia posee realmente tal acción”. DRAE. Vigésimo segunda edición.

³³ “Es irrelevante ahora desgranar argumentos contrarios o que desvirtúen este razonamiento que se impone en la práctica con la inevitabilidad de un hecho consumado en la mayoría del discurso político y social dominante. La reducción y en su caso progresivo desmoronamiento del sistema de garantías del

el ámbito de la macroeconomía, ya que el convencimiento de los defensores de las políticas de reducción de los derechos laborales como receta de atención a la contracción de la economía es insuficiente, como lo demuestran con posterioridad a las reformas los indicadores del sistema laboral.

El planteamiento de partida está enmarcado en una orientación política que reputa incompatible el sistema de garantías laborales con el crecimiento económico, de forma que se considera la mutación del derecho del trabajo de un esquema protector a un componente del mercado al servicio del crecimiento bajo las reglas de libertad de comercio y competencia, lo cual resulta coherente con el desmonte de la tutela de estabilidad como mecanismo generador de empleabilidad. El eje central del punto en estudio está dado por las tensiones entre la economía y el derecho del trabajo, que la flexiseguridad pretende instrumentalizar al servicio de la primera en oposición a la visión fundacional de la disciplina de servir de dique de contención a las exigencias del mercado en detrimento de los niveles mínimos de dignidad en el desarrollo del trabajo.³⁴

La relación despido-empleo ha demostrado en la experiencia no ser perfecta como se plantea en la teoría, que preconiza la liberación de la rescisión unilateral patronal como receta de empleabilidad. Las evidencias presentadas por los estudios macroeconómicos convergen en desvirtuar el efecto de las

derecho al trabajo que proviene de una determinada construcción histórica del mismo y de la propia ciudadanía social sobre la base de la crisis de la regularidad del sistema de economía de mercado, sugiere toda una serie de consideraciones políticas y jurídicas que ahora no procede abordar, y que van desde la consideración de una cierta incompatibilidad 'natural' entre un sistema de derechos eficaces en torno al trabajo asalariado y el crecimiento económico y de la riqueza de un país, hasta la propia 'desresponsabilización' de la empresa en los procesos de destrucción y pérdida de puestos de trabajo y la 'despersonalización' de las relaciones sociales que transforma al trabajador en un 'acontecimiento periférico' al sistema económico y al mercado". Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

³⁴ "En efecto, el elemento característico de la relación instaurada entre economía y el derecho del trabajo está representado por la sorda resistencia de este a hacerse dominar por aquella. Una resistencia que se manifiesta en la tendencia a transformar lo que existe en algo diferente a lo real y a lo imaginado en la medida que cualquier intento de normalización aparente proporciona apoyo y motivo para construir expectativas de desestabilización real, cuya satisfacción comporta la superación de lo existente". Umberto Romagnoli. *El Derecho del Trabajo del 900...*, ob. cit.

medidas de relajación de los mecanismos de protección del empleo, representados por la disminución de los límites jurídicos y económicos del despido.³⁵

Los efectos neutros de las reformas efectuadas en los regímenes de protección del empleo evidencian la ineficacia de la fórmula regresividad de derechos/progresividad de empleabilidad, que ha demostrado ser ineficiente³⁶ como receta de intervención centrada en el desmonte de la estructura de derechos en el trabajo a la que se imputa la “culpabilidad” de la crisis.

La atenuación de la “rigidez” de los regímenes de protección de empleo que contiene la propuesta de flexiseguridad está enfocada en la dimensión generadora de empleo que emana de la libertad de rescisión unilateral patronal, la cual, en el plano económico, no encuentra resultados que la respalden.³⁷

³⁵ “La legislación de protección del empleo (EPL) tiene por objeto proteger los puestos de trabajo de los empleados actuales, al exigir que las empresas paguen por despido si los despiden.

La EPL aumenta el costo de la contratación de los trabajadores (los que la empresa puede despedir en el futuro), que corre el riesgo de reducir el empleo total. En los países avanzados, dos décadas de estudios impulsados por la OCDE han sofocado los temores de que la EPL afecta en gran medida el empleo. La mayoría de los estudios concluyen que el empleo de EPL redistribuye el empleo sin tener impacto claro sobre el empleo o el desempleo agregados (OCDE, 2004, 2006).

En América Latina, las prestaciones de seguridad laboral y los costos de despido son extensos y por lo tanto más costosa que en los países avanzados de la OCDE (Heckman y Pagés, 2000). Aun así, los estudios de la legislación EPL que comparan el empleo antes y después de los cambios en la legislación y/o entre grupos cubiertos y descubiertos en determinados países encontraron efectos sobre el empleo total en algunos países pero no en otros”. Richard B. Freeman. *Labor regulations, unions, and social protection in developing countries: Market distortions o efficient institutions?*, working paper 14789. National Bureau of Economic Research, marzo de 2009.

³⁶ “Una de las más importantes intervenciones legislativas en el mercado de trabajo se refiere al conjunto de normas que limitan la libertad de la empresa de interrumpir la relación de trabajo. En casi todos los países industrializados, los regímenes de protección del empleo obligan a las empresas a transferir al trabajador una compensación monetaria para terminar la relación de trabajo a tiempo indeterminado. Además, existen procedimientos más o menos complejos que según la empresa busque emprender un despido individual o colectivo.

Para estudiar los efectos de los regímenes de protección del empleo es útil partir de una condición abstracta e ideal y preguntarse qué sucede en el mercado de trabajo cuando, de repente, el gobierno exige que la interrupción del mercado de trabajo venga acompañado de una *buena salida* para el trabajador. En las condiciones descritas en este párrafo la respuesta a esta pregunta es simple. No sucede nada.

(...)

Es fácil demostrar que, en estas condiciones, los regímenes de protección del empleo (RPI) no tienen consecuencias ocupacionales, en el sentido de que no alteran el mercado de trabajo en términos de salario y ocupación”. Brucchi Luchino. *Manuale di economia del lavoro*. Bologna: Il Mulino, 2001.

³⁷ “En un mercado laboral competitivo con salarios flexibles, una disposición legislativa que obliga a la empresa a transferir al empleado una cantidad especificada en caso de despido, está completamente neutralizado por el ajuste de los salarios, y por lo tanto, no tiene ningún efecto sobre el empleo. El

2.4.1. Reforma en España

Como consecuencia de la crisis económica iniciada en el año 2008, el ordenamiento laboral español ha venido siendo intervenido con diversas reformas, entre las que debe destacarse las incorporadas en los años 2010 y 2012 de carácter flexibilizador como respuesta de adecuación y que han probado ser incapaces de coadyuvar en la recuperación de los niveles de empleabilidad.

2.4.1.1. La Ley 35 del 2010

Como reacción de partida la Ley 35 del 2010 propone una reforma enmarcada en la falsa culpabilización³⁸ del ordenamiento laboral, al que se imputa rigidez en el desarrollo de la relación de trabajo y haber creado una segmentación que discrimina el grado de protección entre trabajadores vinculados mediante contratos indefinidos y aquellos en el marco de contratación temporal.

Con base en las anteriores consideraciones, la reforma del año 2010 se enfocó en reestructurar, en lo que a este estudio concierne, la reducción de costes de despido para restringir la segmentación entre trabajadores fijos y temporales; y privilegiar la contratación colectiva de empresa en detrimento de la negociación sectorial.

En cuanto al primer punto, referido a la reducción del monto de la indemnización por despido, la reforma del año 2010 acoge el postulado según el cual los sistemas de protección de empleo de las modalidades contractuales indefinidas inducen al empleador a optar por modalidades precarias en las que se facilita la desvinculación. Para ello se refuerza el ámbito subjetivo de

resultado de la neutralidad, sin embargo, ya no es válida en los mercados en los que los salarios no son perfectamente flexibles. En este último caso, el RPI no tiene un impacto significativo sobre el empleo stock promedio, mientras que tienden a reducir en gran medida el flujo, el número de personas que pasan del empleo al desempleo y viceversa". Tito Boeri et ál. *Regimi di protezione dell'impiego: implicazioni teoriche e indicazioni dalle riforme in atto in Italia*. Fondazione Rodolfo Debenedetti, 5 de marzo de 2002.

³⁸ "El desempleo, su aumento o disminución, tiene poco que ver con las reglas protectoras del trabajo, como lo prueba que cuando se volvió en 1997 a la causalidad en la contratación temporal el desempleo fue bajando hasta 2008, eso sí, con una continuidad de contratos temporales. La norma laboral 'no es causa, sino efecto' del mercado de trabajo capitalista. Pero esta evidencia no parece que se imponga a los operadores de los grandes centros financieros y económicos internacionales y nacionales quienes, recuperados del shock del 2008, han vuelto con energías redobladas por otra reforma del derecho del trabajo aplicando las recetas de la flexiseguridad del Libro Verde que en importante medida han acabado plasmándose en la Ley 35/2010". Joaquín Aparicio Tovar. "La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010". En: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2011, p. 30.

aplicación del denominado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, reduciendo el importe de la indemnización de 45 a 33 días por año laborado en los despidos objetivos e invirtiendo la carga probatoria para radicarla en cabeza del trabajador quien debe demostrar la inexistencia de la causal objetiva de terminación por corresponder a una verdadera causa disciplinaria.

La reforma del ordenamiento laboral español también incorpora medidas de flexibilidad interna fundamentadas en razones económicas, técnicas, organizativas de producción en las que es viable la modificación de la jornada, por iniciativa de la dirección de la empresa, establecida previamente en convenio colectivo, bajo la premisa de un procedimiento de consultas con los representantes legales de los trabajadores “para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados”.

En materia colectiva, se prevé la inaplicación del régimen salarial previsto en convenios colectivos “de ámbito superior a la empresa”, que se sustituye por un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el ámbito de la empresa misma, a fin de promover el mantenimiento de la fuente de empleo, descentralizando el modelo de negociación que debilita la acción sindical.³⁹

La reforma está dirigida a debilitar de la representatividad sindical que se limita al entorno empresarial, destruyendo el sentido y fundamento de la negociación sectorial que comprende un espectro subjetivo de mayor alcance a favor de la negociación empresarial, la cual, en virtud de las asimetrías de los centros de producción, derivaría en ventajas comerciales en perjuicio de las garantías alcanzadas sectorialmente.⁴⁰

³⁹ “La adaptación de los contenidos negociales a los cambiantes escenarios económicos y organizativos justifican, a juicio del legislador, transformaciones radicales de un sistema cuyos cimientos han quedado seriamente comprometidos por modificaciones estructurales que, desde 2010, transitan hacia un cambio de modelo, se dice, más descentralizado, ajustado y próximo a las empresas demandantes de mayor competitividad y productividad”. Amparo Merino Segovia. “Sentido y alcance de las reformas del 2012: Nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial”. En: *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, p. 377.

⁴⁰ “Con ello en consecuencia, se dibuja un escenario posible en línea con una de las constantes de las políticas neoliberales en materia de relaciones laborales, la de perseguir la reforma de la regulación legal de la negociación colectiva en al menos dos puntos: la prioridad de la empresa como centro de imputación de las condiciones salariales y de trabajo, y la reformulación del conjunto de lo negociado sin que exista un principio de progresividad o un suelo de contratación”. Antonio Baylos Grau. “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio”. En: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2011, p. 248.

No obstante, la crisis profundizó sus efectos y las medidas presentadas como respuestas demostraron posteriormente su ineficacia económica. Por tanto, en el año 2012 se tramitó una nueva reforma que retomó la dirección del conjunto de medidas de flexibilización interna y externa, manteniendo el deterioro de las garantías laborales y agudizando la destrucción del empleo.

En materia de seguridad social, la intervención fue de carácter regresivo, pues se hizo con fundamento en la sostenibilidad presupuestal del sistema afectado por la crisis, que se adjunta a la propuesta empresarial de incrementar el porcentaje de cotización de los trabajadores, quienes pagan el 20% de las cuotas para financiación de las prestaciones.⁴¹

2.4.1.2. La ley 3.^a de 2012

Por otra parte, la reforma laboral española contenida inicialmente en el Real Decreto-Ley 03/2012, y posteriormente en la Ley 3/2012, “Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, que reformó en profundidad el Estatuto de los Trabajadores [ET], constituye una importante manifestación de intervención que incluye medidas de flexibilidad interna y externa para rediseñar el régimen de protección del empleo con justificantes de atención a la crisis cuyos efectos en los indicadores macroeconómicos demuestran su ineficacia.

Las medidas adoptadas en la norma combinan la flexibilidad interna y externa, pudiendo ser utilizadas indistintamente por el empleador, aumentando el poder patronal para rediseñar la estructura de trabajo interna y rescindir los contratos de trabajo. Así pues, el capítulo III de la ley declara la introducción de medidas de *flexibilización interna como alternativa a la destrucción del empleo*, entre las que se cuentan (i) la clasificación profesional; (ii) la movilidad funcional y geográfica; (iii) la modificación de las condiciones de trabajo; y (iv) las suspensiones de contratos de trabajo y reducción de la jornada por

⁴¹ Las medidas referidas en la Ley 3 del 2012 y el Real Decreto Ley 20 del mismo año inciden directamente en la financiación de la seguridad social como son la revisión de determinados convenios en materia de seguridad social, nueva regulación de los complementos al mínimo para las pensiones contributivas, obligación de cotizar respecto a determinados conceptos extrasariales hasta ahora excluidos de la base de cotización, nuevo sistema de recargo en el pago de cuotas, etc.”. María José Romero Rodenas. “Las reformas en materia de prestaciones del régimen general de la seguridad social tras las reformas del 2012”. En: *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, p. 467.

causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la fuerza mayor.

En materia de negociación colectiva, (i) se habilita el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo de sector o empresa mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; (ii) se prioriza la regulación contenida en los convenios de empresa en detrimento de los convenios sectoriales; y (iii) se limita la ultraactividad del convenio denunciado por un año sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado laudo arbitral, el cual perderá vigencia aplicándose, de existir, el convenio colectivo de ámbito superior aplicable.

Así las cosas, el modelo de negociación sectorial se vio deteriorado para privilegiar el sistema de negociación empresarial en detrimento de la libertad sindical y la vocación reguladora de los acuerdos colectivos. Como complemento, se incorpora una serie de medidas de flexibilidad externa no excluyentes que, por tanto, pueden ser ejercidas de modo concurrente con las medidas de flexibilización internas ya referidas, aumentando así el poder empresarial.

El capítulo iv de la Ley 3.^a del 2012 se ocupa de establecer “medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral” que se inscribe en el modelo de flexiseguridad; así se declara en la parte positiva de la norma como mecanismo de intervención para afrontar la crisis económica iniciada en el año 2008:

La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad. Con esta finalidad, el presente Real Decreto-Ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por Pymes y de jóvenes (capítulo II); incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III); y

finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV).⁴²

En este sentido, la reforma se centra en la segmentación de las relaciones laborales producida, a su juicio, por la ausencia de flexibilidad, considerando el denominado “despido exprés”⁴³ e interviniendo en los regímenes de despido colectivo e individual.

Así las cosas, la reforma al despido colectivo comprende la supresión de la autorización administrativa, sin perjuicio de un procedimiento previo de consultas no vinculante con la expresa previsión de un procedimiento de impugnación en cabeza de los representantes de los trabajadores que permita calificar de forma homogénea la totalidad de despidos involucrados.

Al mismo tiempo, se precisan como causales que habilitan el despido colectivo las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, cuya aplicación se sugiere matizar mediante la intervención de la autonomía colectiva para establecer los criterios de permanencia y preferir la continuidad de determinados grupos de trabajadores como “aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad”. El numeral 3.º del artículo 18 de la Ley 3.ª de 2012 establece sobre el particular:

A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b. El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

⁴² Boletín Oficial del Estado (BOE), 11 de febrero de 2012.

⁴³ Esta modalidad hace referencia al despido sin justificación con exclusión del pago de salarios de tramitación (aquellos dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia que califica el despido o el reintegro) con el pago de la indemnización debida, impugnabile solo cuando se demuestren conductas discriminatorias o violatorias de derechos fundamentales.

- c. Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La reforma también se ocupa de los costos del despido, los cuales, según la norma, deben ser reducidos para “mejorar la eficiencia del mercado de trabajo”, ya que el régimen anterior a la reforma, que contempla como consecuencia por despido improcedente una indemnización de 45 días de salario por año laborado con un máximo de 42 mensualidades, constituye un “elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido”. En este sentido, el numeral 7.º del artículo 18 de la Ley 3.^a de 2012 redujo el monto de la indemnización por despido improcedente a 33 días con un máximo de 24 mensualidades, así:

Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Los efectos macroeconómicos de la reforma en estudio evidencian la ausencia de aptitud de las normas de reducción del régimen de protección de empleo, demostrando su incapacidad para incidir favorablemente en la empleabilidad. Y es que las cifras son contundentes: la tasa de desempleo para noviembre de 2012 en España aumentó a 26,6%, que corresponde a 6 157 000 de personas sin empleo; esta cifra demuestra que desde la vigencia de la reforma el número de desempleados se incrementó en 670 000.⁴⁴

La incapacidad de la reforma para producir efectos positivos contrasta con la lectura oficial de las medidas y sus efectos por parte del Gobierno español,⁴⁵ sin perjuicio de la demanda patronal de una mayor desregularización para completar el proceso y asegurar los resultados.⁴⁶ Esta posición se muestra como consecuencia de las directrices de la Comisión Europea, cuyo nivel vinculante deriva de las garantías del endeudamiento público de los Estados miembros de la Unión, que acogen las medidas emanadas por fuera de los espacios políticos democráticos tradicionales en procura de la reducción de derechos sociales con resultados macroeconómicos negativos en los objetivos de empleabilidad declarados en las mismas disposiciones.⁴⁷

⁴⁴ J. Rodríguez et ál. “A un año de la reforma laboral: crónica de un desastre anunciado”. *Colectivo Novecientos*, 29 de enero de 2013.

⁴⁵ “El descenso del paro que se presentó como inaudito dentro de las tendencias de comportamiento del mercado laboral, se cifró en 31 personas durante el mes de agosto [de 2013], en relación con el mes anterior, julio. Un descenso del paro que, en valores relativos, implicaba, según los propios datos de los Registros del Servicio Público Estatal sobre demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo, una reducción de un 0,00%. De esta forma, el paro registrado se situaba en 4.698.783 al concluir el mes de agosto [de 2013]”. María Belén Cardona Rubert. “La presentación de los datos del desempleo: ¿ejercicio de transparencia?”. En: *Portal Al Derecho y al Revés*, 21 de octubre de 2013.

⁴⁶ La ort ha manifestado desconfianza frente a la creación de empleo como resultado de la reforma laboral española. “El director de la oficina de la Organización Internacional del Trabajo (ort) en España, Joaquín Nieto, se ha mostrado crítico con la reforma laboral porque ‘está por ver si ha generado trabajo, que era su objetivo principal’. Nieto espera un ‘balance objetivo’ de la reforma laboral que aún no se ha producido y matiza que el mercado laboral funcionaba con algún desajuste, pero que no era el origen de la crisis”. Joaquín Nieto. “La ort duda que la reforma laboral haya generado trabajo, su objetivo principal”. *RTVE.ES*, 4 de octubre de 2013.

⁴⁷ Véase Antonio Baylos Grau. “A un año de la reforma laboral, Europa como problema”. En: *Blog, Según Antonio Baylos*. Consultado el 13 de febrero de 2013. <http://baylos.blogspot.com/2013/02/a-un-año-de-la-reforma-laboral-europa.html>.

La erosión del principio de estabilidad que contiene la reforma española anuncia el “fin del principio”⁴⁸ como fórmula para la adaptación de la empresa a la crisis económica que compromete la realización de los postulados internacionales y de trabajo decente que defiende la OIT, al mismo tiempo que desarticula la contención del derecho del trabajo frente a la autoridad patronal.

Como apéndice de las medidas de flexibilización interna y externa, la reforma laboral española del año 2012 incorpora una modalidad contractual denominada “contrato de apoyo a emprendedores”, que pretende la realización del principio de estabilidad que se enmarca como manifestación del contrato a término indefinido aplicable a empresas de menos de cincuenta trabajadores. Esta modalidad contractual, establecida en el artículo 4.º de la Ley 3.ª de 2012, constituye un contrato por duración indefinida a jornada completa condicionado su eficacia a que sea suscrito por escrito.

Una reciente reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, relativa a medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, introduce importantes modificaciones en el contrato a tiempo parcial, y permite expresamente que el contrato de apoyo a emprendedores también pueda realizarse a tiempo parcial. No obstante presentarse como actuación del principio de continuidad y encuadrarse en la modalidad indefinida, en este contrato se incorpora un período de prueba de “un año en todo caso”, que vulnera los contenidos mínimos de la estabilidad aumentando veladamente y de forma desproporcionada el poder patronal de rescisión unilateral sin causa y consecuencias indemnizatorias.⁴⁹

La contradicción del principio de estabilidad derivada de la previsión del establecimiento de un período de prueba de un año “en todo caso” quebranta el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (véase numeral 2.3), la carta social europea y el artículo 35 de la Constitución española, que reconoce el derecho al trabajo, resultando viable vaticinar su retiro del ordenamiento por decisión de los órganos jurisdiccionales competentes.⁵⁰

⁴⁸ Esther Guerrero Vizuete. “Estabilidad en el empleo y reforma laboral: La debilitación de un principio”. *Revista de Derecho Social*, núm. 61. Ediciones Bomarzo. Albacete, España. Enero-Marzo de 2013, p. 95.

⁴⁹ María José Romero Rodenas. “Crisis Económica y su impacto en Europa”. *Jornadas Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 24 y 25 de octubre de 2013.

⁵⁰ “Este aspecto no puede permanecer inmune al marco jurídico existente en el ordenamiento laboral español, europeo e internacional, siendo patente la vulneración de derechos de los trabajadores protegidos

En ese sentido, resulta evidente la incompatibilidad del contrato de apoyo a emprendedores con la Carta Social Europea que llevó al Comité Europeo de Derechos Sociales a retirar del ordenamiento una norma análoga contenida en la reforma griega a través de la Decisión de Fondo de 23 de mayo de 2012, Reclamación n.º 66, por encontrar el período de prueba previsto como excesivo en su duración, desquiciando su naturaleza jurídica, razón por la cual debe ser inaplicable por desconocer los compromisos internacionales asumidos por España.⁵¹

La evidente incompatibilidad de las normas contenidas en la reforma laboral española del año 2012 fue descartada de manera insólita por el Tribunal Constitucional que en el trámite del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra determinó la admisibilidad de las medidas adoptadas aunque rompan el pacto constitucional de 1978. El pronunciamiento constitucional en cuestión avala la contradicción de la reforma con el reconocimiento de derecho fundamental al trabajo, el cual es sustituido en la reforma por un factor económico sin contenidos democráticos, debilitando la libertad sindical y la negociación colectiva, privilegiando además el convenio de empresa sobre el de sector.

En suma, la decisión admite la constitucionalidad de la reforma y afirma la consideración del derecho al trabajo orientado al empleo mediante la regresión del sistema de tutela que integra el trabajo decente bajo el fundamento

prioritariamente, con lo que, a mi juicio, su mantenimiento en el ordenamiento jurídico laboral no será durante mucho tiempo. (...) Actualmente los tribunales españoles y los organismos internacionales, ante regulaciones similares, han sido tajantes en su declaración de nulidad, habiendo tenido que rectificar, como ocurrió en Francia, o en breve tendrán que hacerlo, como es el caso de Grecia, los países que han pretendido instaurar un período de prueba semejante al que contiene el contrato de apoyo a emprendedores". María Carmen Salcedo Beltrán. "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional". *Revista de Derecho Social*, núm. 62. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2013, p. 101.

⁵¹ "La inevitable conclusión de lo relatado es que algunas de las medidas que está adoptando este Gobierno vulneran los compromisos internacionales, en concreto, los adquiridos con el Consejo de Europa y como ha declarado Luis Jimena Quesada, Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, la normativa estatal apuntada 'debe ser modificada (por el Gobierno o por el Parlamento), desatendida (por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias), inaplicable (por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad) y anulada (por el Tribunal Constitucional)', mostrando con ello los poderes públicos nacionales 'no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España'". María Belén Cardona Rubert y Carmen Salcedo Beltrán. "Gobierno y Carta Social Europea: Por las buenas o por las malas". En: *Portal al Derecho y al Revés*, 17 de febrero de 2014.

equivoco del aumento de indicadores macroeconómicos de empleabilidad. Como evidencia de ello, la sentencia de marras enseña:

Ha de tomarse también en consideración el mandato que el art. 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo “una política orientada al pleno empleo”; objetivo que, conforme a nuestra doctrina constitucional, configura la dimensión colectiva del derecho al trabajo y cuya atención puede legitimar limitaciones en la ya referida vertiente individual de este derecho. Esa dimensión colectiva, vinculada al referido mandato de realizar una política de pleno de empleo, encuentra explicación en que “en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”; de ahí que este Tribunal haya admitido que una determinada restricción al derecho individual al trabajo “sería constitucional siempre [que] con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo” (STC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 8 y 9, respecto a la fijación por ley de una edad máxima de permanencia en el trabajo). Las anteriores consideraciones permiten, en fin, confirmar que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, lo que podría justificar ciertas restricciones en su reconocimiento. No obstante, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, tales posibles limitaciones, además de tener que gozar de justificación legítima, “no pueden ser absolutas... ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable. (STC 19/2014 de 16 de julio de 2014)

Los cuestionamientos a la decisión de constitucionalidad de las *medidas urgentes* que integran la reforma del año 2012 quedan en evidencia en los votos particulares de tres de los magistrados que integran el Tribunal Constitucional, quienes disienten de la decisión mayoritaria por considerar inadmisibles la eliminación del sistema de garantías que revisten el trabajo en un Estado social para favorecer objetivos económicos bajo postulados que rompen pi-

lares constitucionales y democráticos. En este sentido, el voto particular a la sentencia en estudio precisa:

La única motivación que pudiera tener una proyección constitucional sería la última de las citadas, a la que la sentencia vincula con el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 40.1 CE de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo. Es éste, sin embargo y en mi opinión, un alegato que carece de la menor consistencia constitucional y legal. En primer lugar y en lo que concierne al primer aspecto, hago mías y me apropio de la idea expresada por la ya citada Sala de lo Social de la Corte francesa de Casación en la sentencia de 1 de julio de 2008. Dijo en esa ocasión el Alto Tribunal del país vecino que, en la lucha contra el paro o, por formular la idea en términos constitucionales próximos, en la adopción de las políticas públicas enderezadas a facilitar la creación de empleo, la protección de los trabajadores debiera resultar un medio, como mínimo, tan pertinente como las facilidades dadas a los empresarios para despedirlos, concluyendo que resulta paradójico animar la contratación mediante el fácil expediente, que es precisamente lo que persigue la extensión a un año de la duración del período de prueba, de facilitar la extinción de los contratos. En suma, no deja de ser sorprendente, expresado este juicio en términos de consistencia argumentativa, que en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas una de las primeras garantías que debe reconocerse, en un Estado social y democrático de Derecho, a los trabajadores: el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. (Voto particular a la STC 119/2004 formulado por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez)

2.4.2. Reforma en Italia

Como consecuencia de las políticas europeas de respuesta a la crisis social y de empleabilidad, se impuso a los países periféricos la adopción de reformas laborales de corte regresivo como “fórmula” de solución que prueba ser

ineficiente sin perjuicio del desmantelamiento de la soberanía de los países involucrados a los que se imponen las medidas en estudio.

En este contexto, la reforma impulsada en Italia por la ministra de Trabajo Elsa Fornero, del gobierno “técnico” del presidente Mario Monti, al sistema laboral italiano constituye una clara manifestación de intervención al régimen de protección de empleo, dirigida al desmonte de garantías sociales privilegiando el poder empresarial a cambio de amortiguadores sociales de transición laboral.

El estatuto de los trabajadores que contemplaba la disciplina de protección contra el despido y la fuerza vinculante del convenio colectivo a cuarenta años de su expedición en el otoño caliente de 1970, ha sido destruido en el posfordismo,⁵² atacado en sus pilares inspirados en el principio protector que emana del reconocimiento de la asimetría de la relación de trabajo.

En materia de despido, la reforma italiana enmarcada en Ley 92 del 29 de junio de 2012, titulada “Reforma del mercado de trabajo en una perspectiva de crecimiento”, se centra en los contenidos del artículo 18 del estatuto de los trabajadores (St. lav.), norma medular del sistema laboral italiano, que en síntesis contempla el control judicial de los despidos otorgando al juez la facultad de ordenar el reintegro, una vez se prueba en el proceso la inexistencia de una justa causa o justificado motivo en aquellas empresas que ocupan más de quince trabajadores.⁵³

Así, la reforma contenida en la Ley 92 reestructura el esquema construido en el estatuto de los trabajadores, desmontando la tutela real, manteniéndola solo para despidos discriminatorios (prevista precedentemente en la Ley 108 de 1990), de difícil sustento probatorio.

⁵² Federico Martelloni. “Buon giorno Statuto, Inventario di sguardi sullo Statuto dei lavoratori”. *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 4. Bologna Il Mulino, 2010, p. 367.

⁵³ El régimen laboral italiano diferencia el despido objetivo y subjetivo: “En este sentido, ante la enorme confusión de los mensajes transmitidos al público, vale la pena sintetizar las normas de funcionamiento en nuestra casa.

1) Si el despido se ordena por razones relacionadas con la conducta del trabajador, la parte que la alega debe convencer al juez de que el empleado ha cometido un “significativo” incumplimiento del contrato (ley de 1966) y, si falla, se ordena reintegrar al trabajador y compensar los daños causados (art. 18).

2) Si el despido se ordena por motivos relacionados con las actividades de producción y la organización del trabajo (Ley de 1966), en caso de ausencia de la misma, el tribunal ordenará la reinstalación y cuantificar el daño a ser indemnizado (art. 18)”. Umberto Romagnoli. “I diritti non sono marmellata”. *Il Manifesto*, 22 de marzo de 2012.

No obstante la complejidad de la disciplina del despido de la Ley 92/2012, para los efectos que aquí nos ocupan, intentaremos reducir la problemática a los fines tratados en el presente acápite. El numeral 42 del artículo 1.º modificó el artículo 18 del St. lav. así:

El juez, en las demás hipótesis (distintas del despido discriminatorio), en las cuales se determina que no existen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa adoptada por el empleador, declara resuelta la relación de trabajo desde la fecha del despido y condena al empleador a pagar una indemnización omnicomprendiva determinada entre un mínimo de 12 y 24 mensualidades de la última retribución, en relación con la antigüedad del trabajador y tomando en consideración el número de trabajadores ocupados, la dimensión de la actividad económica y de las condiciones de las partes, con carga de específica motivación sobre este particular”.

La reformulación del esquema laboral del gobierno Monti mediante la destrucción de dos de los pilares sobre los que se estructura el derecho del trabajo italiano, a saber: (i) la derogación del contrato colectivo nacional y la ley por el contrato colectivo de empresa establecida en el artículo 8.º de la Ley 148 del 2011, y (ii) la eliminación de la tutela real en caso de despido injustificado contemplado en el artículo 18 del St. lav., conlleva la respuesta social de reacción contra las medidas de “modernización” para afrontar la crisis.

En el caso de la reforma laboral italiana, se identifica claramente la intención del legislador de eliminar el control judicial del despido, alternativa no viable en función de los compromisos del Estado italiano en el ámbito europeo⁵⁴ y el Convenio 158 de la OIT (véase numeral 2.3).

La restricción de derechos contenida en las normas citadas constituyó el punto de quiebre social que desencadenó la reacción social de oposición y que desembocó en la iniciativa de convocatoria de un referéndum liderado por una comisión promotora, integrada entre otros por el profesor Umberto

⁵⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Carta de Niza de 2001. “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado. Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

Romagnoli,⁵⁵ para revocar popularmente las medidas restrictivas de derechos laborales adoptadas.

2.4.3. Reforma en Grecia

En el marco de la crisis económica, las reformas de las relaciones laborales griegas se han dirigido a la desregularización y el desmonte de garantías laborales como respuesta a la presión derivada de la contracción económica y la concurrentemente evidenciada “culpabilización” del régimen tuitivo laboral, direccionando el sistema hacia el mercado y convirtiéndolo en elemento de generación de empleo.

La respuesta al efecto de la crisis económica y su impacto en el sistema griego de relaciones laborales ha sido dirigida por la *troika*⁵⁶ la disminución de salarios para aumentar los niveles de competitividad en el contexto de la contracción económica.⁵⁷ Como complemento a las medidas de reducción de los salarios se disminuyeron los recargos por trabajo suplementario, de acuerdo con lo contemplado en la Ley 3863 del 2010; se introdujo la “alternatividad del trabajo”, por la cual, para afrontar la crisis, se permite a las empresas, según lo previsto en la Ley 3899 del 2010, alternar a los trabajadores por períodos

⁵⁵ “Cuando se promueve un referéndum derogatorio se abre un camino cuesta arriba y lleno de incógnitas de varios tipos. Esta vez, sin embargo, los promotores de la consulta popular en referéndum sobre el artículo 8º de la Ley 2011/148 y sobre el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores re-escrito por la ley 2012/92, tienen consigo una reconfortante certeza.

El caso es que la puesta en práctica de la campaña del referéndum equivale a una enérgica exigencia para discutir el armazón que fundamenta el discurso público relativo al (poco) trabajo que hay y el (tanto) trabajo que se busca y no se encuentra. Son innumerables los mitos que hay que destruir. Dicen que el surplus de rigidez de las tutelas de los padres echa a sus hijos en brazos de la ‘mala’ flexibilidad; que el derecho del trabajo mata al derecho al trabajo; que lo nuevo no llega a afirmarse porque se lo impiden los obstáculos diseminados aquí y allá de lo viejo que quiere sobrevivir a sí mismo”. Umberto Romagnoli. “Un referéndum que deroga la derogación de derechos”. *Eguaglianza e Libertà*, 27 de noviembre de 2012.

⁵⁶ Con el término troika se denomina la delegación integrada por la Banca Central Europea, el Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea para evaluar la situación económica en la crisis económica griega.

⁵⁷ “En Grecia, el salario mínimo interprofesional está fijado por la convención colectiva nacional general acordado por las organizaciones profesionales más representativas. La Ley 4046 del 2012, en seguimiento de las instrucciones de la ‘Troika’ dispuso que el salario mínimo interprofesional a partir del 14 de febrero del 2012, se redujera en un 22%”. Costas Papadimitriou. “Le Droit du Travail Grec face à la crise: Un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique”. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2012/2. Bordeaux: Comptresac. Université Montesquieu-Bordeaux IV, diciembre de 2012, p. 6.

de trabajo inferiores a los inicialmente pactados; y en materia de rescisión unilateral patronal, se redujo el tiempo del preaviso para su procedibilidad de 24 a 6 meses, se eliminó la indemnización para la rescisión unilateral de contratos con trabajadores con antigüedad inferior a un año, convirtiendo el lapso inicial de 12 meses en un período de prueba, y se eliminó la exigencia de justificar el motivo del despido por medio de la Ley 4046 del 2012.⁵⁸

Las fórmulas impulsadas por la *troika*, de austeridad económica e intervención en las relaciones laborales que privilegian la flexibilidad horaria y el poder empresarial de rescisión en concordancia con la disminución de garantías laborales, reflejan resultados macroeconómicos que prueban su ineficacia en la generación de empleo, como lo evidencia el aumento de la tasa de desempleo que alcanzó el 27,2% en enero de 2013, que representa un incremento del 26,3% en un año.⁵⁹

2.4.4. Reforma en Portugal

La imposición de políticas europeas a países periféricos se evidencia en la reforma al ordenamiento portugués impulsada por el gobierno del presidente Pedro Passos Coelho, resultado del “Memorando de entendimiento sobre las condiciones específicas de política económica”, firmado por el Estado portugués, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional,⁶⁰ en la misma dirección de las intervenciones europeas a los sistemas laborales de los países periféricos referidas con anterioridad.

La extracción europea de la Ley 23/2012 se adscribe a la política europea de erosión de derechos en desarrollo de las directrices de austeridad promovida por la *troika* como salida a la crisis, que en el caso de la reforma portuguesa, tamizada por la sentencia del Tribunal Constitucional portugués 602/2013, que retiró varios apartes como resultado del contraste con la carta fundamental del país, indica:

1. Se establece un banco de horas individual por el cual resulta posible aumentar el tiempo de la jornada normal de trabajo en 50 horas sema-

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ *Nueva Tribuna.es, América Latina*, 11 de abril de 2013.

⁶⁰ Jorge Leite. “A reforma laboral em Portugal”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 3, núm. 3, 2013.

nales teniendo como límite del aumento 150 horas anuales. En materia colectiva, la jornada normal puede ser aumentada por convenio colectivo en 60 horas semanales con el límite de 200 horas anuales.

2. En cuanto a la remuneración de horas extraordinarias, se suspende por un período de 2 años las disposiciones contenidas en convenios colectivos que dispongan retribuciones por trabajo suplementario superiores a las legales. Transcurrido el período de suspensión, se prevé la limitación a la mitad sin que puedan desconocer los mínimos legales, previsión declarada inconstitucional, dada la inadmisibilidad de la reducción legal automática de los derechos convencionales. En el mismo sentido se eliminó el descanso compensatorio que se causaba con ocasión del trabajo extra, el desarrollado en los días de descanso semanal o festivos.
3. Respecto de los despidos por motivos de reducción de la actividad empresarial, la reforma contemplaba la competencia patronal de determinación de los criterios no discriminatorios de determinación de extinción de los puestos de trabajo; no obstante esta facultad fue declarada inconstitucional, en atención a la falta de precisión de los alcances del poder empresarial allí previsto.
4. En lo referente al despido por ineptitud del trabajador, se derogó el requisito referido a la inexistencia de otro puesto de trabajo adecuado para el ejercicio de este poder patronal que fue declarado inconstitucional por contrarrestar la vocación de permanencia del vínculo.
5. Se prevé una limitación de las indemnizaciones convencionales en caso de despido injustificado.

En el mismo sentido, las medidas gubernamentales de eliminación de la paga extra a funcionarios y pensionados y las rebajas en el subsidio de desempleo y de enfermedad consignadas en el presupuesto general del 2013 fueron retiradas del ordenamiento por contrariar los presupuestos democráticos de igualdad y proporcionalidad de las medidas legislativas adoptadas de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional en sentencia 187/2013 del 5 de abril de 2013.

La decisión constitucional portuguesa sobre la compatibilidad constitucional de las políticas de austeridad permite iniciar la reflexión sobre el necesario escrutinio de las medidas económicas europeas impuestas a los

países periféricos por la *troika* y su inadmisibilidad en el contraste con los ordenamientos superiores.⁶¹

2.4.5. Reforma en Francia

El contexto que acompaña la reforma en Francia se enmarca en los efectos de la crisis económica de 2008 y el proceso político electoral del año 2012 que derivó en la intervención del ordenamiento laboral para afrontar los efectos de la contracción económica propuesto en la campaña del presidente François Hollande.

El acuerdo sobre el empleo (Accord sur l'emploi)⁶² del 10 de enero de 2013 contiene los puntos de intervención al sistema de relaciones laborales para encuadrarlo en las políticas de flexiseguridad. No obstante, las organizaciones sindicales CGT (Confédération Générale du Travail) y FO (Force Ouvrière) no suscribieron el acuerdo de referencia, por considerar las medidas en él incluidas “destructoras del derecho del trabajo”, situación que denota la ausencia de legitimación social de las medidas.

⁶¹ “Mucha gente intuye que los recortes sociales que se están produciendo en Europa no solo son injustos sino que contradicen constituciones y tratados de derechos humanos. No obstante, a menudo se pregunta por qué los tribunales constitucionales no denuncian esta contradicción. Por qué no constatan la ilegalidad de las políticas de austeridad. En Portugal ha ocurrido. El tribunal constitucional ha cuestionado la retirada de la paga extra a funcionarios y pensionistas y las rebajas en el subsidio de desempleo y de enfermedad consignadas en el presupuesto general de 2013 del país. Y ha invocado, para ello, argumentos jurídicos que son también de sentido común: la desigual imposición de los sacrificios, la desproporcionalidad de las restricciones”. Gerardo PISARELLO. “¿Por qué en Portugal sí y aquí no?”. En: *El diario.es*. http://www.eldiario.es/zonacritica/Portugal-Espana-diferencias_6_120447970.html. Consultado el 12 de abril de 2013.

⁶² El acuerdo referido está enmarcado en el proyecto socialista liderado desde la campaña presidencial de 2012 por el presidente François Hollande: “El proyecto está estructurado en tres ideas: enfocar el re-direccionamiento económico del país en el marco de un nuevo modelo de desarrollo para: restablecer la competitividad empresarial, re-encontrar la justicia y reunir a Francia en la promesa republicana. Respecto del plan social, se asumieron varios compromisos: la creación de cien mil “empleos del futuro” principalmente en las áreas de la innovación medio ambiental y social, la creación del contrato de generación con miras a la contratación de jóvenes y el mantenimiento de puestos de los adultos, la puesta en marcha de una verdadera seguridad social profesional, la lucha contra los despidos denominados ‘económicos’, es decir, los despidos motivados por la voluntad de asegurar el mantenimiento de un alto nivel de progresión de dividendos para distribuir entre los socios, la promoción de la igualdad salarial entre hombres y mujeres, el restablecimiento de la edad legal de retiro de sesenta años”. Pierre-Yves Verkindt. “Regards sur le Droit du Travail Français contemporain dans le crise économique et financière”. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2012/2. Bordeaux: Comptresec. Université Montesquieu-Bordeaux IV, diciembre de 2012, p. 35.

En materia de despidos colectivos por causa económica como norma de desregulación, el artículo 20 establece el envío al acuerdo colectivo para la autorización por el convenio mayoritario para la rescisión del contrato de diez o más trabajadores en empresas que cuentan con más de cincuenta empleados:

El procedimiento de despido colectivo por razones económicas y el contenido del plan de copia de salvaguarda del empleo se fijan por convenio colectivo mayoritario o por mayoría o un documento elaborado por el empleador y homologados por la DIRECCTE (Dirección Regional de Empresas, Competencia el Consumo y el Empleo).

De igual forma, en desarrollo de los postulados de la flexiseguridad, el artículo 4.º del acuerdo contempla un aumento de las tasas de cotización al seguro de desempleo para los contratos a término fijo inferiores a tres meses a fin de desincentivar este tipo de vinculación y subsidiar el costo de la transición resultado de la precarización del vínculo así:

7% para los contratos de duración inferior a un mes;
5,5% para los contratos de duración entre 1 y 3 meses;
4,5% para los contratos inferiores a 3 meses respecto de ciertos sectores definidos por decreto o convención o acuerdo colectivo de trabajo, en los que la costumbre no haga posible recurrir a contratos de duración indeterminada en razón de la naturaleza de la actividad y la característica por naturaleza temporal de dichos empleos.

En el mismo sentido, se exonera de cotizar, por tiempo indefinido, al seguro de desempleo a jóvenes menores de 26 años, que en el ámbito de las empresas que cuentan con menos de cincuenta trabajadores se amplía a cuatro meses, como medida de fomento del empleo juvenil.

Con el objeto de reforzar la protección social en caso de desempleo, se establece un seguro de desempleo recargable que en los términos del artículo 3 del acuerdo consiste en un sistema para los

trabajadores, en caso de regresar al trabajo después de un período de desempleo, para conservar el saldo de todo o parte de las prestaciones del régimen de seguro de desempleo no utilizadas, para ser adjun-

tadas, a un nuevo caso de pérdida del empleo, a los nuevos derechos adquiridos a los períodos de actividad por la recuperación del empleo.

La flexibilidad de salida se articula, en desarrollo de la flexiseguridad, con un sistema de protección social de cobertura de la contingencia del desempleo, que se financia con medidas que privilegian el desarrollo de la estabilidad y la suma de aportes en transiciones laborales, sin perjuicio de la flexibilidad de salida contenida en el acuerdo a que se hizo referencia en precedente, el cual evidencia el énfasis en la generación de empleo de la regulación laboral, relajando el esquema de garantías laborales.

Como complemento a las medidas señaladas, y como consecuencia del programa electoral “El cambio es ahora”, el presidente François Hollande promovió la Ley 185 de 2013, “relativa a la creación del contrato de generación”, para estimular la contratación laboral de jóvenes y mayores por parte de las empresas que reciben estímulos estatales por la vinculación. La ley articula el binomio trabajador junior (hasta 25 años)-trabajador senior (trabajadores de 57 años o más), cuya vinculación da lugar a una ayuda de cuatro mil euros al año imputando dos mil por cada uno con el fin de, según lo declarado por la norma que modifica el artículo 5121-6 del Código de Trabajo:

- Facilitar la inserción de jóvenes en el empleo para su acceso a un contrato de duración indeterminada;
- favorecer el enganche y mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad;
- asegurar la transmisión de saberes y sus competencias.

La propuesta de la reforma francesa de 2013 que se fundamenta en la vinculación de jóvenes trabajadores y en mantener en sus puestos de trabajo a trabajadores mayores de 57 años, se incorpora en la política de reducción de las tasas de desempleo que se vieron incrementadas por consecuencia de la crisis económica.⁶³

⁶³ “Las previsiones del Ministerio francés competente en materia de trabajo ha realizado su propio análisis prospectivo acerca del funcionamiento previsible del ‘contrato de generación’. Estas previsiones pueden calificarse de sumamente modestas, si es que se contemplan desde tres puntos de vista, a saber: 1) el punto de vista del número de tales contratos estipulables al año que se prevé sea de solo cien mil empresas pequeñas y medianas; 2) el punto de vista del coste para el Estado francés va a suponer la esti-

2.4.6. El modelo alemán (*La Kurzarbeit*)

Paralelamente a las soluciones que procuran la reducción de garantías en materia de despido para facilitar las transiciones laborales en períodos de crisis, existen modelos que basan las respuestas en mecanismos alternos al despido, como la distribución de la jornada de trabajo propuesta por el sistema alemán.

Como respuesta a los desequilibrios entre oferta y demanda de trabajo en el nuevo milenio, el gobierno alemán, liderado por Gerard Schöeder, encargó a una comisión de especialistas liderada por Dieter Hartz –gerente de recursos humanos de Volkswagen S.A.– la formulación de respuestas a la situación.⁶⁴ En desarrollo de las directrices de flexiseguridad, la propuesta Hartz se centró en la formalización de trabajos de servicios clandestinos, el diseño de un esquema para promover políticas activas a los desempleados, asignando a estos responsabilidades para reengancharse, y la mejora de la gestión del Instituto Nacional de Empleo.

Respecto al sistema de protección del empleo, la reforma mantuvo el principio según el cual los despidos deben analizarse a partir del principio de “justificación social”, de acuerdo con el cual el despido no solo produce efectos en aquellas situaciones en que puede preverse una próspera cooperación entre las partes cuando pueda darse el reintegro, por lo cual existen muy pocos casos en el desarrollo práctico de reintegración.

pulación de ese número previsible de contratos a estipular, que ascendería a la cifra de solo cuatrocientos millones de euros al año; y 3) el punto de vista de las estadísticas francesas oficiales de desempleo, las últimas de las cuales acaban de hacerse públicas en marzo del 2013, poniéndose de relieve en ellas que en Francia hay ya más de tres millones doscientos mil parados registrados, lo que obliga a concluir que esos cien mil nuevos contratos de generación al año supondrían sólo el 3 por ciento de dicha abultadísima cifra –con parámetros franceses– de ciudadanos franceses desempleados”. Alberto Arufe Varela. “La respuesta laboral del presidente Hollande frente a la crisis del empleo. Un estudio crítico-comparativo de la Ley francesa número 2013-185, sobre el ‘contrato de generación’”. *Revista de Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013, pp. 216-217.

⁶⁴ “En agosto del 2003, aproximadamente 6 meses después de la toma del encargo, y cerca de 3 meses antes de las elecciones para el Parlamento Alemán, la comisión hizo público su informe bajo el título: ‘Servicios Modernos en el Mercado del Trabajo’. Hartz presentó el informe en una conferencia de prensa pública, en la cual manifestó el objetivo a conseguir con la realización del plan: disminuir a la mitad el número de desempleados. En la actualidad tenemos, en la República Federal Alemana, aproximadamente 4,8 millones de desempleados, así es que, podemos con seguridad decir que la reforma de Hartz, en todo caso, no ha alcanzado su meta”. Maximilien Fuchs. “La Reforma del Mercado de Trabajo en Alemania”. *Revista de Derecho Social*, núm. 36. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2006, p. 236.

La reforma del esquema de despido consistió en la inclusión de medidas de deflación jurisdiccional, permitiendo al trabajador renunciar al derecho a la pretensión de anular el despido para prolongar el derecho a la liquidación consistente en medio mes de salario por año laborado. Por tanto, la principal intervención al sistema laboral está determinada por la admisión del derecho de los trabajadores de cambiar la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial como mecanismo de reducción de despidos y distribución de la oferta de trabajo.

El fundamento básico del modelo *Kurzarbeit*, como respuesta a las crisis económicas de contexto, consiste en repartir la oferta de trabajo entre los trabajadores, compartiendo el volumen disponible, de modo que las consecuencias de la contracción del sistema económico no resultan relativas a la pérdida de trabajos sino a la reducción de horas de trabajo.⁶⁵ La adopción del modelo de reducción de la jornada emana de una disposición legal, un contrato colectivo o acuerdo contractual individual sin que se considere viable su estructuración a través del poder unilateral patronal de variación *–ius variandi–*.

La *Kurzarbeit* implica la reducción de la jornada con la consecuente disminución de carga salarial para la empresa, correspondiendo al sistema de protección social el pago de una prestación complementaria, *Saison-Kurzarbeitergeld § 101*, para mantener el poder adquisitivo de la fuerza de trabajo, conciliando los intereses de conservación de la fuente de empleo –reduciendo además los aportes al sistema de seguridad social– y la continuidad del ingreso de los trabajadores.⁶⁶

⁶⁵ Los estudios macroeconómicos evidencian los beneficios de este sistema: “En la crisis económica, el trabajo compartido puede ser un importante macroeconómico estabilizador. Bajo el efecto psicológico para el individuo de no tener empleo, tiene también un impacto importante en la opinión pública y la percepción del nivel de desempleo. En consecuencia, los beneficios inmediatos en términos de apoyo a la demanda interna podría ser más fuerte que el mismo gasto en prestaciones por desempleo. Incluso con el mismo ingreso disponible, un trabajador que se encuentra en un esquema de reparto del trabajo y no en el desempleo podría tener una mayor propensión a consumir. Esto podría ayudar a explicar por qué el consumo privado se ha mantenido muy bien durante la crisis”. Andreas Crimmann. *The German work-sharing scheme: An instrument for the crisis. Conditions of Work and Employment*. Series núm. 25. Ginebra: International Labour Office, 2010.

⁶⁶ “De conformidad con el § 169 del Código Social alemán (Sozialgesetzbuch - SGB) III, los trabajadores afectados tienen derecho a un subsidio estatal (*Kurzarbeitergeld*) cuyas funciones son, por una parte, compensar la pérdida de salario de los trabajadores con jornada reducida y, por otra, evitar despidos por causas económicas. Su objetivo es estabilizar el empleo en las situaciones de crisis de la empresa”. Martin

Las razones que habilitan en Alemania la reducción de la jornada están centradas solamente en los efectos de las crisis macroeconómicas sin que sea viable acudir al *Kurzarbeit* cuando las dificultades deriven de causas imputables al empleador. No obstante, un sector de la doctrina encuentra aconsejable la reducción de la jornada como medida de conservación de los puestos de trabajo durante el período de crisis, pues redundaría en beneficio de los trabajadores que conservan su fuente de empleo y a los empleadores que ahorran costos de despido, pérdida de personal calificado y recolocación una vez finaliza la época de crisis.⁶⁷ Al mismo tiempo, la medida es criticada por otro sector de la doctrina que la considera poco confiable por su generalidad, habilitando medidas extintivas sin criterios objetivos de prelación y selección para su procedencia.⁶⁸

2.4.7. La importación de modelo derivado de acento flexibilizador al sistema colombiano

En el ámbito latinoamericano, un contexto distinto al europeo en el cual se importan políticas neoliberales que condicionan la inclusión en el orden eco-

Fröhlich. “La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”. En: *Temas Laborales*, núm. 105, 2010.

⁶⁷ En épocas de crisis económica, las medidas temporales de repartición del trabajo como instrumento de las políticas del mercado de trabajo pretenden no solo salvaguardar los empleos existentes durante una recesión cíclica, sino que también permiten a las empresas conservar su fuerza de trabajo calificada, reduciendo los costos en concepto de despido y de (re)contratación, manteniendo las plantas en funcionamiento y levantando el estado de ánimo del personal en momentos difíciles. Jon C. Messenger et ál. *Work Sharing during Great Recession, new developments and Beyond*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Comunicación y de la Información Pública, 2013.

⁶⁸ “Desde mi punto de vista, la regulación actual de la reducción temporal de la jornada de trabajo es inadecuada por cuanto no garantiza que esta medida cumpla con su objetivo. La ley permite a las empresas escoger entre la reducción de la jornada, suspensión o extinción del contrato de trabajo, sin requerir un escalonamiento específico de cómo debe realizarse la reestructuración como condición de validez o legalidad. A diferencia del modelo alemán, no se exige específicamente agotar todas las medidas razonables para evitar la situación de crisis empresarial antes de recurrir a la reducción temporal de la jornada. Esta ausencia puede llevar a utilizar la reducción temporal de la jornada, a pesar de disponer de otras medidas razonables y adecuadas para superar la situación de crisis en la empresa, con el objetivo de beneficiarse de las bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social; o como vía previa a futuros e irremediables despidos, con el único objetivo de retrasar la adopción de medidas más drásticas que objetivamente serían oportunas”. Anna Ginès Fabrellas. “Protección social por desempleo y reducción temporal de la jornada por causas empresariales”. *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011.

nómico mundial, Colombia constituye un caso ilustrador del efecto “placebo” de las reformas al régimen de protección de empleo, al resultar evidente la ineficiencia de las medidas de reducción de los costos de salida por decisión del empleador en dos momentos históricos en que concurren la ausencia de resultados en la empleabilidad.

El modelo de flexiseguridad, en la modalidad de mayor flexibilidad que protección, ha sido importado a países latinoamericanos como Colombia, donde la erosión del principio de estabilidad es modestamente compensada con sistemas precarios de “seguro de desempleo”, que desregularizan la relación de trabajo, privilegiando el crecimiento empresarial sobre la protección al trabajo.

En 1990, como parte de la política de apertura económica e incorporación de Colombia en el sistema unipolar resultado de la caída del muro de Berlín, y en seguimiento de las directrices del Consenso de Washington (véase numeral 2.1 del capítulo 1), se reformó el modelo de relaciones laborales para introducir los postulados de flexibilización y acondicionar el conjunto de disposiciones que disciplinaban el régimen de protección de empleo.

En materia de despido unilateral del empleador, se eliminó la disposición del Decreto 2351 de 1965, consistente en el reintegro de los trabajadores vinculados mediante contratos a término indefinido con más de diez años de antigüedad en una empresa, condicionado al criterio judicial de la conveniencia, que se consideró anacrónico y limitante de la movilidad laboral. La exposición de motivos de la Ley 50 de 1990 que enmarca la reforma establece:

Es indudable que una sana estabilidad en el empleo hace parte de las buenas condiciones de trabajo. Pero ella no se consolida con factores inmovilizantes del mercado laboral, que conduce a resultados contrarios a aquellos que teóricamente se desea alcanzar.

Después de diez (10) años de servicio en una misma empresa, la estabilidad en el empleo se convierte en inmovilidad y está conduciendo, en la práctica, a unos efectos contrarios a los que la norma se propuso en su momento. En efecto, la acción de reintegro, así como la llamada pensión-sanción, tuvieron justificación cuando las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador y podía presumirse interés de éste en propiciar el despido, con el único fin de eludir la pensión.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 6.º de la Ley 50 de 1990, las consecuencias indemnizatorias del despido unilateral en materia de contratos a término indefinido quedó establecida así:

En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

- a. Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año;
- b. si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;
- c. si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y
- d. si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Los resultados de las medidas no reflejaron el aumento de la tasa de empleabilidad propuesta, ya que esta, para el período 1991-1995,⁶⁹ solo creció un 2,9%, frente al crecimiento de la economía que en el mismo período fue del 6,1%.⁷⁰

⁶⁹ Datos tomados de: *El Tiempo*, 17 de octubre de 1996.

⁷⁰ “La evidencia más fuerte de los efectos de las leyes se verificó en Colombia. En 1990 Colombia redujo la indemnización por despido y entregó a las empresas mayor libertad para despedir a los trabajadores. Utilizando la Encuesta Nacional de Hogares de Colombia, Kugler (2004) encontraron que el EPL debilitado se asocia con el crecimiento del empleo y una disminución de la permanencia en el empleo en el sector formal en relación con el sector informal y el aumento de puestos de trabajo con separaciones y contrataciones en el sector formal. Esta agitación indujo a una caída modesta en la duración del desempleo y el desempleo agregado”. Richard B. Freeman, ob. cit.

En el mismo sentido, la Ley 789 de 2002 intervino en el sistema legal colombiano para reducir las tasas de indemnización derivadas del despido injusto. La exposición de motivos de la ley señala como uno de los principales objetivos de las reformas en ella comprendidas el aumento de los niveles de empleabilidad:

Como elemento de viabilidad para cualquier proceso que busque atacar el desempleo, se encuentra la empleabilidad, la cual busca básicamente crear políticas activas que faciliten las condiciones necesarias para la inserción laboral de los desempleados, mejorando tanto la calidad de vida de la fuerza de trabajo como el funcionamiento del mercado laboral. Esto se pretende conseguir facilitando la contratación de la gente, fortaleciendo la capacitación de la fuerza laboral y aumentando la protección social.

La reforma al régimen de indemnizaciones por despido injusto se redujo de forma considerable utilizando una combinación de criterios en función de la antigüedad y el monto del salario devengado de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 789, así:

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

- a. Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:
 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1º, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- b. Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.
 1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario

sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1º anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

La Ley 789 de 2002 fue sometida a control constitucional para determinar si resultaba acorde con el ordenamiento superior de acuerdo con su carácter regresivo. Así pues, en el año 2004 el máximo Tribunal Constitucional colombiano estudió una acción pública de inconstitucionalidad para determinar la exequibilidad de la reforma en comento, considerándola ajustada en función de la finalidad perseguida con las disposiciones de aumento de las tasas de empleo, que legitima el carácter regresivo de las medidas. En dicho sentido, la Corte Constitucional precisó:

La promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado. (Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Transcurrido un lapso prudencial, los estudios económicos demostraron la ineficacia de las medidas en materia de aumento de las tasas de empleabilidad, situación que pudo evidenciarse en el estudio efectuado por la Universidad Nacional de Colombia en abril de 2007 titulado “Evaluación de la Reforma Laboral Ley 789 del 2002”, que concluyó calificando las medidas de reducción de derechos “inadecuadas al no tener efectos significativos en la generación de empleo, (...) las únicas variaciones de los indicadores a favor no tienen nexo de causalidad con la reforma”.

Las evidencias de los modestos efectos de la reforma contenida en la Ley 789 en la empleabilidad, que se presentaron como justificante de las disposiciones regresivas en ella contenidas, dieron lugar a una nueva acción pública de inconstitucionalidad, con base en la demostración de los efectos neutros de las medidas.

Las razones que soportaron la nueva acción se centraron en la necesidad de efectuar un nuevo examen que incluyera la falta de idoneidad de las medidas, como se evidencia en los estudios económicos realizados con

posterioridad a la vigencia de la Ley 789, de modo que no se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada material al tratarse de elementos de juicio *ex post* al anterior pronunciamiento.

Sin embargo, en criterio del máximo tribunal constitucional la existencia de otros estudios con resultados diversos sobre el impacto económico de la reforma no permite valorar el informe base de la demanda como concluyente y definitivo, por lo que no existen elementos novedosos respecto a lo decidido en la Sentencia C-038 de 2004, configurándose cosa juzgada material y formal que imposibilita el estudio de fondo de la acción. La Corte Constitucional sostuvo sobre el particular:

(...) sin restar la importancia que merece la “Evaluación de la reforma laboral”, realizada por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional, dicho estudio en el cual se soporta el accionante no puede tener por sí solo un carácter concluyente o un valor probatorio definitivo. La realización de otros estudios sobre los efectos actuales y reales de la reforma laboral en materia de generación de empleo llegan a conclusiones diferentes a la expuesta por el actor. Por consiguiente, puede señalar la Corte que el accionante no demostró irrefutablemente la existencia de un nuevo contexto actual que justificara para que la Corte procediera excepcionalmente a realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre medidas legislativas que ya fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-038 del 2004. (Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Así las cosas, no obstante la imposibilidad de retirar del ordenamiento la reforma contenida en la Ley 789 de 2002, sus efectos se reputan ineficaces para conseguir los niveles de empleabilidad pretendidos sin perjuicio de las medidas regresivas del ordenamiento laboral colombiano.

El modelo de protección al empleo adoptado por Colombia se inscribe en la denominada doctrinalmente estabilidad relativa impropia, por la cual el despido es libre para el empleador con la consecuencia indemnizatoria de su decisión en función de la indemnización tasada en la Ley, siendo posible al trabajador reclamar la indemnización plena de los perjuicios causados por

la rescisión unilateral del contrato (véase Sentencia, Corte Constitucional, C-1507/00. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

El criterio acogido por el ordenamiento laboral colombiano deriva de la ausencia de ratificación del Convenio 158 de la OIT (numeral 2.3). En atención a la contradicción de criterios entre el convenio en cuestión y el sistema laboral colombiano, en Colombia no resulta viable aplicar la norma internacional como fuente supletoria de derecho, como ha precisado la jurisdicción ordinaria-laboral:

Aun en la hipótesis de que no existieran normas principales exactamente aplicables al caso controvertido, tampoco se abriría la posibilidad de aplicar el Convenio 158 de la OIT como norma supletoria en Colombia, pues dicho instrumento no está en concordancia con las “leyes sociales del país”. O sea, no es afín axiológicamente con el ordenamiento. En efecto, dicho instrumento es funcional para sistemas laborales caracterizados por una estabilidad llamada por algunos doctrinantes como propia y que consiste en que el trabajador sólo puede ser despedido por su empleador con fundamento en una justa causa. (...)

Es evidente, entonces, que siendo la estabilidad laboral impropia la regla general en Colombia, en tanto que el Convenio 158 preconiza la estabilidad laboral propia, no como regla general, sino como parámetro homogéneo que ha de imponerse para cualquier relación laboral, este instrumento internacional no concatena ideológicamente con las actuales leyes sociales de Colombia en la materia. Y al no cumplir con esa condición señalada por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede ser aplicado como norma supletoria. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 38272. 30 de enero del 2013. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve)

En conclusión, la flexiseguridad constituye una propuesta de rediseño de los esquemas fundacionales de estabilidad del derecho del trabajo, aumentando el poder empresarial de despido con el contraevidente objetivo, según esta teoría, de incentivar el aumento de las tasas de empleabilidad (véase numeral 2.4).

Las reformas laborales se dirigen hacia la consolidación de la libertad patronal de rescisión unilateral en detrimento de las restricciones a dicha fi-

gura que se preveían en función del reconocimiento de la desigualdad fáctica de las partes vinculadas en una relación de trabajo.

3. La (in)seguridad en las transiciones laborales

La contracara de la propuesta de flexiseguridad que complementa la flexibilidad de salida (disminuyendo las garantías en materia de protección contra el despido) está constituida por las respuestas de protección contra el desempleo y la estimulación de reingreso a otra relación de trabajo que enmarque transiciones laborales de entrada y salida como adaptación al modelo comercial del siglo XXI, redireccionando el derecho del trabajo como elemento del sistema económico en sustitución del esquema tutelar.

El desarrollo del modelo ha puesto el acento en la flexibilización debilitando los sistemas de respuesta del componente seguridad que, además de la frustración de la promesa de legitimación de las medidas, mutan a esquemas de flexibilización pura.

Frente a la crisis económica se realza la importancia de los denominados amortiguadores sociales,⁷¹ una de las respuestas más eficaces a las fases de contracción de la economía para evitar los procesos de destrucción del empleo. Sin embargo, el proyecto de la flexiseguridad privilegia el despido y los seguros de desempleo como alternativa para afrontar los tiempos de crisis.

La protección de los *outsiders* es una demanda del derecho del trabajo no como incentivación de las transiciones laborales que propone la flexiseguridad, sino como ampliación del ámbito de protección subjetiva a través de los sistemas de protección social.

⁷¹ “Es necesario actuar evitando el desempleo masivo, y utilizar los instrumentos de que se dispone como amortiguadores sociales, en especial la institución de la suspensión de contratos de trabajo y el Fondo de Garantía Salarial. Pero quizá haya que pensar en una institucionalización, especialmente concebida para la crisis, de amortiguadores sociales que permitan reducciones de jornada y suspensión de contratos por un tiempo más extenso e independientemente de la antigüedad del trabajador, sobre la base de una estructuración por sectores, y que permite conservar un patrimonio de profesionalidad de los trabajadores del que podrían hacer uso las empresas en el momento de la reactivación económica. En Alemania se ha realizado un acuerdo entre el gobierno y los sindicatos para bloquear los despidos colectivos, derivando los excedentes hacia una institución de este tipo en donde la reducción de jornada no se acompaña de reducción de salario, integrado por este fondo público, o como también se está haciendo en Italia mediante la extensión de la llamada Cassa Integrazione Guadagni por tiempos muy largos y para supuestos especiales de crisis de empresas”. Antonio Baylos Grau. “Retos del derecho social ante la crisis económica”, *Fundación 1 de Mayo. Revista de la Fundación*, núm. 20, 1 de marzo de 2009.

La idea básica que subyace a la protección social de la población desempleada se enmarca en la importancia de defender el paso del derecho *del* trabajo al derecho *al* trabajo, incluyendo el grupo poblacional desempleado en la disciplina iuslaboral.

Así las cosas, la línea de pensamiento que informa la estructuración de la protección al desempleo debe entenderse como ampliación del ámbito subjetivo del derecho social, no como un proceso de “culpabilización” del derecho del trabajo de los trabajadores vinculados sin que sea admisible atender a las propuestas de igualación a la baja para extender la desprotección. No obstante, el postulado de reingreso de los trabajadores despedidos que se facilita por la flexibilidad de salida, de acuerdo con lo defendido por la flexiseguridad, no encuentra respaldo en los indicadores macroeconómicos que demuestran la tendencia a la desocupación por “largo tiempo” en períodos de crisis.

En este sentido, de acuerdo con los estudios del documento “Indicadores clave para el mercado de trabajo” (KILM) de la OIT, “en España, el Reino Unido, Estados Unidos, Serbia y Bulgaria el desempleo por largo tiempo ha incrementado en 40 por ciento o más en relación con el 2008”,⁷² tomando como desempleo de “largo tiempo” el referido a las personas que buscan trabajo durante períodos superiores a un año.

⁷² Organización Internacional del Trabajo. *Indicadores clave del mercado de trabajo*, Ginebra: OIT, 2013.

Capítulo 5

Hacia un derecho del trabajo universal

La estrategia de gobernanza global (véase el numeral 2 del capítulo 3) como respuesta al contexto de globalización económica y deslocalización del ejercicio productivo contiene un esquema de regulación de las relaciones laborales que procura corregir las deficiencias de alcance territorial en el siglo XXI. En este sentido, se rediseña el principio clásico de regulación territorial de la ecuación capital-trabajo y al mismo tiempo se articula un esquema de regulación del contrato de trabajo, piedra angular del derecho laboral, mediante instrumentos de vocación universal que disciplinan las bases para identificar su presencia en realización del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

La redefinición de categorías laborales de alcance nacional que fundamentó el derecho laboral nacional contiene la propuesta de reconducir la disciplina a la centralidad de la protección del trabajo y contener los intereses económicos que privilegian el mercado sobre la dignificación del trabajo como derecho constitucional que confiere el estatus de ciudadano y condiciona el ejercicio de libertades tanto individuales como colectivas.

1. El principio de territorialidad

La aplicación territorial de la ley laboral corresponde a la intervención de los Estados-nación en el contexto del orden mundial de la segunda posguerra que acompañó la formación de la disciplina laboral. Para ello se formuló un principio basado en el postulado *lex loci solutionis* (el contrato se rige por la ley del lugar de ejecución) como regla de aplicación de la ley en un contexto compatible con el orden mundial de matriz Estado-nación.

La globalización que supone interconexiones entre los Estados-nación demanda un rediseño de la regla de aplicación territorial a fin de que se adecue a los nuevos esquemas de producción sin anclajes territoriales claros y fijos. Las situaciones fácticas que cuestionan las categorías clásicas de formulación del principio dentro de la Unión Europea, derivadas de los principios que la

informan –*libertad de circulación de bienes y personas*–, evidencian la necesidad de un rediseño que se ajuste al sistema de producción deslocalizado.

La universalización de garantías de base (véase el capítulo 3) es una respuesta a la producción deslocalizada que debe ser completada por una definición de las fronteras de aplicación de la ley en contextos de flujos de migración laboral abiertos como el que presenta la Unión Europea.

1.1. Formulación clásica

El principio de territorialidad es uno de los pilares que fundamentan el derecho del trabajo del siglo xx, de matriz nacional, como proyecto de regulación de las relaciones capital-trabajo dentro de los Estados. El postulado básico que determina el alcance territorial de las normas laborales implica la aplicación de las normas laborales dentro de cada Estado-nación como estructura tuitiva de la parte débil de la relación en procura de la coordinación económica y el equilibrio social¹ en cada país.

La formulación del principio de territorialidad que determina alcance en el espacio del ordenamiento laboral se refiere a la estructura de producción nacional regida por principios del modelo proteccionista económico. La territorialidad absoluta como pilar del sistema de relaciones laborales se incluyó en la doctrina como fundamento del ordenamiento de intervención nacional de las estructuras de producción, como se evidencia en el artículo 2.º del Código Laboral colombiano proferido en 1950: “Aplicación territorial. El presente código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”.

El postulado de territorialidad que, entre otros ordenamientos jurídicos, recoge el colombiano da cuenta del contexto histórico de afirmación del principio del alcance nacional de las disposiciones laborales que acoge la fórmula *lex loci solutionis*, por la cual los contratos ejecutados en territorio del país se rigen por las normas de la legislación colombiana.

La afirmación de la territorialidad proviene de un contexto de producción normativa y relaciones económicas nacionales que la globalización cuestiona, replanteando sus respuestas mediante estructuras de regulación de vocación universal (véase capítulo 3). Por tanto, y no obstante mantenerse incólume la regla sobre aplicación en el espacio de la ley laboral, se incorporaron criterios

¹ Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 1º.

jurisprudenciales de actualización de cara a la política de apertura económica de la década de 1990 para atenuar el rigor de la territorialidad absoluta. En este sentido, la adecuación de la regla de aplicación de la ley laboral en el ámbito de matriz jurisprudencial se hizo por vía de la extensión del régimen laboral nacional a periodos ejecutados en el exterior y en casos excepcionales previstos en los pronunciamientos de referencia.

El planteamiento jurisprudencial para atenuar el rigor de la aplicación del postulado *lex loci solutionis* deriva de las diversas circunstancias que pueden presentarse en el desarrollo del contrato de tracto sucesivo laboral en detrimento del carácter tuitivo del sistema. La jurisprudencia laboral colombiana admite extender la aplicación de la ley sustancial a relaciones desarrolladas en el exterior, siempre que se verifique una de dos circunstancias: (i) que se pueda inferir que las partes así lo disponen; o (ii) que exista continuidad en la subordinación desde Colombia con respecto a relaciones iniciadas en el país y ejecutadas parcialmente en el exterior:

Conviene precisar que conforme a la jurisprudencia mayoritaria de la Corte sobre aplicación de la ley en el espacio, el principio general es que con arreglo al artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que nada impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 28 de junio de 2001, rad. 15468, M.P. José Roberto Herrera Vergara)

De igual forma, respecto a la regla de aplicación de la ley colombiana a servicios prestados en el exterior cuando exista continuidad en la subordinación desde el país de origen, deben considerarse solo los supuestos que en rigor contengan el mayor peso específico de los actos que emanan del poder subordinante que se ejecuten desde Colombia:

De igual modo, cumple precisar que cuando en la sentencia en comentario se indicó como hecho de excepción a la aplicación de la regla *lex loci solutionis* que la subordinación se continúe ejerciendo desde el país, debe entenderse que la Sala se refirió al caso en que el grueso de los actos del empleador que configuran el ejercicio de la subordinación laboral, como dar órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, se ejerzan permanentemente desde Colombia y no cuando existan algunos actos aislados que puedan ser configurativos de subordinación, pero, pese a ellos, en realidad la facultad subordinante la ejerza el empleador, directamente o a través de sus representantes, en el lugar de prestación de servicios en el extranjero. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 10 de febrero de 2009, rad. 31.301, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza)

Así las cosas, la tendencia jurisprudencial indica el reconocimiento del principio de territorialidad absoluta de acuerdo con el lugar de ejecución del contrato con la derivación de aplicación del estatuto colombiano a relaciones desarrolladas en el exterior en los entornos expuestos y de acuerdo con las circunstancias que se identifiquen en cada caso:

Por último, no era suficiente al actor con demostrar que en cortos y esporádicos momentos del desarrollo del contrato, la prestación del servicio se dio en Colombia, para que, por sí solo, dicha relación contractual estuviera regida por la ley colombiana, pues sobre el punto lo que ha dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte es que, en cuanto al principio '*lex loci solutionis*', consagrado en el artículo 2º del CST, los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido, pero son las circunstancias de cada caso en particular las que determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 8 de mayo de 2013, rad. 42.741, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno)

1.2. La experiencia europea. La Directiva Bolkestein: Del principio del país de origen al principio de mutuo reconocimiento

Los desarrollos empíricos derivados de la integración de los Estados en la Unión Europea suponen situaciones de hecho que demandan respuestas más allá de los clásicos pilares sobre los que se fundamentó la territorialidad absoluta como regla de aplicación en el espacio de las normas laborales.

El desarrollo de los principios de libertad de circulación de servicios y de personas supone el rediseño de las fronteras de aplicación de las normas de cobertura del sistema tuitivo, en virtud del flujo de trabajadores. Así, en el ámbito de la tensión entre la Europa social y liberal, en el año 2004 se promovió la propuesta de directiva de servicios contentiva de la iniciativa del comisario holandés Frits Bolkestein, para favorecer la libertad de circulación de servicios que altera sustancialmente el principio de territorialidad absoluta de aplicación de la ley laboral.

El marco de esta propuesta pretendió regular el desplazamiento transnacional de trabajadores en desarrollo del mandato del artículo 49 del tratado constitutivo de la UE, que promueve la integración a través de la libertad de circulación de servicios, proscribiendo las restricciones a la prestación de servicios dentro de la comunidad, que redundan en *competencia a la baja* en desmedro de las garantías laborales.

La propuesta de la denominada Directiva Bolkestein centró la solución respecto a cuál es de la normativa aplicable a los trabajadores que circulan dentro de la UE en el denominado *principio del país de origen*, que aplica la ley del país de procedencia de los trabajadores. Según la propuesta de la directiva, dicho principio tiene por objeto abolir las restricciones de los servicios procedentes de otros Estados miembros, privilegiando la liberalización del comercio sobre la protección de los derechos sociales. En ese sentido, el artículo 16 de la directiva, del 13 de enero de 2004, señala:

Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado.

El principio del país de origen para dar solución a las hipótesis de circulación de servicios fue resistido socialmente con fundamento en el levantamiento del carácter tutelar de la disciplina laboral que el mismo comportaba,

en función de las asimetrías de los distintos niveles de protección de los sistemas de derecho del trabajo en cada uno de los países. De cualquier forma, la directiva reconocía, en el artículo 17, como materias de excepción de la regla del país de origen los supuestos enunciados en la Directiva 96/71/CE, que enmarcan los contenidos mínimos para los cuales resultaría inaplicable la propuesta Bolkestein, sin que con ello lograra anularse la contingencia de *dumping social* derivada de la regla de extensión extraterritorial del régimen laboral de procedencia que contiene el documento.

A partir de lo anterior y para mostrar las inequidades y fugas del postulado del país de origen, se formuló el caso del *fontanero polaco*,² que ilustra los efectos de contratar a trabajadores de Europa del Este para prestar servicios en los países fundadores de la Unión Europea bajo el régimen del país de procedencia lo cual redundaría en *competencia a la baja* en detrimento de los esquemas laborales de mayor calado tuitivo aplicables a los trabajadores nacionales.

Como consecuencia de la oposición social a los postulados del proyecto de la Directiva Bolkestein, que denunciaban los efectos sociales nocivos de *competencia a la baja* en detrimento de las estructuras de protección de los trabajadores derivada del *dumping social* que generaría la aplicación de la normativa laboral del país de origen, se alteró la redacción de la propuesta de la directiva eliminando dicho principio.

Las directrices de corte neoliberal del principio del país de origen redundarían en depreciación del trabajo en los ordenamientos laborales nacionales de mayor desarrollo, desplazamiento de trabajadores con el equipaje propio de su ordenamiento laboral de estructura tuitiva precaria, provocando además

² “A nivel comunitario, el primer pulso real en las instituciones europeas sobre las políticas neoliberales ha tenido lugar con la Directiva Bolkestein para la liberalización de los servicios. En la campaña por el No en Francia, la imagen del fontanero polaco se convirtió en el símbolo del ‘dumping social’ que implica la aplicación de la cláusula de ‘país de origen’ a la liberalización de los servicios en un mercado único en el que, sin embargo, existen fuertes asimetrías y desigualdades en unas políticas sociales y laborales que son competencia exclusiva de los Estados miembros”. G. Buster. “Interludio incierto”. *Viento Sur*, núm. 85, marzo de 2006.

la denominada “huida del derecho del trabajo” que se traduce en desindicalización³ y deslocalización de las condiciones de trabajo.⁴

La oposición social a la propuesta de la directiva que contenía el principio del país de origen logró el texto original fuera modificado, sustituyendo el postulado original por el principio de *mutuo reconocimiento* basado en los criterios que estructuran el *test de justificación*, elaborado por el TJUE para habilitar las medidas restrictivas de la libertad de circulación. El artículo 16 de la Directiva de Servicios 2006/123/CE establece:

Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes:

- a. No discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas;
- b. Necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c. Proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

En este sentido, el tránsito al principio de mutuo reconocimiento representa la atenuación de la regla de aplicación del ordenamiento del país de origen limitando mediante los criterios antedichos la intervención del país de destino

³ Antonio Baylos Grau. *La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2000.

⁴ “La directiva de servicios propuesta inicialmente imprimía velocidad a la recepción comunitaria del proceso mundial de liberalización de los servicios, y, por ende a sus menoscabos sociales”. Mireya Llobera Vila. “La Liberalización de los servicios en el mercado interior. Directiva Bolkestein, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”. *Revista de Derecho Social*, núm. 36. Albacete: Editorial Bomarzo, octubre-diciembre de 2006, p. 59.

que conserva el gobierno de la ejecución de los servicios en el marco señalado en la norma tendiente a la realización de la libertad de circulación de servicios.⁵

Así las cosas, el ordenamiento europeo opta por sacrificar parte del esquema tuitivo laboral para dar prevalencia a la realización de la libertad de circulación de servicios como componente del esquema económico de matriz neoliberal.

1.3. Rediseño del principio de territorialidad y libertad de circulación

La libertad de circulación de servicios es reconocida en el tratado constitutivo de la UE, que da fundamento a la posibilidad de circulación de empresas –habilitando la deslocalización productiva– y trabajadores. En este sentido, el artículo 56 (antiguo 49) del tratado establece: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”. Así mismo, la libre circulación de servicios posibilita que una empresa de un Estado miembro de la Unión se traslade a otro Estado miembro, normalmente con sus propios trabajadores.⁶

La libertad que constituye uno de los postulados que fundamentan la Unión Europea encuentra su sustento en lo establecido en la Directiva 96/1971, cuyo artículo 1.º establece: “La presente directiva se aplicará a las

⁵ “El principio del país de origen se presentaba como una consecuencia de otro principio ya asentado en la jurisprudencia del TJ, como es el principio del reconocimiento mutuo, habiéndose ya establecido, como se ha señalado anteriormente, que: ‘no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por normas a que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido’. Pero ambos principios son diferentes pues el Estado de destino puede controlar la equivalencia, mientras que en el principio del país de origen el Estado de destino pierde el control para valorar la equivalencia de los requisitos o exigencias impuestas”. Francina Esteve García. “Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios”. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42. 2011, p. 17.

⁶ “La libertad de circulación de servicios es la única de las cuatro libertades fundamentales del tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el ámbito de la cual el derecho a la libre circulación de la empresa se encuentra frecuentemente conexo al derecho a la libre circulación de trabajadores ocupados en dicha empresa. Una larga experiencia, a esta altura, más de medio siglo en la aplicación de las libertades fundamentales de circulación ha mostrado, de hecho, que empresa y trabajadores dependientes casi nunca se encuentran asociados en el ejercicio de estas libertades”. E. Traversa. “Libera Prestazione dei Servizi e Distacco dei Lavoratori”. *Diritto del Lavoro dell’Unione Europea*. Turín: UTET Giuridica, 2010, p. 289.

empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro”. En desarrollo de dicha directiva se regula, entre otros, el supuesto de desplazamiento de trabajadores de una empresa para la prestación de servicios transnacionales. Como se expondrá en los apartes subsiguientes, el TJUE se inclina por privilegiar las libertades económicas sacrificando los derechos fundamentales de los trabajadores, derechos que se debilitan progresivamente.

En el marco de la regulación comunitaria de la libertad de circulación de los trabajadores, el 26 de abril del 2013 se formuló una propuesta de la Directiva 0124/2013, fundamentada en el reconocimiento de las dificultades de los ciudadanos para ejercer las libertades de desplazamiento y el ejercicio de los derechos laborales. La directiva en cuestión favorece las libertades empresariales declarando en la parte considerativa el derecho de las empresas a prestar servicios en otro Estado miembro, “para lo cual pueden enviar (‘desplazar’) temporalmente a sus propios trabajadores a ese Estado miembro para que realicen allí el trabajo necesario a tal fin”, favoreciendo los procesos de deslocalización productiva.

En este sentido, la directiva pretende desarrollar el postulado fundacional de libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión sobre la base de la promoción del principio de igualdad de trato enfocado a los aspectos referidos en el artículo 2.º de la propuesta:

- a. Acceso al empleo;
- b. condiciones de empleo y trabajo, en particular por lo que se refiere a la remuneración y el despido;
- c. acceso a las ventajas sociales y fiscales;
- d. pertenencia a los sindicatos;
- e. acceso a la formación;
- f. acceso a la vivienda;
- g. acceso a la educación de los hijos de los trabajadores.

1.3.1. El caso Viking

Las limitaciones al desarrollo de los derechos sociales derivadas de las libertades económicas no quedaron resueltas con la eliminación de la iniciativa Bolkestein.

A pesar de la eliminación del principio del país de origen para privilegiar la protección de los derechos sociales, el TJUE se pronunció en favor de la libertad de circulación de servicios, restringiendo de forma desproporcionada el derecho de huelga en el ámbito de la deslocalización productiva europea. Los supuestos de hecho que dieron origen a la controversia, que llegó a conocimiento del TJUE a través de una cuestión prejudicial, puede sintetizarse como se describe a continuación.

Viking es una empresa de transporte finlandesa que opera con una flota de trasbordadores entre los opera el buque Rosella, que cubría la ruta entre Tallin (Estonia) y Helsinki (Finlandia) enarbolando el pabellón finlandés. Los miembros de la tripulación del Rosella pertenecen al sindicato FSU (Unión Finlandesa de Marineros), que promueve la lucha contra la política de pabellones de conveniencia cuyos principales objetivos consisten “por una parte, el establecimiento de un nexo genuino entre el pabellón del buque y la nacionalidad del propietario, y por otra parte, la protección y mejora de las condiciones de trabajo de las tripulaciones de los buques bajo pabellón de conveniencia”.

Debido a las dificultades de la competencia de los buques estonios que operan en la misma ruta con menores costes salariales, en octubre de 2003 Viking cambió el pabellón del buque Rosella registrándolo en Estonia para aplicar las condiciones de la contratación colectiva que deriva de la negociación con los sindicatos de aquel país.

De conformidad con el derecho finlandés, la decisión adoptada por Viking fue comunicada a la organización sindical FSU, que se opuso a la medida. La FSU comunicó la situación a la ITF (Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte) que como consecuencia remitió comunicación a todos sus afiliados con el objeto de advertirles a través de una circular para que en lo sucesivo no entablaran negociaciones con Viking con base en el principio de solidaridad.

De igual forma, el contrato colectivo aplicable al buque Rosella expiró el 17 de noviembre de 2003, de modo que, a partir de esa fecha, la FSU dejaba de estar obligada a la paz social que contempla el ordenamiento finlandés. Con base en la habilitación que derivaba de la terminación del acuerdo la FSU anunció una huelga como mecanismo de autotutela para demandar a Viking el “aumento en ocho el número de trabajadores a bordo del Rosella y, por otra parte, la renuncia a su proyecto de cambio de pabellón de ese buque”.

Respecto a los puntos del documento reivindicatorio sindical, la Viking aceptó la vinculación de los ocho trabajadores para la tripulación oponiéndose a la supresión de la medida de cambio de pabellón para modificar el régimen laboral aplicable a los trabajadores del buque.

Así las cosas, el TJUE debía, en decisión prejudicial, dilucidar el conflicto derivado de la contradicción entre la huelga como mecanismo de autotutela de defensa de los derechos laborales para disuadir a Viking de deslocalizar parte de la empresa con el referido cambio de pabellón, y la libertad de circulación de servicios y establecimiento de la cual pretende hacer uso el empleador por razones económicas, lo cual restringiría el derecho de huelga.

El pronunciamiento del TJUE se centra en determinar si la medida adoptada por la FSU resulta necesaria para obtener el fin perseguido, correspondiendo al tribunal de origen examinar si existen otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para obtener el acuerdo con el empleador.

Así las cosas, se restringe el derecho de huelga transnacional en privilegio de derechos económicos de la Unión Europea, en este caso la libertad de establecimiento, a los cuales deben estar condicionados el ejercicio de los derechos sociales.⁷ El pronunciamiento en cuestión, en uno de los apartes que ha suscitado mayor preocupación, sostiene:

Por otra parte, debe considerarse que una medida de conflicto colectivo adoptada para ejecutar la política de lucha contra los pabellones de conveniencia perseguida por la ITF, que tiene por objeto princi-

⁷ “Las consecuencias de esta Sentencia son devastadoras para el sindicalismo europeo que busca una dimensión global a su acción de tutela de los trabajadores. La huelga que, como la negociación colectiva, tienen como objetivo sustraer la fuerza de trabajo a las leyes del mercado, derogando de esta manera las reglas de la competencia, no puede, según los jueces de Luxemburgo, interferir ni restringir la libertad de empresa ni la libertad de prestación de servicios. Utiliza la libertad de mercado y la defensa de la libre competencia como fórmula de forzar a la baja las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores en ese mercado unificado solo en el nivel de la moneda, las finanzas y el capital. Lo hace sin tapujos, explicando con claridad que si el sindicalismo consigue un estándar homogéneo de tratamiento laboral con independencia del lugar de donde procedan los trabajadores y del diferencial de las condiciones salariales y laborales que de este resulta, la empresa pierde su sagrada libertad de establecerse donde quiera y de prestar servicios con arreglo a las condiciones laborales que estime oportuno, lo que resulta incompatible con la construcción jurídica europea porque atenta contra sus principios fundamentales”. Antonio Baylos Grau. “El Derecho de Huelga en Europa puesto en cuestión: La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso ‘Viking’”. *Blog Según Antonio Baylos*. 12 de diciembre de 2007. <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-derecho-de-huelga-en-europa-puesto.html>

pal, como se deriva de sus observaciones, impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, puede, cuando menos, restringir el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento. (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-438/05, 11 de diciembre de 2007)

1.3.2. El caso Laval

La aplicación práctica del postulado fundacional de libertad de circulación de servicios ha ocupado la atención del TJUE en casos de considerable importancia en nuestro estudio. En efecto, en desarrollo de la libertad de prestación de servicios, la sociedad letona Laval desplazó a Suecia a 35 trabajadores para la ejecución de obras contratadas por Baltic, sociedad sueca, para la construcción de un centro escolar.

La problemática del caso estriba en determinar la necesidad de Laval de acogerse al convenio colectivo sueco, centrando la resolución del caso en la determinación de la ley aplicable a estas situaciones. La presión de los sindicatos suecos a favor de la aplicación a estos trabajadores del convenio colectivo de la construcción del país de destino derivó en medidas de autotutela que bloquearon la entrega de los servicios prestados por Laval, que sostenía la aplicación del convenio colectivo leton a los trabajadores desplazados para la prestación de los servicios en Suecia.

Para resolver el caso, el TJUE decidió dar prevalencia a la libertad de circulación de servicios del tratado fundacional:

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión que los artículos 49 CE y 3º de la Directiva 96/71 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en un Estado miembro en el que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3º, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de esta directiva se encuentran en disposiciones legales, excepto las cuantías de salario mínimo, una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, como la controvertida en el asunto principal, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a ini-

ciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3º de dicha directiva. (Sentencia Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-345/05, 18 de diciembre del 2007)

Más allá de las consecuencias desfavorables para la realización del derecho fundamental de huelga, la sentencia Laval constituye un referente obligatorio en el estudio de la libertad de prestación de servicios que, puesta en contraposición con derechos sociales, ha prevalecido en criterio del TJUE, sin que puedan soslayarse de los evidentes efectos restrictivos en la interpretación respecto al alcance de derechos de primera generación para favorecer libertades comerciales.⁸

1.3.3. El caso Rüffert

En el mismo sentido, la sentencia en la que se resuelve el asunto C- 346/06 cuestiona el modelo social europeo al privilegiar las libertades económicas favoreciendo el *dumping social*. El conflicto que en este caso ocupa al TJUE se refiere al suscitado en Alemania entre el señor Rüffert, actuando como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y el Land Niedersachsen, en relación con la resolución de un contrato público de obras celebrado entre este y dicha sociedad.

El origen del diferendo está en la adjudicación, en el otoño del año 2003, de una licitación pública, por parte de la Land Niedersachsen a la empresa

⁸ “En cumplimiento de la misma, Suecia tuvo que modificar la normativa que tenía vigente en ese momento, procediendo a la aprobación de la Ley 2010:228, de 25 de marzo, conocida como *Lex Laval*. Las normas que fueron afectadas, tras su entrada en vigor el 15 de abril del 2010, fueron dos de las más importantes del marco normativo social, por un lado, la Ley 1976:580, de 10 de junio, relativa a la participación de los trabajadores en las decisiones negociadas (codecisión), y, por otro lado, la Ley 1999:678, de 9 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores, avanzando brevemente que con ella se produjo, por una norma con rango de ley, una limitación considerable y desproporcionada del derecho de los representantes sindicales a la negociación colectiva, y accesoriamente de la adopción de medidas de acción colectiva dirigidas a forzarla”. María Carmen Salcedo Beltrán. “El Consejo de Europa frente a la Unión Europea, vulneración de la Carta Social Europea por ‘Lex Laval’”. *Colección Estudios Fundación 1 de Mayo*, núm. 71. Madrid: ccoo, enero de 2014, p. 5.

Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG, para la construcción de un centro penitenciario con el compromiso de respetar los convenios colectivos y el pago del salario mínimo del lugar de ejecución de la obra a los trabajadores.

Para el desarrollo de la obra encomendada, la empresa contratista subcontrató parte de la construcción con una empresa establecida en Polonia, con un régimen salarial y laboral inferior al de Alemania. En el verano de 2004 se rescindió el contrato de obra pública como consecuencia de las sospechas de la inobservancia por parte de la empresa de los compromisos de respeto de los derechos laborales del país de destino a través de la subcontratación.

En el plano local, el órgano jurisdiccional alemán consideró que la obligación impuesta a la empresa de respetar las condiciones del lugar de destino causaba la pérdida de las ventajas competitivas derivadas de la contratación en lugares diversos con costes salariales más bajos, comportando “un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania”.

En criterio del TJUE, la medida adoptada constituye una limitación desproporcionada de la libertad de circulación de servicios prevista como principio fundacional de la Unión Europea. Sobre el particular, el pronunciamiento en cuestión sostiene:

Teniendo en cuenta todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en lugar de la referida ejecución. (Sentencia Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-346/06, 3 de abril de 2008)

La decisión adoptada por el TJUE cuestiona seriamente el modelo social europeo y confirma el sentido del pensamiento del tribunal, que debilita la realización de los derechos sociales en el sentido de otorgar preponderancia a

las libertades económicas, restringiendo las limitaciones dirigidas al ejercicio de las garantías laborales y sindicales.

1.3.4. El caso del Gran Ducado de Luxemburgo

La tendencia de ampliación de las libertades económicas en detrimento de las limitaciones concernientes al respeto de las garantías fundamentales laborales se reiteró en la sentencia del TJUE que resolvió el litigio entre la Comisión de las Comunidades Europeas y el Gran Ducado de Luxemburgo.

La reclamación instaurada por la Comisión de las Comunidades Europeas se fundamentó en el, a su juicio, incumplimiento del Gran Ducado de Luxemburgo en la incorporación de la Directiva 96/71 sobre libertad de desplazamiento de trabajadores a través de la Ley del 20 de diciembre del 2002. El principal reproche se centró en la consideración de las leyes locales como normas de orden público que, por tanto, se deben aplicar a todos los trabajadores que desarrollen una actividad en el Gran Ducado de Luxemburgo en los aspectos relativos a:

1. La obligación de informar al trabajador las condiciones aplicables al contrato de trabajo o la relación laboral;
2. El salario mínimo y su reajuste para mantener su poder adquisitivo;
3. La regulación del trabajo parcial y por tiempo determinado; y
4. Los convenios colectivos de trabajo.

En criterio del TJUE, el contraste entre la Directiva 96/71 y la ley de referencia está en la incompatibilidad de la ley en estudio con la libre prestación de servicios de la Unión Europea, cuya limitación no resulta admisible en este caso, como enseña la decisión:

En particular, ya se ha declarado que la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, solo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está esta-

blecido. (Sentencia Tribunal de Justicia Europeo, Asunto C-319/06, 19 de junio del 2008)

Así pues, los principios sobre los que descansa la libertad de circulación de servicios se restringen de forma desproporcionada a *razones imperiosas* considerando los derechos laborales como obstáculos de las libertades económicas.⁹

El panorama descrito sugiere una línea de pensamiento del TJUE que da privilegio a las libertades económicas, debilitando el modelo social favorecido por la inactividad regulatoria europea que, no obstante, ha encontrado reacciones como la propuesta en el Parlamento Europeo, presentada en enero de 2013 por Alejandro Cercas, para proferir una directiva que fortalezca los derechos de los trabajadores incluyendo el derecho de consulta en los procesos de reestructuración empresarial.

El desarrollo de la Europa social demanda la contención normativa de la línea trazada por el TJUE que erosiona la realización europea de los derechos emanados de la relación de trabajo, progresivamente erosionada por los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios.¹⁰

⁹ “Un último paso en la restricción de medidas nacionales del Estado de acogida aplicables a los trabajadores desplazados lo ha supuesto la Sentencia Comisión/Luxemburgo, que ha afirmado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente, y más en concreto, que el art. 10.3 de la Directiva 96/71 constituye una excepción al principio de las materias que el Estado miembro de acogida puede imponer a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, más allá de las que se enumeran, con carácter exhaustivo, en su artículo 3, primer párrafo. Por consiguiente, el art. 10.2 ‘debe interpretarse en sentido estricto’, como excepción al sistema establecido por la Directiva y del principio fundamental de libre prestación de servicios sobre el que la misma se funda”. Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer. “Libre prestación de servicios y Derecho Colectivo del Trabajo”. *Temas Laborales*, vol. II, núm. 100, Madrid, 2009, p. 543.

¹⁰ “La hermenéutica restrictiva del TJCE, en su defensa a ultranza de las libertades fundamentales del mercado interior, alcanza también a la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores. En sus pronunciamientos más recientes, además de restringir al límite el margen de actuación del sindicato en su lucha por garantizar la igualdad de trato entre los trabajadores locales y los desplazados y evitar situaciones de competencia desleal –Sentencia Laval–, el TJCE no pone reparos en recortar la capacidad de los Estados miembros de garantizar condiciones de trabajo y de empleo iguales para los trabajadores desplazados, con independencia de su nacionalidad –Sentencias Rüffert y Luxemburgo–, haciendo de la Directiva –por definición, un instrumento de mínimos– una norma de máximos (Rodríguez-Piñero, 2008a), en virtud de la interpretación que ofrece de la noción ‘orden público’, que impide a los Estados miembros beneficiarse de cualquier margen de apreciación del concepto –Sentencia Luxemburgo–”. Amparo Merino Segovia. “Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el mercado

2. Hacia un esquema de relación de trabajo universal

En concordancia con la estrategia de intervención universal de la OIT, fruto de la progresiva desaparición de las fronteras nacionales, la regulación que emana de dicho organismo es la piedra angular del derecho laboral. Para ello se optó por encauzar la regulación en un instrumento no vinculante para los Estados miembros que contemplara las directrices sobre los parámetros de identificación de la relación de trabajo. Así, la Recomendación 198 de 2006 contiene las conclusiones sobre la estructuración de la relación de trabajo de acuerdo con los criterios de identificación utilizados a nivel global para el ejercicio fáctico de imputación de la naturaleza jurídica del vínculo.

El soporte científico del instrumento que contiene las directrices sobre la relación de trabajo está fundamentado en la comparación de sistemas laborales que coinciden en la centralidad del contrato de trabajo. La relación de trabajo constituye pues el marco jurídico que en los sistemas laborales explica el vínculo capital-trabajo; de este modo, la regulación de vocación internacional pretende intervenir a través de un instrumento de carácter no vinculante, desde la perspectiva jurídica formal, en procura de un esquema de identificación de la relación de trabajo en la que triunfa lo fáctico sobre lo formal.

2.1. Antecedentes del esquema de regulación

La OIT abordó el estudio del soporte jurídico que explica el vínculo capital-trabajo mediante uno de los instrumentos de intervención constitucionalmente previstos, con la elaboración previa de un estudio comparado sobre la regulación de la relación de trabajo en los países miembros de dicha organización.

El proceso de adopción de un instrumento debe enmarcarse en el contexto de los debates desarrollados por la Conferencia Internacional del Trabajo, el rechazo de instrumentos de regulación del trabajo en condiciones de subcontratación y los posteriores desarrollos para encargar la elaboración de estudios sobre los esquemas de regulación de la relación de trabajo como categoría que enmarca la disciplina de la ecuación capital-trabajo.

El documento remite al Consejo de Administración la demanda para el desarrollo de estudios encaminados a:

interior europeo". *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, núms. 4-5. Buenos Aires: Editorial Bomarzo Latinoamérica, 2008, p. 117.

Que se realicen reuniones de expertos a fin de examinar, como mínimo, las distintas cuestiones que surjan de las deliberaciones de esta Comisión, que siguen a continuación:

- i. Cuáles son los trabajadores que, en las situaciones que la Comisión ha comenzado a identificar, necesitan protección;
- ii. los medios adecuados para la protección de dichos trabajadores, y la posibilidad de tratar separadamente las distintas situaciones, y
- iii. cómo se podrían definir estos trabajadores, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos existentes y las diferencias idiomáticas.¹¹

2.1.1. El ámbito de la relación de trabajo de 2003

El interés de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT por la necesaria intervención en materia de la estructura del vínculo entre empleadores y trabajadores data de los años 1997 y 1998, cuando se abordó la disertación sobre los fenómenos de “subcontratación”. No obstante la evidencia de la necesidad de adoptar un instrumento, no se logró la formulación de un convenio o recomendación de protección de los trabajadores que desarrollan sus actividades bajo las modalidades referidas.

De cualquier forma, una vez descartada la adopción de un instrumento, la Conferencia Internacional informó al Consejo de Administración la necesidad de un nuevo estudio para abordar la cuestión de determinar la centralidad de las relaciones de trabajo que deben ser protegidas.

El informe que fundamenta la recomendación en estudio está enmarcado en el desarrollo de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2003, por decisión del Consejo de Administración en el año 2001, para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley laboral y el carácter universal de la relación de trabajo como fundamento del vínculo empleador-trabajador. Los objetivos declarados en el informe presentado están centrados en identificar los principales criterios de determinación de la existencia de la relación de trabajo, para lo cual se promueve la “certeza” en la formulación de la estructura del vínculo laboral y técnicas de verificación fáctica para desacreditar aquellas maniobras que pretendan encubrir verdaderas relaciones de carácter laboral.

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo*. Informe V, quinto punto del orden del día, Ginebra, 2005, p. 4.

La determinación de los sistemas de identificación de la relación de trabajo en los países constituye el principal objetivo del estudio y la posterior adopción de un instrumento guía de regulación internacional para resolver las denominadas incertidumbres acerca del campo de aplicación de la ley.

La presencia de la relación de trabajo en cada caso se afirma o se desacredita con base en el análisis fáctico del desarrollo de la prestación de servicios, otorgando al fenómeno jurídico objeto de la prestación subordinada el carácter definitorio del vínculo sobre los acuerdos formales de las partes que pretendan desconocer los hechos. Sobre el particular el documento en estudio señala:

Para distinguir entre la relación de trabajo y las relaciones de otro género, se recurre a distintos criterios. De conformidad con algunos de ellos, puede considerarse que en una relación de trabajo la persona presta sus servicios en circunstancias que corresponden a una relación de subordinación al empleador o de dependencia de este, o que esa persona trabaja por cuenta ajena, o ha sido integrada a una organización, o no asume los riesgos inherentes a la calidad de empleador. En algunos casos, la ley va más allá y determina que serán considerados asalariados algunos trabajadores cuya situación pueda ser ambigua, o presume que están ligados por una relación de trabajo. Otras leyes prescriben que ciertas formas de empleo no representan una relación de trabajo.

Para verificar si existe o no existe una relación de trabajo, es necesario guiarse por *los hechos* respecto de lo que efectivamente convinieron y cumplieron las partes, y no por la denominación que hayan dado al contrato. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas; por ejemplo, la forma en que el trabajador y el empleador han fijado sus posiciones, derechos y obligaciones respectivos y las prestaciones que se deben efectivamente, en lugar de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. En otras palabras, lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el principio de la *primacía de la realidad*, que a veces es enunciado expresa mente en algunos sistemas jurídicos nacionales. Este principio pudiera ser invocado por los tribunales aun en ausencia de norma expresa. (...)

Son cada vez más frecuentes las controversias y la falta de seguridad acerca de la naturaleza jurídica de una relación en virtud de la cual se prevé la prestación de un servicio. Una relación de trabajo puede ser disfrazada o puede ser objetivamente ambigua. En ambos casos surge la incertidumbre respecto de cuál es el alcance de la ley, de modo que puede suceder que la protección que esta ofrece sea neutralizada. En un caso como en el otro esas formas se interrelacionan y revelan que existe una brecha entre la aplicación de la ley y la realidad.¹²

Los resultados del estudio evidencian la concurrencia de los ordenamientos analizados en centrar el objeto de la disciplina laboral en la relación de trabajo aplicable a los trabajadores subordinados destinatarios del esquema tuitivo, que deriva del reconocimiento de la asimetría de las partes en la que el ordenamiento interviene para equilibrar la ecuación de partida. Al mismo tiempo, los esquemas de identificación de la relación de trabajo no siempre son suficientemente exhaustivos para determinar o descartar su existencia, de modo que es necesario un instrumento de intervención de vocación universal que coadyuve a proveer técnicas de reconocimiento de la figura.¹³

2.1.2. El informe fundamento de la recomendación sobre la Relación de Trabajo del año 2005

Con fundamento en el estudio referido, se propuso a la Conferencia Internacional de la OIT la adopción de un instrumento que sirviera de complemento a los diversos ordenamientos que coinciden en adoptar el modelo central de la disciplina laboral en la relación de trabajo para articular las políticas de identificación y protección del trabajo asalariado.

La matriz de investigación se refiere al esquema jurídico de la articulación del vínculo capital-trabajo en los países agrupados en dos categorías de referencia: *definiciones sustantivas* y *definiciones descriptivas* sobre la relación

¹² Organización Internacional del Trabajo, *El ámbito de la relación de trabajo*. Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo. 91.ª reunión, Ginebra, 2003, pp. 25-27.

¹³ “Un nuevo informe del 2003, sentó las bases de la recomendación que aquí se comenta. En ese informe: a) se reafirmaba que el objetivo de la OIT (y del Derecho del trabajo, agregamos nosotros), es la protección del trabajador, justificada por la situación de desigualdad que se verifica en la relación de trabajo; y b) se reconocía la relación de trabajo como el elemento definitorio de la aplicación de la legislación protectora”. Oscar Ermida. “La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”. 3.ª reunión. Lima: Grupo de Trabajo de Auto-reforma Sindical, octubre de 2010, p. 2.

de trabajo. De acuerdo con los hallazgos de la investigación, un grupo de países¹⁴ adopta definiciones sustantivas específicas sobre la característica base de las relaciones obrero-patronales que determina su existencia, para lo cual se utiliza un *factor* característico de la esencia de la relación que la mayoría de países imputa a los criterios: *subordinación y dependencia*. Por otra parte, otro grupo de países descendientes de la tradición jurídica del *common-law*¹⁵ acoge un sistema de identificación diverso a través de definiciones descriptivas, en las que el vínculo laboral se encuentra delineado sin referencia a factores específicos que lo permitan reconocer.

Más allá de la técnica de definición de la relación de trabajo resulta claro, de acuerdo con las conclusiones del estudio, el gobierno del principio de primacía de la realidad como criterio de definición de la naturaleza jurídica del vínculo de los trabajadores, por el cual el desarrollo fáctico de la prestación de servicios triunfa sobre los acuerdos formales que pretenden desconocer la situación de hecho presentada.

El informe señala las respuestas de algunos países frente a los supuestos de fraude o encubrimiento, que son corregidos mediante la aplicación del principio en cuestión y la técnica del reemplazo en que la ley interviene en sustitución de lo no previsto por las partes. En este sentido, el documento señala:

Algunas legislaciones van todavía más lejos y establecen disposiciones para combatir el encubrimiento o fraude a fin de garantizar la vigencia del principio de la primacía de la realidad, en interés de los trabajadores y de instituciones impositivas o de seguridad social. En Panamá, por ejemplo, el Código del Trabajo establece que para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos de la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados, de la participación de interpuestas personas como supuestos empleadores, y de la constitución u operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador. Dicho Código establece además que, cuando por actos simulados o

¹⁴ De acuerdo con el estudio de referencia dentro de los países que acogen definiciones sustantivas se pueden enlistar, entre otros: Argentina, El Salvador, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela, y Francia.

¹⁵ Los hallazgos enlistan como ejemplo de países con definiciones descriptivas, entre otros: Kenya, Nigeria, Lesotho, Indonesia, Irlanda y Nueva Zelanda.

fraudulentos y a través de la creación u operación de la persona jurídica se elude el cumplimiento de las obligaciones laborales de una persona jurídica, el trabajador de dicha persona jurídica podrá, además, reclamar sus créditos laborales a los accionistas, socios o miembros. El Código dispone igualmente que la participación simulada de una persona jurídica en la prestación del servicio o en la ejecución de la obra no impide que la persona física correspondiente sea considerada como trabajador. En Argentina, un contrato es nulo si ha sido celebrado mediante simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio; en tales casos la relación queda regulada por la Ley de Contrato de Trabajo. También en Argentina la ley se refiere al uso fraudulento de la figura de la cooperativa para evadir la aplicación de la legislación del trabajo y estimula la regularización de la relación de trabajo mientras al mismo tiempo desestimula la evasión a través de la imposición de multas y exenciones a las contribuciones y multas en caso de cumplimiento voluntario. En Chile, además de la responsabilidad solidaria entre el empleador y los terceros, el Código prevé la imposición de multas al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros y a quienes utilicen cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. A este efecto, subterfugio significa cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos. Además, el plazo de prescripción para intentar acciones y reclamar derechos en esta materia ha sido extendido a cinco años. Finalmente, algunas leyes protegen al trabajador a domicilio aun cuando su relación con el empleador consista en comprarle materiales para luego venderle los productos hechos con estos materiales como si se tratara de una operación comercial de compraventa.

Como complemento de las reglas de determinación se plantean mecanismos para facilitar la etapa probatoria de los escenarios de reclamación en reconocimiento de la asimetría de las partes.

Los sistemas jurídico-laborales analizados en la investigación participan, en general, del sistema de libertad probatoria para acreditar el vínculo laboral¹⁶ y reportan un recurso al sistema de presunciones para facilitar la demostración de la existencia de la relación de trabajo con base en la comprobación de la prestación personal del servicio.¹⁷

La investigación desarrolla las técnicas de los diversos países con el fin de reducir la ambigüedad de las situaciones de hecho en la determinación de la relación de trabajo, lo que fundamenta la proposición de adoptar un instrumento internacional para retomar la iniciativa del año 2003 ya referida. Para ello, y en atención al valor promocional no vinculante, se sugiere proferir una recomendación que sirva de orientación e incentivo a los Estados miembros de la OIT en la formulación de políticas públicas de respeto de la relación de trabajo de acuerdo con el contexto nacional.

2.2. La Recomendación 198 de la OIT

Con base en los estudios sobre las estructuras nacionales acerca de la determinación de la relación de trabajo, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó, en el año 2006, la recomendación 198 sobre el tema. La recomendación debe ser objeto de sumisión por parte de los Estados miembros, no obstante su carácter no vinculante (véase numeral 1.1.2 del capítulo 2), por lo que se constituye en el fundamento de la pretensión de regular la estructura, de vocación transnacional, que determina el ámbito de intervención básico del derecho del trabajo.

La regulación de la estructura de protección laboral de carácter internacional consta de cuatro capítulos cuyo objetivo es promover la formulación de una política de protección del trabajo e introducir los criterios que determinen la existencia de la relación de trabajo. La adecuación de los ordenamientos

¹⁶ De acuerdo con el informe de referencia, los siguientes países adoptan el sistema de libertad probatoria: Burkina Faso, Letonia, Marruecos, México, Nigeria, Rwanda, Argentina, Brasil, Colombia, Qatar y Túnez.

¹⁷ Los países que relaciona el estudio en comento que contemplan el sistema de presunciones para facilitar la prueba de la relación de trabajo son: Argentina, Chile, Costa Rica, Colombia, México, Panamá, España y Venezuela.

nacionales debe fundamentarse en una política pública que proteja la relación de trabajo, a partir de una concertación tripartita (gobiernos, asociaciones de empleadores, y organizaciones sindicales), para precisar el ámbito de aplicación subjetivo de la ley laboral.

De acuerdo con la recomendación en estudio, la política debería contener herramientas que identifiquen la relación de trabajo; mecanismos de blindaje frente a relaciones encubiertas que pretendan desconocer la verdadera naturaleza laboral del vínculo; adoptar esquemas de protección para los trabajadores en el caso de relaciones triangulares; asegurar la efectiva aplicación del ordenamiento laboral mediante procesos de capacitación para los encargados de velar por la efectividad de las disposiciones, entre otros, jueces, árbitros, mediadores e inspectores de trabajo.

Para los efectos que aquí nos ocupen, merece especial atención el reconocimiento de la necesidad de estructurar medidas de amparo en los supuestos del movimiento transnacional de trabajadores, cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

- a. Al formular una política nacional, todo miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y
- b. cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

De acuerdo con el instrumento internacional en estudio, los miembros de la OIT deberían adoptar un sistema de libertad probatoria para la demostración de la existencia de la relación laboral; establecer una presunción legal

con base en la cual se releve a los trabajadores de algunas cargas en virtud de la facilidad con que cuenta el empleador por tener en su poder la mayoría del acervo probatorio; al mismo tiempo, determinar los grupos de trabajadores que en función de la especialidad en el desarrollo de las labores ameritan una especial regulación sectorial en materia de determinación de la dependencia/independencia del vínculo.

A partir de la política general de promoción de la correcta imputación del vínculo entre quien presta un servicio y quien lo recibe, la recomendación postula una serie de indicios-guía que coadyuvan a determinar la relación de trabajo en función del desarrollo fáctico de la prestación de servicios. Tales indicio-guía pueden ser clasificados en función de la prevalencia (cantidad de indicios presentes) y la preeminencia (calidad de los indicios) y de acuerdo con la ordenación de los criterios de identificación de la relación de trabajo propuesta por el profesor Michele Miscione,¹⁸ los cuales son:

1. *El hecho de que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad*

La vocación de permanencia de la relación es una característica del principio de estabilidad de la disciplina laboral, que no comporta un criterio de calificación de la relación de trabajo sin descartar su presencia en vínculos precarios o de corta duración.

2. *El hecho de que el trabajo implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que lo requiere*

Uno de los factores determinantes del nacimiento de la disciplina laboral es la separación de los medios de producción y el trabajador, que comporta el suministro de aquellos por parte de quien detenta el capital y requiere la prestación de los servicios que son prestados con el concurso de las herramientas proporcionadas por el empleador. El suministro de herramientas en las relaciones laborales el siglo XXI comprende medios virtuales de producción que, no obstante estar en el límite del ámbito privado, se incorporan a los modelos de gestión organizacionales.¹⁹

¹⁸ Michele Miscione. "Subordinazione/Autonomia, collaborazioni a progetto". Master Diritto del Lavoro Università di Bologna, 18 de diciembre de 2009, pp. 15-16.

¹⁹ "Las redes sociales usadas en el mundo laboral flexibilizan la comunicación y la colaboración en la empresa. Se trata de esquemas similares a los que están habituados los empleados en su vida privada,

3. *El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador*

La remuneración en función del tiempo es un indicador de causalidad de la misma con la disposición del trabajador al empleador característica de la relación de trabajo subordinada.

4. *El hecho de incluir en la remuneración pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, entre otros*

Por regla general, los beneficios accesorios al pago principal emanan del esquema tuitivo que deriva de la asimetría de las partes involucradas en el contrato de trabajo, lo que constituye un indicio-guía para su determinación.

5. *El hecho de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales*

El reconocimiento de descansos remunerados es una de las acreencias previstas en la relación de trabajo, una de las primeras conquistas de los trabajadores para limitar el tiempo de trabajo bajo el control de quien contrata los servicios.

6. *El hecho de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo*

Los costos de producción del servicio encomendado son asumidos, por regla general, por quien solicita el servicio en el marco de una relación de trabajo subordinada que por regla general involucra al trabajador para disponer de su fuerza de trabajo, debiendo asumir el empleador las cargas para la prestación del servicio.

Por otra parte, como criterios de preeminencia pueden relacionarse aquellos que se analizan en función de su calidad para identificar la relación de trabajo en el terreno empírico de la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo:

que fomentan la aparición de lazos desconocidos, hasta el momento, relaciones que aportan valor a la organización y agilizan la toma de decisiones. Las redes sociales permiten interactuar a los empleados de una manera colaborativa, compartiendo conocimientos, de una manera transparente, abierta y directa". María Belén Cardona Rubert. "La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa". *Revista de Derecho Social*, núm. 52. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2010, p. 68.

1. *El hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona*

La subordinación jurídica, elemento esencial de la relación de trabajo, comporta la situación del trabajador de estar bajo las órdenes y el control de otra persona; este es el esquema de producción clásico que habilita la protección para quien presta los servicios bajo las órdenes (sub-ordinado) de otro que se denomina empleador.

2. *El trabajo encomendado implica la integración del trabajador en la organización de la empresa*

La incorporación del trabajador a la estructura organizacional productiva denota la sujeción de la prestación del servicio a los conductos empresariales que indican la presencia de la subordinación.

3. *El trabajo es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona*

La exclusividad constituye un elemento accidental de la relación de trabajo, que determina un indicador de menor peso en el análisis, ya que puede estar presente en relaciones de naturaleza jurídica diversa que no comporta calificación laboral *per se*.

4. *Debe ser ejecutado personalmente por el trabajador*

La prestación personal del servicio constituye un elemento esencial de la relación de trabajo, que determina la identificación de una persona natural como prestadora del servicio y beneficiaria del sistema tuitivo laboral que encuadra el carácter *intuitu personæ* del contrato respecto del trabajador.

5. *Dentro de un horario determinado*

Este es un indicador de trabajo subordinado por el cual el trabajador sacrifica parte de su libertad para quedar sujeto a la disponibilidad de prestar servicios en las condiciones temporales que indique el empleador.

En general, es considerado un indicador con especial peso específico en los ordenamientos latinoamericanos para determinar la existencia de la relación de trabajo en función de la apropiación patronal del marco temporal que se asigna al desarrollo de las funciones.

6. *En el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo*

El traslado locativo del trabajo de los talleres artesanales de los maestros a la fábrica como centro de la producción constituye uno de los elementos centrales del nacimiento del derecho del trabajo

y, por tanto, identifica la relación de trabajo que introduce la forma específica de prestar servicios subordinados a cambio de una remuneración para acceder a los medios de subsistencia.²⁰

7. *Que requiere la disponibilidad del trabajador*

La subordinación que enmarca la relación de trabajo comporta la facultad del empleador de proferir órdenes e instrucciones que el trabajador debe atender en el marco de la relación de trabajo.

Así las cosas, la relación de trabajo implica sujeción del trabajador a la regulación patronal del ejercicio productivo que enmarca la prestación del servicio.

8. *La remuneración constituye la única o principal fuente de ingresos del trabajador*

La dependencia económica no es un criterio que identifique la subordinación jurídica, no obstante, ha sido utilizado en diversos ordenamientos como criterio de identificación de la extensión del sistema tuitivo laboral.²¹

9. *El hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador*

El principio de ajenidad de los riesgos informa el derecho del trabajo en reconocimiento de la imputación de los riesgos del ejercicio productivo en cabeza del capital y sus socios.

Si bien es deseable que el trabajador participe de las utilidades de la actividad comercial, se proscribe la asunción de las pérdidas por los trabajadores, quienes son extraños al riesgo de la operación productiva.

²⁰ “Son muchos los factores que influyeron para la iniciación de la lucha: Marx puso de relieve que uno de los primeros efectos de la revolución industrial fue el tránsito del taller a la fábrica, de la producción llevada a cabo en una unidad económica pequeña, formada por el maestro-propietario de los útiles de trabajo —recuérdese el taller del zapatero Hans Sachs en Nürenberg— y un número limitado de compañeros u oficiales y de aprendices, a la producción en la fábrica, en donde se amontonaban decenas o centenares de obreros”. Mario de la Cueva. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 14.^a ed. México: Editorial Porrúa, 1996, p. 13.

²¹ En España el estatuto del trabajador autónomo contenido en la Ley 20 del 2007 establece un régimen de protección para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. De la misma forma el Código de Trabajo de Portugal aprobado por la Ley 7 de 2009 del 12 de febrero del mismo año establece como hipótesis de situaciones equiparadas en el artículo 10: “Las normas legales referentes a derechos de personalidad, igualdad y no-discriminación y seguridad y salud en el trabajo son aplicables a situaciones de prestación de trabajo por una persona u otra, sin subordinación jurídica, siempre que el prestador del trabajo se considere en dependencia económica del beneficiario de la actividad”.

En este orden de ideas, la estructura de la Recomendación 198 como pretensión de regulación universal del esquema tuitivo laboral reconoce las dificultades de encuadramiento de cada relación en la práctica y formula, por tanto, criterios de identificación que pretenden contribuir a proteger la relación de trabajo que el modelo económico del siglo XXI desarticula para privilegiar las políticas del mercado neoliberal contradiciendo los mecanismos protectores del vínculo laboral clásico.

No obstante, con base en el estudio previo que contiene el fundamento de la Recomendación 198, las disposiciones finales afirman la compatibilidad del instrumento sobre protección de la relación de trabajo con las relaciones triangulares de trabajo que deben mantener sistemas tuitivos.

2.3. Regulación de las relaciones triangulares de trabajo

La bilateralidad clásica del contrato de trabajo encuentra el punto de quiebre en el sistema de producción del siglo XXI, al rediseñar el proceso fordista demandando esquemas de regulación que procuren mantener la estructura tuitiva laboral. La intervención normativa respecto a la triangulación de las relaciones laborales está determinada en consonancia con el desarrollo del sistema legal laboral de matriz nacional construido en el siglo XX, de acuerdo con las dinámicas de producción del sistema fordista característico de aquel tiempo.

El desarrollo legislativo de las relaciones ‘triangulares’ de trabajo es bastante menos extenso y menos frecuente que el de la relación de trabajo tradicional entre un empleador y un trabajador, especialmente en ciertas regiones. Existe un marcado contraste entre aquellas legislaciones que contemplan supuestos de relaciones ‘triangulares’ y las legislaciones que no las regulan o lo hacen sólo en forma sumaria. En particular, las legislaciones que tratan de las relaciones de trabajo ‘triangulares’ contienen disposiciones sobre la identidad del empleador y las posibles responsabilidades del empleador y el usuario, así como sobre los derechos de los trabajadores.²²

²² Organización Internacional del Trabajo. *El ámbito de la relación de trabajo*. Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo. 91.ª reunión. Ginebra, 2003, pp. 43-44.

Como se refleja en el estudio de soporte de la Recomendación 198 de la OIT, los mecanismos de protección a los trabajadores que prestan servicios bajo esquemas triangulares están dados por modelos de extensión de responsabilidad a la empresa beneficiaria del servicio mediante figuras jurídicas como la solidaridad en el pago de acreencias.

No obstante el reconocimiento de las relaciones triangulares se evidencia ausencia de mecanismos de protección en situaciones como la deslocalización productiva, que superan la territorialidad de los Estados nacionales los cuales demandan esquemas de protección transnacional. Si bien la regulación internacional está destinada al cumplimiento de las reglas protectoras contenidas en los instrumentos que profiere la OIT, estos últimos están condicionados a los procedimientos de ratificación en cuestión lo que limita su exigibilidad transnacional.

La estructura de la triangulación laboral consta de dos matrices con sistemas específicos de protección de los trabajadores involucrados en la contratación de obras y servicios y en el suministro de personal.

2.3.1. Contratación de obras y servicios

La descentralización por especialidades, contratando con un tercero actividades complementarias/propias del objeto social de las empresas, constituye una medida de articulación del ejercicio productivo en el posfordismo que rompe la tradicional matriz bilateral del vínculo laboral. La tercerización de algunas o de la totalidad de las actividades productivas fundamenta el proceso de deslocalización en función de razones de especialidad técnica acompañadas de factores económicos de competencia a la baja en perjuicio de los derechos laborales.

2.3.1.1. Contratistas

La primera vía que articula las relaciones triangulares se decanta por la contratación de obras y servicios de una empresa “usuaria” (según la denominación del documento de base) que contrata con una tercera “empleadora”, que a su vez contrata trabajadores para prestar servicios en el marco del contrato civil o comercial entre la empleadora y la usuaria.

El supuesto corresponde a la denominada doctrinalmente *tercerización* u *outsourcing* que pretende externalizar las actividades ajenas al objeto principal de la empresa en desarrollo de la especialidad de los procesos productivos que

comportan reducción de la entidad productiva a las actividades esenciales de su objeto social.²³

La descentralización organizacional de las empresas confluye con la territorial provocando la deslocalización que adiciona razones de reducción de costos de producción a la especialidad y encauza la desintegración de la empresa trasladando el proceso productivo a lugares con menores grados de protección, desmantelando el sistema tuitivo laboral que, bajo el esquema nacional, se muestra incapaz de intervenir a nivel supranacional.

Así, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997 se debatió la elaboración de un convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, que fue objeto de oposición por parte de los empleadores quienes fundamentaron su postura en la particularidad nacional en el tratamiento de la materia aunado a los problemas sin que ejadores intermedia entre los dependientes e independientes con grados inferiores de protecciduccistos de solidaridad didiomáticos que la expresión *trabajo en régimen de subcontratación* comportaba.²⁴

²³ “En efecto, por un lado, este tipo de procesos determina que se expulsen del interior de las empresas ciertas actividades, generalmente las menos cualificadas, que pasan a ser desarrolladas por trabajadores, vinculados con otras entidades, a los que no resultan aplicables las mejoras colectivas alcanzadas y vigentes en las primeras. De este modo, se encuentran en el exterior un beneficio que deriva de la utilización de una mano de obra que ofrece sus servicios en otras empresas, habitualmente más débiles y menores, en las que reciben unas contraprestaciones inferiores. En definitiva, se genera una segmentación del mercado de trabajo, que queda dividido en dos grupos diversamente protegidos, de lo cual se intenta extraer un provecho”. Luis Enrique Norez Torres. *El trabajo en contratas, la noción de “contrata de propia actividad”*. Valencia: Editorial Tiran Lo Blanch, 2004, p. 18.

²⁴ “En la búsqueda de las verdaderas causas del estancamiento, debemos señalar que la subcontratación laboral no es un fenómeno nuevo, aunque hoy día se ha extendido adquiriendo nuevas modalidades desconocidas en el pasado, y aunque parcialmente hay regulación normativa en muchos de los Estados miembros, lo que favorecería la adopción de una norma internacional a su respecto. Mientras tanto, un instituto bastante similar como es el de las empresas de trabajo temporal, sí ha podido ser regulado a nivel internacional. ¿A qué se debe esa diferencia? ¿Cuáles son los verdaderos obstáculos que han impedido la aprobación del convenio internacional?

Por cierto que entre otros aspectos, ha habido un fuerte debate sobre dos cuestiones que dificultan el enfoque a dar a una eventual norma sobre subcontratación. Uno de ellos se refiere al ámbito y la intensidad de la protección que debe tener actualmente el derecho del trabajo y de la seguridad social. El otro consiste en la necesidad o conveniencia de prever una tercera categoría de trabajadores, situada entre el clásico trabajador dependiente y el independiente. No están bien definidas las fronteras entre estos dos tipos de trabajadores y tampoco hasta dónde llega la regulación protectora del derecho laboral”. Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo oIT, 2009, p. 32.

Los reparos a la adopción de un convenio internacional sobre la materia en función de la afectación del comercio internacional y el empleo, así como la creación de una tercera categoría de trabajadores intermedia entre los dependientes e independientes con grados inferiores de protección, derivaron en el fracaso de la iniciativa.

Por su parte, en materia de contratistas y beneficiarios del servicio que involucren diversas naciones, el Tratado europeo de Roma de 1980 establece la determinación de la jurisdicción aplicable en función de la selección de las partes, en ausencia de la cual opera la ley del país de la empresa que debe realizar la prestación, que en el momento de celebrar el contrato tenga su residencia habitual, en el caso de personas naturales, o administración central para el caso de personas jurídicas.

La determinación de las partes de la ley aplicable o del domicilio del contratista en subsidio favorece la deslocalización como parte de la competencia a la baja, habilitando la externalización territorial de actividades hacia países de grados menores de protección laboral.²⁵

En el caso de Colombia, el esquema laboral de protección destinado a los trabajadores que prestan sus servicios bajo la externalización prevé la solidaridad por salarios, prestaciones e indemnizaciones cuando las actividades tercerizadas no sean ajenas al objeto social del beneficiario del servicio que subcontrata.²⁶ En este sentido, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece la norma de referencia colombiana sobre contratistas independientes y los supuestos de solidaridad del beneficiario de la obra en materia de obligaciones laborales en los siguientes términos:

²⁵ “Esta solución normativa tiene, como se ha señalado, la ventaja de la simplicidad, pero no necesariamente la de la coherencia con las exigencias de disciplina de un contrato internacional de producción de obras o servicios (...).

En la gran mayoría de casos, el elemento extranjero respecto de muchos otros (se piensa en el elenco de elementos relevantes para la doctrina clásica anglosajona) y se da precisamente por la nacionalidad del contratista independiente, que ‘da la vuelta al mundo’ (y las empresas italianas son un ejemplo perfecto, como hoy las empresas koreanas, y el fenómeno es particularmente notorio en los grandes contratos públicos) en la búsqueda de trabajos, debilitando los del propio país”. Fabio Emilio Ziccardi. *L'appalto internazionale, Questioni di pratica e di disciplina*. Turín: Editorial UTET, 2000, p. 9.

²⁶ De acuerdo con el documento de referencia sobre la relación de trabajo de la OIT (2005) que soporta el estudio sobre relaciones triangulares: “El contratista asume las obligaciones usuales de cualquier empleador, pero puede tener responsabilidades adicionales. En España, por ejemplo, el contratista o subcontratista debe informar por escrito a sus trabajadores la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento”.

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos 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 directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.
2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.<cita>

La solidaridad prevista en el ordenamiento laboral colombiano pretende extender por esta vía la responsabilidad respecto de las acreencias laborales señaladas en los supuestos de subcontratación de actividades que resultan *sospechosas* por corresponder al objeto principal de la beneficiaria que terceriza su propia especialidad.

Sobre el particular, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral colombiana ha precisado la naturaleza de la solidaridad como mecanismo de efectividad de los derechos de los trabajadores en supuestos de tercerización mediante contratación de obras o servicios:

Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un

tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores. Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que este adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.

Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: “Pero el beneficiario o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable...”.

Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, “...para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 6 de marzo de 2013, rad. 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve)

Así las cosas, la contratación de obras y servicios como esquema de tercerización ha sido fijada bajo mecanismos de protección, extendiendo la responsabilidad en el reconocimiento de acreencias laborales en cabeza de terceros a la relación de trabajo que se beneficia de los servicios de los trabajadores involucrados.

No obstante, los mecanismos de extensión de responsabilidad en la lógica de producción del siglo xx resultan insuficientes en el contexto del sistema productivo globalizado que propicia la contratación de obras y servicios más allá de las fronteras, segmentando los procesos de producción que escapan a la disciplina laboral del código laboral colombiano, en virtud de lo establecido por el principio de territorialidad absoluta previsto en el artículo 2.º del Código Sustantivo del Trabajo. En ese sentido, la intervención tuitiva laboral nacional frente a la estructuración y protección global del mercado favorece la deslocalización y la competencia de jurisdicciones para atraer la inversión en perjuicio del respeto de las garantías sociales, resultando imperativo la estructuración de esquemas de gobernanza global laboral.

2.3.1.2. Cooperativas

La regulación internacional por conducto de la OIT se ha ocupado de una segunda modalidad de contratación de obras y servicios encuadrada en el trabajo asociado en cooperativas. El instrumento de intervención de la OIT sobre este particular está constituido por la Recomendación 193 de 2002, que define el marco de referencia internacional del trabajo asociado, en el que los trabajadores son al mismo tiempo copropietarios de la unidad productiva en oposición al trabajo subordinado. La recomendación en cuestión contiene como definición propia de cooperativa:

A los fines de esta Recomendación, el término “cooperativa” designa una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática.

Los principios básicos formulados por la asamblea general de la Alianza Cooperativa Internacional de 1995, que informan el trabajo asociado, determinan su naturaleza jurídica la cual debe ser evidenciada en el desarrollo fáctico de las actividades caracterizadas por la “adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad”.

La promoción del trabajo asociado y de las cooperativas contenida en la Recomendación está dirigida especialmente al respeto de los derechos fundamentales de la Declaración de 1998 (véase numeral 2.1 del capítulo 3), la restricción de la utilización de la figura para eludir obligaciones y la naturaleza laboral de las relaciones, así como el respeto por la igualdad de género.

En Colombia, el uso en determinados eventos de cooperativas de trabajo asociado (CTA) para disfrazar verdaderas relaciones laborales, ha sido identificado por el máximo tribunal ordinario-laboral, ordenando la aplicación de la primacía de la realidad como mecanismo de protección de la relación de trabajo que prevalece sobre el vínculo de asociación formal:

Cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de esta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral, por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones

legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 6 de diciembre de 2006, rad. 25713)

De igual forma, como consecuencia de los antecedentes y compromisos para la suscripción del TLC entre Estados Unidos y Colombia (véase numeral 1.4.3 del capítulo 1) se reestructuró el ámbito de actuación de las CTA restringiendo el marco legal que habilita su operación.

En desarrollo de los compromisos para la suscripción del acuerdo comercial se introdujo como criterio de restricción la prohibición de contratar a través de CTA las actividades misionales de la empresa contratante al mismo tiempo que equipara el esquema de retribución de los asociados a los trabajadores dependientes por conducto del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que establece:

Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 del 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

La reglamentación de la norma referida precisó a través del Decreto 2025 de 2011 los alcances de las actividades misionales que establece la restricción de la contratación de obras y/o servicios a través de CTA en el marco de actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Más allá del juicio de conveniencia de la norma de restricción de operatividad de las CTA, deben resaltarse las desviaciones respecto a la toma de decisiones mediante los conductos democráticos sustituidos por el

cumplimiento de requisitos que condicionan la suscripción de tratados de libre comercio que cuestionan la extracción democrática de las normas que disciplinan las relaciones laborales.

2.3.2. Suministro de trabajadores

La segunda matriz de triangulación laboral está constituida por los esquemas de intermediación y puesta a disposición de trabajadores a un tercero que ejerce los actos de dirección de los trabajos encomendados sin ostentar la calidad jurídica de empleador. El suministro de trabajadores es ejercido por una empresa con autorización administrativa para el desarrollo de la intermediación laboral, manteniendo la calidad de empleadora con respecto a los trabajadores enviados a desarrollar actividades para un tercer usuario del servicio.

La regulación internacional de la OIT ha tenido oportunidad de abordar la temática de base del suministro de trabajadores que provoca la triangulación en el Convenio 181 de 1997 y la Recomendación 188 del mismo año, cuya compatibilidad con la Recomendación 198 sobre protección de la relación de trabajo se encuentra expresamente reconocida en el párrafo final de esta última. El Convenio 181 de la OIT se ocupa de las agencias de empleo privadas, incluyendo en el artículo 1.º el suministro de trabajadores como una de sus modalidades:

A efectos del presente convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a. servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b. servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c. otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de traba-

jadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

Los principios que prevé el instrumento en materia de respeto de los derechos de los trabajadores que prestan servicios bajo las modalidades de las agencias de empleo privadas, que incluyen el suministro de personal como la puesta a disposición de una tercera persona, están centrados en el respeto del postulado general de prohibición de trato discriminatorio; respeto del ejercicio de los derechos de libertad de asociación y negociación colectiva; condiciones generales del trabajo; afiliación y pago de cotizaciones a la seguridad social así como la inclusión en las políticas de salud ocupacional y seguridad en el trabajo.

En Colombia, el principal conducto del suministro de personal está constituido por las empresas de servicios temporales habilitadas por ley para desarrollar actividades de este tipo bajo parámetros legales que establecen la temporalidad y causalidad de la intermediación. En este sentido, en desarrollo de las actividades de intermediación, la empresa de servicios temporales vincula personal respecto del cual ostenta la calidad de empleador, no obstante, es enviado en misión a una empresa usuaria que ejerce subordinación delegada en el marco de la autorización legal en los supuestos autorizados para la contratación de trabajadores temporales.

Dicha subordinación delegada es ejercida por la entidad usuaria en el estricto marco de la contratación con la EST y el objeto por el cual el trabajador es enviado en misión, de forma que en los casos en que la entidad usuaria profiera directrices u órdenes por fuera de dichos límites será responsable de las consecuencias derivadas de las actividades “extracontractuales”. En este sentido, la jurisprudencia ordinaria ha señalado:

Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que

surge del contrato de prestación de servicios celebrado con esta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código del Trabajo... Y si aparece diáfano –como en el presente caso– que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 12 de marzo de 1997, rad. 8978)

El marco de actuación de suministro de personal de las empresas de servicios temporales está referido a las disposiciones contempladas en el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, que tiene por objeto precisar los alcances de la habilitación legal para el desarrollo de actividades de intermediación laboral:

Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o

con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

La restricción del marco de actuación de las empresas de servicios temporales está ligada a su característica esencial de limitación en el tiempo, dada la naturaleza de intermediación de las actividades de contacto entre oferta y demanda de la mano de obra. En esta dirección, el suministro de personal por fuera de los precisos límites legales tiene como efecto principal la imputación de la calidad de empleador al supuesto usuario de los servicios “temporales”, configurando una verdadera relación de trabajo entre aquel y el trabajador que presta servicios en sus instalaciones:

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al Instituto de Fomento Industrial IFI –concesión Salinas– cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y, por ende, deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del Código Sustantivo del Trabajo; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo

trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales. (...)

Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión, también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella, deban ser considerados como servidores suyos. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 22 de febrero de 2006, rad. 25717, M.P. Carlos Isaac Náder, tesis ratificada en las sentencias: 31 de marzo de 2006 rad. 25714 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; 5 de agosto de 2006, rad. 26605 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; 13 de mayo de 2008 M.P. Eduardo López Villegas)

La regulación de esquemas de producción triangulares demanda intervención universal como complemento de las figuras de regulación clásicas del contrato de trabajo bilateral que se rediseña en el sistema globalizado.

La tercerización o externalización de actividades debe ser incorporada a los códigos de conducta y declaraciones de vocación universal superando la relación empleador-trabajador en que se han enfocado para regular los diversos esquemas de contratación que no deben constituir un punto de fuga de la pretensión de corrección del sistema de intervención laboral.

3. Neolaboralismo

Como respuesta al planteamiento neoliberal en relación con el modelo económico enmarcado en la ausencia de intervención del Estado, se ha formulado un esquema de réplica que ha dado en denominarse neolaboralismo “enraizado en los valores del Estado Social y en la centralidad política del trabajo”,²⁷ el

²⁷ Sobre la denominación neolaboralismo y su fundamento, véase: Antonio Baylos Grau. En: *Revista de Derecho Social*, núm. 61. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2013.

cual reconoce la introducción de una estructura de protección individual y colectiva de las reglas que disciplinan el trabajo y descartan su asimilación a una mercancía de acuerdo con el postulado fundacional de la OIT.

La financiarización de las relaciones laborales plantea la erosión del sistema de derechos que el ordenamiento laboral prevé en reconocimiento de la desigualdad de partida de la relación para la realización del trabajo en condiciones dignas y justas. Consecuentemente, el rediseño de la disciplina laboral de matriz neoliberal formula el derecho del trabajo como elemento del mercado dirigido a incrementar los niveles de empleabilidad en detrimento del reconocimiento de derechos, al que se asigna la responsabilidad del aumento de las tasas de desempleo.

La evidencia empírica (véase numeral 2.4 del capítulo 4) demuestra la incapacidad de las reformas flexibilizadoras para aumentar los niveles de empleo, precarizando las relaciones laborales sin contribuir a la solución de las problemáticas ocupacionales probando su ineficacia e imperfección jurídica y económica. Por ello, el rediseño del ordenamiento laboral debe retomar la protección del trabajo y de los derechos que emanan de la prestación de servicios como respuesta de contención a las demandas del mercado y la realización de los principios que orientan el trabajo decente.

3.1. Financiarización de las relaciones laborales²⁸

La alteración del modelo de Estado social de derecho que fundamenta su existencia en el otorgamiento, respeto y exigibilidad de un elenco de derechos subjetivos fundamentales que concedan ciudadanía, se desnaturaliza en la contracción económica que determina la alteración del modelo para incorporar elementos que condicionan la efectividad de los derechos a la viabilidad

²⁸ El término financiarización ha sido acuñado por la doctrina española como el “incremento del poder financiero en lo económico, lo político y lo social, hasta tal punto que –a pesar de su crisis interna y de sus evidentes responsabilidades en la pérdida de bienestar general– el complejo entramado de mercados, actores, agencias, fondos, bancos, empresas, consultoras, intermediarios, vendedores y comisionistas, sin tener ningún sentido productivo directo han conseguido troquelar el comportamiento de los demás agentes e instituciones públicas y privadas hasta llegar a decretar qué es lo legítimo y hasta incluso qué es lo real”. Luis Enrique Alonso y Carlos J. Fernández Rodríguez (eds.). *La financiarización de las relaciones salariales, una perspectiva internacional*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2012, p. 10.

financiera, sustituyendo el componente democrático de producción de normas por mandatos financieros de los organismos de crédito.²⁹

La paradoja del planteamiento resulta evidente: en situación de crisis del modelo financiero y económico derivado de las recetas de desregulación y flexibilización, se formula como solución la financiarización como dominio del mercado sobre las relaciones de trabajo sin que sea necesaria la intervención del ordenamiento para corregir las imperfecciones del sistema en detrimento del sistema tuitivo, que busca asegurar la realización del trabajo decente como dique de contención al gobierno financiero.

La ineficiencia de las medidas promovidas por la *troika* resulta evidente en su puesta en marcha en países como Portugal, que en el año 2013 alcanzó la cifra más alta de desempleo (17%), no obstante haberse sometido a las políticas de “recuperación económica” impuestas por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional.³⁰

²⁹ “El condicionamiento básico del sistema de derechos lo da la solvencia del sistema financiero. ‘Respetemos los derechos, de acuerdo, pero convengamos en que de derechos no se vive’, ha afirmado un portavoz de la mayor empresa de Italia en el contexto de una discusión sobre el enraizamiento de la empresa en el país y la reactivación de la actividad económica. Lo que implica que el nivel de tutela y la extensión de los derechos se hace depender del nivel de desarrollo económico y del equilibrio financiero (...)”. Antonio Baylos Grau. “La contracción del Estado social”. *Revista de Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013, p. 34.

³⁰ “El mercado de trabajo no ha mejorado desde la puesta en marcha en 2011 del programa de asistencia financiera de la Comisión Europea (CE), el Banco Central Europeo (BCE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). De hecho, la tendencia al alza del desempleo se ha intensificado durante los últimos dos años, y solo recientemente ha mostrado ciertos signos de contención. Algunos cambios pueden dejar secuelas duraderas que harán difícil mantener los actuales niveles de vida. Desde 2008 y sobre todo en los dos últimos años, el volumen de la inversión productiva ha disminuido en más de un tercio, lo que ha minado los aumentos de productividad y las posibilidades de prosperidad futura. Las personas en búsqueda de empleo que llevan desocupadas más de un año y que representan más del 56 por ciento de todos los desempleados, están perdiendo competencias y motivación y será difícil que participen en una futura recuperación económica, a menos que se les brinde un apoyo adecuado. Muchos trabajadores, en particular algunos de los jóvenes más competentes y cualificados, se han visto obligados a emigrar. De hecho, casi el 20 por ciento de la población desearía establecerse permanentemente en el extranjero en caso de que se le brindara dicha oportunidad”. Organización Internacional del Trabajo. “Enfrentar la crisis de empleo en Portugal”, Informe preparado por el Grupo de trabajo interdepartamental de la OIT sobre los países en crisis para la Conferencia de Alto Nivel titulada Enfrentar la crisis de empleo en Portugal. Lisboa, 4 de noviembre de 2013, p. 2.

El planteamiento comporta el paso del derecho del trabajo al derecho del empleo,³¹ rediseñando la disciplina como elemento del mercado que debe estar a su servicio para generar empleo como consecuencia de la erosión de las garantías que el derecho del trabajo construyó y que son culpadas como causa de la crisis, para lo cual se promueve la flexibilidad de salida y entrada, así como la reducción del ámbito de actuación sindical, no obstante la ausencia de resultados de las reformas de esta ideología (véase numeral 2.4 del capítulo 4).

Así, la promoción de la flexibilización y reducción de garantías laborales descansa sobre la política de austeridad económica que ha sido la causante de la contracción económica al mismo tiempo que se erige como solución, constituyendo un “verdadero asalto al modelo democrático de relaciones laborales, y de esta forma, permitir un debate teórico y técnico-jurídico sobre planteamientos constitucionales, colectivos y legales de la regulación de las relaciones laborales”.³²

De cualquier forma, la fórmula de austeridad base de las restricciones a los derechos laborales ha demostrado su ineficiencia económica, por lo cual la doctrina económica plantea su revisión para “alimentar un discurso neola-

³¹ “El Derecho del Trabajo, entendido como rama del derecho o especialidad que estudia el marco jurídico de las relaciones de trabajo asalariado, paulatinamente se está escorando hacia el derecho del empleo. Todo vale si la finalidad es la creación de empleo. Por traumática que sea la modificación a la que se vea sometida la legislación laboral, si se argumenta que con la misma va a disminuir la tasa de desempleo, la decisión del legislador estará plenamente justificada. Los derechos de los trabajadores asalariados pasan a un segundo plano y se otorga el papel protagonista a la funcionalidad del modelo económico, el mismo que cíclicamente entra en crisis. Y vuelta a empezar.

Adicionalmente, este derecho del empleo al que hacemos referencia, está más centrado en la consecución de resultados meramente cuantitativos que en el fomento de un empleo de calidad. Solo con asomarnos un poco a las modalidades contractuales (contrato a tiempo parcial, prácticas, formación y aprendizaje, apoyo a emprendedores...), a la desestructuración del modelo de negociación colectiva (notable relativización de la eficacia normativa de los convenios supraempresariales), a la supresión de la intervención de la administración laboral en los procesos de restructuración de empresas (ha desaparecido la necesidad de autorización administrativa para proceder a extinción colectiva de contratos de trabajo), constatamos que en la dialéctica cantidad/calidad en el empleo, ha primado indiscutiblemente el objetivo cuantitativo”. Belén Morata García de la Puerta y María Teresa Díaz Aznarte. “Reforma laboral en España: Precariedad y desigualdad social y funcionamiento del mercado de trabajo”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, núm. 2. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013, pp. 44-45.

³² Antonio Baylos Grau et ál. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, p. 6.

boralista dirigido a una re-escritura de la norma que impida los efectos más lacerantes y restrictivos de la misma”.³³

Las medidas de austeridad económica y desmonte progresivo del Estado de bienestar están revestidas de mecanismos de constreñimiento económico que derivan del condicionamiento crediticio de las entidades continentales y mundiales a la adopción de las políticas referidas, estructurando un modelo de gobernanza financiero que contrasta con el patrón democrático sobre el que descansa la reconstrucción de Europa con la derrota del fascismo de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, el premio Nobel de economía Paul Krugman ha declarado el fracaso de las políticas de austeridad como salida a la crisis económica, al tiempo que contribuyen al aumento de los niveles de desempleo por conducto de las fórmulas gubernamentales de restricción del gasto.³⁴

La adecuación de los parámetros de la financiarización a las estructuras sociales y laborales solo es posible con el beneplácito de los Estados que se adhieren a la economía globalizada y ceden poder decisonal a los entes supranacionales que dirigen la política laboral en la realización de los intereses del capital financiero y en sacrificio del esquema tuitivo originario del ordenamiento laboral, socavando el modelo del *welfare*.³⁵

³³ *Ibíd*em, p. 8.

³⁴ “¿Cómo podía prosperar la economía cuando el desempleo ya era elevado y las políticas del Gobierno estaban reduciendo directamente el empleo más todavía? ¡La confianza! ‘Creo firmemente’, manifestaba Jean-Claude Trichet –que por aquel entonces era el presidente del Banco Central Europeo y un firme partidario de la doctrina de la austeridad expansionista– ‘que, en la coyuntura actual, las políticas que impulsen la confianza acelerarán la recuperación económica en vez de obstaculizarla, porque la confianza es el factor clave hoy en día’.

Semejantes invocaciones al hada de la confianza nunca fueron plausibles; los investigadores del Fondo Monetario Internacional y de otras instituciones desacreditaron rápidamente la supuesta prueba de que los recortes en el gasto crean empleo. Sin embargo, la gente influyente a ambos lados del Atlántico colmó de elogios a los profetas de la austeridad, y a Cameron en especial, porque la doctrina de la austeridad expansionista encajaba con sus programas ideológicos”. Paul Krugman. “El desastre de la austeridad”. *El País*, 31 de enero de 2012.

³⁵ “En la redefinición a la que estamos asistiendo en la relación entre el sector público y el sector financiero, el primero parece haber renunciado a ejercer su papel de regulador económico y se lo asigna a terceros supuestamente independientes al supuesto beneficio de los actores económicos. El sistema financiero internacional está, en todos los países, entre los que recibe un tratamiento fiscal más ventajoso bajo la falaz máxima de que es imposible gravar los capitales por su alta movilidad y que tratar favorablemente el ahorro es la mejor política para favorecer la inversión”. Santos Ruesga. “La financiarización de

3.2. Disciplina del (des)orden transnacional de las relaciones laborales

El desafío que enfrenta el neolaboralismo estriba en encontrar el equilibrio entre el disfrute de derechos subjetivos laborales y el crecimiento económico, de forma que se neutralicen las distorsiones del enfoque económico mediante la ponderación de valores y mecanismos que desarrollan el principio de proporcionalidad.

El sacrificio de bienes jurídicos en conflicto se resuelve de acuerdo con los criterios que emanan del principio de proporcionalidad, el cual estructura la teoría general de los derechos fundamentales para las hipótesis de colisión de derechos. La dicotomía entre las decisiones populares y las que acoge el sistema financiero profundiza la colisión, dada la falta de conexión entre las dos categorías y las diferencias en el arco temporal en que se adoptan: la soberanía popular es ejercida mediante el sufragio universal cada cuatro años o el período previsto en cada nación, mientras que el sistema financiero interviene cada segundo tomando decisiones que comprometen la realización y goce de derechos subjetivos.

La retoma del sistema de intervención de la ecuación capital-trabajo constituye la respuesta del neolaboralismo a la ofensiva del sector financiero que pretende controlar la relación de trabajo a través de la desregulación y flexibilización como fórmula de salida de la recesión económica, no obstante sus constantes muestras de fracaso.

La producción del orden social transnacional³⁶ deriva de las estructuras que fundamentan el sistema económico de matriz neoliberal, el cual se impone como arquetipo para la inclusión en la relaciones comerciales globales, demandando de la disciplina laboral una redefinición de fronteras y fuentes de producción normativa capaces de gobernar el sistema de producción glo-

las relaciones laborales". En: *La Financiarización de las Relaciones Salariales, Una perspectiva internacional*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2012, pp. 78-79.

³⁶ "Vivimos en la era del transnacionalismo. Siempre lo tuvimos, pero su intensidad ha aumentado. Las fuentes de la ley de Estados Unidos, por ejemplo, se derivan en gran parte del imperio. Más remotamente, vienen de Roma. Más cerca en el tiempo, vienen de Inglaterra y su patrimonio de *common law*. Más recientemente, reflejan la intensificación de las relaciones económicas y culturales transnacionales, que han catalizado la proliferación de acuerdos internacionales y regionales, redes reguladoras e instituciones que fomentan y promueven el cambio legal e institucional". Gregory Shaffer. *Transnational Legal Ordering and State Change*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013, p. 1.

balizado y de retomar las fórmulas de contención del poder empresarial en el marco de la relación laboral.

La ruptura del modelo fordista de producción es consecuencia de la liberalización comercial y de los modelos de producción que determinan una revolución de los esquemas de prestación de servicios por cuenta ajena, que son controlados a través de estructuras tecnológicas en reemplazo de la tradicional subordinación fáctica que demandan una política de intervención laboral en sus tres dimensiones (individuo-empresa-nación), como precisa el profesor Alain Supiot.³⁷

Así las cosas, la retoma de la regulación del sistema de relaciones laborales enmarca el principal reto del neolaboralismo, que debe reconocer el contexto global en que se desarrolla el modelo productivo del siglo XXI, cuya disciplina solo se muestra efectiva en el contexto transnacional como esquema de intervención global que supera la movilidad del capital a través de mecanismos no tradicionales de regulación de derecho suave (véase numeral 2 del capítulo 3) los cuales excluyen fórmulas de coerción tradicionales que no obstante demuestran mayores niveles de efectividad.

Siendo esto así, y aunque el reconocimiento de un orden transnacional jurídico presenta varias oposiciones en la doctrina internacional,³⁸ resulta innegable la comprobación de principios de actuación transnacional que articulan métodos de intervención no tradicionales como declaraciones, catálogos de derechos y recomendaciones de valor universal no vinculantes en sentido jurídico estricto.

El objetivo prioritario del neolaboralismo está basado en la retoma de la centralidad del trabajo como valor del Estado social de derecho resultado de un imperativo que deriva de los mandatos constitucionales el cual ha sido socavado para estructurar un modelo de trabajo desprovisto de derechos que descansa sobre la falacia de culpabilizar al sistema tuitivo de los niveles de desempleo.

³⁷ Alain Supiot. "Fragmentos de una política legislativa del trabajo". En: *La Financiarización de las Relaciones Salariales, Una perspectiva internacional*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2012, p. 50.

³⁸ "El reconocimiento de principios del 'Derecho transnacional' no supone admitir la existencia de un ordenamiento jurídico autónomo. Más bien, la validez de estos principios requiere su reconocimiento por el derecho nacional o por el derecho internacional público. Por tanto, el 'Derecho transnacional' no constituye un ordenamiento jurídico autónomo, capaz de 'autosustentarse'". Mathias Herdegen, ob. cit., p. 27.

La principal tarea que debe emprender el derecho del trabajo consiste en encontrar los mecanismos de contención de las políticas fruto del mercado común europeo que promueven la austeridad como fórmula de recuperación de la contracción económica.

El principio protector sobre el cual se edificó el derecho del trabajo del siglo xx, como método de superación de la desigualdad de partida de la relación empleador/trabajador, es sustituido en la crisis por reformas al ordenamiento laboral clásico que pretenden favorecer a la empresa y su supervivencia mediante la eliminación de las garantías clásicas del trabajo, trasladando el sustento ideológico de la disciplina laboral hacia la protección del capital como fuente de empleo.³⁹

La paradoja resulta evidente: las recetas que generan la crisis se prescriben como respuesta a la misma, es decir, la erosión del Estado de bienestar que se destruye para exaltar el mercado imputando al derecho del trabajo funciones de empleabilidad sin que su calidad sea tomada en consideración.

Por consecuencia, el reto para el neolaboralismo y la disciplina del orden transnacional de relaciones laborales consiste en mantener los elementos fundamentales que caracterizan el trabajo decente como respuesta al neoliberalismo económico, que pretende derruir las garantías fundacionales del derecho del trabajo acrecentando el poder empresarial como modelo de superación de la crisis.

3.3. La estrategia de crecimiento Europa 2020

Las estrategias de intervención del derecho del trabajo ya no se encuentran consignadas en las exposiciones de motivos de las leyes nacionales. Los fundamentos que soportan el esquema de regulación laboral tienen referencia en documentos de las entidades transnacionales de matriz económica que sacrifican el alcance social de las normas.

El entorno europeo refleja la sumisión de los ordenamientos laborales nacionales a los parámetros fijados por organismos supranacionales, que determinan el sentido de la regulación del trabajo en función del aumento de los niveles de empleabilidad en desmedro de la calidad de los mismos.

El aserto en que descansa la política transnacional promovida por la *troika* está constituido por la centralidad del aumento de las tasas ocupacionales

³⁹ Amparo Merino Segovia. "Crisis económica y mecanismos...", ob. cit.

eliminando los derechos que emanan de la relación de trabajo, los cuales son considerados obstáculos para la consecución de las metas de crecimiento.

En este contexto, la estrategia europea para el crecimiento económico y la recuperación del empleo está contenida en el documento *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de la Comisión Europea, que contiene el modelo de derecho del trabajo en el cual se inscribe la estrategia.

La orientación del modelo económico europeo se basa en el documento del Consejo Europeo de Essen (Alemania) de 1994, en el que se declara la necesidad de adoptar medidas encaminadas al aumento de la tasa de ocupación en desarrollo del esquema de flexiseguridad sin tomar en consideración la calidad ni las condiciones del empleo. Los principales aspectos del documento son:

1. Mejora de las posibilidades de empleo de la población activa mediante el fomento de las inversiones en formación profesional.
2. Aumento de la intensidad de creación de empleo del crecimiento, en particular mediante:
 - una organización más flexible del trabajo, que corresponda a los deseos de los trabajadores y a los requisitos de la competencia;
 - una política salarial que propicie las inversiones generadoras de puestos de trabajo; en la actual situación hacen falta unos ajustes salariales moderados, inferiores al aumento de la productividad;
 - por último, el fomento de iniciativas, en particular a nivel regional, generadoras de puestos de trabajo que respondan a necesidades nuevas, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente y de los servicios sociales.
3. Reducción de los costes salariales accesorios en la medida necesaria para que surta un efecto perceptible en las decisiones sobre la contratación de trabajadores, en particular trabajadores no cualificados.
4. Debe aumentarse la eficacia de la política de empleo evitando el recurso a prácticas que repercuten negativamente en la disposición a trabajar y pasando de una política laboral pasiva a una activa.

5. Reforzamiento de las medidas en favor de los grupos particularmente afectados por el desempleo.

El rediseño de la disciplina que sugiere el documento citado plantea la alteración del modelo tuitivo que se traslada al mercado en desmedro del principio protector como estrategia europea para la recuperación económica y ocupacional.

El direccionamiento del derecho del trabajo al derecho al empleo se reitera en la incorporación de los lineamientos en el tratado de funcionamiento de la Unión Europea, que incorpora los postulados del Tratado de Amsterdam (1997), los cuales privilegian la empleabilidad sobre los elementos constitutivos del trabajo decente como mecanismo de dignificación y contención de las demandas económicas.

El artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que declara el objetivo en materia de empleo, se inscribe en la doctrina de la sustitución del derecho del trabajo de protección de los elementos de calidad en el trabajo por la adscripción al mercado como elemento que contribuye al aumento de las tasas de empleabilidad:

Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3º del Tratado de la UE.

El modelo de intervención acogido por la Unión Europea se adscribe al esquema de regulación de derecho suave (véase el numeral 2 del capítulo 3) mediante la adopción del denominado método abierto de coordinación [MAC] que se caracteriza por:

- a. la identificación de objetivos y principios comunes;
- b. la intervención coordinada y la evidencia de los resultados comparada; y
- c. el aprendizaje mutuo a través de las denominadas mejores prácticas.

Los conductos por los cuales se promueve el crecimiento económico y la empleabilidad dentro de la Unión Europea se encuentran en documentos que contienen los pilares básicos que formula el Consejo de Europa para “modernizar” el sistema de relaciones laborales.

La primera década del nuevo milenio estuvo signada por los designios de la estrategia Lisboa, formulada en marzo del año 2000, que declara la adscripción a la metodología MAC para la regulación transnacional de las relaciones sociales y económicas, como enseña el párrafo 37 del documento:

La puesta en práctica del objetivo estratégico se verá facilitada por la aplicación de un nuevo método abierto de coordinación como manera de extender las prácticas idóneas y alcanzar una mayor convergencia en torno a los principales objetivos de la UE. Este método, destinado a facilitar la configuración progresiva de las políticas de los Estados miembros.⁴⁰

La estrategia de Lisboa 2000-2010 se inscribe en el modelo de flexiseguridad (véase numeral 1 del capítulo 4) que postula la alternancia entre puestos de trabajo, acentuando la flexibilidad de salida, y la flexibilización interna, en particular de la jornada de trabajo, pretendiendo fomentar la formación continua como mecanismo de reingreso a la relación de trabajo.

La evolución señalada marca la introducción del documento *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, que se enmarca en el sistema de los MAC sin declarar en su denominación la intención de intervenir de forma transnacional en las políticas de empleo de la Unión.

No obstante, la estrategia se inscribe en la continuidad de los lineamientos básicos trazados en la estrategia de Lisboa, al tiempo que matricula la empleabilidad en el pilar *crecimiento integrador*, manteniendo los mecanismos de

⁴⁰ En el mismo sentido la Comisión Europea, en comunicación del 22 de diciembre del 2005, dirigida al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, refiere los beneficios de la adopción del MAC en los siguientes términos: “La UE en estos últimos años ha querido estimular la coordinación y el aprendizaje entre los Estados miembros en cuanto a la modernización y la mejora de las políticas. El método abierto de coordinación (MAC) ha permitido que la Comisión, los Estados miembros y otros actores tengan un intercambio constructivo sobre objetivos políticos compartidos, prácticas adecuadas y buena gobernanza, siempre respetando la subsidiariedad. El MAC ha estimulado a los Estados miembros para que intensifiquen sus esfuerzos de lucha contra la pobreza y la exclusión social y ha promovido el intercambio político para asegurar pensiones adecuadas y viables en el futuro”.

adecuación de la oferta a la demanda, la movilidad de salida e ingreso de los trabajadores así como el desarrollo de su cualificación.

La ausencia de mecanismos de coercibilidad de los MAC como derivación del sistema de derecho suave demanda la neutralidad ideológica como elemento de legitimación de los esquemas de regulación que resulta especialmente difícil en la adscripción del documento de referencia a la flexiseguridad, la cual privilegia las transiciones laborales sobre los sistemas de protección del empleo.⁴¹

En este orden de ideas, la Estrategia europea 2020 es partidaria de la denominada desregulación como desmonte del sistema tuitivo y reducción de los sistemas resarcitorios del despido, a los que se imputa la culpa de la crisis, para transferir la actuación del derecho del trabajo a los sistemas de protección por desempleo y la movilidad laboral, de lo cual puede extraerse las siguientes líneas de actuación prioritarias:

- a. Fomento de la formación permanente;
- b. revisión de los mecanismos clásicos de flexibilidad;
- c. prestaciones por desempleo; y
- d. actuación en la intermediación laboral.⁴²

La tensión del binomio de intervención de la matriz económico/social es resuelta en la estrategia europea a favor del predominio del *crecimiento eco-*

⁴¹ “El problema de este planteamiento no radica en los instrumentos correctores de la transición que sugiere (cuya procedencia es incuestionable) sino en el presupuesto de la inevitabilidad transicional y, sobre todo, en la convicción de la mayor eficiencia de los modelos laborales desregulados que llega en momentos a constituirse en dogma unificador de un pretendido modelo sociolaboral comunitario. Resulta definitivamente cuestionable que el derecho del trabajo comunitario deba renunciar a garantizar la seguridad en el trabajo frente a la seguridad en el empleo porque la primera sea esencialmente imposible. De hecho la afirmación realizada en el Libro Verde acerca de que los trabajadores se encuentren más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo carece de base empírica, al menos si se extiende a los trabajadores de todos los modelos europeos”. María Amparo Ballester Pastor. “Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la estrategia Europa 2020”. *Revista de Derecho Social*, núm. 54. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2011, p. 23.

⁴² Jaime Cabeza Pereiro et ál. *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, p. 33.

nómico bajo la promesa incumplida del progreso social que ha degenerado en el desmantelamiento del Estado de bienestar.⁴³

La gobernanza económica de las relaciones laborales y la mercantilización de la fuerza de trabajo demanda un retorno al principio formulado en la Declaración de Filadelfia de 1944, por la cual “el trabajo no es una mercancía”, y que constituye la principal tarea del neolaboralismo.

La deslocalización productiva (véase capítulo 1) altera la lógica de intervención que reconoce el neolaboralismo, esto es, la existencia de un mercado de regulaciones en el que el derecho nacional se muestra incapaz de mantener la dignificación de la prestación de servicios.

La categoría denominada *Law shopping* asigna a la ley laboral nacional la categoría de producto que compite en el contexto de un mercado jurídico internacional, el cual determina la elección del régimen de mayor favorabilidad para el proceso productivo en detrimento de los derechos de carácter tuitivo que amparan la parte débil de la ecuación capital-trabajo.⁴⁴

3.4. La gran transformación

La liberalización del sistema económico mundial sobre el que descansa el ordenamiento laboral ya había sido propuesta en la segunda posguerra mundial, contexto en el que se desarrolla la obra del pensador Karl Polanyi titulada *La*

⁴³ “La estrategia para el empleo 2020 surgió con el objetivo de mantener el espíritu de la estrategia de Lisboa, cuyo objetivo era incrementar la productividad, la competitividad y la cohesión social. Si se analizan los documentos de la Comisión se advierte que, por el camino, los dos primeros conceptos del triple eje (los económicos) fueron ganando predominancia frente al tercero (el social), pero en todo caso la convicción de la eficacia en torno a la acción conjunta y la validez de los presupuestos básicos de actuación se mantuvieron por parte de otros órganos comunitarios (particularmente el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social Europeo), en un curioso debate entre las instituciones comunitarias que refleja realmente un debate ideológico”. María Amparo Ballester Pastor. *Notas para el futuro del empleo en la estrategia 2020*. Málaga: 16 de marzo del 2011.

⁴⁴ “En el terreno de los intercambios económicos, se invocan las libertades que lleva consigo el libre cambio (libertad de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de los capitales y las mercancías) para autorizar a los inversores y a las empresas a hurtarse a las leyes de los países en los que actúan y elegir otro que les sea más rentable. Confinada antaño al derecho marítimo, la práctica de las banderas de conveniencia se difunde así por tierra firme, en forma de una *law shopping* que trata a los derechos nacionales como productos que compiten en un mercado internacional de normas. Esta orientación tiene el firme apoyo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que proclama el derecho de una empresa a eludir las normas del Estado en que ejerce todas sus actividades inscribiéndose en otro Estado cuyas normas son menos exigentes”. Alain Supiot. “Perspectiva jurídica de la crisis del 2008”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, núm. 2. Ginebra: ort, 2010, p. 170.

gran transformación, quien identificó desde entonces los principales defectos de la desregulación que se pretende implementar de nuevo en los albores del siglo XXI.

La mercantilización de los factores económicos trabajo, tierra y dinero que soporta la idea básica de subordinación de los referidos elementos a las reglas del mercado, debe ser intervenida por las categorías que formula el neolaboralismo fruto de la regulación del sistema productivo globalizado por mecanismos de regulación que difieren del modelo territorial de regulación clásico del Estado-nación. Así, el postulado convierte el trabajo en un elemento del mercado⁴⁵ incompatible con la intervención tuitiva, erosionando las garantías de los sistemas juridicolaborales mediante reformas flexibilizadoras fundamentadas en principios regresivos al servicio de una ficticia empleabilidad (véase numeral 2.4 del capítulo 4).

La gran transformación del siglo XXI está determinada por la globalización económica y la consecuente movilidad del capital fundante de la deslocalización productiva, que demanda de la disciplina laboral el rediseño de la estructura de intervención para hacer efectiva de manera global la tutela del trabajo decente. Como reconoce Polanyi, el modelo de mercado autorregulado constituye un postulado utópico capaz de destruir al hombre y la sociedad que, sometida a la ley de oferta y demanda, deviene ingobernable subordinando lo social a lo económico en un mercado basado en el principio *laissez-faire*.

La crisis económica que comenzó en el año 2008 deriva de la implementación de la desregulación impuesta por el mercado financiero, el cual soporta las medidas de flexibilización interna y externa que han probado su ineficiencia macroeconómica, que centraba en la empleabilidad la justificación de la erosión de los sistemas laborales tuitivos.

⁴⁵ “En lo que concierne al trabajo, la tierra y el dinero, el mencionado postulado carece de fundamento. Permitir que el mecanismo del mercado dirija por su propia cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad. Y esto es así porque la pretendida mercancía denominada ‘fuerza de trabajo’ no puede ser zarandeada, utilizada sin ton ni son, o incluso ser inutilizada, sin que se vean inevitablemente afectados los individuos humanos portadores de esta mercancía peculiar”. Karl Polanyi. *La gran transformación, crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ediciones La Piqueta, 1989, p. 113.

El derecho del trabajo en la *gran transformación* del siglo XXI es instrumentalizado al servicio del mercado y la empresa sustituyendo el modelo clásico de protección del trabajo como dique de contención del poder empresarial.

3.5. Metarreglamentación de las relaciones laborales

La doctrina laboral acuña el término “metarreglamentación” como método de ordenación que privilegia lo económico sobre la cuestión social en el contexto de globalización productiva, produciendo deslocalización empresarial, competencia entre ordenamientos para obtener ventajas comerciales, y libertad de circulación y establecimiento que debe enfrentar el neolaboralismo para mantener las categorías de trabajo decente en el siglo XXI.⁴⁶

Según un influyente artículo titulado “Polanyi está en Bruselas”,⁴⁷ la lógica del sistema de integración europeo de prevalencia económica y financiera ha sido matizada por intervenciones de protección social que amortizan los efectos de la liberalización del mercado común. No obstante, la evidencia demuestra que la integración europea no contiene elementos que permitan grados considerables de desarrollo social que en materia laboral representen mejoras en las condiciones de trabajo y acceso a dicha garantía fundamental.

La articulación de la ecuación capital-trabajo en el desarrollo del mercado común sobre el que descansa la Unión Europea ha puesto su acento en la protección del capital desregulado y sus garantías de libertad de establecimiento

⁴⁶ “Hemos tomado el término ‘metarreglamentación’ de Morgan (2003), quien hace casi una década lo utilizó para describir la ‘economización’ creciente de las políticas normativas de protección social en Australia. Para Morgan, la metarreglamentación es un modo de gobernanza que ‘excluye la contraposición entre diversas formas de interpretar las políticas normativas, lo que propicia que los burócratas ‘traduzcan’ aspectos de la protección social [...] al lenguaje de las deficiencias o las distorsiones del mercado’. Aplicamos este concepto a las políticas normativas sobre relaciones laborales en Europa. Estudiamos la emergencia paulatina de la metarreglamentación como una forma nueva de gobernanza de las relaciones laborales, tanto entre los diferentes Estados miembros de la UE como dentro de ellos, que otorga un mayor protagonismo al mercado, y evaluamos sus implicaciones para los trabajadores europeos”. Theodoros Papadopoulos y Antonios Roumpakis. “Metarreglamentación de las relaciones laborales en Europa: dinámicas de poder y competencia entre normativas nacionales”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132 núm. 2. Ginebra: OIT, 2013, p. 288.

⁴⁷ “En este artículo hemos defendido que la política social ya está aquí en la Unión Europea, que los límites entre el mercado y la política social son borrosos, y que la lógica del intercambio económico no puede mantenerse separada de las consideraciones sociales generales”. James A. Caporaso y Sidney Tarrow. “Polanyi in Brussels: Supranational Institutions and the Transnational Embedding of Markets”. *Journals Cambridge. International Organization*, vol. 63, 2009, p. 614.

y circulación sin que se hayan involucrado elementos de realización de trabajo decente que permitan corregir las disfunciones sociales como consecuencia de la liberalización del mercado.

La metarreglamentación de las relaciones laborales invierte la dirección protectora del derecho del trabajo para acentuar la asimetría de la relación obrero patronal en favor del poder empresarial mediante medidas de flexibilización interna y externa. Así las cosas, el neolaboralismo no debe contentarse, como señala Umberto Romagnoli, con hacer el papel del “pianista de las películas de vaqueros que continúa aporreando el piano mientras en el salón se desarrollan furibundas peleas”.

La dimensión de equilibrio del binomio desarrollo económico-protección laboral demanda fórmulas de adaptación que superen la reducción del ámbito de aplicación del sistema tuitivo del trabajo subordinado que deviene privilegio social de las minorías, como la ampliación del marco de protección a las diversas modalidades de trabajo, haciendo compatible el trabajo como género con las categorías del adjetivo decente (véase numeral 1 del capítulo 3) reconocido como fórmula de regulación universal.

En suma, no resulta viable afirmar que Europa haya seguido la senda trazada por Polanyi, por el contrario, se ha mantenido en las directrices de austeridad y recortes de los derechos laborales trazadas desde Berlín que determinan la ruptura del modelo social europeo.⁴⁸ Por ello, el neolaboralismo se centra en la retoma de los mecanismos de contención del poder empresarial y la suscripción del modelo contenido en la Declaración de Filadelfia de 1944 de la OIT, que desmercantiliza el trabajo que “sigue siendo plenamente pertinente en el siglo XXI y debería inspirar la política de sus miembros”, como reconoce la Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa de 2008.

⁴⁸ “Las políticas de austeridad impuestas desde Berlín y Bruselas se inspiran en la idea según la cual toda el área euro puede seguir el camino de Alemania. No ha sido así. Ni Italia ni menos aún España tienen una industria manufacturera como la alemana. Es cierto que las exportaciones han crecido en los dos países, en particular en España, donde el costo del trabajo ha disminuido con los despidos y los recortes salariales. Pero dado el peso limitado de las exportaciones italianas y españolas (alrededor del 30%), respecto al de Alemania (más del 50%), el aumento de las exportaciones no compensa la caída del consumo, debida al deterioro del poder adquisitivo de los trabajadores”. Ruggero Paladini. “L’insostenibile filosofia tedesca dell’austerità”. *Revista Insight*, noviembre de 2013.

La tarea asignada al neolaboralismo –como contención de la metarreglamentación que contiene el diseño económico de las relaciones de trabajo como orden jurídico al servicio del mercado–, consiste en declinar la disciplina en plural acentuando el género trabajo universal para romper el silogismo histórico que señala el profesor Romagnoli: “El siglo xx ha sido el siglo que, empezado tarde, ha acabado pronto: ha sido un siglo breve, como dice Eric J. Hobsbawm. El derecho laboral sufrirá la suerte de su siglo”.⁴⁹

3.5.1. La propuesta de Reglamento “Monti II”

La propuesta de reglamentación “Monti II”⁵⁰ se presenta como desarrollo de la metarreglamentación de las relaciones laborales, que subordina los derechos individuales y colectivos a las libertades del mercado y las libertades financieras invirtiendo los principios fundacionales de la disciplina que toma por nombre y objeto el trabajo.

La propuesta de reglamento está fundamentada en el informe elaborado por Mario Monti titulado *Una nueva propuesta para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad de Europa, presentado al presidente de la Comisión europea José Manuel Barroso* el 9 de mayo de 2011, el cual reconoce que la integración en un mercado único padece de “fatiga de la integración” y “fatiga del mercado” provocando una acentuada crisis de legitimidad interna.

En materia de deslocalización productiva, el informe en cuestión reconoce la necesidad de armonizar políticas para restringir las subvenciones que tienen por objeto provocar y atraer procesos de deslocalización productiva a través de cláusulas de condicionalidad que contengan estímulos para los Estados que adopten las directivas del mercado único.

La temática medular del informe se refiere a la propuesta de articulación de las libertades económicas y los derechos de los trabajadores, defendiendo

⁴⁹ “No sé si hemos llegado al punto de realización del silogismo de Umberto Romagnoli ‘El siglo xx ha sido un siglo breve. El del trabajo es el derecho del siglo xx. Ergo, el derecho del trabajo sufrirá la suerte de su siglo’, pero es sin duda cierto que desde hace tiempo asistimos a un marcado cambio en la línea de demarcación entre capital y trabajo”. Giuseppe Pellacani. “La parábola del derecho del trabajo en Italia y la jurisprudencia de los valores”. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, 31 de octubre de 2013.

⁵⁰ Se denomina Monti II la propuesta que se estudia para diferenciarla de la norma Monti I, que constituye el reglamento 2679/78 referido al funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros cuya autoría se atribuye a Mario Monti.

la normativización de los postulados contenidos en las sentencias del TJUE en los casos Viking y Laval (véase numerales 1.3.1 y 1.3.2), que privilegian el desarrollo de las libertades económicas sobre el derecho de huelga. El informe sostiene sobre el particular:

Las sentencias del Tribunal han puesto de manifiesto de dos maneras las brechas existentes entre el mercado único y la dimensión social a nivel nacional.

Primero, porque las sentencias hicieron que afloraran las tensiones a las que está expuesto el vigente marco regulador aplicable al desplazamiento de trabajadores, en un contexto de divergencia de las condiciones sociales y de empleo entre los Estados miembros y de sensibilidad aguda ante los presuntos riesgos de dumping social y competencia desleal. En segundo lugar, las sentencias del tribunal mostraron que el alcance del derecho de la UE llega hasta los conflictos laborales colectivos. De resultas de ello, los interlocutores sociales y la acción colectiva se han encontrado directamente en el corazón de la configuración económica del mercado único. Al mismo tiempo, han abierto la posibilidad de que tanto los sistemas nacionales de relaciones laborales como el ejercicio del derecho de huelga tengan que ajustarse para encajar con las libertades económicas establecidas en el Tratado.

Las conclusiones contenidas en el informe fundamentan la propuesta de reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

En este sentido, el pronunciamiento com/2012/0130, que condiciona el ejercicio del derecho fundamental de huelga al mercado y las libertades de circulación y establecimiento que emanan de aquel al tiempo de establecer mecanismos no judiciales de solución de controversias para restringir las cuestiones prejudiciales que sean de conocimiento del TJUE. La fórmula de “equilibrio” que contempla la propuesta de reglamento enseña en el artículo 2.º:

El ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado respetará el derecho fundamental

a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, y a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas.

El diseño de equilibrio resulta aparente al acoger el criterio jurisprudencial que pretende corregir, reafirmando el patrón de condicionamiento de las garantías de autotutela colectiva en el ámbito nacional a la realización de las libertades económicas contempladas supranacionalmente, supeditando al mercado los márgenes de admisibilidad del ejercicio del derecho de huelga.⁵¹

La “fatiga de la integración” que reconoce el informe Monti y la presión del rechazo sindical y social a la propuesta, impuso a la Comisión Europea el retiro de la propuesta de reglamento en estudio el 12 de septiembre de 2012, que no obstante el desistimiento evidencia la dirección ideológica de la regulación transnacional europea, la cual privilegia la protección del mercado erosionando las garantías sociales que se intenta encuadrar en categorías restrictivas al servicio de las libertades económicas.

Los fuertes reparos al modelo social europeo, que cuestionan incluso su existencia,⁵² están fundamentados en la alteración y sujeción del disfrute de derechos sociales a la realización del modelo económico de mercado único autorregulado que ha demostrado ser incapaz de conceder, como efecto natural del crecimiento económico, el disfrute de los derechos fundamentales.

⁵¹ “La propuesta de reglamento vuelve, por tanto, a configurar la huelga en el espacio del mercado, como derecho que solo podrá ejercerse dentro, nunca contra el mismo (no es un derecho desmercantilizado). La atracción de la huelga al ámbito del mercado justifica y legitima así su protección subordinada y funcional al respecto preferente otorgado a las libertades económicas que vuelven por tanto a configurarse como derechos sustancialmente absolutos. No hay pues garantía de autonomía de los sistemas nacionales de protección del trabajo, sino que en un acto normativo vinculante y directamente aplicable en los ordenamientos internos de los Estados miembros, se cristaliza su reorientación al mercado y a las exigencias de liberalización del mismo, socavando al mismo tiempo toda posibilidad de asegurar niveles de protección más intensos desde el ámbito nacional”. Nunzia Castelli. “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II”. *Revista de Derecho Social*, núm. 59. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2012, p. 162.

⁵² Jean-Pierre Laborde. “Cosa resta del modello sociale europeo?”. *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 3. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 325.

Epílogo

La globalización económica, consecuencia de la erosión de las fronteras en un mundo unipolar capitalista, es el contexto de referencia del desarrollo de las relaciones laborales en las que la movilidad del capital, en busca del aumento de beneficios y la protección del mercado, marca las características fundamentales que demandan la reconstrucción del derecho del trabajo ideado en ámbitos nacionales que limitan y debilitan su función.

La deslocalización productiva, resultado del proceso de descentralización territorial en procura de la reducción de costos de producción y el aumento de utilidades empresariales, demanda sistemas globales de regulación capaces de contener los efectos de la movilidad del capital que escapan al marco de regulación estatal.

La *competencia a la baja* y el *low shopping* que derivan de la deslocalización erosionan el esquema tuitivo laboral de matriz territorial, que resulta incapaz de regular las fugas del sistema de producción transnacional que supera la empresa fordista clásica localizada en el ámbito nacional.

La reducción del trabajo a una simple mercancía es el resultado de la desregulación y destrucción del derecho del trabajo a través de reformas que impone el sistema neoliberal para integrar la competencia entre naciones, dirigida a la disminución de los niveles de protección del trabajo, que otorga una ventaja comercial anulando la ciudadanía a la que acceden los trabajadores por conducto de la realización de sus actividades y de las que derivan los bienes y servicios que satisfacen sus necesidades básicas.

Como manifestación de lo anterior, la alternativa de trasladar el derecho del trabajo al derecho del empleo debe ser descartada, al no evidenciar eficiencia en los resultados de empleabilidad pretendidos y sacrificar de modo desproporcionado los elementos de calidad del trabajo y contenido democrático de las normas que lo regulan.

Así, las pérdidas de puestos de trabajo que se verifican en el país de origen y el estímulo de empleo sin calidad en el país de destino deben ser interve-

nidas de forma coordinada, incorporando el elemento supranacional de la problemática derivado de la deslocalización.

La dimensión de intervención de la problemática consecuencial a la deslocalización productiva parte de medidas que condicionen las decisiones empresariales a través de ayudas públicas y tributarias condicionadas a la no externalización territorial junto a la inclusión como parámetro de valoración en licitaciones públicas.

De forma complementaria, la atracción de inversión extranjera por conducto de la disminución de garantías y desregulación laboral debe ser contenida mediante una base universal de regulación, ya que los efectos económicos presentan dimensiones descontroladas de desprotección social y contención del poder adquisitivo de los ciudadanos de los países de origen a fin de mantener niveles de vida con condiciones dignas y justas.

Así, en el marco de la globalización económica, resulta conveniente la inclusión de cláusulas sociales en los TLC para regular los efectos laborales de la liberalización del comercio entre naciones en procura de la proscripción de la erosión del sistema protector como mecanismo para obtener ventajas comerciales.

No obstante, resulta imperioso incorporar elementos democráticos a la actualización de los ordenamientos laborales más allá de los intereses comerciales de los países que imponen las condiciones de adecuación a las naciones periféricas para la suscripción de los TLC.

El contexto económico que determina la necesaria interrelación con el derecho del trabajo dirigido a las políticas de liberalización y gobierno de los mercados está dirigido por organismos supranacionales (la OMC, el FMI, el Banco Mundial, el G-20, el Banco Central Europeo) sin contenidos democráticos que toman las decisiones sobre el desarrollo económico global, a la que deben adherirse los Estados para habilitar su asociación al sistema de comercio mundial.

La paradoja del problema central demuestra los yerros del diagnóstico y las soluciones adoptadas de acuerdo con el siguiente postulado: el programa neoliberal de gobierno financiero autosostenible colapsó, derivando en la contracción del sistema económico que la misma ideología pretende revertir con las fórmulas de no intervención que determinaron la crisis a resolver.

La crisis económica ha derivado en una contracción de la democracia y los derechos que destruyen el sistema de garantías que recubren el trabajo,

desmantelando las promesas del modelo de Estado bienestar acogido en las constituciones de la segunda posguerra, para introducir un modelo de gobernanza económica desprovisto de contenidos de soberanía popular que son reemplazados por instancias de decisión del poder económico transnacional.

Los principios sobre los que se edifica el sistema capitalista de producción, esto es, la libertad de iniciativa empresarial de circulación y de establecimiento, deben respetar la dimensión que posibilita la realización del trabajo en condiciones dignas y justas, promesa de las cartas constitucionales de la segunda posguerra.

La desaparición de las fronteras nacionales en el ámbito del proceso productivo deslocalizado supone la ampliación del marco de referencia sobre el que el derecho del trabajo pretende intervenir, que debe ser reorientado para el desarrollo de su función de equilibrio de las relaciones laborales en toda la cadena de producción e impedir la competencia empresarial a la baja que mercantiliza el trabajo.

Las categorías jurídicas tradicionales diseñadas bajo la estructura supuesto de hecho-consecuencia jurídica, carecen de eficiencia para regular el ámbito supranacional de desarrollo de las relaciones de trabajo, demandando figuras no tradicionales capaces de intervenir en forma universal.

Para ello, resulta fundamental la convergencia sobre un objetivo común que haga girar a la política laboral supranacional alrededor del trabajo decente como modelo de regulación universal de toda la cadena de producción y que informe y condicione la admisibilidad de los aumentos en los índices de empleabilidad.

El proyecto de regulación basado en el trabajo decente como categoría construida por la OIT en una declaración de su director general en 1999 está diseñado para tener vocación universal de corrección sin vinculación a instrumentos internacionales clásicos que condicionan su exigibilidad a ratificaciones de los Estados.

La Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales de la OIT constituye uno de los pilares de mayor importancia que integran el sistema de gobernanza global laboral, que debe ser tomado como documento base de extensión universal pues supera la estrategia fundacional de intervención por conducto de convenios y recomendaciones condicionados a procedimientos para su efectividad en los ordenamientos internos.

La adopción de mecanismos de *derecho blando* –*soft law*–, como la declaración en cuestión, constituye un cambio de paradigma en la estrategia de regulación universal con pretensiones de corrección de las disfuncionalidades sociales del mercado globalizado.

La declaración en cuestión se ha incorporado a la mayoría de catálogos de derechos de vigencia global, lo que contribuye a su consolidación como guía de referencia que debe ser respetada por los Estados para su inclusión en el sistema comercial internacional.

Los instrumentos descentralizados de regulación son mecanismos de regulación de baja confiabilidad dado el carácter autorreferencial de esta categoría normativa que sustituye la fuente de soberanía popular parlamentaria de producción normativa por un esquema normativo elaborado por los mismos destinatarios.

El carácter autorreferencial de estructuras como la RSE cuestiona su eficiencia en la regulación, en atención a la rentabilización empresarial del ajuste a los parámetros que subyace en el cumplimiento de mecanismos débiles de coercibilidad que aseguren su exigibilidad, encuadrándose en simple filantropía voluntaria.

Es necesario advertir, además de la ausencia de mecanismos de exigibilidad jurídica, la contraindicación de la concentración de normas que contemplen el respeto de derechos fundamentales en mecanismos de *soft law* que da como resultado anquilosamiento de la producción normativa universal de matriz vinculante.

En este sentido, la efectividad de las medidas que favorecen la libertad empresarial contrasta con la debilidad de los mecanismos de protección universal de los derechos fundamentales en el trabajo, lo que amerita una revisión de los conductos de protección de las garantías laborales y los sistemas de exigibilidad correlativos.

La inscripción en instrumentos como el Pacto Global y su actualización por los principios de Ruggie contribuye a la inscripción de los postulados de la RSE en el sistema de gobernanza global con mecanismos expeditos para la verificación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En el mismo sentido, el condicionamiento social de la afiliación *de carácter voluntario* a organismos de prestigio internacional como la OCDE favorece la adecuación de las Estados nacionales al cumplimiento de los principios y

derechos fundamentales en el trabajo para la participación en el comercio internacional, sin perjuicio del déficit democrático de la fórmula de intervención.

Las cartas continentales de reconocimiento de derechos fundamentales conforman el sistema de adecuación social de los tratados de integración económica en Europa y los tratados de libre comercio en América Latina, que se hacen efectivos a través de la incorporación de los documentos en estudio a los ordenamientos nacionales y la judicialización en los tribunales constitucionales que complementan la labor de los tribunales regionales.

En el espacio regional europeo y americano los desarrollos de integración y desarrollo económico han complementado el proceso con directrices que recogen la dimensión social del respeto de derechos fundamentales y que se articula con instrumentos supranacionales con instancias de efectividad jurisdiccional propias, como la Convención de Derechos Humanos europea y el Tribunal de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y la Convención Americana de Derechos Humanos y su correspondiente Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tendencia de fijación de políticas públicas por conductos supranacionales contiene manifestaciones específicas de producción normativa laboral en el contexto europeo, que se supedita a la estrategia de flexiseguridad la cual pretende adecuar la disciplina laboral al mercado rediseñando los pilares básicos del sistema tuitivo.

En efecto, la flexiseguridad propuesta en el libro verde para “modernizar” el derecho del trabajo, profundiza el poder privado empresarial de rescisión para establecer medidas que faciliten las transiciones entre vínculos, medidas que no han probado ser efectivas en el plano económico en que pretenden justificarse.

La progresiva destrucción del principio de estabilidad, liberando las restricciones al despido unilateral, se propone como fuente de creación y aumento de empleabilidad a partir de una lógica bastante simple de aparente atracción a la contratación, derivada de la facilidad de rescisión que resulta desvirtuada en los resultados de su implementación a modo de “efecto placebo”.

La estrategia de relajación de las medidas de protección en el empleo contradicen los postulados del Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea, que restringen los despidos injustificados sin perjuicio de la ineficiencia de las medidas, como la evidencian los indicadores macroeconómicos en los países en que se han adoptado reformas laborales de corte regresivo en materia

de estabilidad y que reflejan porcentajes de desempleo del 26,7% en España, 12,7% en Italia, 10,8% en Francia, 27,4% en Grecia y 15,5% en Portugal a noviembre del año 2013.

Las medidas regresivas que contienen las reformas laborales adoptadas en los países europeos referidos, además de la ineficiencia económica, están permeadas por un déficit democrático de legitimación que es consecuencia de la directriz de los organismos de crédito supranacionales sin contenidos de consulta popular.

Las reformas laborales de supresión de derechos para el logro de metas macroeconómicas de empleabilidad desconocen los postulados fundacionales de la disciplina laboral, derogando el esquema de tutela que da como resultado la contradicción del modelo del Estado social de derecho en el cual el trabajo decente constituye pilar como derecho fundamental que otorga ciudadanía social.

Los resultados transcritos de las políticas de destrucción del esquema de garantías laborales desacreditan la que se ha dado en denominar *culpabilización del derecho del trabajo* de la crisis económica, cuya interrelación no resulta demostrada debiéndose descartar la regresividad de las medidas como fórmula de superación de la contracción económica.

Las políticas de austeridad impuestas por organismos regionales europeos de crédito a través del condicionamiento de recursos han demostrado ser ineficientes, como lo evidencia el aumento de los indicadores de desempleo referidos con anterioridad, que no presentan síntomas de recuperación de la crisis mediante la reducción del gasto público.

De igual forma, la política europea de flexiseguridad impuesta a los países periféricos ha derivado en desarrollos con acento en la flexibilidad, debilitando la protección social propuesta en la formulación de partida y resultando en modelos de flexibilidad pura.

Así las cosas, la valoración negativa de la política continental de flexiseguridad deriva de la ausencia de resultados macroeconómicos que la respalden, sin perjuicio de la erosión de derechos en materia de estabilidad que la misma comporta.

Conviene precisar que las reformas de desregulación regresiva no son legitimadas por el aumento de empleabilidad, pues desconocen los principios básicos del sistema tuitivo laboral que erosionan las condiciones de trabajo en condiciones dignas y justas.

Las reformas flexibilizadoras de adaptación de los sistemas laborales en América Latina, como consecuencia de las fórmulas previstas en el Consenso de Washington, si bien no demuestran aumento en los indicadores de desempleo, resulta espuria la creación de empleo, en atención a los índices de trabajo informal que en el año 2013 alcanzó la cifra de ciento veintisiete millones de trabajadores en la región.

Resulta conveniente rediseñar algunas de las categorías del derecho del trabajo fordista nacional, como la aplicación de las normas en el espacio bajo el principio de territorialidad absoluta.

La estructura nacional que articulaba códigos de derechos reconocidos en cada país debe ser corregida en la globalización a través de principios y normas de adecuación del sistema productivo deslocalizado para dar paso a modelos de regulación universal.

Aquí se descarta la elaboración de un código de trabajo universal, de forma que el principio de territorialidad debe mantener las particularidades de cada espacio nacional, sin perjuicio de un sistema de principios y derechos fundamentales, inderogables y mínimos, de aplicación global que amorticen los efectos de la competencia a la baja, consecuencia de la movilidad del capital y la destrucción de los derechos laborales.

La Recomendación 198 de la OIT converge en el objetivo de globalizar los criterios fundamentales de identificación del trabajo subordinado con base en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, la libertad de estipulación que admite variedad de medios probatorios para su determinación y un sistema de presunciones que coadyuve a imputar la laboralidad a relaciones encubiertas.

La correcta imputación de la relación de trabajo debe ser complementada por instrumentos de disciplina y extensión del régimen más favorable en el caso de relaciones triangulares de trabajo características del sistema de producción posfordista que rompe la bilateralidad clásica propia de las relaciones laborales del siglo xx.

En este sentido, el desafío fundacional del derecho del trabajo de identificación del trabajador, sujeto del espectro de imputación del conjunto de garantías que derivan de su condición de subordinado, se sustituye por la identificación del empleador en el ámbito de la deslocalización productiva, que resulta cada vez más difuso e inmune a los sistemas de coerción en virtud de la movilidad transnacional.

La formulación de una teoría de las relaciones de trabajo en la globalización económica se enmarca en el *neolaboralismo*, que pretende responder el ataque del sistema financiero el cual procura la apropiación de las relaciones sociales para liberalizarlas en beneficio del capital transnacional que debe ser intervenido mediante mecanismos de adecuación que amorticen los efectos sociales del desarrollo de los mercados.

El principal desafío del *neolaboralismo* consiste en la construcción de la disciplina de orden transnacional que se ha estructurado ignorándolo a través de esquemas neoliberales que defienden el privilegio del capital, invirtiendo el postulado de partida de la ecuación capital-trabajo que basaba su funcionamiento en el principio protector del trabajo.

La propuesta del gobierno económico a la que debe resistir la estructura neolaboral consiste en el desplazamiento del derecho del trabajo como ordenamiento a la medida del hombre, al que hace alusión el profesor Romagnoli, hacia un ordenamiento al servicio del mercado y la realización de los principios de libertad de comercio.

La subordinación del orden laboral a los postulados de libertad de los mercados debe ser invertido, para articular un modelo social de integración regional y mundial que incorpore elementos de trabajo decente de alcance universal.

El espacio global en que se desarrollan las relaciones laborales define las dimensiones de producción normativa, deslocalización y movilidad de las empresas; así como la dimensión supranacional de la acción sindical que la sitúa en el marco de la actividad regional y global.

Para ello, el proyecto de sindicalismo global debe superar la dimensión de la acción internacional de las asociaciones nacionales a fin de articular la acción universal que determine los necesarios modelos de contención social del gobierno financiero universal.

En este sentido, resulta conveniente introducir medidas de condicionalidad de los procesos de deslocalización en los países de origen que contemplen mecanismos de información y consulta sindical que involucre elementos respecto de los efectos sociales de las medidas de descentralización territorial que puedan ser amortizados a través del diálogo social.

En el mismo contexto, la OIT, como organismo rector de la política laboral internacional, combina de forma acertada diversos modos de intervención a través de métodos de derecho duro (convenios) semiblando (recomenda-

ciones) y blando (declaraciones) para estructurar la disciplina global de las relaciones de trabajo con pretensiones de corrección de la mundialización de la economía.

El cambio acertado de estrategia incluye la clasificación de determinados convenios como: (i) fundamentales para ser incluidos en instrumentos de carácter universal sin someterse a procedimientos de ratificación nacional; (ii) prioritarios para acentuar el trabajo sobre su ratificación en el marco de la política de empleo mundial; y (iii) técnicos que mantienen el esquema de intervención original del organismo internacional.

Así las cosas, la supresión de fronteras derivada de la libertad de circulación del capital conlleva espacios de inmunidad e impunidad del poder privado, contexto de la deslocalización productiva que demanda esquemas de regulación universales idóneos para contener las fugas de regulación del ordenamiento laboral de alcance nacional incapaz de gobernar el sistema de producción en la globalización.

La determinación de mecanismos supranacionales de resolución de conflictos judiciales para la verificación del cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el ámbito empresarial transnacional constituye una demanda insoslayable de las relaciones laborales, en cuya dirección los tribunales de opinión realizan un importante aporte, más allá de los mecanismos autorreferenciales que fundamentan su efectividad en la simple filantropía que constituyen en realidad condición de inserción en el comercio internacional.

Bibliografía

- Acemoglu, Daron y Robinson, James. *Why Nations Fail, The origins of power, prosperity and poverty*. New York: Crown Publishers, 2012.
- Allemand, Sylvain. *Délocalisations, La catastrophe n'aura pas lieu*. París: *Le Carnets de l'Info*, 2007.
- Alfonso Mellado, Carlos L. “El Derecho del Trabajo, referentes constitucionales e internacionales”. *Estudios*, núm. 75. Madrid: Fundación 1 de Mayo, ccoo, octubre de 2013.
- Alonso, Luis Enrique y Fernández Rodríguez, Carlos J. (eds.). *La financiarización de las relaciones salariales, una perspectiva internacional*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2012.
- Aparicio Tovar, Joaquín et ál. *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid: Trotta, 1992.
- Aparicio Tovar, Joaquín. “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010”. En: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2011.
- Aparicio Tovar, Joaquín. “Sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas. Un análisis europeo comparado”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núms. 1, 27, 2009.
- Aparicio Tovar, Joaquín. La transnacionalización del Derecho del Trabajo y la responsabilidad del empresario. En: *Globalización laboral y de la seguridad social*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2007.
- Aparicio Tovar, Joaquín. *Introducción al derecho social de la UE*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.
- Arufe Varela, Alberto. “La respuesta laboral del presidente Hollande frente a la crisis del empleo. Un estudio crítico-comparativo de la Ley francesa número 2013-185, sobre el ‘contrato de generación’”. *Revista Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013.

- Bacchetta, Marc. *La Globalización y el empleo informal en los países en desarrollo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo y Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, 2009.
- Baeza, Ramón, *Europa en la encrucijada*, Madrid: Fundación 1 de mayo, 2011.
- Ballester Pastor, María Amparo. *Notas para el futuro del empleo en la estrategia 2020*. Málaga: s.e., 16 de marzo de 2011.
- Ballester Pastor, María Amparo. “Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la estrategia Europa 2020”. *Revista de Derecho Social*, núm. 54. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2011, p. 23.
- Bastida Freijedo, Francisco et ál. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Baylos Grau, Antonio. “A un año de la Reforma Laboral, Europa como problema”. En: Blog, Según Antonio Baylos. 13 de febrero de 2013.
- Baylos Grau, Antonio. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.
- Baylos Grau, Antonio. “La contracción del estado social”. *Revista Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013.
- Baylos Grau, Antonio. “Tiempos difíciles”. *Revista de Derecho Social*, núm. 56. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2011.
- Baylos Grau, Antonio. “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio”. En: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2011.
- Baylos Grau, Antonio. “Representación sindical en los países miembros de la UE”. Seminario europeo sobre la representación sindical en los países miembros de la UE. Roma: julio de 2012.
- Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009.
- Baylos Grau, Antonio. “Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco globales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, núm. 1, 2009.
- Baylos Grau, Antonio. “Retos del Derecho Social ante la crisis económica”. En: *Revista de la Fundación 1 de Mayo*, núm. 20, 1 de marzo de 2009.
- Baylos Grau, Antonio. “Creación de empleo, mercado de trabajo y derecho del trabajo: el caso español”. *Derecho & Sociedad*, núm. 30, revista editada por alumnos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2008.

- Baylos Grau, Antonio. “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”. Congreso El desafío del desarrollo humano. Propuestas locales para otra globalización. *Revista Lan Harremanak (EURL – EHU/UPV)*. Bilbao, 2007.
- Baylos Grau, Antonio. *Sobre el libro verde: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Madrid: Fundación Sindical de Estudios, 2006.
- Baylos Grau, Antonio. *Sindicalismo y derecho Sindical*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2004.
- Baylos Grau, Antonio. *La huida del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización*. Madrid: s.e., 2000.
- Baylos Grau, Antonio y Terradillos, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*. Madrid: Trotta, 1997.
- Baylos Grau, Antonio. *Derecho del Trabajo, modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- Beaudonnet, Xavier. *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.
- Benedicto XVI. *Encíclica Caritas in veritate*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2009.
- Benito Valenciano, Rodolfo. “El sindicalismo ante la dimensión supranacional y transnacional de las relaciones laborales”. *Revista Derecho Social*, núm. 32. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2005.
- Bentolila, Samuel. *La viabilidad jurídica del contrato único. Propuesta para la reactivación laboral en España*. Madrid: Fedea, 2010.
- Bernal-Verdugo, Lorenzo et ál. *Crises, Labor Market Policy, and Unemployment*. IMF Working paper, marzo de 2012.
- Biagi, Marco. *Istituzioni di Diritto del Lavoro*. 4.^a ed. Milán: Giuffré Editore, 2007.
- Black, Julia. *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world*. Londres: Oxford University Press, 2001.
- Boeri, Tito et al. *Regimi di protezione dell’impiego: implicazioni teoriche e indicazioni dalle riforme in atto in Italia*. Fondazione Rodolfo Debenedetti, 5 de marzo de 2002.
- Boix, Isidor y López Bulla, José Luis. “Isidor Boix y López Bulla conversan sobre el sindicalismo global”. *Revista de Derecho Social*, núm. 50. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2010.
- Boix, Isidor. “China 2006, una aproximación sindical. Federación de industrias textil, piel, químicas y afines”. Publicado por el Consell de Treball Econò-

- mic i social de Catalunya en *Jornada sobre les economies emergents asiàtiques i nosaltres*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, abril de 2007.
- Boix, Isidor. “¿Es necesario el sindicalismo ‘global’?”. *El sindicalismo internacional y la globalización de los derechos sociales*. Gaceta sindical, reflexión y debate. Nueva etapa, núm. 8. ccoo, mayo de 2007.
- Boix, Isidor. *En la construcción del sindicalismo global*. Madrid: Comisiones Obreras, IndustriALL Global Union, noviembre de 2013.
- Bonnet, Florence. *Más del 70 por ciento de los trabajadores carece de protección contra el desempleo*. Ginebra: OIT, 14 de noviembre de 2012.
- Brown, Drusilla, et al. *The Determinants of Child Labor: Theory and Evidence*. Discussion paper 486. Ann Arbor: University of Michigan, septiembre de 2002.
- Buster, G. “Interludio incierto”. *Viento Sur*, núm. 85, marzo de 2006.
- Cabeza Pereiro, Jaime et ál. *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011.
- Camacho Reyes, Karina. “Las confesiones de las confecciones, condiciones laborales y de vida de las confeccionistas de Medellín”. *Ensayos Laborales 17*. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2008.
- Caporaso, James A. y Tarrow, Sidney. “Polanyi in Brussels: Supranational Institutions and the Transnational Embedding of Markets”. *Journals Cambridge. International Organization*, vol. 63, 2009.
- Cardona Rubert, María Belén. “La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa”. *Revista de Derecho Social*, núm. 52. Albacete: Ediciones Bomarzo, diciembre de 2010. p. 68.
- Cardona Rubert, María Belén. “La presentación de los datos del desempleo: ¿ejercicio de transparencia? En: *Portal al derecho y al revés*, 21 de octubre de 2013.
- Cardona Rubert, María Belén y Salcedo Beltrán, Carmen. “Gobierno y Carta Social Europea: Por las buenas o por las malas”. En: *Portal al Derecho y al Revés*, 17 de febrero de 2014.
- Carinci, Franco et ál. *Diritto del Lavoro vol 2. Il rapporto di lavoro subordinato, UTET Giuridica*. 6.^a ed. Turín: UTET Giuridica, 2008.
- Carinci, Franco et al. *Diritto del Lavoro vol 1. Il diritto sindacale*. Turín: UTET Giuridica, 2009.
- Carinci, Franco, et al. *Diritto del Lavoro Dell’Unione Europea IX*. Turín: UTET Giuridica, 2010.

- Casale, Giuseppe. *Administración e inspección del trabajo: Herramientas esenciales para una buena gobernanza mundial*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 31 de mayo de 2011.
- Castelli, Nunzia. “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II”. En: *Revista de Derecho Social*, núm. 59. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2012.
- CEPAL/OIT. *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Desafíos e innovaciones de la formación profesional*. Núm. 9. Santiago de Chile: Naciones Unidas, octubre de 2013.
- CEPAL/OIT. *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe*. Núm. 6. Santiago de Chile: Naciones Unidas, mayo de 2012.
- Crimmann, Andreas. *The German work-sharing scheme: An instrument for the crisis. Conditions of Work and Employment*. Series núm. 25. Ginebra: International Labour Office, 2010.
- Daugareilh, Isabelle. “Los derechos humanos y el comercio internacional”. *Revista de Derecho Social*, núm. 59. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2012.
- Debroux, Mathieu. “Alemania: El dumping social de carne y hueso”. *Equal Times, news at work*. 25 de marzo de 2013.
- Decent Work. “Report of the Director General. International Labour Conference”. 87 Session 1999. Ginebra: International Labour Office, 1999.
- Declaración de Brasilia sobre el Trabajo Infantil, III Conferencia Global sobre el Trabajo Infantil, Brasil, 10 de octubre de 2013.
- De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 14.^a ed. México: Porrúa, 1996.
- De la Fuente, Mikel y Hernández Zubizarreta, Juan. “El control de las empresas transnacionales: una propuesta normativa desde la acción social y sindical”. *Revista Derecho Social*, núm. 46. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2009.
- Del Rey Guanter, Salvador et ál. “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58. Madrid: 1998.
- Deveali, Mario. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. 2.^a ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1953.

- De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 14.^a ed. México: Porrúa, 1996.
- De La O, María Eugenia et ál. *Globalización, trabajo y maquilas: las viejas y nuevas fronteras*. México: Fundación Friedrich Ebert: Centro de investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2001.
- Diallo, Yocuba et ál. *Global Child Labour Developments: Measuring Trends from 2004 to 2008*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2010.
- Diller, Janelle. “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, vol. 118, núm. 2. Ginebra, 1999.
- Doz, Javier. *Informe sobre la situación sociolaboral y sindical en China*. Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras (ccoo). Secretaría de acción sindical internacional, julio de 2008.
- DTM em debate. *Democracia e mundo do trabalho. Crise Econômica Mundial*. 4 de febrero de 2013.
- Duplessis, Isabelle. “Soft law and international labour law”. *Labour Education*, núms. 143-144. 2006.
- Durand, Paul. *Cours de Droit du Travail*. París: Les cours de droit, 1958-1959.
- Etala, Carlos Alberto. *Interpretación y aplicación de las normas laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2004.
- Ermida Uriarte, Oscar y Colotuzzo, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo OIT, 2009.
- Ermida Uriarte, Oscar. “Derechos laborales y comercio internacional”. Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.
- Ermida Uriarte, Oscar. “Deslocalización, Globalización y Derecho del Trabajo”. *IUS Labor*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2007.
- Ermida Uriarte, Oscar. “La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”. Lima: Grupo de Trabajo de Autorreforma Sindical, III reunión, octubre de 2010.
- Ermida Uriarte, Oscar. “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”. En: *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2002.

- Estrada López, Bruno. “La crisis financiera internacional: una oportunidad para resituar el valor del trabajo en la sociedad”. *Revista Derecho Social*, núm. 44. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2008.
- Estrada López, Bruno. “Razones estructurales de la crisis”. *Revista Insight*, marzo de 2013.
- Fabrellas, Anna Ginès. “Protección social por desempleo y reducción temporal de la jornada por causas empresariales”. *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Sevilla: 21-23 de septiembre de 2011.
- Falke, Josef. “WTO and ILO: Can social responsibility be Maintained in International Trade?”. En: Karl Polanyi. *Globalisation and the potential of Law in Transnational markets*. Portlan: Hart Publishing, 2011.
- Fondo Monetario Internacional. *Documentos de estrategia de lucha contra la pobreza (DELP)*. Documento actualizado a septiembre de 2012.
- Fraile, Lydia. “La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128, núm. 3. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- Freeman, Richard B. *Labor regulations, unions, and social protection in developing countries: Market distortions o efficient institutions?* Working paper 14789. S.l., National Bureau of Economic Research, marzo de 2009.
- Fröhlich, Martin. “La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”. *Temas Laborales*, núm. 105, 2010.
- Fuchs, Maximilien. “La reforma del mercado de trabajo en Alemania”. *Revista Derecho Social*, núm. 36. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2006.
- G-20 Leader's Declaration*. San petersburgo, septiembre de 2013.
- Galantino, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. Turín: G. Giappicheli Editore, 2005.
- Galantino, Luisa. “Globalización, deslocalización y nuevas técnicas de protección del trabajador”. Conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional y II Suramericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 26 de febrero de 2011.
- Gallardo, Rosario. *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.
- García de la Puerta, Belén Morata y Díaz Aznarte, María Teresa. “Reforma laboral en España: Precariedad y desigualdad social y funcionamiento del

- mercado de trabajo”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, núm. 2. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- García Schwarz, Rodrigo. *Rompiendo las cadenas de una ciudadanía cautiva*. España: Editorial Círculo Rojo, 2011.
- Gautié, Jérôme. “Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el posfordismo”. Documento para el seminario Mercados de Trabajo, Políticas de Empleo y Protección Social. Buenos Aires, 26-30 de julio de 2004.
- Gerber, Jim. “Perspectivas de la maquiladora después del 2001”. En: *Revista Comercio Exterior*, vol. 9. México: Banco Nacional de Comercio Exterior, septiembre de 1999.
- Ghai, Dharam. “Trabajo decente, concepto e indicadores”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2, 2003.
- Ghezzi, Giorgio, Romagnoli, Umberto. *Il Rapporto di Lavoro*. Zanichelli, Bologna: Terza edizione, 1995.
- Ghera, Edoardo. *Diritto del Lavoro*. Bari: Carucci, 2002.
- Gitli, Eduardo. “La industria de la maquila en Centroamérica”. Informe para el seminario subregional de empleadores de Centroamérica y República Dominicana. Guatemala: Organización Internacional del Trabajo, abril de 1997.
- Giugni, Gino. *Derecho Sindical*. Madrid: Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- Godio, Julio. *La importancia estratégica de la Plataforma Laboral de las Américas. Análisis y propuestas*. Uruguay: s.e., noviembre de 2007.
- Goldín, Adrián. *Normas laborales y mercados de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad*. Santiago de Chile: CEPAL, ONU, diciembre de 2008.
- Guerrero Vizuete, Esther. “Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio”. *Revista de Derecho Social*, núm. 61. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2013.
- Herdegen, Mathias. *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Hernández Zubizarreta, Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Editorial Hegoa, 2009.

- Hernández Zubizareta, Juan. “La responsabilidad social corporativa al servicio del capital”. En: *Portal Rebelión*. 7 de febrero de 2012.
- Hernández Zubizareta, Juan. “Bangladesh. Mango y El Corte Inglés”. *Portal Rebelión*. 18 de mayo de 2013.
- Hickel, Jason. *It's time for a global minimum wage*. Londres: The London School of Economics and Political Science, 14 de junio de 2013.
- Jansen Hans G.P. et ál. *El impacto del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica en la Industria Centroamericana de maquila textil*. S.l.: Instituto Internacional sobre Políticas Alimentarias, marzo de 2008.
- Jørgensen, Henning. “El modelo danés de ‘flexiseguridad’ y las lecciones pertinentes para América Latina”. En: *El nuevo escenario laboral latinoamericano: regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- Kennedy, David. *Reassessing International Humanitarianism: The Dark Sides*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2004.
- Kok, Wim. *Ampliación de la Unión Europea, logros y desafíos*. Informe para la Comisión Europea, marzo de 2003.
- Kongshøj Madsen, Per. Flexicurity. “A new perspective on labour markets and welfare states in Europe”. Seminario sobre flexiguridad de la Dirección General de la Comisión Europea. Bruselas, 18 de mayo de 2006.
- Kucera, David. “Normas fundamentales del trabajo e inversiones extranjeras directas”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 121, núms. 1-2, 2002.
- Kungang, Li. “Le Contrat du Travail en Chine”. En: *Revue de DrOIT Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2011/2. Bordeaux: Comtransec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, diciembre de 2011.
- La Repubblica. *Riforma del Lavoro, ecco il piano Fornero contratto único, più soldi e lavori a termine*. Dossier. 19 de enero de 2012.
- Labour Markets in the BRICS (Brazil, The Russian Federation, India and China). Organisation for economic Co-Operation and Development, 29-30 de marzo de 2007.
- Laborde, Jean-Pierre. “Cosa resta del modello sociale europeo?”. *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 3. Bologna: Il Mulino, 2013.
- Lee, Eddy. “Orígenes y vigencia de la Declaración de Filadelfia”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 113, núm. 4. Ginebra: 1994.
- Leite, Jorge. “A reforma laboral em Portugal”. En: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 3, núm. 3, 2013.

- Llobera Vila, Mireya. “La liberalización de los servicios en el mercado interior: ‘Directiva Bolkestein’, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”. *Revista de Derecho Social*, núm. 36. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2006.
- Loess, Kurt et ál. “Internacionalización empresarial, salarios, formación y rotación de los trabajadores de las maquilas”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núms. 2-3. Organización Internacional del Trabajo, 2008.
- Luchino Brucchi. *Manuale di economia del lavoro*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- Lyon-Caen Gérard, Pélissier Jean, Supiot Alain. *DrOIT du Travail*. 18.^a ed. París: Dalloz, 1996.
- Maira Vidal, María del Mar. “Los acuerdos marco internacionales: ¿de la responsabilidad social empresarial a la negociación colectiva supranacional?”. Resultado de los proyectos de investigación: el proyecto europeo *Social Regulation of European Transnational Companies*, realizado de 2004 a 2007 dentro del VI Programa Marco de la Comisión Europea (Ref.: CIT2-CT-2004-506323); y el proyecto *La Responsabilidad Social de las Empresas en España y Castilla-La Mancha: concepto, actores e instrumentos*, desarrollado entre los años 2008 y 2011, y financiado por la Consejería de Educación y Ciencia de Castilla-La Mancha.
- Maksimovic, Andrea y Vivanco Mugarra, Ramón. “Que haya decencia en la omc”. *Reseñas sectoriales de la mundialización*, núm. 142, 2006.
- Martelloni, Federico. “Buon giorno Statuto, Inventario di sguardi sullo Statuto dei lavoratori”. *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 4. Bologna: Il Mulino, 2010.
- Messenger, Jon C. et ál. *Work Sharing during Great Recession, new developments and Beyond*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Comunicación y de la Información Pública, 2013.
- Merino Segovia, Amparo. “Las Libertades de Establecimiento y de Prestación de Servicios en el Mercado interior Europeo”. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*. núms. 4-5. Buenos Aires: Editorial Bomarzo Latinoamérica, 2008.
- Merino Segovia, Amparo. “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: un marco normativo insuficiente y deficiente”. *Revista de Derecho Social*, núm. 45. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2009.
- Merino Segovia, Amparo. “Los tribunales de los pueblos”. En: *Curso de Posgrado en Derecho del Trabajo*. Toledo: Universidad de Castilla La Mancha, enero de 2012.

- Merino Segovia, Amparo. *Sentido y alcance de las reformas de 2012: Nuevos (des) equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial. Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.
- Merino Segovia, Amparo. *Crisis económica y mecanismos de (in)estabilidad en el empleo*. Jornadas Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Bogotá: Universidad del Rosario, 24-25 de octubre de 2013.
- Miscione, Michele. *Subordinazione/Autonomia, collaborazioni a progetto*. Master Diritto del Lavoro Università di Bologna, 18 de diciembre de 2009.
- Montoya Melgar, Alfredo. "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo*, núm. 33, 2001.
- Mucchielli, Jean-Louis, *Multinationales et Mondialisation, Point économie*, París: Éditions du Seuil, mayo de 1998.
- Muñoz Dueñas, María del Pilar. "¿Por qué la responsabilidad social de la empresa no convence a todos?" *Revista de Derecho Social*, núm. 56. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre- diciembre de 2011.
- Navarro, Vincenç. "El desastre económico actual era predecible". *Pensamiento crítico*, 29 de abril de 2013.
- Nores Torres, Luis Enrique. *El trabajo en contratas, la noción de "contrata de propia actividad"*. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2004, p. 18.
- Novella, Marco. *L'inderogabilità nel diritto del lavoro norme imperative e autonomia individuale*. Milán: Giuffrè Editore, 2009
- Olea, Manuel Alonso, Casas Baamonde, M.^a Emili. *Derecho del Trabajo*, 19.^a ed. Madrid: Civitas, 2001.
- Olea, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2002.
- Olmos Giupponi, María Belén. *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo infantil: lo intolerable en el punto de mira*. Ginebra: OIT, 1996.
- Organización Internacional del Trabajo. *Examen de los elementos fundamentales del Programa Global del Empleo*. Ginebra: Consejo de Administración, Comisión de Empleo y Política Social, 2003.
- Organización Internacional del Trabajo. "El ámbito de la relación de trabajo". Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 91.^a reunión, Ginebra, 2003.

- Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. “La relación de trabajo”. Informe V, quinto punto del orden del día. Ginebra, 2005.
- Organización Internacional del Trabajo. “Trabajo decente en las Américas, una agenda hemisférica, 2006-2015”. Informe del Director General a la xvi Reunión Americana. Brasilia, mayo de 2006.
- Organización Internacional del Trabajo. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Inspección del Trabajo”. Ginebra, 2006.
- Organización Internacional del Trabajo. *A Global Policy package to address the global crisis*. Ginebra: OIT, 2008.
- Organización Internacional del Trabajo. “Recomendaciones de la Comisión de Expertos del Presidente de la Asamblea General sobre las Reformas del Sistema Monetario y Financiero Internacional”. Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2009.
- Organización Internacional del Trabajo. *Programa empleos verdes de la OIT*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo. “Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa”. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2010.
- Organización Internacional del Trabajo. *Plan de acción 2010-2016 para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza*. Ginebra: OIT, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. “Administración del trabajo e inspección del trabajo”. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.^a reunión, Ginebra, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del convenio núm. 144. Ginebra: Departamento de relaciones laborales y de empleo (Dialogue), Departamento de normas internacionales del trabajo (Normes), 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. *Short-term Employment and Labour Market Outlook and Key Challenges in G-20 Countries. A Statistical Update for the G-20 Meeting of Labour and Employment Ministers*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, septiembre de 2011.

- Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la recomendación correspondiente (núm. 166)*. Informe final. Ginebra, 18-21 de abril de 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. *Piso de protección social por una globalización equitativa e inclusiva. Informe del Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet Convocado por la OIT con la colaboración de la OMS*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. *Panorama Laboral 2012, América Latina y el Caribe*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. *Pisos de Protección Social para la justicia social y una globalización equitativa*. Informe iv (2B). Cuarto punto del orden del día. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. *Estimación mundial sobre el trabajo forzoso*. Ginebra: OIT, 2012.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Informe Mundial sobre Salarios 2012/2013*. Ginebra: OIT, 7 de Diciembre de 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. *Los salarios y el crecimiento equitativo*. Ginebra: International Labour Office, Global Employment Trends for Women, diciembre de 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. *Social dimensions of free trade agreements*. Ginebra: OIT, 2013.
- Organización Internacional del Trabajo. "Frente a la Crisis en Europa: Fortalecer las Instituciones Laborales en América Latina". Notas. Marzo de 2013.
- Organización Internacional del Trabajo. "Más derechos para los trabajadores de la industria de la confección de Jordania". 1 de noviembre de 2013.
- Organización Internacional del Trabajo. *Enfrentar la crisis de empleo en Portugal*. Informe preparado por el Grupo de trabajo interdepartamental de la OIT sobre los países en crisis para la Conferencia de Alto Nivel titulada *Enfrentar la crisis de empleo en Portugal*. Lisboa, 4 de noviembre de 2013.
- Organización Internacional del Trabajo. *Indicadores clave del mercado de trabajo*. Ginebra: OIT, 2013.

- Orlandini, Giovanni. “Las transformaciones de la empresa transnacional: reglas sociales y condicionantes de mercado”. En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.
- Padrón, Álvaro. “Internacionalismo y renovación, los desafíos del sindicalismo”. En: *Revista Nueva sociedad*, Núm. 232, marzo-abril de 2011.
- Palomeque, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2008.
- Palomeque, Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo e ideología*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Papadimitriou, Costas. “Le DrOIT du Travail Grec face à la crise: Un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique. En: *Revue de DROIT Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2012/2. Bordeaux: Comtransec. Université Montesquieu-Bordeaux IV, diciembre de 2012.
- Papadopoulos, Theodoros y Roumpakis, Antonios. “Metarreglamentación de las relaciones laborales en Europa: dinámicas de poder y competencia entre normativas nacionales”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, núm. 2, Ginebra, 2013.
- Pasco Cosmópolis, Mario. “Crisis económica mundial y Derecho del Trabajo”. En: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Discusiones y Debates*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Peces-Barba, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. 2.^a ed. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana, 1976.
- Pellacani, Giuseppe. “La parábola del derecho del trabajo en Italia y la jurisprudencia de los valores”. IXI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, 31 de octubre de 2013.
- Pélissier, Jean, Supiot, Alain, Antoine, Jeammaud. *DrOIT du Travail*. 24.^a ed. París: Dalloz, 2008.
- Pérez Rey, Joaquín. *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta, 2004.
- Pérez Rey, Joaquín. “El empresario complejo y la necesidad de un Derecho del Trabajo insolente”. En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.
- Pérez Rey, Joaquín. “Un contrato para atraerlos a todos”. *El Diario.es*, 6 de febrero de 2013.
- Pérez Rey, Joaquín. “¿Un Derecho a la medida de la empresa? Nota sobre la enseñanza por competencias del Derecho del Trabajo”. *Revista Derecho Social*, núm. 63. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2013.

- Perulli, Adalberto. "La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive". En: *Dopo la flessibilità, cosa?* Bologna: Il Mulino, 2006.
- Pizzoferrato, Alberto. "Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale". *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*. Turín: UTET Giuridica, 2010.
- Plá Rodríguez, Américo. *Estudios de la Seguridad Social*. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3.^a ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998.
- Polanyi, Karl. *La gran transformación, crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1989.
- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel. "Deslocalización de empresas: problemática y alternativas". *Revista de Derecho Social*, núm. 39. Albacete: Ediciones Bo-marzo, julio-septiembre 2007.
- Radaelli, Claudio M. "The Puzzle of Regulatory Competition". *Journal Public Politics*. 24, I, I-23. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Ramírez Ocampo, Jorge. *¿No TLC?, el impacto del tratado en la economía colombiana*. Bogotá: Editorial Norma, 2007.
- Ramonet, Ignacio. *Guerras del siglo XXI, Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Barcelona: Mondadori, 2002.
- Raso-Delgue, Juan. "El impacto de la crisis en las relaciones de trabajo". En: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, discusiones y debates*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Ravazi, Seyed Mohamad Hassan. "Labour Standards and wtc. Dilemma of Legitimacy and Efficacy". *The Journal of World Investment & Trade*, 2010.
- Ricciardi, Mario. *Quattro riflessioni: (non conclusive) su flessibilità e flexisecurity*. Bologna-Toledo: s.e., 14 de septiembre de 2006.
- Riveros, Luis A. "Las economías G-20 y la crisis financiera: preocupación por la gobernanza". En: *Crisis económica y nueva gobernanza internacional*. S.l.: Red Iberoamericana de Estudios Internacionales, 2011.
- Robert, Anne-Cécile. "Le déficit démocratique". *Le Monde Diplomatique*, 1 de enero de 2006.
- Rocella et ál. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. 5.^a ed. Padova: CEDAM, 2009.
- Rodríguez J. et ál. "A un año de la reforma laboral: crónica de un desastre anunciado". En: *Colectivo Novecento*, 29 de enero de 2013.

- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. "Libre prestación de servicios y Derecho Colectivo del Trabajo. En: *Temas Laborales*. Madrid, España. Vol. 11, número 100 de 2009.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. "El Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales ante los cambios económicos y sociales". *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Sevilla, 21-23 de septiembre de 2011.
- Roders, Guerry. "El trabajo decente como una meta para la economía global". En: *Boletín Cinterfor*, núm. 153. Montevideo, 2002.
- Romagnoli, Umberto. "Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural". Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha. Albacete, 1 de octubre de 1996.
- Romagnoli, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.
- Romagnoli, Umberto. "Globalización y Derecho del Trabajo". En: *Revista de Derecho Social*, núm. 5. Albacete: Ediciones Bomarzo, 1999.
- Romagnoli, Umberto. "La concertación social en Europa: luces y sombras". *Revista de Derecho Social*, núm. 26. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2004.
- Romagnoli, Umberto. "Radiografía di una reforma". *Egualianza & Libertà*, 21 de junio de 2004.
- Romagnoli, Umberto. "Renacimiento de una palabra". Separatas. *Revista Derecho Social*. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2005.
- Romagnoli, Umberto. "El Derecho del Trabajo del 900: una herencia difícil". Lección magistral impartida en el acto académico de la incorporación como Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 27 de octubre de 2006.
- Romagnoli, Umberto. "Y de pronto es ayer (Sobre la precariedad de las relaciones laborales)". *Revista Derecho Social*, núm. 38. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2007.
- Romagnoli, Umberto. "La Libertad según la Carta de Niza y en el Derecho del Trabajo". *Revista de Derecho Social*, núm. 45. Albacete: Ediciones Bomarzo, enero-marzo de 2009.
- Romagnoli, Umberto. *Giuristi del Lavoro. Percorsi di politica del diritto*. Roma: Donzelli Editore, 2009.

- Romagnoli, Umberto. “Las desigualdades en el mundo del trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 52. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2010.
- Romagnoli, Umberto. “Il diritto del lavoro torna al Medioevo”. *Egualianza & Libertà. Rivista di critica sociale*, 2012.
- Romagnoli, Umberto. “I diritti non sono marmellata. Il Manifesto”, 22 de marzo de 2012.
- Romagnoli, Umberto. “El Derecho del Trabajo ante la crisis”. *Revista de Derecho Social*, núm. 58. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2012.
- Romagnoli, Umberto. “Un referéndum que deroga la derogación de derechos”. *Egualianza & Libertà. Rivista di critica sociale*, 27 de noviembre de 2012.
- Romagnoli, Umberto. “La deriva del diritto del lavoro”. *Revista Insight*, diciembre de 2012.
- Romagnoli, Umberto. “Derecho Laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”. *Revista de Derecho Social*, núm. 64. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2013.
- Romero Rodenas, María José y Bogoni, Milena. “La negociación colectiva europea a través del acuerdo marco europeo contra la violencia en el trabajo”. *Revista Derecho Social*, núm. 47. Albacete: Ediciones Bomarzo, julio-septiembre de 2009, p. 217.
- Romero Rodenas, María José. “Crisis económica y su impacto en Europa”. *Jornadas Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 24-25 de octubre de 2013.
- Romero Rodenas, María José. “Las reformas en materia de prestaciones del régimen general de la seguridad social tras las reformas de 2012”. En: *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.
- Rodríguez Garavito, César A. “Los derechos laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos”. *Congreso Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*. Bogotá, 20-21 de mayo de 2004.
- Ruggie, John. “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Informe del representante especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales

- y otras empresas. S.l.: Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 21 de marzo de 2011.
- Ryder, Guy. "La CSI ante los retos del sindicalismo internacional". En: *Gaceta sindical, reflexión y debate*, Nueva etapa, núm. 8. Madrid: ccoo, mayo de 2007.
- Salcedo Beltrán, María Carmen. "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional". En: *Revista de Derecho Social*, núm. 62. Albacete: Ediciones Bomarzo, abril-junio de 2013.
- Salcedo Beltrán, María Carmen. "El Consejo de Europa frente a la Unión Europea, vulneración de la Carta Social Europea por 'Lex Laval'". *Colección Estudios Fundación 1 de Mayo*, núm. 71. Madrid: ccoo, enero de 2014.
- Sánchez Zegarra, José Marcos. "Integración y desarrollo social en la Comunidad Andina". En: *El trabajo y el empleo en los Tratados de Libre Comercio*. Lima: oit, Comunidad Andina, 2004.
- Sanguineti Raymond, Wilfredo. "La 'desconstrucción' del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?". *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2004.
- Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Deslocalización empresarial y Derecho del Trabajo: en busca de respuestas". *Revista Temas Laborales*, núm. 84, 2006.
- Santos Fernández, María Dolores. "Virtualidad identificadora del poder e identificación (virtuosa) de nuevos centros de poder". En: *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.
- Sanz Caballero, Susana. "Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos en Europa?).". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, enero-abril de 2004.
- Sapir, Jaques. *La Démondialisation*. París: Éditions du Seuil, 2011.
- Sastre Ibarreche, Rafael. "Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)". En: *Revista Derecho Social*, núm. 44. Albacete: Ediciones Bomarzo, octubre-diciembre de 2005.
- Scarponi, Stefania. "La 'privatizzazione' delle norme internazionale di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali". *Rivista Lavoro e Diritto*, núm. 3. Bologna: Il Mulino, 2009.
- Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María. "El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa: inventario". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, p. 100.

- Shaffer, Gregory. *Transnational Legal Ordering and State Change*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013, p. 1.
- Solimano, Andrés. “Globalización y migración internacional: la experiencia latinoamericana”. En: *Revista de la Cepal*, núm. 80, agosto de 2003.
- Stiglitz, Joseph E. *More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*. S.l.: UN World Institute for Development Research, 1998.
- Stiglitz, Joseph. *El malestar en la globalización*. México: Santillana, 2010.
- Supiot, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- Supiot, Alain. “Perspectiva jurídica de la crisis de 2008”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129. Ginebra: OIT, 2010.
- Tangian, Andranik. “Flexiseguridad europea: Conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implementaciones consistentes)”. Reunión de expertos sobre estrategias de flexiseguridad y las implicaciones de su adopción. Lisboa, 25 de septiembre de 2006.
- Tavano, María Josefina. “Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia”. En: *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006.
- Tiebout, Charles. “A Pure Theory of Local Expenditures”. *The Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5. Chicago: The University Chicago Press, octubre de 1956.
- Tomada, Carlos Alfonso. “La respuesta internacional al trabajo en la globalización”. En: *Globalización. El cambio del Derecho del Trabajo: De un derecho de frontera a un derecho de fronteras. Liber Amicorum* en homenaje a Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, 2011.
- Tockman, Víctor. *Flexiseguridad con informalidad: opciones y restricciones*. Serie Macroeconomía del Desarrollo, 70. Santiago de Chile: División de Desarrollo Económico, CEPAL/OIT, noviembre de 2008.
- Torres, Raymond et ál. *La crisis financiera y económica: una respuesta basada en el trabajo decente*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- Traversa, E. “Libera Prestazione dei Servizi e Distacco dei Lavoratori”. En: *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*. Turín: UTET Giuridica, 2010.

- Treu, Tiziano. *Labour law and welfare: old and new questions*. *International Society for Labour and Social Security Law*. Position paper, 8 de junio de 2013.
- Trillo Párraga, Francisco. "Reformas laborales y creación de empleo ¿Para cuándo una reforma empresarial?". *El Crisol de Ciudad Real*. Ciudad Real, 7 de febrero de 2013.
- Trotta, Luigi. *Flexicurity in Dinamarca, un modello esportabile?* Tesi di Laurea. Florencia: Università degli Studi di Firenze, 2007-2008.
- Vega Ruiz, María Luz. *Administración del trabajo: asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina, El papel central de la inspección de trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, abril de 2009.
- Verkindt, Pierre-Yves. "Regards sur le DrOIT du Travail Français contemporain dans le crise économique et financière". En: *Revue de DrOIT Comparé du Travail et de la Sécurité Social*. 2012/2. Bordeaux: Comtransec. Université Montesquieu-Bordeaux IV, diciembre de 2012.
- Villarino, Ángel. "La deslocalización a la inversa: China quiere fabricar en Europa". *Cotizalia*, 10 de junio de 2012.
- Von Potobsky, Geraldo W. y Bartolomei de la Cruz, Héctor G. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.
- Vogel, Steven K. "International games with national rules: How regulation shapes competition in 'global' markets". *Journal of public policy*, vol. 17, núm. 2, mayo-agosto de 2007. Cambridge: Cambridge University Press.
- Witker, Jorge. *Cláusulas sociales y los tratados de libre comercio*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.
- Ziccardi, Fabio Emilio. *L'appalto internazionale, Questioni di pratica e di disciplina*. Turín: Editorial UTET, 2000.
- Zufiaur, José María. "Globalización económica y deslocalizaciones productivas". *Deslocalización*, invierno de 2004.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro
11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método *hot melt*, en marzo de 2015,
en Bogotá, D. C., Colombia.
en Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.